



Universidad Internacional de La Rioja

ESTUDIO SOBRE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA EN MATERIA DE PROGRAMAS DE ORDENADOR

Trabajo fin de máster presentado por: BERNARDO PENSADO VÁZQUEZ

Titulación: Máster en Propiedad Intelectual

Línea de investigación:

Director/a: GEMMA M^a MINERO ALEJANDRE

SANTIAGO DE COMPOSTELA

16 DE NOVIEMBRE DE 2015

Firmado por: BERNARDO PENSADO VÁZQUEZ

CATEGORÍA TESAURO: 3.1.5. DERECHO PRIVADO

4.2.8. PROPIEDAD INTELECTUAL

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN

II.- CONCEPTO DE PROGRAMA DE ORDENADOR.

- 2.1. Introducción.
- 2.2. La definición del art. 96.1 LPI en la Jurisprudencia.
- 2.3. El requisito de la originalidad.
- 2.4. Productos incluidos.

III.- TITULARIDAD.

- 3.1. La persona jurídica como titular originario. El programa de ordenador como obra colectiva.
- 3.2. Programas creados por trabajadores.
- 3.3. Programas generados automáticamente.

IV.- LA PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR.

- 4.1. Derechos morales.
- 4.2. Derecho de reproducción.
- 4.3. Derecho de distribución.
- 4.4. Derecho de comunicación pública.
- 4.5. Derecho de transformación.
- 4.6. Protección penal.

V.- CONTRATOS DE SOFTWARE

- 5.1. Contratos de transferencia de la propiedad.

5.2. Contratos de cesión de uso.

5.3. Contratos accesorios o complementarios

VI.- CONCLUSIONES

Resumen

La trascendencia económica y social de los programas de ordenador contrasta con la parca y discutida regulación legal vigente así como con la escasa repercusión Jurisprudencial. Un análisis de esta última revela que el concepto actual de programa de ordenador parece insuficiente cuando nos encontramos con las nuevas formas en las que se desarrolla, tales como las páginas web, funciones de enlace y redes P2P. A la propia expresión "programa de ordenador" le sobra la última parte pues hoy en día los programas se están incorporando a toda clase de cosas y bienes, no solo a ordenadores. Por lo que se refiere a la titularidad de los programas, la Jurisprudencia aporta claridad a los criterios de delimitación de los programas elaborados con ocasión de la actividad laboral, extendiendo su aplicación a relaciones similares, como la función pública, y diferenciándola de otras situaciones, como la del trabajador autónomo. En cuanto a la protección de los programas, el ámbito penal se reserva exclusivamente a los derechos económicos, no pudiendo defenderse los derechos morales más que por la vía civil, lo que supone un concepto de la propiedad intelectual menos proteccionista con los autores. Finalmente, el último campo analizado, el contractual, refleja una situación paradójica si tenemos en cuenta que las múltiples figuras contractuales que tienen por objeto los programas de ordenador son todas atípicas, proceden fundamentalmente del Derecho anglosajón y son interpretadas por los Tribunales con criterios del Derecho continental; en España concretamente, con arreglo a las normas sobre obligaciones y contratos del Código Civil. Por ello, los abusos por parte de los fabricantes de software sólo tienen respuesta a través de la normativa general sobre consumidores y usuarios, lo que deja a las transacciones entre empresarios con un amplio margen de inseguridad jurídica si tenemos en cuenta la desigualdad inherente a estos contratos debido al diferente conocimiento de las partes sobre los programas. De todo ello se desprende, en nuestra opinión, la necesidad de proceder a una nueva regulación de esta materia en la que se tenga en cuenta un nuevo concepto que permita incluir las nuevas formas de

expresión de los programas. De este modo, proponemos regresar a la denominación de software y considerar la posibilidad de concebir al programa como un conjunto de elementos que permitan su utilización por un ser humano, no solo como las instrucciones más básicas y una nueva regulación en materia contractual que también regule las peculiaridades de las transferencias comerciales que tienen por objeto los programas de ordenador.

Palabras clave: Propiedad Intelectual. Derechos de autor. Programas de ordenador. Concepto. Titularidad. Protección. Contratos.

I. INTRODUCCIÓN

La aparición de los denominados “programas de ordenador” a mediados del siglo XX, se está revelando como un hecho de gran trascendencia. No solo favorecen el comercio y el desarrollo industrial, sino también han modificado la forma en la que se relacionan los individuos entre sí y con las organizaciones administrativas que los gobiernan. Apenas han transcurrido sesenta años desde su aparición y ya nos parece un objeto imprescindible, un instrumento sin el cual nos sentiríamos en la Edad de Piedra.

Diariamente utilizamos programas de ordenador, pero ¿qué son en realidad? Sabemos que nacen de la creatividad humana, que son inmateriales y que precisan de un soporte material (el hardware) para que puedan cumplir su función. Sabemos también que son una especie y dentro de ella se desarrollan una amplia variedad de tipos o clases que pueden unirse y relacionarse para mejorar sus prestaciones. Pero también somos conscientes de su frenética facultad de evolución que nos impide aventurar qué van a ser capaces de hacer cuando llegue la próxima década o incluso el próximo lustro.

Frente a esta realidad etérea y novedosa, ¿cómo ha reaccionado el Derecho? La naturaleza creativa e inmaterial del software llevó a los ordenamientos jurídicos a tratar de asimilarlos a instituciones jurídicas ya existentes, quizá porque entonces no se tenía una idea muy clara de lo que eran ni se atisbaba su exitoso futuro. Así surgió la idea de asimilarlo a las obras literarias, idea atractiva, además, para la industria fabricante del software por su menor coste y mayor duración de su protección. Sin embargo, no faltaron voces discordantes que reclamasen su protección a través del derecho de patentes con fundamento en su carácter científico y funcional¹. Hubo también intentos por seguir una tercera vía, una regulación independiente que se ajustase a la auténtica naturaleza de esta clase de bienes resultó infructuosa debido fundamentalmente a intereses económicos².

¹ FERNÁNDEZ MASÍÁ (1996, págs. 13 a 19).

² Sobre la evolución del software puede consultarse FERNÁNDEZ MASÍÁ, (1996, pág. 6 y siguientes) y APARICIO VAQUERO (2014, pág. 15 y siguientes).

La regulación internacional del software tuvo su repercusión en España a través de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual³. En aquel momento se creyó conveniente castellanizar su denominación en lugar de utilizar el vocablo inglés con que se identificaba internacionalmente a este tipo de bienes y, entre las múltiples opciones, se optó por la expresión “programas de ordenador”⁴. Cuatro años más tarde, la Comunidad Económica Europea aprobó la armonización del derecho relativo al software aprobando la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, y nuestro país adaptó la Ley de Propiedad Intelectual a dicha Directiva mediante la Ley 16/1993, de 23 de diciembre. Desde entonces no hubo ninguna alteración en el régimen jurídico de los programas de ordenador si exceptuamos la codificación de la normativa europea con la aprobación de la vigente Directiva 2009/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, y la publicación en España del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 12 de abril) que respetaron el texto de las normas precedentes⁵.

Tanto la regulación española como la comunitaria han sido criticadas por la doctrina no solo por la forma de protección (obras literarias o patentes), sino también en aspectos más concretos como, por ejemplo, la atribución de la condición de autores a las personas jurídicas en el caso de las obras colectivas, rompiendo así la tradicional exclusiva de los seres humanos en esta materia⁶.

No obstante, la finalidad de este trabajo no es insistir en las diferentes tesis doctrinales que han sido expuestas hasta la fecha, sino analizar, aunque sea someramente debido a la naturaleza de este estudio, cuál ha sido la labor de los Tribunales españoles y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de programas de ordenador.

Desde la publicación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 han transcurrido ya más de veinticinco años, tiempo que nos parece suficiente para poder hacer un balance

³ Título VII, “*De los programas de ordenador*”, artículos 95 a 100.

⁴ La Academia Argentina de las Letras propuso registrar en el DRAE como su equivalente la expresión “soporte lógico” (carta a la Real Academia Española de la Lengua de 15 de julio de 1997) mientras que la Colombiana propuso la de “programa de informática” al estimarla más precisa que la anterior (carta a la Real Academia Española de la Lengua de 11 de noviembre de 1986) (Fuente: RAE, Fichas números 2 y 7 de la voz “software”).

⁵ Sobre la evolución normativa en España y la Unión Europea, vid. BERCOVITZ (1997, págs. 1367 y siguientes).

⁶ APARICIO VAQUERO (2014, pág. 38): “*La gran ruptura del régimen de los programas con el Derecho de Autor se da, precisamente, en relación con su titularidad ... más que como simples titulares de derechos, las personas jurídicas pueden ser consideradas también auténticas autoras de un programa de ordenador y, por tanto, de una creación intelectual...*”

sobre cuáles han sido los principales problemas planteados ante los Tribunales y sus soluciones. A tal fin, hemos revisado las resoluciones que aparecen relacionadas en anexo a este trabajo desde el año 1988 hasta el mes de julio del presente año. A buen seguro que se nos han quedado algunas en el tintero, pero consideramos que las incluidas en la relación representan el contenido fundamental de lo que han dicho los Tribunales en esta materia.

Una primera aproximación nos indica que los programas de ordenador no han sido ni están siendo un campo especialmente litigioso. Encontramos decisiones en los cuatro órdenes jurisdiccionales, siendo con mucho las más abundantes las dictadas por las jurisdicciones civil y penal, en este orden. En el ámbito Contencioso-administrativo las cuestiones se restringen al ámbito fiscal y de forma anecdótica a la impugnación de resoluciones del Registro de la Propiedad Intelectual, mientras que en el orden Social la temática se centra en los programas elaborados por trabajadores y funcionarios en el ámbito de su relación laboral. Ni que decir tiene que el objeto estrella de los procesos penales es la piratería, advirtiéndose una evolución desde el top manta y los pequeños negocios relacionados con la informática hacia las redes P2P y las páginas web de enlaces. Salvo alguna excepción, las defensas suelen fiar su éxito más a la invocación de nulidades procesales por violación de derechos fundamentales (diligencias de entrada y registro, fallos en la cadena de custodia de los materiales, etc.) que a la discusión de la naturaleza de la conducta objeto de la acusación.

Como hemos indicado, en los últimos años han surgido un buen número de litigios relacionados con las páginas web y los enlaces a sitios que alojan obras protegidas por los derechos de autor, entre ellos las redes p2p. Se trata de procesos tramitados normalmente por la vía penal (con excepción de los planteados por la vía civil por Ryanair que se ha enfrentado con escasa fortuna con las principales agencias de viajes que operan a través de Internet) y que han provocado serias dudas en la Jurisprudencia española sobre la calificación jurídica de la conducta. Junto a ellos, aparecen también procesos penales por el uso de herramientas destinadas a anular los medios tecnológicos de protección utilizados por los fabricantes de software para evitar la piratería, sobre todo en el ámbito de los videojuegos, aunque también hallamos casos significativos en la jurisdicción civil.

Precisamente estas nuevas formas en las que se manifiestan los programas de ordenador (páginas web, redes p2p, cracks, screen scrapping, etc.) son ejemplo de cómo el software está evolucionando hacia formas más complejas que aconsejan revisar

tanto su concepto como su regulación legal a fin instaurar un régimen normativo más acorde con su naturaleza que sea capaz de mejorar su protección.

II. CONCEPTO DE PROGRAMA DE ORDENADOR

2.1 *Introducción.*

El artículo 96,1º del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI) nos ofrece esta definición de programa de ordenador: *“toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático⁷ para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación.”*

Conforme al segundo párrafo del art. 96.1º LPI, la definición se amplía a la documentación preparatoria. Asimismo, tal y como establece el apartado tercero del art. 96 LPI, la protección otorgada al programa de ordenador se aplicará a la documentación técnica y los manuales de uso del programa⁸. En todo caso, para que el programa sea protegido por los derechos de autor deberá ser original en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor.

La legislación europea, tanto la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, como la posterior versión codificada, Directiva 2009/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, optó por no incluir ninguna definición en su articulado. El motivo se explica en el *Memorándum explicativo* de la *Propuesta de Directiva del Consejo sobre protección jurídica de programas informáticos*⁹ con el

⁷ El Tribunal Supremo, en la sentencia nº 1204/2008, sala 1ª, de 18 de diciembre del 2008, f.j. 4º, utiliza la expresión “sistema informático” y señala que tanto ésta como la expresión “base de datos” son conceptos especiales cuyo contenido puede ser amplísimo y cuya protección se extiende a los elementos necesarios para su funcionamiento o su consulta que son, además, los esenciales para la disposición de forma sistemática y metódica de los datos, constituyendo de esta forma una creación original.

⁸ APARICIO VAQUERO (2014, pág. 26) critica la extensión del régimen de protección a los manuales de uso y la documentación técnica por entender que son realidades diferentes del programa e incluso considera que esta extensión del art. 96,1, segundo párrafo *in fine* podría implicar que nuestra Ley estuviese fuera del ámbito europeo armonizado. Parece una conclusión exagerada pues estos documentos pueden contener parte o todas las instrucciones que configuran el programa de ordenador (recordemos que pueden expresarse o fijarse por cualquier medio) y, por tanto, no protegerlos sería tanto como no proteger el programa. En todo caso, como hemos visto, la Propuesta de la Comisión sí los incluía en el concepto de programa en la medida en que reproduzcan elementos sustanciales del mismo.

⁹ Publicado en el DOCE C-91 de 12 de abril de 1989.

siguiente argumento: *“Diversos expertos del sector han señalado que toda definición del programa incluida en la Directiva devendría necesariamente obsoleta a medida que la tecnología futura modificase la naturaleza de los programas hoy conocidos.”*

Sin embargo, en el párrafo siguiente de dicho Memorándum el Consejo cede a la tentación y nos ofrece su propio concepto: *“Dado el estado actual de los conocimientos, ha de considerarse que la palabra “programa” abarca la expresión en cualquier forma, lenguaje, notación o código de un conjunto de instrucciones cuyo propósito es que un ordenador lleve a cabo una tarea o función determinada.”* Como puede verse, el Consejo no olvidó su preocupación por la obsolescencia de la definición y advirtió desde el principio que la definición derivaba del *“estado actual de los conocimientos”*.

Hecha la advertencia y definida la cosa, el Memorándum del Consejo amplía su ámbito de aplicación a todos los tipos de programas, desde los perceptibles por los humanos hasta los que solo son legibles por ordenador si a partir de ellos se puede crear el programa que permita a la máquina realizar sus funciones. Incluye también los materiales preparatorios y de diseño, así como los manuales de uso o mantenimiento que reproduzcan elementos sustanciales del programa en cuyo caso estos extractos gozan de una doble protección: a través del régimen del software y el de los derechos de autor a través de la protección del manual en sí mismo.

Ninguna de las Directivas aprobadas por la Unión Europea en relación con el software recogió las directrices del Consejo y, por lo tanto, esta definición carece de valor normativo sin perjuicio de que pueda servir como criterio interpretativo.

Antes de este intento comunitario, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual redactó unas *Disposiciones Tipo para la Protección del Soporte Lógico* publicadas el año 1978 con un cierto espíritu unificador. Su artículo 1 está dedicado a las definiciones y en él incluye cuatro conceptos diferentes para configurar el concepto de software¹⁰:

“i) <programa de ordenador> un conjunto de instrucciones que, una vez incorporado a un soporte legible por máquina, pueda hacer que una máquina capaz de procesar información indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específicos;

ii) <descripción del programa> una presentación completa de procedimientos en forma verbal, esquemática u otra, lo suficientemente detallada para

¹⁰ El texto traducido lo hemos tomado de www.wipo.int.

determinar un conjunto de instrucciones que constituya el programa de ordenador correspondiente.

iii) <material auxiliar> todo material distinto de un programa de ordenador o de una descripción de un programa, creado para facilitar la comprensión o aplicación de un programa de ordenador, como, por ejemplo, descripciones de problemas e instrucciones para usuario.

iv) <soporte lógico> uno o varios de los elementos mencionados en los puntos i) a iii)."

Parece, quizá, innecesario llegar al puntillismo que muestran estas definiciones, pero el apartado i) contempla un concepto que, como veremos, es el más concurrido.

En la doctrina también encontramos intentos por definir los programas de ordenador. Así, CARMEN BESTUÉ¹¹ (2013) señala: *"El término "software" se suele identificar con el programa de ordenador, es decir, con el conjunto de instrucciones que sigue el ordenador para desarrollar sus cometidos o acciones concretas y, desde un punto de vista jurídico, se incluye en este concepto no sólo el programa en sí sino también la documentación que lo acompaña."*

La nota común a todos los conceptos reseñados es que los programas de ordenador son obras literarias¹² que consisten en "instrucciones" destinadas al funcionamiento de un ordenador o un sistema informático. Llama la atención que en ningún caso se exija que las instrucciones deban proceder de un ser humano, sobre todo porque, como veremos más adelante, algunos programas de ordenador también tienen capacidad

¹¹ BESTUÉ, Carmen, (2013), *Los Contratos Traducidos. La traducción de los contratos de licencia de uso en programas de ordenador*. Valencia. Tirant lo Blanch.

¹² La nota discordante la encontramos en las resoluciones dictadas en materia fiscal, concretamente, las que se refieren al porcentaje de retención aplicable a las importaciones de software. La doctrina actual del Tribunal Supremo se resume en la sentencia de 4 de abril del 2013:

"La Sala estima que los programas informáticos, a partir de la reforma operada por la Ley 46/2002, se configuran, a efectos fiscales, como una categoría diferente de los derechos sobre propiedad intelectual, por lo que, se reitera, desde un punto de vista fiscal y al margen de las previsiones contenidas en la legislación sustantiva sobre propiedad intelectual e industrial, han de reputarse como una categoría distinta, sin que, por tanto, se pueda extender a los programas informáticos el trato fiscal previsto para los derechos de uso sobre los derechos de propiedad intelectual, en particular, las obras literarias, que es a lo que, en la situación anterior, se venían asimilando los programas informáticos."

La misma doctrina sigue la Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional, por ejemplo, en la reciente sentencia de 17 de julio del 2014.

Parece, cuando menos, sorprendente, que en materia fiscal exista un concepto *sui generis* ajeno a la Ley de Propiedad Intelectual. En todo caso, ni la Jurisdicción civil ni la penal discuten la asimilación de los programas de ordenador a las obras literarias.

para generar o “crear” nuevos programas. En todo caso, esta omisión se salva en la Ley española a través del juego de los artículos 95 y 5 LPI.¹³

Cuestión distinta es si, a la vista de la evolución que ha experimentado la tecnología, la expresión “programas de ordenador” sigue siendo idónea para designar al objeto del que estamos hablando.

Hoy en día, los programas de ordenador no solo son utilizados para hacer cumplir una tarea a los ordenadores. Los programas se están incorporando a toda clase de bienes para mejorar sus prestaciones y permitir el acceso a Internet (ya se ha acuñado la expresión “Internet de las cosas”), por lo que ya no es extraño encontrarlos en teléfonos móviles, televisores, relojes e incluso en electrodomésticos, como una simple nevera. El resultado es que la expresión “programa de ordenador” parece haber quedado corta a la hora de designar este tipo de objeto inmaterial que está dotado del don de la ubicuidad.

Puede parecer un cuestión meramente terminológica, sin relevancia jurídica, pero podría tener su trascendencia a la hora de identificar, por ejemplo, el objeto de un contrato al confundirse el género con la especie pues podría entenderse que la expresión “programa de ordenador” designa los programas destinados a ser usados exclusivamente por ordenadores, a diferencia de los destinados a otros soportes

Quizá sería aconsejable retornar al anglicismo software para designar este tipo de bienes, máxime cuando el término ya ha sido aceptado por la Real Academia Española de la Lengua en su diccionario y los intentos por traducirlo no han llegado a calar en la sociedad.

2.2 La definición del art. 96,1º LPI.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de enero del 2007 destaca que el concepto de programa de ordenador del art. 96 LPI comprende un aspecto positivo, contenido en el párrafo primero, y un aspecto negativo perfilado en el párrafo cuarto a través de la exclusión de *“las ideas y principios en los que se basan*

¹³ El art. 5 LPI, en el párrafo primero, considera autor *“a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.”* El párrafo segundo amplía la protección que la Ley concede al autor a las personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella, si bien la condición de autor se reserva la persona natural, motivo por el cual es criticado el art. 97.1 LPI que considera también a las personas jurídicas como autoras en el caso de los programas de ordenador.

cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces”.

El juego de ambos aspectos permite, a juicio de esta resolución, que *“pudiera darse el caso de que existieran dos programas de ordenador que tengan las mismas funciones y que se configuren de acuerdo a unos principios e ideas básicas parecidos, mas a la hora de concretar esas bases mediante el contenido específico y perfectamente delimitado de sus diversos elementos es donde no puede haber coincidencia o plagio.”*

Tanto es así que no será autor del programa quien tiene la idea, sino la persona o personas que la llevan a la práctica, como dispuso el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de junio de 2007 pues, siendo el objeto directo y exclusivo de protección legal el programa y la documentación del párrafo segundo del art 96 LPI, la protección recae no sobre la idea, sino sobre la expresión de la misma, dado el objeto de protección no es lo que se pretende sino el cómo se consigue: la forma de plasmar la idea, su ordenación, configuración o estructura. En este caso, el Tribunal Supremo sentencia que el programa de ordenador pertenece exclusivamente al funcionario que realizó la *“disposición técnica del programa”* pese a que otros funcionarios del organismo público demandado le indicaron *“las funciones que al usuario del programa le convenían.”*

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 3 de marzo del 2010, citada también por la de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de abril del 2014, considera que el objeto directo y exclusivo de protección por la Ley de Propiedad Intelectual es el programa de ordenador definido por el art. 96 LPI, excluyéndose, *“por no ser objeto de propiedad intelectual”*, las simples ideas o principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces.

“Con ello, se quiere decir que en este especial objeto de propiedad intelectual, la protección recae no sobre la idea sino sobre la expresión de la misma, situándose la frontera de delimitación en la finalidad última que la obra pretende realizar, de modo que la finalidad o la función de una obra utilitaria, como es el programa de ordenador, será la idea de la obra, mientras que la forma de conseguir la finalidad perseguida, el medio específico elegido en el caso concreto, habrá que considerarlo como expresión de una idea, y ese medio, de entre los varios posibles, será el objeto de la propiedad intelectual.

Dicho en otros términos, es objeto de protección no lo que se pretende sino el cómo se consigue: la forma de plasmar la idea, su ordenación, configuración o estructura.” (f.j. 3º)

Como vemos, esta última resolución es especialmente significativa a la hora de identificar idea con función en el ámbito de los programas de ordenador. Consecuentemente, la función o finalidad no estaría protegida por los derechos de autor, limitándose esta protección a la forma en la que dicha función se expresa.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 2 de mayo del 2012 (asunto C-406/10, caso SAS Institute contra World Programming) también descarta la protección de la “funcionalidad” del programa así como del lenguaje de programación y el formato de los archivos de datos utilizados para explotar algunas de sus funciones por estimar que no constituyen *“una forma de expresión de tal programa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250”* (apartado 39). El motivo es evitar el monopolio de las ideas en perjuicio del desarrollo técnico y del desarrollo industrial (apartado 40).

Añade esta resolución que, precisamente, la principal ventaja de la protección de los programas de ordenador mediante los derechos de autor estriba en que sólo comprende la expresión individual de la obra, por lo que permite a otros autores *“crear programas similares o incluso idénticos siempre que se abstengan de toda copia”* (apartado 41).

Estos argumentos sirvieron también al TJUE para excluir de la protección a los interfaces. En la sentencia de 27 de diciembre de 2010 (asunto C-393/09, caso *Bezpečnostní softwarová asociace* contra Ministerio de Cultura de la República Checa) el Tribunal señala que *“los interfaces son las partes del programa de ordenador que establecen la interconexión y la interacción para permitir a los elementos de los soportes físicos y lógicos trabajar con otros soportes físicos y lógicos y con usuarios en la forma prevista. En particular, una interfaz gráfica de usuario es una interfaz de interacción que permite una comunicación entre el programa de ordenador y el usuario”* (apartado 39). No obstante, la interfaz gráfica de usuario no permite reproducir el programa, sino que sólo es un medio a través del cual los usuarios utilizan el programa, por lo que el Tribunal concluye que no puede ser protegido por los derechos de autor sobre programas de ordenador (apartados 41 y 42).

Ello no impide que la interfaz pueda ser protegida por los derechos de autor si reúne el requisito de la originalidad, entendida como que se trata de una creación intelectual propia de su autor (apartados 45 y 46).

Esta interpretación, que ha sido acogida favorablemente por la doctrina¹⁴, implica un concepto estricto del programa de ordenador, una reducción a su parte más esencial prescindiendo de otros elementos que pueden formar parte de él, aunque no sean sustanciales. La posibilidad de que estos elementos no sustanciales puedan constituir, a su vez, otra obra diferente si reúnen el requisito de originalidad, podría llevar a hablar de una obra compuesta (programa de ordenador e interfaz, por ejemplo) situación paradójica en el caso de que ambas obras pertenezcan al mismo autor.

2.3. *El requisito de originalidad.*

El art. 96,3º LPI limita la protección a los programas de ordenador a aquellos que sean originales, aclarando que este concepto debe interpretarse en el sentido de “creación intelectual propia de su autor”.

Se trata de una consecuencia lógica de su asimilación a las obras literarias y su protección por derechos de autor ya que el requisito de la originalidad es consustancial a dicha protección (art. 10,1º LPI).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 16 de julio de 2009 (asunto C-5/08, caso Infopaq International contra Danske Dagblades Forening) exige este requisito expresamente respecto a programas de ordenador, bases de datos y fotografías (apartado 35)¹⁵. En cuanto a las partes de una obra, entiende la misma resolución que también están protegidas por los derechos de autor siempre que contengan determinados elementos que expresen la creación intelectual del autor (apartado 39), doctrina que se aplica, por ejemplo, a los interfaces de los programas.

Nuestro Tribunal Supremo, Sala 1ª, en su sentencia nº 542/2004, de 24 de junio, se inclinó hacia una concepción objetiva de este requisito, así, dispone que la novedad objetiva es la que determina el reconocimiento como tal de una obra, siendo

¹⁴ Vid. APARICIO (2015), cit., pág. 32.

¹⁵ MINERO ALEJANDRE (2014), La protección jurídica de las bases de datos en el ordenamiento europeo, Tecnos, 2014, pág. 124 y siguientes.

“exigible que esa originalidad tenga una relevancia mínima” incluso en el caso de las denominadas “obras menores”.

Más recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 abril 2014, partiendo del art. 1.3º y del considerando 8º de la Directiva 1991/250/CEE, de 14 mayo, de protección jurídica de programas de ordenador, concluye que la originalidad exigida por la regulación específica de la propiedad intelectual sobre los programas de ordenador hace referencia a la novedad objetiva de la obra en relación con su concepción y/o ejecución que es fruto del esfuerzo creador del autor. De este modo, estima que no reúnen este requisito tanto los programas que sean mera reiteración de otros anteriores como los que sean creados automáticamente por otros programas de ordenador sin intervención de ninguna persona. También señala esta resolución que no han de tomarse en cuenta requisitos cualitativos relacionados con la altura inventiva o creativa y termina admitiendo la posibilidad de que concurra este requisito en el caso de programas de ordenador derivados de otros.

La Audiencia Provincial de Sevilla, en su sentencia de 13 de marzo de 2014, fundamento jurídico segundo, resume la evolución jurisprudencial del concepto de originalidad resaltando que en el caso de los programas de ordenador se emplea el criterio subjetivo como excepción a la exigencia de “cierto grado de altura creativa” que predica respecto a la mayoría de las obras protegidas por derechos de autor. Transcribo parte del fundamento jurídico segundo:

“Así pues, a tenor del artículo 10.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, para que una creación formal pueda ser considerada como tal se requiere el requisito de la originalidad. Tradicionalmente se ha discutido, y así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 26 de octubre de 1992, si esa originalidad ha de ser subjetiva (haber sido creada “ex novo”, sin copiar una obra preexistente) u objetiva (novedad objetiva, creación novedosa, especificidad, singularidad, altura creativa). Aunque en ciertas épocas prevaleció la concepción subjetiva de originalidad (y este mismo criterio pueda ser aplicable en principio a algunas obras de características muy especiales como es el caso de los programas de ordenador, art. 96.2 de la Ley de Propiedad Intelectual), actualmente prevalece el criterio de que la originalidad prevista por el art. 10.1 de la Ley de Propiedad Intelectual exige un cierto grado de altura creativa. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en su sentencia, de 24 de junio de 2004 y la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia de 21 de julio de 2006. Por su parte la Audiencia

Provincial de Barcelona en Sentencia de 29 de septiembre de 2005, afirma que esa concepción objetiva permite destacar el factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva, lo que requiere que la originalidad tenga una relevancia mínima. El Tribunal Supremo ha declarado al respecto que no se protege lo que pueda ser patrimonio común que integra el acervo cultural o que está al alcance de todos (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fechas 20 de febrero de 1992, 26 de octubre de 1992, y 17 de octubre de 1997). La nota de originalidad únicamente concurre cuando la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce en el destinatario, lo que, por un lado, ha de llevar a distinguirla de las análogas o parecidas y, por otro, le atribuye una cierta apariencia de peculiaridad".

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 25 de marzo del 2014 que no aprecia el requisito de originalidad cuando se retransmite un acontecimiento deportivo. En el caso específico de los programas de ordenador, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de marzo del 2013 señala que *"la originalidad no está en que las líneas del código del programa sean diferentes, pues existen múltiples maneras de escribir una línea de código y todas ellas realizan una misma operación"* (f.j. 3º).

BERCOVITZ (2013), pág. 107, mantiene que las obras relacionadas con la ciencia y la tecnología han rebajado sustancialmente la exigencia de altura creativa e incluso muchas de ellas carecen de dicha cualidad y pone como ejemplo de ello a los programas de ordenador.

Todo ello viene a indicar que tanto la doctrina como la Jurisprudencia consideran inviable aplicar el mismo concepto de originalidad a los programas de ordenador que al resto de las obras sujetas a la Ley de Propiedad Intelectual.

Finalmente, es importante resaltar que la demostración de existencia de originalidad del programa incumbe a quien la alega y, por tanto, es este sujeto quien tiene la carga de la prueba. En este sentido se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 1 de diciembre del 2011 y la de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de marzo de 2013. La primera de ellas señala que no es suficiente alegar, en abstracto, que se trata de una creación sin demostrarlo y, para ello,

servirá la prueba pericial si ésta analiza los códigos fuente de los programas. Dicha prueba será decisiva también en los casos de plagio¹⁶.

2.4 Productos incluidos

La definición de programa de ordenador que nos ofrece el art. 96,1º LPI es tan amplia que parece necesario deslindar las obras que deben recibir la calificación de programa de ordenador de las que no lo son. La Ley nos ofrece dos criterios. El primero es el de la originalidad (art. 96.2), como hemos visto. El segundo es la exclusión de los programas creados con el fin de ocasionar efectos nocivos a un sistema informático.

La Jurisprudencia se ha encargado de ampliar el listado. Así, también deberían considerarse (art. 102.c LPI) **programas no susceptibles de protección aquellos que tienen por finalidad exclusiva o principal anular las medidas de protección** instaladas en los dispositivos y programas de ordenador para impedir su copia o uso ilegal¹⁷.

La sentencia nº 16/2006 de la Audiencia Provincial de Baleares de 18 de enero del 2006 califica como estafa informática la conducta de quien se apodera a través de

¹⁶ El Tribunal Supremo, sentencia de 26 de noviembre de 2003, nos ofrece la siguiente definición de plagio:

"Por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio.

Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual. No procede (produce) confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior.

Por todo lo cual, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales". Esta doctrina se reitera literalmente en las Sentencias de 17 de octubre de 1997 y 23 de marzo de 1999, y se toma en cuenta en orden a la consideración del plagio como "copia en lo sustancial de una obra ajena" en la S. de 23 de octubre de 2001."

¹⁷ Así se desprende las sentencias de la AP Baleares de 18 de enero de 2006; AP de Madrid de 28 de junio de 2012 y AP de Lugo de 8 de noviembre de 2012.

Internet de códigos y programas de una empresa de Telecomunicaciones para programar y elaborar tarjetas dotadas del correspondiente chip y en el que obran incorporados los códigos o claves, que una vez insertadas en una máquina decodificadora posibilitan el acceso a los servicios de una empresa operadora de televisión.

El caso de la sentencia nº 373/2012 dictada por la AP Madrid, Sección 3ª, el 28 de Junio de 2012, derivada de un proceso penal por delito contra la propiedad intelectual, trata el caso de los "chips" vendidos por los acusados y que permitían el uso de videoconsolas sin autorización de su titular. El Tribunal mantuvo la condena decretada por el Juzgado de lo Penal al estimar que lo trascendente no era ni conocer la metodología a través de la cual se producía dicho efecto ni la finalidad de los acusados pues considera admisible el dolo eventual que concurre al conocer los acusados dicho efecto y no evitarlo. Pero lo más importante es la interpretación del Tribunal sobre el art. 270.3 CP:

“La Sala coincide plenamente con la interpretación realizada por el Juez de lo Penal, al entender que la expresión estudiada, «específicamente destinado», en relación al medio técnico de carácter neutralizador de los dispositivos de protección, no significa exclusivamente destinado. Y sustentamos dicha interpretación en las siguientes razones:

a. Tras la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, la respuesta que desde el derecho penal se da en los supuestos de eliminación o supresión de los mecanismos de protección de las obras, es más amplia y extensa que la dispensada desde el ámbito de la protección civil de los derechos, puesto que el actual art. 270.3 sanciona un ámbito mayor de conductas que el comprendido en el art. 102 c) de la Ley de Propiedad Intelectual. En lo que ahora nos interesa, y en relación con el art. 7.1 c) de la Directiva Comunitaria 91/250/CEE, el art. 102 c) citado exige que los mecanismos de eliminación o supresión de los dispositivos de protección tengan ese "único uso", mientras que el art. 270.3 del Código Penal examinado sólo exige que estén destinados específicamente a ese fin, en expresión claramente distinta que sólo puede responder a una voluntad específica del legislador.

b. La interpretación mantenida en el recuso supondría reconocer de facto el derecho de lesionar los derechos del titular de la propiedad intelectual o industrial con la sola acción de ampliar las funciones de la videoconsola. No tiene justificación alguna que alguien que no se defiende de una agresión ilegítima, que no se encuentra en un estado de necesidad, que no cuenta con el

consentimiento del titular del bien perjudicado y al que el ordenamiento jurídico no le acuerda un derecho expreso para obrar en tal sentido, pueda provocar la desaparición del derecho de otro solo porque decide incrementar las funciones de una videoconsola.

Por último, la sentencia nº 609/2012 de la AP Lugo, Sección 1ª, fechada el 8 de Noviembre de 2012, que confirma la del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lugo dictada el 5 de junio del 2012, considera ilícito un dispositivo denominado "PS Jailbreak" con el que se neutralizan las medidas tecnológicas instauradas en la consola Sony y en los soportes de sus videojuegos. Se trata de un microprocesador incluido en un conductor universal en serie (USB), que acoplado a la consola Sony PS3, deshabilita los sistemas de protección tecnológicos implantados en dicha consola permitiendo así ejecutar videojuegos desde soportes no autorizados. También se pronunció en el mismo sentido la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona, nº 159/2012).

La Jurisprudencia también ha excluido de la condición de programa de ordenador y, por tanto, de su protección especial, las **interfaces de usuario**. En este sentido, la sentencia más relevante es la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010 (C-393/09, Bezpečnostni softwarova asociace – Svaz softwarove ochrany). En el apartado 40, define la interfaz gráfica de usuario como *"una interfaz de interacción que permite una comunicación entre el programa de ordenador y el usuario¹⁸."*

Esto supone (apartado 41) *"que no permite reproducir ese programa de ordenador sino que solo constituye un elemento de dicho programa por medio del cual los usuarios utilizan las funcionalidades de éste."* Y la conclusión del Tribunal es (apartado 42) que *"no constituye una forma de expresión de un programa de ordenador en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250, y que por tanto no puede disfrutar de la protección específica por el derecho de autor sobre los programas de ordenador en virtud de la misma Directiva."* No obstante, deja la puerta abierta a que, si reúne el requisito de originalidad, la interfaz pueda ser protegida de forma independiente a través de los derechos de autor.

¹⁸ APARICIO (2015), pág. 31, define la interfaz de usuario como *"la apariencia que asume el programa ante el usuario, resultado de la ejecución por el hardware de las correspondientes líneas de código del programa y los datos introducidos o las acciones realizadas por el usuario."*

En España se ha pronunciado sobre esta cuestión la sentencia nº 30/2007 de AP Cádiz, Sección 5ª, 19 de enero de 2007. En este caso, los demandantes acusan a los demandados de plagiar de un programa de gestión de estancos y ejercitan tanto las acciones derivadas de la Ley de Propiedad Intelectual como las de la Ley de Competencia Desleal. La sentencia de primera instancia estima ambas acciones y condena a los demandados quienes interponen recurso de apelación contra la misma.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz realiza, en su fundamento jurídico primero, una interpretación del art. 96 LPI y llega a la conclusión de que las interfaces de usuario son *"un conjunto de objetos, herramientas y representaciones visuales que sirven para gestionar la comunicación entre el usuario y la aplicación informática, vienen a constituir la parte externa o visible del programa, por lo que su importancia es indudable, debiendo presentar la información de una manera que permita la mejor comunicación del usuario y su diseño ha evolucionado naturalmente con las últimas técnicas, ya que las primitivas interfaces alfanuméricas han dado paso a las fantásticas interfaces gráficas que han llegado hasta el sistema de las páginas Web y obras multimedia, siendo así que en la actualidad constituyen los sistemas básicos y cotidianos a la hora de la información."*

Por ello, argumenta esta resolución, que la arquitectura y el diseño final de la interfaz pueden derivarse de muchas horas de análisis previo *"al ser la interfaz la parte visible del programa, constituye uno de los elementos integrantes de la aplicación informática que adquiere más importancia a la hora de hacer más interesante y competitivo en el mercado un producto, por lo que la protección de la misma por la nominada Ley (se refiere a la LPI) es innegable en cuanto que contiene elementos propios del derecho de autor."*

En apoyo de esta conclusión, recurre a lo que denomina *"una interpretación de tipo histórico o legislativo que abunda la misma idea"* que no es otra que la Directiva 91/250/ de la Comunidad Económica Europea sobre protección Jurídica de los programas de Ordenador, de fecha 14 de Mayo de 1.991, en cuya Exposición de Motivos define la interfaz como *"aquella parte física del programa que establece la interconexión e interacción entre los elementos de «software» y «hardware», otorgando una especial protección a las mismas."*

En contraposición con la interfaz, la resolución hace referencia al código fuente *"que sería la estructura interna del programa, es decir, una secuencia de instrucciones utilizadas en un sistema informático para obtener una función, tarea o*

resultado, en definitiva, las instrucciones que se llevan a cabo mediante el lenguaje de programación para que funcione la aplicación informática."

Sentado el aspecto teórico de la cuestión, la sentencia pasa a analizar el informe pericial y, al respecto, señala:

"Las conclusiones a las que llega el perito en su informe no pueden ser más contundentes e ilustrativas al manifestar el mismo que el grado de similitud de los programas NewSHOP V98 y Euroestanco Versión 2.2 es elevadísimo, principalmente desde el punto de vista de la interfaz de usuario, que incluye el diseño de las pantallas o apariencia externa, la funcionalidad de las pantallas y la manejabilidad del programa. Asimismo, afirma el perito, el grado de similitud entre el módulo Logista de NewSHOP "PortalLo" y opción de menú Logista de Euroestanco Versión 2.2 es muy elevado. Continúa diciendo el perito que las diferencias entre las interfaces de usuario de ambos programas se limitan a una mayor simplicidad del menú principal de Euroestanco en relación con el menú principal de NewSHOP y leves variaciones secundarias en la forma de denominar la información, en la disposición de la información en la pantalla y funcionalidad accesorias, concluyendo que se trata de diferencias mínimas y accesorias y que el programa Euroestanco supone una copia sustancial del software de NewSHOP V98 y "PortalLo", y llega a afirmar el perito que desde el punto de vista de la estructura interna puede intuir, ya que no puede afirmar al no disponer del código de fuentes del programa Euroestanco, la existencia de coincidencias importantes, a la vista de los resultados obtenidos. Finalmente, manifiesta el perito que dada la complejidad del proceso de desarrollo de un programa de la naturaleza de NewSHOP, especialmente en sus etapas de análisis y de diseño funcional, así como la multitud de posibilidades que proporcionan los recursos de programación que existen en el mercado, entiende que en la elaboración del programa Euroestanco, para llegar a un resultado tan semejante al programa NewSHOP V98, ha sido necesario inspirarse y copiar el software de éste último."

El análisis del perito se centra en el estudio comparativo de las interfaces de ambos programas del que se deduce que las diferencias entre ambos son meramente secundarias y "no permiten en modo alguno rebatir el elevadísimo grado de similitud de los programas comparados, sobre todo porque no se comparan las pantallas en las mismas opciones y momentos del proceso de gestión por lo que hemos de llegar a

idénticas conclusiones que las mantenidas por la Juez "a quo". En consecuencia, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia condenatoria dictada en la Instancia.

Como hemos visto, esta decisión, dictada tres años antes que la del TJUE, analiza la existencia de plagio entre dos programas de ordenador mediante la comparación de sus interfaces y llega a la conclusión de que las escasas diferencias entre ambos conlleva el plagio no solo de dichas interfaces, sino del programa de ordenador.

En mi opinión, esta conclusión parece más consecuente que la del TJUE. Si consideramos la interfaz como un elemento o una parte del programa de ordenador necesaria para que el usuario pueda interactuar con el programa (como estiman ambas resoluciones) la supresión de dicha interfaz implicaría que el usuario pierde esa facultad. Por lo tanto, la interfaz no es un mero elemento accesorio del programa, sino una parte importante del mismo que, como indica la Audiencia Provincial de Cádiz, conlleva una importante labor para que el "producto" sea más atractivo y competitivo en el mercado.

La resolución del TJUE excluye su protección conjuntamente con el resto de elementos del programa de ordenador porque no constituye una forma de expresión del mismo, sino solo *"un elemento de dicho programa por medio del cual los usuarios utilizan las funcionalidades de éste."*

Finalmente, la sentencia nº 98/2014 de la AP Almería, Sección 1ª, de 25 de Marzo de 2014, declara que *"No es objeto de protección penal la **tarjeta de decodificación**, dado que no está amparada por derecho exclusivo alguno, y ni tan siquiera como programa de ordenador dado que no le es aplicable el supuesto del art. 270.3 CP (SAP de Alicante - Sección 10ª- 426/2011 de 18 noviembre)."*

Los programas de ordenador pueden ser utilizados también para crear obras complejas en unión de otros elementos que pueden constituir o no, a su vez, obras susceptibles de protección a través de los derechos de autor. Estas nuevas creaciones presentan como característica principal su renovación continua, lo que se traduce en una gran capacidad para generar recursos económicos. Siguiendo este criterio, los principales son los videojuegos, los sitios y páginas web, los motores de búsqueda y las redes P2P.

Por lo que se refiere a los **videojuegos**, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2014 (caso C-355/12. Nintendo v. PC Box), en su apartado 23, delimita su sistema de protección al señalar que *"los videojuegos, tales como los controvertidos en el litigio principal, son un material complejo que incluye no sólo un programa de ordenador, sino también elementos gráficos y sonoros que, aunque codificados en lenguaje informático, tienen un valor creativo propio que no puede reducirse a dicha codificación. En la medida en que las partes de un videojuego, en el presente caso esos elementos gráficos y sonoros, participan de la originalidad de la obra, están protegidas, junto con el conjunto de la obra, por los derechos de autor en el régimen establecido por la Directiva 2001/29."*

Como vemos, el TJUE se limita a diferenciar la figura del videojuego de la del programa de ordenador y a reconocer su protección a través de los derechos de autor (Directiva 2001/29) sin que les afecte las normas específicas de los programas de ordenador (Directiva 2009/24).

La Jurisprudencia española, en cambio, va un paso más allá e incluye a los videojuegos dentro de las obras audiovisuales. Así se desprende de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lugo, de fecha 5 de junio del 2012 (confirmada por la de la Audiencia Provincial de Lugo de 8 de noviembre del 2012) que, en su fundamento jurídico 3º expone el siguiente criterio:

"Lo cierto es que el contenido del videojuego está formado en esencia por código informático, elementos audiovisuales y composiciones musicales, lo que lo sitúa más allá del mero programa de ordenador definido en el artículo 96.1 LPI a los efectos de esta ley ... pudiendo encajar en la categoría de "obra audiovisual", entendiendo por tales, según el artículo 86.1 LPI "las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporadas, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras". La expresión "imágenes asociadas" se puede entender en un sentido restringido, como una sucesión inalterable de secuencias entre las que existe una fuerte vinculación, o bien en un sentido más amplio comprendiendo las imágenes que tienen una cierta relación entre sí, sin necesidad de que siempre sean representadas en el mismo orden. Pues bien, ha de interpretarse la LPI en este segundo sentido porque el espíritu y la finalidad de la norma es la protección de una labor intelectual, careciendo de

relevancia que entre las imágenes exista una fuerte vinculación o una simple relación, y con independencia de que éstas se expongan siempre con igual o con distinta colocación. Si bien la Ley establece que el acompañamiento sonoro es una característica accesoria, es un hecho notorio que en todos los videojuegos que se presentan en el mercado la música es un elemento fundamental que acompaña a los movimientos de las figuras representadas y al desarrollo de las distintas fases del juego. El otro elemento de la definición de obra audiovisual es de carácter finalístico. Así, el artículo 86 LPI exige que las obras estén "destinadas esencialmente a ser mostradas al público". Pues bien, la forma en la que las imágenes de los videojuegos son comunicadas al público, es de manera individual y no simultánea, lo que no es obstáculo para afirmar que estos conjuntos de imágenes también están destinados a su exhibición pública. En esta dirección, el artículo 20 de la LPI aclara que la comunicación es pública cuando una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin la previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, que es lo que sucede con los videojuegos. En conclusión, la amplia redacción del artículo 86 LPI permite incluir a las imágenes de los videojuegos dentro de las obras audiovisuales, careciendo de relevancia el soporte en el que aquéllas se encuentren almacenadas. En este sentido se puede afirmar que la obra audiovisual-videojuego se encuentra fijada en un programa de ordenador que a su vez está grabado en un dispositivo de memoria de un sistema informático."

La concepción que introduce esta sentencia no ha sido reproducida por ninguna otra hasta el momento, ni siquiera por la del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona de 2 de mayo del 2015 que decidió un caso exactamente igual que la anterior (dispositivo PS Jailbreak, cuyo objetivo es neutralizar las medidas tecnológicas de la consola PS3). En realidad, la mayoría de los procedimientos judiciales abiertos sobre videojuegos tienen por objeto la copia ilegal y la posterior distribución de los mismos y no es objeto de discusión la naturaleza jurídica de los videojuegos. Y es que el principal problema de los videojuegos sigue siendo el pirateo.

La importancia económica y social que han adquirido los **sitios y páginas web** en la actualidad contrasta con su escasa regulación jurídica¹⁹. Esto no significa, no obstante, que carezcan de protección jurídica. En España, la Ley 34/2002, de 11 de

¹⁹ El portal o sitio web es una "colección de páginas web relacionadas, imágenes, vídeos u otros archivos digitales típicamente comunes a un dominio o subdominio en Internet." (MINERO ALEJANDRE, 2011, p. 44)

julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, regula las obligaciones, responsabilidades, infracciones y sanciones de las empresas y particulares que operen en España a través de una página web así como el envío de correos electrónicos con fines comerciales²⁰. Sin embargo, esta norma no se ocupa de la protección en sí misma de las páginas web, sino de regular su contenido. Por lo tanto, ¿cómo puede defender su creación el autor de una página web?

La sentencia nº 172/2012, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de abril del 2012 resuelve la reclamación presentada por el autor (así se le llama en la resolución) de una página web que demanda a Google Spain, S.L. por vulneración de los derechos de propiedad intelectual de su obra. Concretamente, el demandante acusa a la demandada de realizar una copia de la página web en su memoria caché y mantenerla en sus archivos con el fin de prestar sus servicios sin autorización de los titulares de las páginas Web. Según la demanda, Google confecciona con retales de distintas páginas Web una página que presenta como propia en la que inserta publicidad. Con fundamento en estos hechos, el actor ejercitó las acciones del art. 139 LPI y solicitó el cese del funcionamiento del motor de búsquedas de páginas web, accesible a través de la dirección de Internet www.google.es, mediante su suspensión y prohibición de reanudación, así como la condena de Google Spain, S.L. a indemnizarle con la cantidad de 2.000 € en concepto de daño moral y la publicación íntegra de la sentencia en un diario nacional.

El litigio fue decidido en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona que desestimó la demanda (sentencia de 30 de marzo de 2007) con fundamento en que *"el uso realizado por la demandada de sólo una pequeña parte del contenido de la página Web de la actora, bajo las condiciones de temporalidad, provisionalidad, respeto a la integridad y autoría de la obra"* ajustándose *"a la finalidad social para la cual la obra fue divulgada en Internet"*, constituye un límite de los derechos de explotación de la obra, de conformidad con el art. 31 LPI y los arts. 15 y 17 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

²⁰ También regulan aspectos concretos de los servicios prestados a través de Internet la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; el Real Decreto Legislativo 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; la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; la Ley 42/2010, de 30 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco y la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

Interpuesto recurso de apelación, decidió la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona a través de su sentencia de 17 de septiembre de 2008, en la cual confirma el fallo absolutorio si bien discrepa de su fundamentación jurídica al entender que la aplicación del límite previsto en el art. 31 LPI es dudosa y en ningún caso se aplicaría el art. 15 LSSI porque Google no tiene la consideración de prestadora de servicios de conexión a Internet y, aunque efectivamente sería de aplicación del art. 17 LSSI, la figura del "caching" o "proxy caching" estaría regulada por el art. 15 LSSI y no por aquél. No obstante, el Tribunal sí estima aplicable el art. 40 bis LPI introducido por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos, al estimar que *"este uso de la memoria caché, por su finalidad y la forma en que se desarrolla, no sólo no perjudica al titular ni contraría propiamente sus derechos, sino que está tácitamente aceptado por quienes "cuelgan" sus obras en la red sin impedir o restringir el libre acceso a las mismas."*

El Tribunal Supremo decide la discrepancia entre los fundamentos de ambas sentencias señalando que *"ninguno de los artículos en cuestión de la LPI, el 31.1 o el 40 bis, es excluyente de la doctrina del ius usus innocui para permitir el uso inocuo con arreglo a los propios principios de la LPI ni, menos aún, de la consideración de los arts. 7 CC, 11 LOPJ y 247.2 LEC."*

La importancia de estas resoluciones a los efectos de la protección de las páginas web²¹, y el motivo por el que las hemos traído a colación, se centra, en primer lugar, en que ninguna discute o duda sobre la protección de la página web a través de los derechos de autor y en que la discusión sobre la aplicación del art. 31 LPI no se centra en la exclusión del apartado 3, letra c)²² sino en el uso provisional o no de la comunicación por parte de Google.

De ello se deduce que las páginas web tienen la consideración de obra a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual y, en todo caso, se trata de una obra que no es un programa de ordenador ya que se le podría aplicar el límite del art. 31.1 LPI.

Sentado lo anterior, considero necesario mencionar la sentencia nº 164/2006 de la Audiencia Provincial de Valencia dictada el 13 marzo 2006 por cuanto nos ofrece una

²¹ Su repercusión en cuanto a los derechos patrimoniales, fundamentalmente reproducción y comunicación pública serán analizados más adelante)

²² Art. 31.3 LPI: "Quedan excluidos de lo dispuesto en el anterior apartado. c) Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 100".

interpretación sobre la trascendencia de los programas de ordenador en las páginas web.

El supuesto de hecho que analiza esta sentencia gira en torno al cumplimiento del contrato de creación de una página web. La demandante y la demandada concertaron verbalmente dicho contrato con la finalidad de que la primera diseñase y realizase una página web para una tercera entidad (la demandada era la adjudicataria de este trabajo en virtud de concurso público convocado al efecto). La demandante realizó el trabajo encomendado y lo entregó a la demandada con la información necesaria para el mantenimiento de la página, actualizaciones y modificaciones futuras a través de una base de datos en un archivo ACCESS, pero no entregó el código fuente. Ante la negativa de la actora a su entrega, la demandada se negó a pagar la parte del precio que restaba y encargó la elaboración de la página a otra empresa que, según la demandante, se limitó a copiar la creada por ella. La demandada formuló reconvencción respecto a la parte del precio entregada.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Valencia el 7 de noviembre de 2005, estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción, siendo recurrida por la demandada.

La Audiencia concretó el objeto del procedimiento en dos cuestiones, la primera, si es obligatoria la entrega del código fuente y la segunda si la página elaborada por la tercera empresa es copia de la que realizó la demandante.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal se ciñe a la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo del 2003 (nº 492/2003) para los programas de ordenador, según la cual, cuando nos hallamos ante un programa hecho "ad hoc", esto es, por encargo y a medida del adquirente, *"y es el que ha corrido con los gastos de investigación y desarrollo, lo que ha supuesto una considerable inversión para el mismo," "su viabilidad para el futuro no puede dejarse al puro interés, capricho o veleidad del proveedor del programa y para ello la propia Ley 16/1993 en el artículo siguiente, prevé las excepciones a los actos sujetos a restricciones y en el núm. 1 del art. 5^o²³ establece que no necesitarán autorización del titular, salvo disposición contractual en contrario, la reproducción o transformación de un*

²³ El párrafo 1º del art. 5 de la Ley 16/1993 disponía: "No necesitarán autorización del titular, salvo disposición contractual en contrario. la reproducción o transformación de un programa de ordenador incluida la corrección de errores. cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo. con arreglo a su finalidad propuesta." Pasó textualmente a formar el párrafo 1º del art. 100 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

programa de ordenador incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta."

Aplicando esta doctrina al caso concreto, la Audiencia Provincial de Valencia concluyó que la demandante estaba obligada a entregar el código fuente a la demandada sin que por ello pueda incrementar el precio acordado *"al no pactarse ese incremento y estar comprendido en lo que se entiende como consecuencia del contrato conforme a su naturaleza pues la página web pertenece a su titular, no admitiendo restricciones al dominio."* Por lo tanto, la sentencia concluye que fue la demandante quien incumplió su obligación y por ello aplica el artículo 1124 del C.C y la doctrina que lo desarrolla según la cual, en las obligaciones recíprocas es necesario el cumplimiento propio para poder exigir el de la otra parte.

Distinta solución fue la adoptada por la sentencia nº 335/2010 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares, dictada el 23 de septiembre del 2010 en el ámbito de una juicio cambiario. En este caso, desestimó el motivo de oposición fundado en el incumplimiento contractual de la ejecutante por falta de entrega del código fuente porque el contrato suscrito por ambas partes excluía expresamente dicha entrega, limitando la obligación a la del código objeto²⁴.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión objeto del proceso, la existencia de plagio de la página web de la actora, el Tribunal se base en la prueba pericial practicada en los autos para sentenciar que *"la página web que actualmente está colgada es una copia de la realizada por el Sr. Juan Enrique, informático de Lex Lutor, apreciando en tres de sus módulos el empleo del mismo lenguaje informático lo que equivale a que es una copia."* Aun cuando el plagio fue realizado por la empresa contratada en segundo término por la demandada y no directamente por ésta, la sentencia le atribuye también la responsabilidad por consentir su realización. Por tal motivo, concluye que tampoco la

²⁴ El fundamento jurídico 2º señala: "En el caso los términos claros del contrato que liga a las partes de 14 de octubre de 2005, sobre producción, diseño, maquetación y programación de una página web, queda claro que fue voluntad de las partes la entrega por parte de Global, autor de la página y titular de la propiedad intelectual, a su cliente del código objeto del programa pero no el código fuente que permite su variación o modificación, que se excluye expresamente en la cláusula legal 3ª aceptada por Acento, por lo que no cabe acudir a las normas interpretativas de los contratos para aclarar que fue intención de los contratantes incluir la entrega del denominado código fuente en la que basa la recurrente la frustración del fin del contrato o aliud pro alio." Respecto a la posible nulidad de esta cláusula con fundamento en la vulneración de la normativa relativa a consumidores y usuarios, el Tribunal no entra a analizarla por tratarse de una cuestión alegada *ex novo* en el recurso de apelación.

demandada ha cumplido el contrato concertado con la demandante y le priva del derecho a exigir la devolución de la parte del precio inicialmente entregada.

La protección individual de los elementos integrantes de la página web se deduce también de la sentencia nº 993/2011 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero del 2012 que resolvió el recurso de casación interpuesto contra la de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de noviembre de 2007.

El supuesto de hecho se centra en una demanda por plagio derivada de la copia de unos manuales de educación en materia informática que fueron trasladados a lenguaje html y distribuidos a través de una página web. Por lo tanto, no se alega la copia de la página sino de parte del contenido de la misma.

Las entidades titulares de los derechos de explotación de los manuales dirigieron su acción contra los titulares de las páginas web y éstos fueron condenados con el siguiente razonamiento: *"La responsabilidad de la recurrente se fundamenta en la titularidad y explotación de las páginas Webs en que se cometieron las infracciones de los derechos de propiedad intelectual de los actores. No hay ninguna base ni siquiera para conjeturar que las demandadas -y entre ellas la recurrente-, desconocían la ilicitud de la actuación, y en cualquier caso correspondía a ellas acreditar la excusa exonerativa, lo que no ha sucedido."*

El caso resuelto por la sentencia nº 306/2005 dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de junio del 2005 también se refiere al plagio de parte del contenido de una página web, concretamente textos colgados en una página dedicada a sellos y etiquetas autoadhesivas que el demandado utilizó en un catálogo de sellos. La comparación de ambas obras llevó al convencimiento del Tribunal la existencia de plagio, pero revocó la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de S. Feliu de Llobregat exclusivamente en la concesión de una indemnización por daño moral en la cuantía de 2.000 €. El argumento para ello es que la infracción cometida por el demandado no le ha ocasionado ningún perjuicio a su prestigio, imagen o consideración. *"Por el contrario, como se ha encargado de acreditar documentalmente el propio deudor, el conocimiento de este hecho en círculos de expertos en filatelia, donde es reconocido el prestigio y conocimiento del actor a través de su página web, lo que ha provocado es indignación hacia la demandada."*

A la vista de las resoluciones señaladas anteriormente, podemos concluir que la Jurisprudencia española concibe las páginas web como obras originales creadas directa o indirectamente por seres humanos que están formadas por uno o más programas de ordenador y otros elementos susceptibles o no de constituir obras independientes, y que tiene la finalidad de comunicar al público a través de Internet, de forma gratuita o no, sus contenidos, hacer ofertas comerciales hasta perfeccionar la contratación de bienes o servicios, servir de enlace con otras páginas, o cualquier otro fin no prohibido.

Por tanto, las páginas web pueden ser protegidas a través de dos medios: como obras independientes a través de los derechos de autor y a través de la protección individual de cada uno de sus elementos siempre que reúnan los requisitos necesarios para ello, para lo cual habrá que determinar cuál es su régimen específico.

III. TITULARIDAD.

No hay obra sin autor hasta el punto de que la ausencia de atribución expresa de la titularidad conlleva la imposibilidad de condena al infractor del derecho de autor por el art. 270 CP, según ha señalado el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de octubre del 2006.

La titularidad de los programas de ordenador se encuentra regulada en el art. 97 LPI y en el art. 2 de la Directiva 2009/24/CE que se corresponde con el también art. 2 de la originaria Directiva 91/250/CEE.

El art. 97,1º LPI considera autor de un programa de ordenador a la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, declaración que coincide con lo previsto en el art. 5 LPI. No obstante, continúa este párrafo reconociendo la condición de autor también a las personas jurídicas "en los casos expresamente previstos por esta Ley". Realmente, estos casos se reducen al previsto en el párrafo siguiente: cuando el programa de ordenador sea una obra colectiva editada o divulgada bajo el nombre de una persona jurídica, y aun en este caso, siempre que no se haya pactado lo contrario.

3.1. La persona jurídica como titular originario. El programa de ordenador como obra colectiva.

Entre la doctrina, la atribución de autoría a las personas jurídicas ha sido objeto de crítica. Así, APARICIO VAQUERO (2015, pág. 38) critica la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser “autoras” de los programas de ordenador y llega a afirmar que su admisión supone “la gran ruptura del régimen de los programas con el Derecho de Autor”.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2012, pág. 211), por su parte, la considera una “ficción legal” pues quienes realmente crean los programas son las personas físicas, si bien la LPI permite la ficción jurídica de considerar titulares originarios del derecho de autor sobre el programa a las personas jurídicas que, en la mayoría de supuestos, actúan como empleadores de esas personas físicas.

ROGEL VIDE y SERRANO GÓMEZ (2008, pág. 128) parecen resistirse a la idea de la autoría de las personas jurídicas e indican que la autoría “en todo caso y por la propia naturaleza de las cosas, solo es referible a las personas físicas, no siéndolo a las jurídicas.”

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 no contemplaba esta posibilidad ni tampoco la Propuesta de Directiva del Consejo del año 1989, pero en cambio sí lo hizo el art. 2 de la Directiva 91/250/CEE.

De forma tangencial se ha pronunciado sobre este tema la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a, en su sentencia de 10 de junio del 2009 para señalar que el régimen previsto en el art. 97,2^o LPI para los programas de ordenador no es aplicable a otro tipo de obras protegidas también por los derechos de autor pues aquéllos “son unas obras que presentan unas características y una problemática específica”. No obstante, parece no darle especial trascendencia a esta cuestión y centrarse en el carácter de ficción legal, pero con equivalente resultado práctico (la atribución originaria de los derechos de explotación a la persona jurídica) cuando señala: *“La espinosa cuestión de la posibilidad de atribuir la titularidad de los derechos morales a la persona jurídica que promueve, coordina y divulga una obra colectiva, y con qué alcance, no es relevante en el caso de autos, pero en todo caso no es controvertido que tal persona jurídica es titular de los derechos de explotación de la obra que corresponden al autor.”*

También reconoce la autoría de las personas jurídicas sobre los programas de ordenador la sentencia de la AP de Burgos, Sección 3^a, de 16 de septiembre de 2010.

De nuevo nos encontramos con la imposibilidad de aplicar la normativa general sobre las obras protegidas por derechos de autor a los programas de ordenador. No obstante, creo que no está de más preguntarse si esta crítica refleja una concepción del derecho de autor anclada en las formas tradicionales de creación, en las que una obra era el resultado del trabajo creativo de una persona o un grupo de ellas perfectamente identificable. Hoy en día, sin embargo, las formas de creación están cambiando. Pensemos, por ejemplo, en una multinacional que desarrolla al mismo tiempo cientos de programas informáticos a través de centenares de trabajadores, muchos de ellos contratados temporalmente y que, posiblemente, ni siquiera seguirán trabajando en la empresa cuando el programa salga al mercado. O pensemos en una obra literaria creada a través de una página web mediante la participación de todo aquél que quiera aportar una frase, un párrafo, incluso una palabra. Podríamos encontrarnos con la participación de centenares de personas (si es que no de miles) que en muchos casos ni siquiera han mostrado su identidad. Evidentemente, estas formas de creación han surgido (están surgiendo, podríamos decir) de los avances tecnológicos que se vienen desarrollando desde mediados del siglo pasado, curiosamente, gracias a la aparición del software. La participación colectiva a escala global era un hecho inimaginable cuando se discutía el Convenio de Berna, en donde no se contiene una referencia específica a los programas de ordenador, pero hoy es ya una realidad.

Tampoco deberíamos perder de vista que la regulación de las personas jurídicas ha evolucionado desde una naturaleza esencialmente empresarial hacia una forma de "protección" personal por motivos fiscales o incluso de otra índole. Buen ejemplo de ello es que los autores que perciben mayores ingresos por sus obras utilizan generalmente la figura de las sociedades mercantiles o de las fundaciones para proteger sus derechos.

Es obvio que las personas jurídicas no pueden ser autores originarios como tampoco pueden firmar un contrato ni cometer un delito, pero tampoco podemos olvidar que los programas de ordenador son, además de una obra protegida por los derechos de autor, un producto empresarial cuya titularidad acaba atribuyéndose a la empresa más que a su autor físico. Así sucede, por ejemplo, con Microsoft y Windows.

En definitiva, la extensión de la condición de autor a las personas jurídicas, en mi opinión, puede constituir una garantía para la protección de los derechos morales.

3.2. Programas creados por trabajadores.

El párrafo 4º del art. 97 LPI regula el régimen de las obras creadas por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empresario. En estos casos, la titularidad de los derechos de explotación del programa, tanto el programa fuente como el programa objeto (especifica el precepto) serán de titularidad del empresario salvo que se haya pactado otra cosa. Comprende tanto los supuestos en los que existe una relación laboral como funcional (STS, 1ª, de 21 de junio del 2007; SAP Girona de 3 de marzo de 2010; SAP Granada de 18 de enero de 2008).

Por el contrario, no se transmite la titularidad de los derechos de explotación cuando el programa fue creado por propia iniciativa del trabajador y no por ser ésta su tarea o cometido ni tampoco por haber sido encargado expresamente y con indicaciones concretas por el empresario (STS, 1ª, de 21 de junio del 2007). Matiza esta misma resolución que *“no es lo mismo con ocasión del trabajo que en el “desempeño normal de su puesto de trabajo”, que es el supuesto al que la Ley se refiere; y tampoco es lo mismo colaborar en la idea, o hacer indicaciones sobre el resultado o aspectos del mismo que se desean, que proporcionar “instrucciones sobre la creación”* (f.j. 4º).

Tampoco se produce la transmisión cuando el trabajador utiliza un programa en su puesto de trabajo con autorización del empresario y como una mejora para el desempeño de su actividad ni tampoco cuando el trabajador mejora el programa ya existente de mutuo acuerdo con el empresario (STSJ Andalucía (Málaga), Sala de lo Social, de 1 de febrero de 2002). Tampoco cuando se exige el desarrollo de un programa en el concurso-oposición (STS de 21 de junio del 2007).

La sentencia del Tribunal Supremo nº 696/2007, Sala 1ª, de lo Civil, 21 de junio de 2007 resuelve el caso de un trabajador que, desempeñando el puesto de operador de consola como auxiliar informático de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, realizó un programa susceptible de ser utilizado tanto para la tramitación de expedientes sancionadores tramitados por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como para otros fines. En este caso, tanto la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 10 de febrero del 2000 como la del Tribunal Supremo coinciden en señalar que el trabajador demandante no fue contratado y que éste demostró haber ideado y creado el programa, dedicándose a ello en su propia casa y en horas distintas a las laborales.

La entidad demandada, en cambio, no probó con el necesario rigor que se le dieran instrucciones específicas al demandante para crear el programa ni que se le relevara de toda otra función en la Delegación para ello, ni siquiera que en el lugar de trabajo existieran medios materiales aptos para la elaboración del mismo, hechos que, “*de ser ciertos*, serían de fácil y contundente prueba”.

Finalmente, analiza también esta sentencia la trascendencia de la colaboración de otros compañeros de trabajo y la califica de “*accesoria*” pues se limitó a configurar los detalles de uso -refiriéndose el demandante concretamente al tipo de letra-, que en nada obstan a la paternidad del programa. Tampoco se puede deducir de ello una prueba inequívoca de obrar por encargo y cuenta de la demandada.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo distribuye la carga de la prueba entre el trabajador y el empresario haciendo recaer la misma en función de las pretensiones que deducen cada uno de ellos. Así, el trabajador deberá acreditar que realizó el programa con independencia de su actividad laboral mientras que el empresario tiene la carga de demostrar que el trabajador fue contratado para la confección del programa o, en su defecto, que le encomendó expresamente dicho trabajo con aceptación del trabajador y, además, que le proporcionó a éste los medios necesarios para dicha labor.

Supuesto distinto del programa realizado por un trabajador es el del contrato de ejecución de obra que analizaremos más adelante.

Como curiosidad, mencionaremos finalmente un par de sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa que deniegan la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual de un programa de ordenador elaborado por un trabajador por no haber aportado el contrato justificativo de la relación laboral. Se trata de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de octubre del 2004 y 29 de mayo del 2007. En ambos casos se confirma la decisión del Registrador señalando esta última que el cumplimiento de este requisito no es una cuestión meramente formal sino de legalidad procedimental de carácter necesario y de obligado cumplimiento pues se trata de revisar la regularidad de una posible inscripción.

3.3. *Programas generados automáticamente.*

En torno a la titularidad de los programas generados automáticamente, nos parece interesante transcribir el contenido del párrafo 5 del artículo 2 de la *Propuesta de Directiva del Consejo sobre protección jurídica de programas informáticos* cuyo

Memorándum fue publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea C-91 de 12 de abril de 1989. Dice así:

“5. Como se señala en el apartado 1.4b), es cada vez mayor el número de obras que se elaboran utilizando un programa de ordenador que sirve de instrumento para generar nuevos programas. Cabe preguntarse si la autoría de tales programas generados por el primer programa informático debe reconocerse al creador de este último o a la persona que lo utiliza para la creación de otras obras. Dado que el primer programa no es diferente en sus funciones de cualquier otra herramienta utilizada para la creación de una obra, como, por ejemplo, un manual de instrucciones que permite elaborar una segunda obra, parecería pertinente que la persona que haga uso de la herramienta para crear programas deba recibir la consideración de creador de los mismos. En la práctica, dicha persona sería el operador del ordenador, o las personas físicas o jurídicas con facultad para ejercer los derechos sobre programas cuya elaboración han encargado o que han sido elaborados por sus empleados. En tales circunstancias, resultaría difícil sostener que quepa la posibilidad de reclamar el derecho a la paternidad de un programa generado por una máquina. La intervención humana en la creación de programas mediante máquinas es a veces relativamente modesta y lo será cada vez más en el futuro. No obstante, siempre hay un “autor” humano, en sentido amplio, que es quien ha de gozar del derecho a reclamar la “autoría” del programa.”

Ninguna referencia se hace en las Directivas aprobadas por la Unión Europea en materia de programas de ordenador.

Las *Disposiciones Tipo para la Protección del Soporte Lógico* publicados por la OMPI en 1978 también se plantea esta posibilidad en el apartado c) del Comentario al artículo 2. Señala:

“c. Cabe preguntarse si el creador de un programa de ordenador que genera otro programa de ordenador puede ser considerado como el creador de este segundo programa. Lo típico en esta situación es que el creador elabore un programa “matriz”, concebido de forma que tenga una amplia gama de aplicaciones y prevea una variedad de funciones diferentes. Un programa generador selecciona las partes apropiadas del programa matriz, vincula esas partes y genera el nuevo programa, quedando de esta forma contenidas todas las partes en el programa matriz. Esta es una cuestión que debería solventarse caso por caso. En la situación

antes descrita, el creador del programa matriz también sería considerado probablemente como el creador del nuevo programa; pero, aunque no fuera así, sus derechos serían extensivos a todo nuevo programa que fuera substancialmente similar al programa matriz a partir del cual se hubiera generado (véase el Artículo 5, párrafos vi) a viii), junto con el párrafo iv)). La cuestión de los programas generados también se evoca más adelante, en el contexto de la originalidad (véase el comentario sobre el Artículo 3, punto d.)."

Este último comentario plantea desde el punto de vista de la originalidad el supuesto de que una persona elabore un programa de ordenador a partir del programa matriz no implica de por sí que no sea original, pudiendo serlo totalmente o en parte y en este último caso los derechos conferidos por la ley deberían extenderse únicamente a los aspectos originales. No obstante, concluye que la originalidad deberá comprobarse caso por caso.

En España, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2013, pág. 107) estima que las obras realizadas por una máquina, como la traducción realizada por un programa de ordenador, no tienen la condición de obras en el sentido del art. 10 LPI. No obstante, considera que sí son protegibles las obras creadas por un autor humano utilizando elementos u objetos de la naturaleza o una máquina, pero siempre que aquél realice una aportación propia.

Ni la Ley de Propiedad Intelectual ni la Jurisprudencia han dado respuesta a esta cuestión, no obstante, entiendo que es necesario remitirse al contenido del contrato de licencia en virtud del cual es utilizado el programa matriz para realizar el subsiguientes programa.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR.

4.1.- *Derechos morales.*

La consideración de los programas de ordenador como obras literarias debería implicar, *a priori*, la atribución a sus autores de todos los derechos que integran la propiedad intelectual, tanto los de carácter moral como patrimonial. Es cierto que ni la regulación europea ni la nacional española se ocupan expresamente del derecho moral en el ámbito de los programas de ordenador, pero la omisión parece obedecer a la necesidad de compatibilizar el concepto de *copyright* del derecho anglosajón (ajeno a la idea de los derechos morales de los autores) con el derecho de autor de la Europa continental, en el caso de la primera; y a una transposición poco afortunada de la Directiva, en la segunda norma citada.

Parte de la doctrina ha resaltado la dificultad de aplicar el derecho moral a los programas de ordenador como consecuencia de la naturaleza fundamentalmente utilitaria de estos bienes y resaltan este hecho como un argumento contra la protección de los programas a través de los derechos de autor²⁵. No obstante, DELGADO ECHEVERRÍA (en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1997)) resalta que *“Tras la publicación de la Directiva, ninguna duda cabe de que el derecho moral ha de ser reconocido a los autores de programas de ordenador, al menos en la medida exigida por el Convenio de Berna (revisado en París, 1971, art. 6º bis: paternidad e integridad) para las obras literarias y, en todo caso, con la misma amplitud con que la legislación interna lo reconozca a los demás autores de obras literarias.”* Y concluye que los autores de programas de ordenador gozarán en España de la protección del art. 14 LPI con la limitación del número 4 del artículo 100.4 LPI que hace referencia a la realización, salvo pacto en contrario, de versiones sucesivas del programa y a la creación de programas derivados del mismo por parte del cesionario titular de los derechos de explotación.

La Jurisprudencia española no pone en duda la aplicación de los derechos morales a los programas de ordenador. No obstante, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, de 26 de octubre de 1999, fundamento jurídico 3º, los derechos morales no se encuentran protegidos en el ámbito penal: *“La configuración que el legislador ha otorgado a los delitos contra la propiedad intelectual en el presente Código Penal los articula haciendo la puesta en peligro o*

²⁵ BERCOVITZ (1997) pág. 1381. También hace referencia a la restricción del derecho moral en Francia.

lesión del bien jurídico protegido que no es otro que los derechos de autor, más concretamente su propia ubicación sistemática así lo hace presagiar, aquéllos que ostentan carácter patrimonial, los de explotación, lo cual no priva que puedan incurrir a su vez, las acciones que supongan un ataque hacia ellos, en una lesión o ataque respecto a los derechos de tipo moral. Así pues, puede concluirse que el tipo estudiado protege de manera principal intereses patrimoniales, los derechos de explotación del autor o de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual o sus cesionarios.”

Según esta resolución, los derechos morales sólo pueden ser protegidos a través de la Jurisdicción penal de forma indirecta, es decir, cuando su vulneración implique también la de un derecho patrimonial o económico. Por lo tanto, el legislador ha considerado que los derechos morales en sí mismos merecen un nivel de protección inferior a los derechos económicos aunque ambos se deriven del mismo hecho: la creación de una obra original literaria, artística o científica. Parece, por ello, que el bien jurídico protegido no es tanto la creación intelectual como el rendimiento económico que de ella se deriva. Como señala también la sentencia reseñada, nos hallamos ante una decisión legislativa cuando menos discutible y, añadimos nosotros, que genera situaciones contradictoras. Por poner un ejemplo, no es delito divulgar una película inédita sin consentimiento de su autor salvo que se cobre por ello.

En España, los derechos morales se protegen a través del artículo 14 LPI. En este precepto se contemplan diferentes actos y facultades que, en su conjunto, reciben el nombre de “derecho moral” y que constituyen *numerus clausus* no susceptibles de ampliación mediante la interpretación o la analogía. Junto con el reconocimiento de los derechos morales esenciales protegidos por el art. 6bis del Convenio de Berna (paternidad e integridad) la ley española amplía su ámbito a otras facultades relacionadas con la divulgación (derecho a divulgar o no la obra y a hacerlo, en su caso, con su nombre, seudónimo, signo o de forma anónima) y la comercialización de la misma (retirar la obra por cambio de las convicciones intelectuales o morales) así como con la modificación por el autor y el acceso al ejemplar raro o único para el ejercicio de los derechos de autor.

Respecto al derecho a la integridad de la obra, nos parece relevante la sentencia nº 6/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 14 de enero de 2008 y, concretamente, en su fundamento jurídico cuarto que señala:

"Por tanto, el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el programa preexistente tiene el derecho de autorizar la adaptación o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, y en ese negocio jurídico de transformación lo esencial será no tanto la autorización para transformar la obra original como la autorización para explotar la obra derivada, fijando los términos económicos en que tal autorización se produce. Pero una vez producida tal autorización (y la mayor o menor sagacidad del autor de la obra preexistente al negociar la concreción de los beneficios económicos que su autorización le reportará no impide que la autorización produzca efectos), la obra derivada creada por el beneficiario de la autorización goza de modo independiente de la protección de la Ley de Propiedad Intelectual (art. 96.3 de la Ley de Propiedad Intelectual) y los derechos de propiedad intelectual sobre la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, en nuestro caso la sociedad demandante (art. 99.b in fine en relación al art. 21.2, ambos de la Ley de Propiedad Intelectual)."²⁶

Esta resolución concibe el derecho de transformación como un negocio jurídico, olvidando el límite fijado por el art. 100.4.4º LPI, que permite al cesionario, salvo pacto en contrario, realizar versiones del programa e incluso programas derivados del preexistente²⁷. Pero, desde el punto de vista del derecho moral, parece olvidar también el derecho a la integridad de la obra en la medida en que estima que lo sustancial es el acuerdo económico frente a la autorización para transformar la obra.

El derecho de transformación implica necesariamente la modificación de la obra y, por tanto, afecta de forma directa al derecho del autor a la integridad de la misma que es un derecho irrenunciable e inalienable (art. 14 LPI).

²⁶ El subrayado es nuestro.

²⁷ El supuesto de hecho resuelto por la sentencia es el siguiente: una empresa reclama la titularidad del programa de ordenador denominado Clíclax (también la marca del mismo nombre) a un antiguo administrador que lo ha inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad Intelectual. Dicha resolución declara probado que este programa es una transformación del programa Hyperlex que el demandado creó durante su actividad para la sociedad actora, pero concluye que esta transformación fue realizada por la demandante, no por el demandado, por lo que revoca la sentencia de instancia y estima la demanda.

4.2. Derecho de reproducción.

El art. 4.1.a) de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (versión codificada) reconoce el derecho exclusivo del titular a la *"reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa de ordenador necesitan tal reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho."* En similares términos se reconoce este derecho en el art. 99 LPI.

El art. 18 LPI define el concepto de reproducción como *"la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias."*

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha perfilado el derecho de reproducción fundamentalmente a través de tres resoluciones dictadas para resolver diversas cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales nacionales. Son la sentencia de 16 de julio del 2009 (asunto C-5/08. Infopaq v. Danske), la de 2 de mayo de 2012 (asunto C-406/10. SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd.) y la de 10 de abril de 2014 (asunto C-435/12. ACI Adam BV v. Stichting de ThuisKopie).

La primera de ellas (**STJUE de 16 de julio de 2009**) resuelve las cuestiones planteadas por un Tribunal de Dinamarca en relación con un litigio originado por la utilización de extractos de artículos de prensa sin autorización de los titulares de los derechos para la elaboración de una base de datos con fines comerciales. A la hora de analizar la primera cuestión planteada²⁸, el TJUE introduce las siguientes precisiones:

a) Las actividades protegidas por el derecho de reproducción deben ser interpretadas en sentido amplio, de tal forma que puede considerarse como tal la reelaboración de un extracto de una obra en once palabras consecutivas (apartados 41 y 48 de la sentencia).

b) Para que un acto de reproducción esté exento del derecho de reproducción deben concurrir, acumulativamente, cinco requisitos (apartado 54):

²⁸ La pregunta dice así: "¿Pueden considerarse actos de reproducción en el sentido del artículo 2 de la Directiva [2001/29] el almacenamiento y posterior impresión de un extracto de un artículo en un diario, que consiste en un término de búsqueda y las cinco palabras anteriores y posteriores a éste?"

- 1.- Provisionalidad del acto.
- 2.- Transitoriedad del acto.
- 3.- Que la reproducción forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico.
- 4.- La finalidad de la reproducción debe consistir en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita.
- 5.- Que el acto de reproducción no tenga una significación económica independiente.

El Tribunal insiste (apartado 55) en que estos requisitos deben ser acumulativos, por lo que la falta de uno solo implica que el acto de reproducción no quede exento y, además, deben ser interpretados restrictivamente (apartado 56).

Finalmente, nos ofrece un criterio interpretativo sobre el concepto de transitoriedad (apartado 64) resaltando que *"ningún acto puede calificarse "transitorio", con arreglo al segundo requisito contemplado en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29, si excede del tiempo necesario para el buen funcionamiento del procedimiento técnico considerado ..."*²⁹

La segunda de las resoluciones antes indicadas (**STJUE de 2 de mayo del 2012**) se dictó como respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la High Court of Justice (England & Wales), Chancery División, del Reino Unido como consecuencia de la demanda presentada por el SAS Institute contra la empresa World Programming Ltd. que, después de estudiar y analizar el lenguaje de programación denominado "Base SAS" de la demandante, creó, a su vez, el "World Programming System" (WPS), concebido para emular lo más posible la funcionalidad de los componentes del SAS. Asimismo la demandante acusa a la demandada de copiar los manuales del sistema SAS publicados por aquella.

En este caso, el Tribunal estima que existe reproducción ilícita de los manuales cuando tal reproducción *"constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual de utilización del programa de ordenador protegido por los*

²⁹ LETAI (2012) p. 4 resalta la "confusión" sobre los distintos tipos de reproducciones temporales.

derechos de autor, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente."

La reproducción ilícita, por tanto, se produce cuando se transmite la expresión de la creación intelectual del autor de la obra protegida.

Sobre este aspecto profundiza la última de las sentencias reseñadas, la **STJUE de 10 de abril de 2014**. Surge esta resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) como consecuencia de litigio suscitado por una empresa fabricante de soportes de datos vírgenes (CD y CD-R) en relación con el canon por copia privada.

Por lo que afecta a los programas de ordenador³⁰, la resolución concreta el alcance de las excepciones y limitaciones al derecho de reproducción fijando la siguiente doctrina:

1.- Las excepciones y limitaciones al derecho de reproducción podrían ser fijadas por los Estados miembros con arreglo a sus tradiciones jurídicas (apartados 21 y 34).

2.- Recuerda la doctrina de la sentencia de 16 de julio de 2009 (asunto Infopaq) respecto a interpretación restrictiva de dichas excepciones y limitaciones (apartados 21 a 23).

3.- Se aplicarán únicamente en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho (apartado 24).

4.- Los Estados miembros pueden ser más restrictivos que la Directiva al fijar las excepciones y limitaciones, pero no ampliar el alcance de las mismas (apartado 27).

La sentencia reconoce también la posibilidad de establecer límites a la copia privada, aun cuando en el caso de los programas de ordenador, se encuentra restringida por el art. 5.2 de la Directiva sobre programas de ordenador y el art. 100.2 LPI.

³⁰ La Directiva 2009/24/CEE, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, en su artículo 5.2º, así como el art. 100.2 LPI reconocen la posibilidad de la copia privada de un programa únicamente cuando se trate de una copia de seguridad ("salvaguardia", dice la Directiva) que sea necesaria para su uso, por lo que cualquier otra copia privada precisa la autorización del titular.

La **Jurisprudencia española** se ha ocupado del derecho de reproducción fundamentalmente en los casos de copia o tenencia ilegal de programas de ordenador.

Así sucede en el supuesto de hecho resuelto por la Sentencia nº 16/2001 de la AP Sevilla, Secc. 2ª, de 3 de enero del 2001 en el que se hallaron instalados en el ordenador de la empresa demandada diversos programas con el mismo número de serie, por lo que el Tribunal deduce que son reproducciones no autorizadas de un mismo ejemplar.

El Auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 11 de febrero del 2014, en un supuesto similar al anterior, añade, además, que *"para que las copias de seguridad no fuesen ilícitas deberían de proceder de programas lícitos."*

Por lo que se refiere a la prueba de la licitud del programa, la sentencia nº 387/2013 de la AP Asturias, Secc. 1ª, de 19 de diciembre del 2013, refiere que corresponde al poseedor o usuario de los programas y califica de "prueba definitiva" a las facturas de compra o contratos de arrendamiento de servicios pues las licencias, por sí mismas, *"no permite determinar con certeza la identidad del licenciatario"*. Añade que, además, la *"tarea de comprobar la naturaleza de un programa informático es compleja y puede basarse en la detección de indicios tales como anomalías en las fuentes de instalación, utilización de claves publicadas en páginas web de Internet, o utilización de programas de generación de claves. Pues bien, en los equipos arriba citados (MCARP, GMBPC y AAGPC) se pudo comprobar que las claves utilizadas para acceder a los programas protegidos estaban publicadas en páginas web de Internet."*

Finalmente, la sentencia nº 373/2012 de AP Madrid, Sección 3ª, 28 de Junio de 2012 confirma la necesidad de la autorización del titular de los derechos para la copia privada de programas de ordenador.

Finalmente, haremos referencia al caso de las redes P2P y su repercusión respecto al derecho de reproducción.

Para LETAI³¹ (2012), p. 21, podemos decir que *"las redes de intercambio P2P se basan en la utilización de un software que es puesto gratuitamente en Internet a disposición de los usuarios, permitiéndoseles el acceder a una suerte de plataforma virtual en la que se encuentran conectados otros internautas de forma simultánea."*

³¹ Sigue en este punto a R. SÁNCHEZ ARISTI.

La Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia nº 103/2014 de 31 de marzo del 2014 las define del siguiente modo: "*Los protocolos "Peer to Peer" (ó P2P) son una herramienta tecnológica que permite la conexión entre ordenadores y con ello el que diversos sujetos puedan compartir contenidos que alojan en una carpeta común de sus respectivos ordenadores personales. La instalación de dichos programas permite a los usuarios de los mismos establecer una comunicación directa en red entre ellos, sin necesidad de una intervención de apoyo por parte del que les suministró el software, que posibilita de forma muy eficiente que se intercambien entre sí archivos digitales. En concreto, las aplicaciones MP2P, que constituyen un modelo evolucionado de protocolos P2P de tipo descentralizado, están diseñadas para permitir el intercambio de archivos de audio (ogg, mp3 y wma – aunque luego ha sido ampliado a otras posibilidades) mediante la interconexión vía Internet entre los ordenadores que tienen instalada alguna de ellas.*"

Según la sentencia nº 470/2013 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, a través de las redes P2P se infringen los derechos que la Ley de Propiedad Intelectual reserva en exclusiva a los autores, tales como los derechos de reproducción y comunicación pública, tal y como ya había concluido la misma Sección en las sentencias de 24 de febrero y 7 de julio de 2011.

El uso de estas redes ha llegado incluso a debatirse en el ámbito penal por cuanto puede ser constitutivo de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 del Código Penal. La sentencia de 30 de octubre del 2013 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Castellón, resume y analiza las dudas de la Jurisprudencia sobre esta materia y, en el caso que resuelve, opta por condenar al acusado por un delito continuado de los arts. 270.1 y 272 y 74 del Código Penal a la pena de 18 meses de prisión, multa y, entre otras accesorias, a la inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier actividad relacionada con la creación y gestión de páginas web por tiempo de tres años, además de al abono de la correspondiente indemnización a los titulares de los derechos afectados.

4.3. Derecho de distribución.³²

El derecho de distribución regulado en el art. 19 LPI, y aplicable a los programas de ordenador en virtud de la previsión del art. 99.c), constituye, junto con el derecho de

³² Sobre el origen del derecho de distribución, vid. BERCOVITZ (1997), comentario al art. 99 LPI.

reproducción, la principal fuente de litigios sobre los derechos de autor de los programas de ordenador. La característica principal de este derecho patrimonial se encuentra en la puesta a disposición del público del original o una copia de la obra *"en un soporte tangible"* mediante la venta, alquiler, préstamo o a través de cualquier otra figura jurídica. Se diferencia así de la comunicación pública, acto que no precisa de la transmisión del soporte tangible que se exige para el derecho de distribución.³³

En el ámbito de los programas de ordenador, la Sentencia nº 1097/2014 de Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, 23 de Octubre de 2014, en su fundamento jurídico 2º, nos ofrece los criterios aplicables para diferenciar ambos derechos. La resolución comienza declarando que *"el uso público de copias pirateadas constituye innegablemente una infracción de la LPI"* y continúa analizando la conducta del siguiente modo:

"Más forzada aún es la inclusión de la conducta del acusado en la acción típica de "comunicar públicamente" los programas, como también apunta la acusación particular, y que no se corresponde en ninguno de los supuestos del art. 20. 1 LPI con ninguna acción semejante a la aquí tratada.

Cierto es que la doctrina de las Audiencias se inclina mayoritariamente por la calificación de hechos muy semejantes como delito del art. 270.1 en su modalidad de distribución. Lo anterior se lleva a cabo desde diversos argumentos.

Así, por ejemplo, desde los vertidos en la SAP Madrid, sección 3ª, de 28 de mayo de 2014 (Rollo 82/2014) que simplemente refiere entrar en el ámbito del art. 270 al que adquiere de "forma ilícita el programa y lo explota con un indubitada ánimo de lucro sin realizar contraprestación alguno al creador intelectual" o la muy concienzuda y elaborada SAP Castellón, sección 2ª, de fecha 25 de septiembre de 2013, rollo 378/2013, que discute con otros criterios de otras audiencias sobre el alcance del concepto de "distribución".

Ciertamente, la ratio de la inclusión de la distribución entre las conductas típicas del art. 270 no puede ser sino el intento de conseguir que esas copias piratas (ya efectuadas) lleguen al público. Es cierto que el art. 270 recoge como acciones típicas los verbos de los que hace uso la LPI (reproducir, distribuir, comunicar públicamente). Pero lo anterior no significa que

³³ BERCOVITZ (2012, págs. 79 y 80) *"Todos aquellos modos de explotación que no permitan la incorporación física de la obra a un soporte material no pueden ser considerados como distribución en sentido técnico"*, y pone como ejemplo de acto que no constituye distribución *"el acceso a una base de datos"*.

necesariamente el art. 270 sea una norma penal en blanco que se remita en bloque para integrar esos verbos típicos al contenido del art. 19 LPI."

A continuación, el Tribunal dedica su argumentación a concluir que el concepto de distribución recogido en el art. 270 CP no debe entenderse como remisión al art. 19 LPI o, lo que es lo mismo, que el concepto del tipo penal es más amplio que el de la Ley de Propiedad Intelectual, cuestión que analizaremos más adelante.

A ello debemos añadir la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 17 de abril de 2008 (caso C-456/06. Peek & Cloppenburg KG contra Cassina SpA) según la cual no cabe dar *"una interpretación extensiva al concepto de distribución del original de una obra o de una copia de ella"*³⁴ y concluye que solo la transmisión de la propiedad del programa implica el agotamiento del derecho de distribución. En España, se ha pronunciado en el mismo sentido la sentencia nº 387/2013 de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, 19 de Diciembre de 2013.³⁵ *"y en este sentido el Juez de lo Mercantil rechaza con acierto la posibilidad de entender aplicable el agotamiento al caso que nos ocupa toda vez que no cabe confundir los efectos limitados que se derivan de la obtención de la licencia de uso, tal y como aparecen descrito en el art. 99 c) párrafo segundo, con los de la "venta u otro título de transmisión de la propiedad" en cuanto que presupuesto normativo exigido para el agotamiento de los derechos de autor, consideraciones todas ellas que suponen el rechazo del recurso de apelación en los extremos examinados."*

Por otra parte, el requisito de la tangibilidad del soporte genera problemas de difícil solución cuando nos encontramos con programas de ordenador descargados a través de Internet. En este sentido, no está de más recordar el Preámbulo de la Ley 23/2006 que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y que, en su apartado II, dice: *"La novedad más destacable en el catálogo de derechos está representada por el reconocimiento explícito en esta ley del derecho de puesta a disposición interactiva, es decir, aquel en virtud del cual cualquier persona puede*

³⁴ Apartado 40, y continúa en el 41: *"... ni el mero hecho de ofrecer al público la posibilidad de usar las reproducciones de una obra protegida por derechos de autor ni la exposición al público de dichas reproducciones sin que se conceda siquiera la posibilidad de usarlas pueden constituir tal forma de distribución."*

³⁵ F.J. 4º: *"... y en este sentido el Juez de lo Mercantil rechaza con acierto la posibilidad de entender aplicable el agotamiento al caso que nos ocupa toda vez que no cabe confundir los efectos limitados que se derivan de la obtención de la licencia de uso, tal y como aparecen descrito en el art. 99 c) párrafo segundo, con los de la "venta u otro título de transmisión de la propiedad" en cuanto que presupuesto normativo exigido para el agotamiento de los derechos de autor, consideraciones todas ellas que suponen el rechazo del recurso de apelación en los extremos examinados."*

acceder a las obras desde el lugar y en el momento que elija. Constituye ésta una modalidad del actual derecho de comunicación pública que, teniendo en cuenta los amplios términos en los que el derecho está definido en el texto refundido, se ha venido entendiendo que quedaba incluida en él. No obstante, se incluye expresamente, en aras de la claridad y de una mayor seguridad jurídica, lo previsto en la Directiva en sus justos términos, por lo que la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de esta ley. Conforme a ello, se atribuye expresamente a los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión y a los productores, sean de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, un derecho exclusivo sobre esta modalidad de comunicación pública.

La reforma, por tanto, no altera el concepto tradicional de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, sino que introduce los matices derivados del nuevo entorno en el que se crean y explotan las obras y las prestaciones.”

Parece indiscutible, a la luz de esta declaración legislativa, que el uso o descarga de un programa de ordenador a través de Internet constituye un acto especial de comunicación pública que el Preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual denomina “puesta a disposición interactiva”, por lo que, en principio, debería descartarse la aplicación del derecho de distribución en estos supuestos. Pero esta conclusión presenta un inconveniente: solo el derecho de distribución es susceptible de agotamiento y, por ello, las segundas y ulteriores transmisiones de los programas precisarían la autorización del titular de los derechos. De este modo, la adquisición de un programa de ordenador a través de un soporte tangible (un DVD, por ejemplo) agotaría el derecho de distribución en la Unión Europea y, por tanto, permitiría a su adquirente volver a enajenarlo sin autorización del titular de los derechos incluso a cambio de un precio. Por el contrario, la adquisición del mismo programa a través de la descarga de la página web del fabricante, no llevaría implícita esta facultad.

El trato que la Ley otorga a ambas situaciones no parece, por tanto, coherente ni respetuoso con el principio de igualdad. Con las descargas a través de Internet, el bien intangible se ha vuelto todavía más intangible y la Ley no sabe cómo tratarlo. Esto es lo que parece que pensaron los miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resolvió el asunto C-128/11, dirimido entre las entidades UsedSoft, como demandada y Oracle International, como demandante, y decidido a través de la sentencia de 3 de julio de 2012.

La decisión, muy criticada³⁶ (añadir nota con el comentario de Aparicio), se justifica en el apartado 63 de la sentencia, con el siguiente argumento:

“63 En circunstancias como las concurrentes en el litigio principal, limitar la aplicación del principio de agotamiento del derecho de distribución, previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, únicamente a las copias de programas de ordenador vendidas en un soporte material permitiría al titular de los derechos de autor controlar la reventa de las copias descargadas de Internet y exigir, en cada reventa, una nueva remuneración, siendo así que la primera venta de la copia de que se trate ya habría permitido al titular obtener una remuneración apropiada. Semejante restricción a la reventa de copias de programas de ordenador descargadas de Internet excedería de lo necesario para preservar el objeto específico de la propiedad intelectual de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia Football Association Premier League y otros, antes citada, apartados 105 y 106).”

El argumento de “justicia material” no parece el más recomendable cuando contradice claramente la Ley, pero se trata de una interpretación del TJUE de una norma comunitaria, lo que obliga a los Tribunales de los Estados miembros a seguir su doctrina³⁷.

Por lo tanto, en España nos hallamos ante el dilema de aplicar la Ley de Propiedad Intelectual y calificar las descargas de software como una puesta a disposición interactiva o, lo que es lo mismo, comunicación pública o seguir la interpretación del TJUE que las califica como actos de distribución. En el primer caso, la venta de programas de ordenador de segunda mano podría ser ilegal mientras que, en el segundo, la conclusión debería ser justamente la contraria.³⁸

³⁶ APARICIO VAQUERO (2014, pág. 64): *“No obstante, dicha interpretación es, en ocasiones, excesiva pues más allá de intentar buscar la voluntad del legislador o de la norma, están reformulando ésta y “creando” Derecho. Y, además, lo hacen (como sucede en el caso UsedSoft por parte del TJUE), sobre razonamientos jurídicos muy endeble, cuando no directamente ilógicos.”* Desde otro punto de vista, para MINERO ALEJANDRE (2012, pág. 179) *“la implantación de los servicios en la nube dejará sin apenas eficacia el contenido de esta sentencia” ... “el que se tenía por el más importante litigio sobre programas de ordenador de las dos últimas décadas, pasará más desapercibido de lo que nadie hubiera podido imaginar.”*

³⁷ El TJUE insiste en atribuirse la competencia exclusiva sobre la interpretación de las disposiciones que conforman el Derecho comunitario cuando la normativa no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance (sentencia de 16 de julio de 2009, C-5/08, caso Infopaq v. Danske Dagblades, apartado 27, en donde cita otras resoluciones anteriores).

³⁸ La sentencia analiza también en profundidad el requisito de la transmisión lícita del programa e introduce su propia interpretación de las consecuencias del contrato de licencia (a nuestro entender, careciendo de competencia) que analizaremos más adelante.

En España, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 23 de octubre de 2014, más arriba reseñada, revoca la del Juzgado de lo Penal al entender que no se distribuyen programas de ordenador cuando se ponen a disposición de los clientes terminales de ordenador para su conexión a Internet. Reproducimos parte de su fundamento jurídico segundo.

“En ese sentido, si bien la definición legal [del derecho de distribución] es plenamente válida (como no puede ser de otro modo) a los efectos de las acciones de la LPI, no parece admisible por ser una interpretación contraria al principio de legalidad y que roza la analogía contra reo entender que la puesta a disposición mediante precio de terminales a los clientes para acciones como consultar internet, enviar correos electrónicos, establecer comunicaciones inalámbricas etc., constituya propiamente un alquiler de los programas y aplicaciones que permiten esas acciones, o que cabalmente pueda decirse que se les estén "distribuyendo tales programas", y menos aún que sea tolerable entender que esa distribución se hace "de cualquier otro modo", expresión que no satisface las mínimas exigencias de tipificación penal.

En consecuencia, y atendiendo a las anteriores consideraciones, no puede entenderse que la acción descrita en sede de hechos probados pueda integrarse en los verbos típicos del art. 270.1 CP, razón que lleva a la estimación del recurso de apelación interpuesto por la defensa, sin perjuicio de las acciones civiles de las que eventualmente quisiera hacer uso la entidad perjudicada.”

En nuestra opinión, estas resoluciones demuestran que los programas de ordenador, así como todas las creaciones que derivan o se apoyan en ellos, presentan unas características peculiares que merecen una regulación que garantice la seguridad jurídica tanto desde el punto de vista de los derechos de sus autores como de los adquirentes de los mismas y las transacciones de las que puedan ser objeto.

4.4. Derecho de comunicación pública.

El derecho de comunicación pública es el único de los cuatro derechos de explotación del art. 17 LPI que no se reconoce expresamente en el art. 99 LPI para los programas de ordenador. BERCOVITZ (2012, pág. 216) explica esta omisión por la ausencia también del reconocimiento de este derecho en la Directiva 91/250 (y posteriormente en la Directiva 2009/24/CE), así como por la amplitud del derecho de reproducción, que implicaría la imposibilidad de comunicar públicamente un programa sin que se produzca la reproducción. No obstante, concluye que también debe reconocerse el derecho de comunicación pública del art. 17 LPI a los autores de

programas de ordenador. Como veremos a continuación, la Jurisprudencia tanto española como europea no parecen tener ninguna duda sobre esta cuestión.

Si seguimos la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de marzo de 2013 (asunto C-607/11. *ITV Broadcasting v. TVCatchup*) debemos entender que el derecho de comunicación pública *“incluye todo tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, efectuada por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la radiodifusión.”* (Apartado 23). Es un derecho que debe entenderse en sentido amplio (apartado 52 de la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010. C-393/09. *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany*) y la autorización para incluir las obras protegidas en una comunicación al público no agota el derecho de autorizar o prohibir otras comunicaciones de esas obras al público.

Dos son, por tanto, los elementos integrantes de este derecho: la comunicación y el público. Respecto al primero, se admite cualquier medio de transmisión pues el objetivo principal de la Directiva 2001/29 es lograr un elevado nivel de protección en favor, entre otros, de los autores, con el fin de que estos puedan recibir una compensación adecuada por el uso de su obra (sentencia TJUE de 7 de marzo de 2013. C-607/11. *ITV Broadcasting v. TVCatchup*). No es necesario que la comunicación llegue efectivamente al público, basta con la mera posibilidad³⁹. En cuanto al concepto de público, la sentencia que resolvió el caso C-607-12 señala en su apartado 32: *“... de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el concepto de público mencionado en esa disposición hace referencia a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas (véase en ese sentido la sentencia SGAE, antes citada, apartados 37 y 38, y la jurisprudencia citada).”*⁴⁰

La reseñada sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2014 (C-466/12. *Nils Svensson v. Retriever*) añade un matiz al requisito del público en su apartado 24 cuando señala que: *“para poder ser incluida en el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, también es necesario que una comunicación como la controvertida en el litigio principal –que se refiere a las mismas obras que la comunicación inicial y que ha sido realizada a través de Internet como la comunicación inicial, es decir, con la misma técnica,– se dirija a un público nuevo, a saber, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público (véanse, por analogía, la sentencia SGAE, antes citada, apartados 40 y 42; el*

³⁹ Apartado 19 TSJUE sentencia 13 de febrero de 2014. C-466/12. *Nils Svensson v. Retriever*.

⁴⁰ Esta doctrina es continuada por la STJUE sentencia 13 de febrero de 2014. C-466/12. *Nils Svensson v. Retriever*.

auto de 18 de marzo de 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, C 136/09, apartado 38, y la sentencia ITV Broadcasting y otros, antes citada, apartado 39)."

Por lo tanto, debemos entender que las obras publicadas a través de Internet precisarán autorización del titular de los derechos para su comunicación pública únicamente cuando se dirijan a un público "nuevo", es decir, aquél al que no se destinaba o que no fue tomado en consideración cuando se autorizó la comunicación inicial. El reverso del derecho implica que no se precisa autorización cuando la obra publicada en Internet es comunicada por un tercero a través del mismo medio y a un público que no se tuvo en cuenta en el momento de la publicación inicial. No parece necesario que se trate del mismo público, sino que tenga reúna las mismas circunstancias⁴¹.

Con fundamento en los mencionados criterios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estimó que existe comunicación pública en el caso de los enlaces que conducen a obras protegidas (siempre que se trate de un público nuevo, como hemos visto) así como en el caso de la radiodifusión televisiva de una interfaz gráfica de usuario (STJUE de 22 de diciembre de 2010. C-393/09. Bezpečnostni softwarova asociace – Svaz softwarove ochrany)

En cambio, considera que no existe cuando nos hallamos ante un simple medio técnico para garantizar o mejorar la recepción de la transmisión de origen en su zona de cobertura⁴².

En el ámbito nacional español, se ha llegado a plantear la constitucionalidad de la regulación del derecho de comunicación pública en la Ley 22/1987, art. 20.1, por su posible contradicción con el art. 33 CE. En el marco de un procedimiento de medidas cautelares promovido por la SGAE para la protección de los derechos de autor, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Inca que conocía del asunto, planteó al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad al entender que el legislador podía haber incurrido en ella al incluir como derechos o facultades del autor sobre su obra la comunicación pública de la misma, como forma especial de

⁴¹ Así se desprende del apartado 27: *"cuando el conjunto de los usuarios de otra página, a los que se han comunicado las obras de que se trata mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, podía acceder directamente a esas obras en la página en la que éstas fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de esa otra página, debe estimarse que los usuarios de la página gestionada por este último son destinatarios potenciales de la comunicación inicial y forman, por tanto, parte del público tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial."*

⁴² Sentencia TJUE de 7 de marzo de 2013 (C-607/11. ITV Broadcasdting v. TVCatchup), apartado 28, que cita también la sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premir League y otros, apartado 194 (C-403/08 y C-429/08) y la de 13 de octubre de 2011, Airfiel y Canal Digital, apartados 74 y 79 (C-431/09 y C-432/09).

explotación, pero no su comunicación no pública. En opinión del Juzgado, el legislador se había extralimitado al definir el contenido de la propiedad intelectual menoscabando con ello el derecho a la propiedad del dueño del soporte material de la obra. La pretensión, por tanto, es que se considerase ilegal tanto la comunicación pública como la privada.

A través del Auto nº 134/1995, de 9 de mayo de 1995, el Tribunal inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, pero no si razonar en su fundamento jurídico tercero, que *“corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad de cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho.”*

El Tribunal califica la duda de *“notoriamente infundada”* y lo argumenta tanto en la tradición legislativa española de los derechos de propiedad intelectual como en la de los países de nuestro entorno, citando expresamente la Directiva 92/100/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre de 1992.

La cuestión de inconstitucionalidad planteaba también sus dudas respecto a la constitucionalidad del art. 17 LPI⁴³ al estimar que sólo dispensa su protección a determinados derechos de autor, pero no a todos los titulares comprendidos en el ámbito del art. 1.1 LPI, como al autor de un programa de ordenador.

El Tribunal Constitucional muestra la inconsistencia del motivo al estimar que el art. 17 LPI constituye un reconocimiento genérico de los derechos de autor o de sus titulares incluyendo a los autores de programas de ordenador.

Sentada la constitucionalidad de la regulación del derecho de comunicación pública, la Jurisprudencia más reciente se ha centrado en las nuevas formas de transmisión que derivan del uso de Internet. En este ámbito tenemos, en primer lugar, lo que el Preámbulo de la Ley 23/2006, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual denomina *“puesta a disposición interactiva”* que define como el acceso a las obras desde el lugar y en el momento que elija y que se considera como una especialidad del derecho de comunicación pública. Se está refiriendo, evidentemente, a la comunicación a través de Internet.

En este ámbito podemos diferenciar tres supuestos que, teniendo en común el uso de Internet, presentan peculiaridades que los hacen diferentes. Así, nos encontramos con los enlaces, el denominado *“catching”* y las redes P2P.

⁴³ *“Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.”*

Por lo que se refiere a los enlaces, el apartado 20 de la sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2014, ya citada, lo concibe como aquellos que se pueden “pulsar” y conducen a obras protegidas. La resolución considera que a través de este medio nos hallamos ante una “puesta a disposición” y, en consecuencia, ante un “acto de comunicación” en el sentido del art. 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Por lo tanto, concluimos que un enlace a un programa informático es una comunicación pública siempre y cuando se dirija a un público nuevo⁴⁴.

La Audiencia Provincial de Valencia, en cambio, no parece llegar a la misma opinión:

“Es evidente que, tras analizar el concepto de “enlace” en la web y su catalogación que se efectúa por el apelante, junto con las normas jurídicas en la que se regulan y Jurisprudencia al respecto, se llega a la conclusión inevitable de estimar que la actividad realizada por el acusado no se limita a facilitar un enlace, sin más, lo que hubiera dado lugar a dictar Sentencia absolutoria como son los supuestos que, de forma excesiva y con integra transcripción, se desgranar por el apelante y que en nada inciden en el supuesto concreto que nos ocupa, sino que su actividad consistía, por una parte, en facilitar un programa que eliminaba la restricción del tiempo en el visionado de las películas del servidor al que remitía, y por otro, había películas que no se podían visionar sino era a través de la pagina del acusado, conductas que exceden, sobre todo la segunda, de la mera actividad de enlazar, que inciden en el ámbito de la comunicación pública que realizaba al tener las películas en su poder las cuales ponía a disposición de los usuarios, sin estar en posesión de las pertinentes autorizaciones de los titulares de la propiedad intelectual, comunicación pública que constituye elemento objetivo del injusto penal, con independencia del medio utilizado para la realización de dicha actividad, la pagina web DIRECCION000, extremos que fueron ratificados en el Informe Pericial efectuado por la Guardia Civil y ratificado en el acto del Juicio Oral, en cuyos términos se sustenta la sentencia de instancia, tras la apreciación conjunta de la prueba practicada en instancia en el ámbito del art. 741 de la Lecrim, y el Ministerio Fiscal en el Informe emitido en fecha 31 de Julio de 2013.”⁴⁵

Esta resolución, que resuelve un proceso penal por delito contra la propiedad intelectual del art. 270 CP, considera que la simple actividad de enlace no constituye un

⁴⁴ Así lo señala el apartado 25 de la sentencia citada.

⁴⁵ Fundamento jurídico cuarto de la sentencia nº 40/2014 dictada por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valencia el 20 de enero del 2014.

acto de comunicación pública. Para ello, la sentencia plantea dos supuestos: el primero es la concurrencia de un plus de actividad en el agente que permita o facilite el acceso a las obras protegidas y el segundo es la exclusividad del acceso a la obra, supuesto difícil de suceder cuando se trata de un enlace, es decir, de la remisión a otra página que dispone de la obra.

Supuesto diferente es el del "caching". El Tribunal Supremo⁴⁶ lo define como una actividad que *"desarrollan los servidores cuando almacenan de forma automática los contenidos visitados por los usuarios la primera vez en un área especial de su disco duro, de manera que si los usuarios solicitan de nuevo esa página, no haya que efectuar una nueva transferencia de información. Esto es, después de solicitada por primera vez una página Web, y hecha la copia caché (Proxy cache) por exigencias técnicas, esta copia es mostrada directamente a los posteriores solicitantes del acceso a la misma página Web, sin necesidad de acudir nuevamente al sitio original donde se encuentra la página solicitada. Con ello se consigue un acceso más rápido a la información contenida en los sitios más visitados y se reduce la congestión en la red."* (fundamento jurídico tercero).

Completa esta definición la sentencia señalando que *"aunque propiamente no es esencial para hacer técnicamente posible la transmisión, en la medida en que sí lo es para acelerar las transmisiones digitales, contribuye a hacerla eficaz. En cualquier caso su licitud viene amparada sin duda alguna por una norma complementaria, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI), que incorpora los tres supuestos de exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación previstos en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, también denominada de comercio electrónico, esto es la mera transmisión realizada por los operadores de redes y proveedores de acceso a Internet, el caching y el alojamiento de datos o hosting, y añade otra exclusión de responsabilidad relativa a los supuestos de provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda de contenidos."*

El caso resuelto por esta sentencia parte de una demanda del autor de una página web por el uso que hace Google de la misma. En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona desestimó la demanda⁴⁷ argumentando que *"el uso realizado por la demandada de sólo una pequeña parte del contenido de la página Web de la actora, bajo las condiciones de temporalidad, provisionalidad, respeto a la integridad y autoría de la obra"* ajustándose *"a la finalidad social para la cual la obra fue divulgada en Internet"*, constituye un límite de los derechos de explotación de la

⁴⁶ Sentencia nº 172/2012, de la Sala 1ª, de fecha 3 de abril del 2012.

⁴⁷ Sentencia de 30 de marzo de 2007.

obra, de conformidad con el art. 31 TRLPI y los arts. 15 y 17 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

El Tribunal Supremo estimó errónea la calificación de esta conducta de Google como "caching", "system caching" o "proxy caching" amparada por el art. 15 LSSI¹ y (no sin dudas de la doctrina, dice el Tribunal) por el art. 31.1 LPI. Su discrepancia se basa en que la inclusión de Google en el anexo de la LSSI tiene relación con el art. 17 LSSI y no con el art. 15 LSSI que contempla el uso del caching. Por lo tanto, estima el Tribunal que la conservación de la copia de las páginas web en la memoria caché no tendría el respaldo de la LSSI por carecer Google de la condición de prestador de servicios de la sociedad de la información en este ámbito.

Esto no es óbice para confirmar la licitud de la conducta de Google en este caso pues el Tribunal considera que *"este uso de la memoria caché, por su finalidad y la forma en que se desarrolla, no sólo no perjudica al titular ni contraría propiamente sus derechos, sino que está tácitamente aceptado por quienes "cuelgan" sus obras en la red sin impedir o restringir el libre acceso a las mismas."*

De este modo, el Tribunal fija los límites o exigencias a tal actuación que preserven la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición del titular de la obra. Tales exigencias son: a) el respeto a la integridad de la información y, por tanto, que no se modifique la misma; b) que solo se permita el acceso a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin por el destinatario cuya información se solicita; c) que se respeten las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información; d) que no interfieran en la utilización lícita de tecnología para obtener datos sobre la utilización de información y d) que se retire la información almacenada o hagan lo posible para impedir el acceso a ella cuanto tengan conocimiento de que ha sido retirada de la red, se ha imposibilitado el acceso a ella o una autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir el acceso a ella.

Estos requisitos son, como reconoce el Tribunal, los mismos que prevé el art. 15 LSSI para que pueda operar la exención de responsabilidad por el "system caching" realizado por los servidores de acceso a Internet y responden a la necesidad de salvaguardar la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra.

Finalmente, debemos referirnos a las redes P2P de las que ya hemos hablado anteriormente. La Audiencia Provincial de Barcelona se ha ocupado de analizar los actos realizados a través de este tipo de plataformas y ha concluido que *"el intercambio masivo de archivos de contenido audiovisual, a través de las llamadas plataformas P2P, que permiten la descarga de grabaciones musicales, infringe derechos que la Ley*

de *Propiedad Intelectual reserva en exclusiva a los autores*.⁴⁸ Por lo tanto, la comunicación pública a través de estas redes precisa la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

4.4. Derecho de transformación.

La regulación del derecho de transformación para los programas de ordenador la encontramos en el apartado *b)* del art. 99 LPI y en el párrafo primero del art. 100 LPI. El primero hace referencia a *“la traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador”*, mientras que el segundo limita el derecho de transformación, de tal forma que no precisa la autorización del titular de los derechos cuando sea necesario para la utilización del programa por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta.

Ninguno de estos preceptos (como tampoco el art. 21 LPI que afecta al resto de las obras protegidas por los derechos de autor) ofrece un concepto del término transformación. La Ley de Propiedad Intelectual se limita a relacionar las conductas comprendidas en ella, traducción, adaptación y modificación formal, añadiendo el arreglo para los programas de ordenador. Esta numeración no constituye un *numerus clausus*, permitiéndose, por tanto, otras formas de transformación de las obras.

La doctrina sí se ha preocupado por delimitar conceptualmente esta conducta, si bien depende de la concepción más amplia o restrictiva de su autor. Entre ellas destacamos por su eclecticismo la de AYLLÓN SANTIAGO (2014, pág. 118): *“se puede definir la transformación (actividad) de la obra como cualquier modificación que se efectúe sobre la obra originaria que, ya incida sobre el contenido, ya sobre la forma de expresión de la misma, permita seguir identificando la misma en la obra resultante y que reúna la suficiente originalidad para ser calificada como de obra a los efectos de la propiedad intelectual, sea o no la misma una obra derivada.”*⁴⁹

La Jurisprudencia más abundante sobre esta materia tiene por objeto las obras musicales y en este ámbito ha incidido en el criterio del esfuerzo creativo del autor para que la obra merezca la calificación de derivada⁵⁰.

En el ámbito concreto de los programas de ordenador, las sentencias nº 86/2010 de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1ª, de 3 de Marzo de 2010 y la

⁴⁸ Sentencia nº 470/2013, de la sección 15ª, dictada el 18 de diciembre de 2013 que cita también las de 24 de febrero y 7 de julio de 2011.

⁴⁹ Sobre las distintas concepciones del derecho de transformación puede verse la misma obra, pág. 116 y ss.

⁵⁰ Un ejemplo es la sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 9 de enero de 2004.

número 6/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 14 de Enero de 2008 reconocen la protección jurídica de los programas derivados de otros, invocando para ello art. 96.3 LPI.

En el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Girona, el demandante desarrolló una base de datos a partir de un sistema de gestor de datos, por lo que la titularidad de dicha base se le atribuye a él. El Tribunal no considera un óbice para ello que la obra apareciese en una página web como una aplicación "freeware" pues cuando los demandados accedieron a ella, precisaban de su autorización.

La referida decisión de la Audiencia Provincial de Madrid, por su parte, delimita los derechos del autor de la obra preexistente y los de la obra derivada. De este modo, el titular de la obra preexistente tendrá *"el derecho de autorizar la adaptación o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos"*. Una vez autorizada la transformación *"la obra derivada creada por el beneficiario de la autorización goza de modo independiente de la protección de la Ley de Propiedad Intelectual (art. 96.3 de la Ley de Propiedad Intelectual)"*.

La relación entre ambos titulares constituye el negocio jurídico de transformación en el que *"lo esencial será no tanto la autorización para transformar la obra original como la autorización para explotar la obra derivada, fijando los términos económicos en que tal autorización se produce."* Una vez otorgada al autorización, añade la sentencia, la obra derivada gozará de protección con independencia de la mayor o menor sagacidad del autor de la obra preexistente para reservarse los beneficios económicos de tal autorización.

El autor de la obra derivada, por tanto, gozará de los derechos correspondientes a tal obra que, como quiera que *"no vienen precisados en la regulación específica de los derechos de propiedad intelectual de los programas de ordenador"*, resultarán de la aplicación del régimen general del Libro I de la Ley de Propiedad Intelectual. Y añade que el autor de la obra derivada no adquiere ningún derecho sobre la obra preexistente más allá de los que resultan de su propia creación derivada.

Esta sentencia resuelve un supuesto en el que se discutió la titularidad de la obra derivada. El supuesto de hecho parte de un programa (una base de datos jurídica) creada por el demandado. Con posterioridad a la creación, el propio demandado constituye una empresa junto con otros socios que desarrolla un nuevo programa a partir del creado por el demandado y que éste inscribe a su nombre en el Registro de la Propiedad Intelectual⁵¹. Cuando este socio deja de estar vinculado a la empresa, ésta

⁵¹ El título o nombre del programa también fue registrado como marca por lo que la sociedad demandante también reclama su titularidad.

reclama la titularidad del programa como obra derivada creada por la sociedad a partir del programa de aquél. En primera instancia, se desestima íntegramente la demanda, pero la Audiencia revoca esta decisión con el siguiente argumento:

“La Sala entiende que la solución es justamente la inversa de la mantenida por el demandado. Éste, como autor de la obra preexistente (el programa informático HyperLex), tenía el derecho de autorizar la adaptación o cualquier otra transformación de su programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos (art. 99.b de la Ley de Propiedad Intelectual, que incorpora al Derecho interno español lo que dispone la Directiva 1991/250 en su artículo 4.b). Tal autorización tuvo lugar de modo inequívoco al constituir el demandado la sociedad SOFTLEX Ñ HISPANIA, S.L. junto con otros, al contratar la sociedad diversos técnicos informáticos para la realización del programa derivado, al que se denominó CLICLEX, y al proceder la sociedad que el demandado constituyó y de la que era administrador solidario a la divulgación y comercialización del programa derivado, CLICLEX, surgido de la transformación del programa preexistente titularidad del demandado, Hyperlex. El propio demandado, en su contestación a la demanda, manifiesta que “jamás se ha negado ni antes, ni después, ni en la actualidad si la sociedad continuase a permitir que dicho producto de su propiedad [refiriéndose al programa CLICLEX] fuese comercializado, utilizado” (f. 368), y que hubo un “consentimiento tácito de nuestro representado en la autorización de utilización o explotación del producto” (f. 370).”

Tampoco le sirvió al demandado la alegación de falta de altura creativa del programa derivado pues el Tribunal argumentó que el requisito de la originalidad hace referencia al fruto del esfuerzo creador de su autor⁵². También invocó un motivo

⁵² Fundamento jurídico tercero: *“Por tanto, la originalidad exigida por la regulación específica de la propiedad intelectual sobre los programas de ordenador (que ha de recordarse se rige por los preceptos del título que la Ley le dedica específicamente y sólo en lo que no esté específicamente previsto en el mismo, por las demás disposiciones de la Ley que resulten aplicables, art. 95 de la Ley de Propiedad Intelectual) hace referencia a la novedad objetiva de la obra en relación con su concepción y/o ejecución que es fruto del esfuerzo creador del autor (lo que no acaecería, por ejemplo, con programas que sean mera reiteración de otros anteriores o hayan sido creados a su vez automáticamente por otros programas de ordenador, sin ser una creación intelectual de una persona o grupo de personas), pero no a requisitos cualitativos relacionados con la altura inventiva o creativa.”*

procesal para ello, como es que el demandado, único poseedor del programa preexistente, no aportase al proceso el código fuente del programa original⁵³.

Dentro de la casuística podemos recuperar la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, antes mencionada, que calificó como obra derivada una base de datos creada por un trabajador a partir del programa Microsoft Access licenciado por el Ayuntamiento para el que trabajaba. La conclusión a la que llegó el Tribunal no nos parece muy acertada si tenemos presente que no se declara demostrado que el programa informático fuese de algún modo transformado o modificado, ni siquiera que hubiese tenido acceso al código fuente o descompilado el código objeto. Más bien, parece lógico pensar que la base de datos se creó a partir del programa sin que éste sufriese ningún tipo de modificación, por eso pensamos que no debería calificarse como obra derivada, sino, en su caso, como una obra compuesta (art. 9.1 LPI). En nuestra opinión, la obra derivada en los programas de ordenador exige la modificación del código fuente del programa y que esta modificación pueda calificarse como original, es decir, que sea fruto del esfuerzo creador del autor⁵⁴. (VID. LIBRO DE GEMMA).

DELGADO ECHEVERRÍA, al analizar el art. 99 LPI⁵⁵, señala que los actos de transformación de un programa de ordenador, en el sentido del artículo 99,b) no son sólo aquellos que dan lugar como resultado a una obra derivada pues considera que existe una *continuum* entre reproducción y transformación.

Para este autor *"... es prácticamente imposible transformar en ningún sentido un programa de ordenador (sea o no traducción lo que se haga; dé o no lugar a una obra derivada) sin reproducirlo y sin reproducir los resultados del acto de transformación; cosa que la ley, consecuentemente, reserva también al titular de los derechos."*

Considera que no existe transformación en los casos de descompilación (paso de código objeto a código fuente) y sí existiría si se reescribe el programa en un lenguaje de programación diferente (sería una especie de traducción). Como criterio general, se inclina por el de la originalidad entendida como "creación intelectual propia del autor".

Sin duda, el derecho de transformación se mueve en muchos casos en el límite con el plagio.

⁵³ La sentencia tuvo en cuenta las limitaciones de la información disponible a terceros en el Registro de la Propiedad Intelectual en cuanto a las características del programa y la imposibilidad de obtener esta información por ningún otro medio.

⁵⁴ AYLLÓN SANTIAGO (2014, pág. 232) señala: *"La propia noción de obra multimedia lleva a considerar a las mismas como obras derivadas de la incorporación de obras, o fragmentos, preexistentes."*

⁵⁵ En BERCOVITZ (1997, pág. 1474).

4.6. *Protección penal.*

La Jurisprudencia penal en materia de programas de ordenador es abundante en España debido al alto grado de piratería que ha tenido por objeto tanto los programas propiamente dichos como las obras derivadas de ellos, fundamentalmente, los videojuegos. Así, desde los años ochenta del siglo pasado nos encontramos frecuentemente con casos relacionados con la venta de copias ilegales de software y videojuegos a través de establecimientos abiertos al público (tiendas de informática, locutorios, etc.)⁵⁶, que ha originado una Jurisprudencia centrada en los medios de obtención de pruebas (principalmente, las diligencias de entrada y registro) y en la determinación de la conducta vulnerada (en esencia, la reproducción, la distribución y la comunicación pública).

No obstante, la evolución tecnológica está obligando a los Tribunales a adaptarse al uso de Internet para la reproducción, distribución y comunicación pública de los programas de ordenador, lo que está provocando dudas y disparidad de criterios en sus resoluciones, como es el caso de las páginas web de enlaces⁵⁷.

Sin embargo, las primeras dudas surgieron en relación con la consideración de los delitos relativos a la propiedad intelectual como leyes penales en blanco⁵⁸. La

⁵⁶ Podemos citar, sin ánimo de ser exhaustivos, la STS, Sala 2ª, de 30 de mayo de 1989; AP Valencia, secc. 3ª, de 4 de noviembre de 1998; AP Barcelona, secc. 3ª, de 26 de octubre de 1999; AP Cantabria, secc. 1ª, de 22 de febrero de 2000; AP Navarra, secc. 1ª, de 28 de abril de 2000; AP Salamanca, secc. 1ª, de 31 de octubre de 2000; AP Zaragoza, secc. 3ª, de 26 diciembre de 2000; AP Madrid, secc. 4ª, de 2 de marzo de 2001; AP Barcelona, secc. 10ª, de 19 de abril de 2001; AP Madrid, secc. 2ª, de 10 de julio de 2001; AP Valencia, secc. 4ª, de 27 de junio de 2002; AP Asturias, secc. 8ª, de 29 de octubre de 2002; AP Jaén, secc. 2ª, de 30 de junio de 2003; AP Zaragoza, secc. 1ª, de 8 de junio de 2004; AP Zaragoza, secc. 3ª, de 14 de julio de 2004; AP Jaén, secc. 3ª, de 19 de julio de 2004; AP Valladolid, secc. 21ª, de 21 de noviembre de 2005; AP Barcelona, secc. 7ª, de 29 de enero de 2008; AP Valencia, secc. 2ª, de 4 de septiembre de 2010; AP Cádiz, de 23 de mayo de 2013; AP Castellón, 25 de septiembre de 2013; AP Madrid 23 de octubre de 2014; AP Madrid, 26 de enero y 4 de febrero de 2015.

⁵⁷ FLORES PRADA (2012, págs. 131 y 132): *“Puede afirmarse, en efecto, que la reciente historia de la propiedad intelectual (desde la década de los sesenta en adelante) es la historia de la reacción técnica y jurídica frente a una creciente vulnerabilidad del derecho. (...) La amenaza de la tecnología es máxima, mientras que la protección que promete la ley es mínima.”*

⁵⁸ La sentencia nº 101/2012 de Tribunal Constitucional, Pleno, 8 de mayo de 2012, fundamento jurídico tercero define y enumera los requisitos de validez de las leyes penales en blanco: *“Según es consolidada y unánime doctrina de este Tribunal, que está resumida entre otras muchas en la STC 283/2006, de 9 de octubre, FFJJ 5 y 8, el principio de legalidad penal, en su vertiente de garantía de orden formal, obliga a que sea precisamente una norma con rango de ley la que defina las conductas delictivas y señale las penas correspondientes. No obstante, como también está dicho en esa misma doctrina constitucional, la reserva de ley en materia penal no impide la existencia de las denominadas “leyes penales en blanco”, esto es, como sucede en el presente caso, según luego se insistirá, normas penales incompletas que no describen agotadoramente la correspondiente conducta o su consecuencia jurídico-penal, sino que se remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden ser incluso de carácter reglamentario. Ahora bien, para que esa remisión a normas extrapenales sea admisible constitucionalmente debe cumplir en todo caso los siguientes requisitos: a) que el reenvío*

sentencia del Tribunal Supremo, sala 2ª, de 30 de mayo de 1989, refiriéndose al art. 534 CP de 1973, consideraba “evidente” (f.j. 7º) su naturaleza de ley penal en blanco. La Audiencia Provincial de Cantabria⁵⁹ extiende esta calificación al art. 270 CP de 1995, actualmente vigente, remitiéndose expresamente al Real Decreto Ley 1/1996, de 12 de abril⁶⁰.

No obstante, la Jurisprudencia más reciente, de la que es ejemplo la nº 1097/2014, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 23ª, de 23 de octubre de 2014, se inclina por la postura contraria:

“Es cierto que el art. 270 recoge como acciones típicas los verbos de los que hace uso la LPI (reproducir, distribuir, comunicar públicamente). Pero lo anterior no significa que necesariamente el art. 270 sea una norma penal en blanco que se remita en bloque para integrar esos verbos típicos al contenido del art. 19 LPI. En primer lugar porque para que esa remisión a normas extrapenales sea admisible constitucionalmente debe cumplir en todo caso el requisito de que el reenvío normativo sea expreso (por todas STC 101/2012 fto. jco. tercero), cosa que no ocurre en el presente caso al contrario que, parece, el 271.c in fine o el art. 272 en lo referente a la determinación de la responsabilidad civil).

Debe añadirse que cuando el legislador penal hace este tipo de reenvío lo hace efectivamente de forma expresa (vid. arts. 325, 333, 335, 360...). Indiscutiblemente la LPI constituye un patrón hermenéutico relevante para la interpretación de los verbos indicados, pero no hay una remisión expresa del art. 270 a la legislación sobre propiedad intelectual, lo que hace que no sea obligatorio entender que “distribuir” a efectos del art. 270 sea necesariamente aquello que expresa el art. 19.1 LPI.”

La consecuencia de este cambio jurisprudencial es que la Ley de Propiedad Intelectual pasa a tener una función exclusivamente hermenéutica a la hora de analizar las conductas sancionadas por el art. 270 CP, siendo competencia del Juez penal

normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c), sea satisfecha la exigencia de certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada es lo mismo: que “la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada” (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3).”

⁵⁹ Sentencia nº 76/2000, sección 3ª, de 27 de julio de 2000.

⁶⁰ En el mismo sentido se pronuncia la sentencia nº 548/2000 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 3ª, de 26 de diciembre del 2000 y la nº 300/2014 de la sección primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de noviembre de 2014.

determinar el alcance de dichas conductas sin que se pueda considerar vinculado por los artículos 18 a 21 LPI.

Otra cuestión de la que se ha ocupado la Jurisprudencia y que nos parece relevante comprende tanto la determinación de los derechos susceptibles de protección por vía penal como la calificación de los actos de vulneración como ilícitos civiles o penales.

El bien jurídico protegido en esta clase de delitos son las obras del ingenio humano, las creaciones literarias, artísticas o científicas (STS de 30 de mayo de 1989, f.j. 7º). Tales obras comprenden derechos o facultades de carácter moral (art. 14 LPI) y económico (art. 17 LPI), pero no todos ellos son susceptibles de protección penal.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección tercera, de 26 de octubre de 1999, en su fundamento jurídico tercero, delimita el ámbito de protección penal:

“La configuración que el legislador ha otorgado a los delitos contra la propiedad intelectual en el presente Código Penal los articula haciendo la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido que no es otro que los derechos de autor, más concretamente su propia ubicación sistemática así lo hace presagiar, aquéllos que ostentan carácter patrimonial los de explotación, lo cual no priva que puedan incurrir a su vez, las acciones que supongan un ataque hacia ellos, en una lesión o ataque respecto a los derechos de tipo moral. Así pues, puede concluirse que el tipo estudiado protege de manera principal intereses patrimoniales, los derechos de explotación del autor o de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual o sus cesionarios.”

Así lo confirma también la sentencia nº 300/2014, dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas el 28 de noviembre de 2014 cuando señala que *“en relación a la aplicabilidad del artículo 270 del Código penal hay que recordar que dicho precepto protege un bien patrimonial o moral individual consistente en el interés de explotación exclusiva del titular de los derechos de explotación e integra como acciones nucleares la de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente.”*

Puede ser discutible que se excluya de protección penal a los derechos morales de los autores sobre las obras que han creado, pero lo cierto es que el Código Penal se centra en los derechos de explotación, esto es, en el aspecto económico de los derechos de autor.

Definido el ámbito de aplicación, es necesario concreta cuándo nos hallamos ante un acto que puede constituir un ilícito penal o solamente civil.

La Jurisprudencia parte de forma reiterada y constante de un principio básico, el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Desde la sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo nº 529/2001, de 2 de abril del 2001, que nos habla del *“carácter secundario del derecho penal”* hasta la de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de octubre de 2014, que declara expresamente que *“El derecho penal solo protege los ataques más groseros y evidentes sobre los derechos de autor perfectamente declarados y definidos”* es una constante en la Jurisprudencia la invocación de este principio⁶¹.

Sin embargo, la sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Madrid nº 65/2015, de 4 de febrero de 2015 introduce un matiz relevante:

“En cuanto al principio de intervención mínima, señalar que tal principio va dirigido no al juez, sino al legislador. En este sentido viene pronunciándose de manera reiterada el Tribunal Supremo (STS. 21-06-06) señalando que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar en todo momento inspirado por el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal como última “ratio” al mínimo indispensable para el control social es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta por el legislador pero que en la “praxis” judicial aún pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es el Juez sino el Legislador a quien incumbe decidir, mediante fijación de tipos y penas, cuáles deben ser los límites de intervención de derecho penal.”

Para esta sentencia, el principio de intervención mínima del derecho penal se enfrenta con el principio de legalidad, lo que implica la imposibilidad de aplicarlo directamente por el Juzgador. Se trata, por tanto, de un principio que puede y debe informar al legislador, pero, con respecto al juzgador, únicamente puede servir como orientación.

A esto debemos añadir que el criterio de la gravedad económica de la infracción choca en muchos casos con la escasa entidad económica de la misma, hasta el punto de que el art. 270 CP ha sido reformado a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, para introducir la figura de la *“distribución al por menor”*⁶². No deja de sorprender que

⁶¹ Por ejemplo, STS de 24 de febrero de 2003; STS, nº 512/2008, de 17 de julio de 2008; SAP Barcelona, sección 3ª, de 26 de octubre de 1999; SAP Navarra nº 96/2000, de 14 de julio de 2000; STS 4 de junio de 1992; SAP Barcelona de 26 de octubre de 1999; SAP Cantabria nº 76/2000, secc. 3ª, de 27 de julio de 2000; SAP Asturias nº 247/2003, secc. 3ª, de 15 de diciembre de 2003.

⁶² El apartado segundo decía: *“No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico,*

conductas con una repercusión económica tan escasa sea objeto de enjuiciamiento y condena como delito cuando el criterio Jurisprudencia utilizado para la distinción entre ilícitos civiles y penales es la importancia económica del hecho⁶³.

Mucho más importante desde el punto de vista económico es la vulneración de los derechos de propiedad intelectual derivados de los programas informáticos a través de Internet. En estos casos, se da la paradoja de que los propios programas constituyen un medio para cometer las infracciones, como sucede en los casos de las redes P2P o en las páginas web que contienen enlaces hacia otras páginas en las que se distribuyen obras protegidas por los derechos de autor.

La Jurisprudencia trata de encuadrar estas infracciones en alguna de las conductas del art. 270 CP, lo que no siempre resulta fácil. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, la sentencia nº 1097/2014, de la sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictada el 23 de octubre del 2014. Se analiza en este caso la puesta a disposición de terminales de ordenador para la consulta de Internet, el envío de correos electrónicos, etc. Se trataba de un locutorio que prestaba sus servicios a través de programas piratas incorporados al disco duro del servidor. La Audiencia revocó el fallo condenatorio del Juzgado de lo Penal con el siguiente argumento:

“Por lo anterior, y recogiendo la definición del art. 19 LPI, bien pueden entenderse comprendidas dentro del sentido usual del vocablo distribuir, las acciones de la puesta a disposición..., mediante su venta, alquiler, préstamo, pero parece exceder notoriamente de la definición usual una puesta a disposición " de cualquier otro modo " en la que quepa la acción descrita en

siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajados en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.” El artículo 270 se ha modificado de nuevo por la LO 1/2015 y el apartado al que nos referimos ha quedado como párrafo 4 con la siguiente redacción: *“En los supuestos a que se refiere el apartado 1, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.”

⁶³ FLORES PRADA (2012, pág. 134, nota 155): *“Hasta la reforma de 2010, la venta callejera de obras copiadas digitalmente era considerada por la jurisprudencia como conducta típica del art. 270 CP. Para un creciente sector de la doctrina, y también de la jurisprudencia, esta conducta debía considerarse atípica por tres razones: falta de perjuicio importante para el autor, inexistencia de distribución en los casos de venta al detalle y, finalmente, ausencia de engaño al comprador.”* En nuestra opinión, el criterio relevante para la despenalización de esta conducta es la ausencia de relevancia económica no solo para el autor, sino también para los titulares de los derechos de explotación. Bien es cierto que despenalizar esta conducta y restringir su persecución a la vía civil limitaría su eficacia al tratarse de personas que, en muchos casos, ni siquiera tienen residencia legal en España, pero tampoco debemos olvidar que son el último eslabón de una organización que sí puede perseguirse a través de la Jurisdicción penal.

sede de hechos probados. Más aún cuando la norma extrapenal hace uso de expresiones abiertas ("de cualquier otro modo") que deben ser restringidas en la construcción del tipo penal. En ese sentido, si bien la definición legal es plenamente válida (como no puede ser de otro modo) a los efectos de las acciones de la LPI, no parece admisible por ser una interpretación contraria al principio de legalidad y que roza la analogía contra reo entender que la puesta a disposición mediante precio de terminales a los clientes para acciones como consultar internet, enviar correos electrónicos, establecer comunicaciones inalámbricas etc. constituya propiamente un alquiler de los programas y aplicaciones que permiten esas acciones, o que, que cabalmente pueda decirse que se les estén "distribuyendo tales programas", y menos aún que sea tolerable entender que esa distribución se hace "de cualquier otro modo", expresión que no satisface las mínimas exigencias de tipificación penal." (F. j. 2º).

Si la calificación penal del servicio de alquiler de ordenadores con programas ilegales presenta serias dudas, otro tanto podemos decir de los enlaces de las páginas web.

Cuando la conducta concreta excede de la mera actividad de enlace y se configura como necesaria para la vulneración de los derechos de explotación, la Jurisprudencia se inclina por estimar la existencia de delito⁶⁴. También se estima ilegal la conducta cuando se utilizan páginas creadas en el extranjero, aunque pretenda simular la distribución de periódicos y revistas mediante la posibilidad de que los visitantes de las páginas introduzcan nuevos contenidos, como es el caso analizado en la sentencia nº 6/2015 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 5 de marzo de 2015.

No obstante, la resolución judicial que ha analizado más a fondo el tema de las páginas web de enlaces y, especialmente, el de las redes P2P, es la nº 426/2014 dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Castellón el 12 de noviembre del 2014.

La concreta conducta analizada se centra en los enlaces o links "*definidos por la doctrina científica como un navegador web de código abierto en modo de texto, de modo que la descarga de archivos era realizada por los propios usuarios fuera de las*

⁶⁴ Así sucede en el caso resuelto por la sentencia nº 40/2014, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia el 20 de enero de 2014, en el que la conducta del acusado consistía "... por una parte, en facilitar un programa que eliminaba la restricción del tiempo en el visionado de las películas del servidor al que remitía, y por otro, había películas que no se podían visionar sino era a través de la página del acusado, conductas que exceden, sobre todo la segunda, de la mera actividad de enlazar, que inciden en el ámbito de la comunicación pública que realizaba..." (F. j. 3º).

web controvertidas por medio del sistema conocido como "peer to peer" (P2P) que permite el intercambio de información entre ordenadores conectados por dicho sistema." (F. j. 2º).

Al respecto, señala la sentencia en su fundamento jurídico tercero, existen en la Jurisprudencia dos líneas interpretativas opuestas. Por una parte, las resoluciones favorables a considerar esta conducta como incardinable en el art. 270 CP⁶⁵. La tendencia opuesta niega la existencia de delito⁶⁶.

La Audiencia de Castellón acaba confirmando la condena del Juzgado de lo Penal fundándose en el siguiente razonamiento (fundamento jurídico tercero):

"Si bien inicialmente la tendencia mayoritaria sostenía la falta de responsabilidad penal de los proveedores de servicios de la sociedad de la información, cobran mayor peso jurídico en la actualidad las resoluciones que consideran que se comete el delito contra la propiedad intelectual en los casos como el actual de páginas web con enlaces a redes P2P en las que el titular de la web entra en el sitio de intercambio de archivos, extrae del mismo un enlace a un concreto archivo, ya sea película, música u otra obra, y lo incorpora como elemento de descarga directa en su propia web, sin que aparezca en ella información alguna del tipo de intercambio, de manera que el usuario accede al contenido directamente desde la página. Se trata de enlaces profundos (del inglés "deep linking") que no conectan con otra web sino con un contenido específico de la misma. Junto a ello ofrece en la web una serie de elementos complementarios propios que facilitan el acceso a la obra concreta consistente en la indexación y ordenación sistemática de los contenidos, elaboración de carátulas y sinopsis de los productos, control de calidad sobre el enlace y la copia etc. Asimismo, incorpora un contenido publicitario no solicitado por el usuario que reporta un beneficio económico al masterweb. Por tanto, tal y como analiza Isaac no se trata únicamente de un sistema de enlaces peer to peer, sino que la actividad de este tipo de páginas web va más allá de la intermediación a la que se refiere el art. 13.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI), y excede de la mera facilitación de enlaces

⁶⁵ Menciona las siguientes: "Auto 732/2009, 11-11-2009, Sección 3ª, AP. Barcelona; Auto 201/2009, 16-9-2009, Sección 5ª, AP. Murcia; Sentencia 40/2008, 18-2-2008, Sección 1ª, AP. Cantabria; Auto 30-9-2009 de la Sección 2ª, A P. Álava; Auto 26-10-2010 de la AP Valencia Sección 3ª, Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 1ª de 20-10-2011, Sentencia de la AP de Vizcaya de 27-9-2011 y SAP de Valencia Sección 4ª de 20-1-2014."

⁶⁶ "Auto 582/2008, 11-9-2008, Sección 2ª de la AP. Madrid; Auto 3975/2008, 3-11-2008, Sección 5ª AP. Madrid; Sentencia 223/2007, 20-12-2007, Sección 3ª, AP. Navarra; Autos de 15 y 10-3-2011 y 27-4-2010 Sección 1ª AP Madrid ; Auto 11-5-2010, Sección 23ª AP Madrid, Auto de la Sección 2ª de la AP de Madrid de 8-3-11, Auto de la Sección 29 de 30-6-2011, y Auto de la Sección 3ª de la AP de León de 13 de enero de 2014, entre otros. Esta última sigue el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª) de 15 de marzo de 2011."

que justifica la exclusión de responsabilidad que se contiene en el art. 17.1 de la referida Ley, de modo que resulta aplicable el régimen general de responsabilidad civil, penal, o administrativa prevista por el ordenamiento jurídico tal como previene el art. 13.1 de la citada Ley.”

Parece que podemos extraer la conclusión de que la mera actividad de enlace no constituye una infracción punible a través del art. 270 CP. Solo cuando dicha actividad lleve añadida alguna conducta que implique colaboración o cooperación con la infracción podría considerarse cumplidos los requisitos del precepto.

4.- CONTRATOS DE SOFTWARE

4.1. Introducción.

Los programas de ordenador también han alterado el régimen tradicional en materia de contratación como consecuencia de tres circunstancias de las que han venido acompañados. La primera de ellas es la importación de fórmulas contractuales originales de los Estados Unidos y, por tanto, ajenas al Derecho contractual continental⁶⁷. Esta influencia no solo afecta a la concepción de los contratos, sino también a su plasmación a nuestra lengua a través de la traducción pues genera una gran inseguridad jurídica, sobre todo en el ámbito de los consumidores⁶⁸. Así lo puso de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección primera, de 4 de abril de 2000, respecto a los manuales de uso del programa que conllevaron la resolución del contrato por ser inútil para el destino que llevó a su adquisición.

Un segundo factor a tener en cuenta es la propia naturaleza del objeto sobre el que versan este tipo de contratos, esto es, el programa de ordenador. Las múltiples posibilidades de uso provocan una gran variedad contractual que, además, es susceptible de originar operaciones de gran complejidad. Así, nos encontramos con dos categorías generales que podemos considerar asentadas. Por una parte, con las licencias de uso, también representadas por una gran variedad de figuras, y, por otra, con la cesión de la propiedad del programa. Ambas figuras pueden estar acompañadas

⁶⁷ Así lo reconoce la sentencia nº 613/2014 de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada el 24 de octubre de 2014, respecto al contrato de escrow.

⁶⁸ BESTUÉ (2013, pág. 23): *“No obstante, es en esta última sede, es decir, en los contratos suscritos con consumidores, donde las traducciones producen más elementos distorsionadores en cuanto a la interpretación de los contratos. En efecto, las empresas ansiosas por ampliar sus mercados elaboran contratos en inglés y los traducen a los idiomas de sus mercados locales; pero estas traducciones no parecen obedecer a un propósito comunicativo claro y muchas veces, por exceso de literalidad, caen en la incomprendibilidad.”*

de un conjunto de contratos accesorios que afectan al mantenimiento y actualización del programa, sus condiciones de uso, creación, etc., e incluso pactos de naturaleza muy variada.

Buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 28 de abril del 2012, que analiza desde el punto de vista fiscal los pactos entre una empresa extranjera y su filial española sobre la comercialización de programas de ordenador.

A ello se ha unido un tercer factor: Internet. La contratación electrónica a través de Internet está alcanzando una importancia económica muy relevante y la vigente Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, ha intentado crear una regulación básica, sobre todo a través de su Título IV.

Sin embargo, la característica común a prácticamente todos los contratos relacionados con el software es la atipicidad, es decir, la ausencia de una regulación específica de las diferentes formas contractuales.

La Jurisprudencia, sin embargo, viene siguiendo la tendencia de asimilar estas figuras con las categorías del Derecho de obligaciones y contratos que, procedentes de la codificación decimonónica, fueron establecidas pensando en los bienes tangibles, fundamentalmente la tierra cuya propiedad era símbolo de riqueza.

4.2. Contratos de transferencia de la propiedad.

El Derecho estadounidense reconoce dos formas de transmisión de derechos de propiedad intelectual. Por una parte, la license que define el contrato en virtud del cual el licenciante transmite los derechos que expresamente se contemplen en el contrato, con la retención de la titularidad de la obra. Y el denominado assignment que transmite la propiedad de la obra⁶⁹ y se asimila a la cesión en exclusiva de los derechos de explotación sobre la obra⁷⁰.

De esta distinción nace la dicotomía europea que diferencia la cesión de derechos de propiedad intelectual y las licencias de uso. En la práctica, la diferencia entre ambas no es del todo clara y la Jurisprudencia tampoco ha puesto orden en la materia. Un ejemplo de la variedad terminológica es la siguiente relación:

-STS 20/7/1998: "contrato de compraventa de programas".

⁶⁹ Recordamos que el Derecho de Estados Unidos no reconoce derechos morales a los autores de la obra sino indirectamente a través del Convenio de Berna al que se adhirió.

⁷⁰ Los derechos morales son irrenunciables e inalienables, tal y como dispone el art. 14.1 LPI.

-SAP Barcelona 26/10/1999: "cesión de los programas con el fin de proceder a su distribución", "venta".

-SAP Barcelona 4/4/2000: "contrato de compraventa".

-STS 17/5/2003: "suministro de un programa informático individualizado".

-SAP Madrid 12/4/2004: contrato de cesión de derechos denominados "Tecnisys Gui" o "Paquete Tecnisys"

-SAP Barcelona 20/7/2005: "venta de material informático".

-SAP Barcelona 4/5/2006: "licencia de uso, no exclusiva e intransferible, de ciertos programas informáticos de su titularidad", "derecho de comercialización en exclusiva", "licencia de uso de tales programas".

-STS 17/7/2008: "contrato para la instalación de un portal de comercio electrónico", "contrato de prestación de servicios", "cesión del uso del programa fuente, en lenguaje Java, preciso para la instalación del portal".

-STS 18/12/2008: "sistema informático documental consistente en unas bases de datos de fotografías y de prensa del archivo del mismo".

-STS 28/4/2012: "Contrato de Distribución", "cesión de uso de derechos de propiedad intelectual", "Contrato de licencia: licence agreement, "contrato típico de cesión de uso de software", "Contrato de Procesamiento de Datos", "Contrato de Servicios de Información Gerencial".

-SAP Madrid 29/6/2012: "cesión de software de gestión de sistemas de impresión para prestar servicios a terceros", "contrato de colaboración", "venta de licencias de software a terceros".

-STS 4/4/2013: "cesión de programas de ordenador"

-SAP Barcelona 20/11/2013: "cesión".

Hay variedad en las expresiones, ciertamente, pero también una clara tendencia a utilizar instituciones jurídicas tradicionales para resolver las cuestiones dudosas, lo que, unido al criterio general sobre la calificación de los contratos⁷¹ como competencia

⁷¹ Un ejemplo lo encontramos en la sentencia nº 334/2012, dictada por la sección 14ª, de la Audiencia Provincial de Madrid el 29 de junio de 2012 (f.j. 2º9): *"Por otra parte, no podemos olvidar, en cuanto a la calificación de los contratos, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 al recoger la doctrina reiterada expresa en la de 14 de mayo de 2001, que "los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (SS 26 enero 1994, 24 febrero y 13 noviembre 1995 ; 18 febrero, 18 abril, 21 mayo y 7 julio de 2000, entre otras), pues para la calificación, que constituye una labor insertada dentro de la interpretación (SS 30 mayo y 15 diciembre 1992 y 9 abril 1997), habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren (entre otras sentencias las de 20 febrero, 4 julio y 30 septiembre 1991, 10 abril, 20 y 23 julio 1992, 26 enero y 25 febrero 1994 y 9 abril 1997), con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras(S 22 abril 1995), al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato (S 4 julio de 1998)".*

exclusiva de los Tribunales, revela una profunda descoordinación entre la realidad tecnológica y la realidad jurídica.

Mención aparte merece la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 2012 (asunto C-128/11. UsedSoft v. Oracle International) que equipara las licencias de uso por tiempo indefinido al contrato de compraventa. Encontramos su razonamiento en los apartados 48 y 49:

48. En consecuencia, debe considerarse que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, la transferencia por el titular de los derechos de autor de una copia de un programa de ordenador a un cliente, acompañada de la celebración entre las mismas partes de un contrato de licencia de uso, constituye una «primera venta [...] de una copia de un programa», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24.

49. Tal como subraya el Abogado General en el punto 59 de sus conclusiones, si no se interpretara ampliamente el término «venta», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, en el sentido de que engloba todas las modalidades de comercialización de un producto que se caractericen por la entrega de un derecho de uso de una copia de un programa de ordenador por tiempo indefinido a cambio del pago de un precio que permita al titular de los derechos de autor obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, se pondría en peligro el efecto útil de esta disposición, pues bastaría que los suministradores calificasen el contrato de «licencia» en lugar de «venta» para soslayar la regla del agotamiento, privando a ésta de toda eficacia.

Esta interpretación, criticada por la doctrina, tiene la finalidad reconocida de ampliar los efectos del agotamiento del derecho en beneficio del mercado de programas de ordenador de segunda mano.

No obstante, supone, en nuestra opinión, una intromisión en la competencia de los Tribunales estatales sobre la interpretación de los contratos y contradice la propia doctrina del TJUE en cuanto a sus potestades de interpretar la legislación comunitaria, no la propia de los Estados miembros pues la legislación contractual todavía no ha sido armonizada.

4.3. Contratos de cesión de uso: licencias.

Dentro de la amplia variedad de licencias de uso, tiene relevancia la que diferencia las licencias individuales de las no personalizadas⁷². En aquéllas el licenciataria tiene una mayor autonomía de la voluntad, mientras que las segundas son

⁷² Las licencias de uso no personalizadas han sido analizadas por APARICIO VAQUERO (2004).

auténticos contratos de adhesión. El margen de negociación de los licenciarios en estos casos es prácticamente nula, por lo que únicamente puede apelar a la normativa vigente en materia de consumidores y usuarios.

APARICIO VAQUERO (2004, pág. 78) define las licencias de uso no personalizadas del siguiente modo: *“Una licencia de uso no personalizada de un programa de ordenador es aquel contrato por medio del cual el titular de los derechos de explotación de un programa de ordenador transfiere los derechos de reproducción necesarios para la utilización de una copia del mismo a un tercero, usuario final, que viene determinado en cada caso por la legítima posesión de dicha copia, al tiempo que regula las principales circunstancias del uso lícito del programa, singularmente el régimen de responsabilidad al que se somete el licenciante ante la existencia de vicios o errores en el software adquirido. Dicha transmisión puede ser onerosa o gratuita.”*

Este tipo de licencias consiguen que en sistemas jurídicos diferentes se apliquen las mismas figuras contractuales lo que beneficia a la industria informática al unificar el mercado de los programas de ordenador⁷³

4.4. Contratos accesorios.

Con esta expresión nos referimos a aquellos contratos que se caracterizan por depender de un contrato de cesión o una licencia de uso de programas de ordenador y tienen la finalidad de completar o coadyuvar la utilización de los mismos. Suelen acompañar a los contratos individuales o personalizados pues garantizan o completan los objetivos del adquirente de los programas.

Así sucede con el contrato de mantenimiento⁷⁴, el de instalación de sistemas informáticos⁷⁵ o de realización de página web⁷⁶, calificados como contratos de servicios. Como contratos complementarios destacan el contrato de escrow⁷⁷ y el de auditoría de software⁷⁸

⁷³ APARICIO VAQUERO (2004, pág. 92)

⁷⁴ Sentencia del TSJU de 3 de julio de 2012 (C-128/11. UsedSoft v. Oracle International), apartados 66 y 67.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo del 2003.

⁷⁶ Sentencia nº 335/2010, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Baleares, el 23 de septiembre de 2010.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014.

V.- CONCLUSIONES.

El análisis de la Jurisprudencia española y europea sobre los programas de ordenador revela que no se trata de una materia especialmente litigiosa, aunque el volumen de litigios presenta un considerablemente incremento en estos últimos años como consecuencia de las descargas y enlaces de Internet y de los conflictos derivados del cumplimiento de los contratos.

Hemos analizado cuatro aspectos de su regulación jurídica: el concepto de programa de ordenador, su titularidad, su protección y las diferentes relaciones contractuales de las que es objeto y en todos ellos hemos apreciado deficiencias en su regulación.

Por lo que se refiere al concepto o definición de programa de ordenador, actualmente contenido en el art. 96.1º LPI, apreciamos dificultades para aplicarlo a la evolución que han experimentado los programas. En primer lugar, se aprecia este hecho en la propia denominación empleada en España (programas de ordenador) que se ha quedado corta si tenemos presente que los programas se están aplicando a toda clase de bienes para mejorar y ampliar su funcionamiento. Buen ejemplo de ello lo constituyen las aplicaciones para teléfonos móviles o, en fase incipiente, para relojes. En segundo lugar, lo apreciamos también en las páginas web, redes P2P, etc., que utilizan como elemento básico y fundamental los programas de ordenador y que la Jurisprudencia tiene dificultades para encuadrar o calificar como obra compuesta o simple programa de ordenador. Alguna resolución ha calificado los videojuegos como programas de ordenador. Finalmente, la exclusión de las interfaces, declarada tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la Jurisprudencia española, implica, en nuestra opinión, una excesiva reducción técnica del concepto pues se excluye de protección a la parte exterior del programa que permite al usuario su utilización. Quizá debiera considerarse la posibilidad de concebir al programa como un conjunto de elementos que permiten su utilización por un ser humano, no solo como las instrucciones más básicas.

En cuanto a la titularidad, la Jurisprudencia realiza una aportación muy positiva en el campo de los programas creados en el seno de una relación laboral. Amplía su aplicación al ámbito de la función pública, ampliación acertada, a nuestro juicio, y la restringe en el caso de los trabajadores autónomos que considera empresas independientes y, por tanto, autores de los programas sobre los cuales la empresa contratante tendrá los derechos derivados del contrato suscrito entre ambos.

La cuestión de la autoría de las personas jurídicas no ha planteado problemas. Únicamente en un caso se discutió este derecho y el Tribunal dio una respuesta ajustada a la Ley.

Respecto a la protección de los programas destaca la exclusión de los derechos morales del ámbito penal. Como señala alguna de las resoluciones analizadas, no parece muy congruente con la configuración proteccionista que se le ha dado a la propiedad intelectual en España en la que los derechos morales del autor adquieren un carácter esencial, pero lo cierto es que si no se vulnera un derecho de explotación, no cabe invocar los derechos morales. Podría afirmarse que el derecho de paternidad se defiende a través de la reclamación por plagio y el de integridad mediante invocando la transformación, pero no sucede lo mismo con el derecho a no divulgar la obra (art. 14.1º LPI) o las facultades de los apartados 5º, 6º y 7º del art. 14, si no se hace a cambio de precio.

También nos parece criticable la postura de la Jurisprudencia de calificar como delito (suprimidas las faltas por la LO 1/2015) la venta de escasa relevancia (lo que se conoce como top manta) cuando el criterio que utiliza para diferenciar el ilícito civil del penal es precisamente la relevancia económica del hecho. Una postura coherente debería implicar la atipicidad de esta conducta.

Finalmente, hay que resaltar también la evolución de la vulneración de los derechos de explotación de los programas de ordenador desde el ámbito de los pequeños negocios de informático o locutorios hacia Internet, lo cual ha provocado una Jurisprudencia vacilante.

En materia de contratos, hallamos una amplia variedad de figuras contractuales caracterizadas por su atipicidad y su origen anglosajón. Este último dato implica dos consecuencias importantes. Por una parte, las dificultades y contradicciones que surgen al interpretarlos a la luz del Derecho de obligaciones y contratos del Código Civil, como sucede con la Jurisprudencia española y, en segundo lugar, la dificultad de trasladar con exactitud al castellano los conceptos de origen norteamericano. La inseguridad

jurídica es notoria y de ahí que se incrementen los asuntos judiciales relativos a estos contratos pues, si bien el consumidor puede ampararse en la normativa general de consumo, las relaciones entre empresas carecen de esta posibilidad. A ello debemos añadir la peculiar interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el contrato de licencia equiparándolo al contrato de compraventa cuando éste no ha sido objeto de armonización en la Unión.

Estas conclusiones nos llevan a pensar en la necesidad de establecer una regulación específica para los programas de ordenador que ataje las deficiencias y lagunas del sistema actual. De una parte, sería deseable, en nuestra opinión, prescindir de la actual denominación y acudir a la original, software, que actualmente está reconocida por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, y ampliar su concepto a todos los elementos, no solo las instrucciones, que permiten la utilización del mismo por el ser humano, lo que incluiría las interfaces de usuario. Asimismo, estimamos deseable una regulación contractual que garantice el comportamiento leal de las partes y reconozca las peculiaridades de estos contratos en relación con el Derecho de contratos vigente en España. En este sentido puede tener una repercusión importante el intento de armonización del Derecho contractual en el seno de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Javier (2015), *Derecho Penal y Redes Sociales*. Madrid. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi.
- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo (2004), *Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador. Shrink-wrap, click-wrap y otras formas de distribución de software*. Granada. Editorial Comares.
- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo (2014), "Los programas de ordenador como obras sujetas al derecho de autor: excesos e insuficiencias del marco normativo y sorprendentes desarrollos jurisprudenciales", *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, Núm. 48.
- AYLLÓN SANTIAGO, Héctor (2014), *El Derecho de Transformación de las obras del espíritu*. Madrid. Editorial Reus.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.) (2013), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. Madrid. Tecnos.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y otros (2012), *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.) (1997), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid. Tecnos.
- BESTUÉ, Carmen, (2013), *Los Contratos Traducidos. La traducción de los contratos de licencia de uso en programas de ordenador*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- DARÍO BERGEL, Salvador (2014), *Una visión crítica de la patentabilidad biotecnológica*, en "Aspectos ético-jurídicos de las patentes biotecnológicas: la dimensión patrimonial de la materia viva". Editorial Comares.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (2015), *Manuel de Derecho Informático*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi. 11ª edición.

- FERNÁNDEZ MESIÁ, Enrique (1996), *La Protección Internacional de los programas de ordenador*. Granada. Editorial Comares.
- FLORES PRADA, Ignacio (2012), *Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- LETAI, Pedro (2012), *La Infracción de Derechos de Propiedad Intelectual sobre la obra musical en Internet*. Granada. Editorial Comares.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma (2011), "Reflexiones acerca de la protección jurídica de las páginas web y la potencial capacidad del derecho de autor y del derecho sui generis sobre bases de datos para adaptarse a las peculiaridades técnicas de las primeras", *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 39, 2011.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma (2014), *La Protección jurídica de las bases de datos en el Ordenamiento Europeo*. Madrid. Editorial Tecnos.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma (2014), "Análisis jurídico de los problemas derivados del screen scraping realizado con fines comerciales. Examen desde la perspectiva del Derecho contractual, la protección de la propiedad intelectual y la normativa represora de la competencia desleal", en J. Balcells Padullés, A. Cerillo-I-Martínez, M. Peguera, I. Peña-López, M.J. Pifarré de Moner y M. Vilasau Solana, (coords.), *Internet, Derecho y Política. Una década de transformaciones. Actas del X Congreso Internacional Internet, Derecho y Política, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 3-4 de julio*, OUC-Huygens Editorial, 2014, disponible en: http://edcp.uoc.edu/proceedings_idp2014.pdf
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge (2013), *El Derecho de autor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid. Editorial Reus.
- PÉREZ BESSIO, Ignacio (2015), "Prueba documental electrónica en el proceso jurisdiccional: ¿estamos listos?" en *FODERTICS 3.0 (Estudios sobre nuevas tecnologías y Justicia)*". Editorial Comares.
- ROGEL VIDE, Carlos y SERRANO GÓMEZ, Eduardo (2008), *Manual de Derecho de autor*. Madrid. Editorial Reus.
- TEMIÑO CENICEROS, Ignacio (2015), *El Plagio en el Derecho de autor*. Madrid. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi.

ANEXO – JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia 16 julio 2009. Asunto C-5/08. Infopaz v. Danske.

Sentencia 22 diciembre 2010. Asunto C-393/09. Bezpečnostní v. Ministerstvo.

Sentencia 30 junio 2011. Asunto C-271/10. Vereniging v. Belgische.

Sentencia 2 mayo 2012. Asunto C-406/10. SAS Institute v. World.

Sentencia 3 julio 2012. Asunto C-128/11. UsedSoft v. Oracle.

Sentencia 23 enero 2014. Asunto C-355/12. Nintendo v. PC Box.

TRIBUNAL SUPREMO

STS, 1ª, 12 diciembre 1988 –Civil –Contratos.

STS, 2ª, 30 mayo 1989 –Penal. Videoclub.

STS, 1ª, 8 noviembre 1995 –Civil. –Indemnización. –Licencia. –Derecho de reproducción.

STS 20 julio 1998 –Civil -Compra PI

STS 13 julio 1999 –Civil -Cesión

STS, 2ª, 2 abril 2001 –Penal –Elementos del tipo. –Fonogramas –Agotamiento del derecho –Importación. –Principio in dubio pro reo –Principio de proporcionalidad –Renuncia a los derechos de PI. –Bien jurídico protegido.

STS, 3ª, 28 abril 2001 –Contencioso –Impuesto de Sociedades –Convenio España-USA de doble imposición –Concepto de programa de ordenador.

STS, 3ª, 9 mayo 2001 –Contencioso –Impuesto sobre la Renta de No Residentes –Convenio España-USA –Concepto de programa de ordenador.

STS, 2ª, 19 mayo 2001 –Penal –Defraudación de la PI: requisitos –Emisión de señal de televisión –Prueba indiciaria –Pena –Responsabilidad civil.

STS, 3ª, 26 junio 2001 –Contencioso –Impuesto de Sociedades –Concepto de programa de ordenador.

STS, 1ª, 17 mayo 2003 –Civil –Contrato de instalación de sistema informático - Incumplimiento

STS, 3ª, 27 junio 2003 –Contencioso. –Impuesto sobre la Renta de No Residentes. – Convenio España-USA. –Retención. –Concepto de programa.

STS, 1ª, 24 junio 2004 –Civil –Originalidad –Plagio de un juego.

STS, 3ª, 17 diciembre 2004 –Contencioso –Impuesto sobre la Renta de No Residentes. –Convenio España-USA. –Retención. –Concepto de programa.

ATS, 1ª, 27 febrero 2007 –Civil –Contrato de distribución. –Requisitos recurso casación.

STS, 1ª, 19 abril 2007 –Civil –Registro de marco de obra protegida por dcho. De autor - Derecho moral. –Indemnización.

STS, 1ª, 21 junio 2007 –Civil –PO –Concepto –Invención laboral mixta –Originalidad.

STS, 1ª, 22 junio 2007 –Civil –Fotografías –Contratos –Grupo de empresas

STS, 1ª, 20 diciembre 2007 –Civil –Derecho de reproducción, distribución y comercialización de fonogramas -Renuncia de royalties futuros. –Ley 1879 –Papeles domésticos: no documentos.

STS, 2ª, 17 julio 2008 –Penal –Estafa –Contrato para la instalación de un portal para comercio electrónico -Negocio jurídico criminalizado.

STS, 1ª, 18 diciembre 2008 –Civil –Sistema informático –Base de datos -Plagio -Cto de obra.

STS, 1ª, 7 mayo 2010 –Civil –Indemnización –Doctrina del daño evidente.

STS, 1ª, 23 marzo 2011 –Civil –Entidades de gestión –Lucro cesante.

STS, 2ª, 10 junio 2011 –Penal –Secretos –Acceso a correo electrónico corporativo.

STS, 1ª, 16 enero 2012 –Civil -Páginas web –Acceso a obras protegidas: manuales de programas de ordenador.

STS, 1ª, 3 abril 2012 –Civil –Página web -Motor de búsquedas: google.

STS, 3ª, 28 abril 2012 –Contencioso –Impuesto sobre Sociedades -Informaciones y noticias –Reuters: tributación de filial española. –Contrato de distribución –Contrato de cesión de uso de software.

STS, 3ª, 4 octubre 2012 –Contencioso –Impuesto sobre Sociedades -Sociedades de gestión –Titular de los derechos de propiedad intelectual.

STS, 1ª, 9 octubre 2012 –Civil -Ryanair

STS, 1ª, 30 octubre 2012 –Civil -Ryanair

STS, 1ª, 8 noviembre 2012 –Civil -Originalidad de proyecto –Competencia desleal.

STS, 1ª, 12 noviembre 2012 –Civil Entidades de Gestión –Contrato de autorización para comunicación pública y reproducción de fonogramas.

STS, 1º, 19 febrero 2013 –Civil -Competencia desleal –Apropiación ilícita de software –Bases de datos –Prescripción de acciones por competencia desleal

STS, 3ª, 4 abril 2013 –Contencioso –IRNR –Cesión de programas de software.

STS, 1ª, 21 enero 2014 –Civil –Originalidad –Plagio –Espectáculo de baile y equestre.

ATS, 1ª, 11 febrero 2014 –Civil –Reproducciones no autorizadas de software –Copia privada.

STS, 1ª, 28 febrero 2014 –Civil -Software defectuoso –Fotocopiadoras.

STS, 1ª, 19 marzo 2014 –Civil –Contrato de cesión de derechos –Obras colectivas – Persona jurídica titular de todos los derechos –Obra: curso de pintura.

STS, 1ª, 7 abril 2014 –Civil -Ryanair

STS, 2ª, 16 abril 2014 –Penal –Apropiación indebida de software –Empresa informática

STS, 1ª, 7 mayo 2014 Civil -Ryanair

STS, 3ª, 3 octubre 2014 –Contencioso –Entidades de gestión –Información de datos – Protección datos redes p2p

STS, 1ª, 24 octubre 2014 –Civil -Contrato scrow, resolución.

STS, 1ª, 24 noviembre 2014 –Civil -Contrato de auditoría software

STS, 4ª, 22 diciembre 2014 –Social -Contrato de trabajo –Sucesión empresarial – Servicios informáticos.

ATS, 1ª, 12 enero 2015 –Civil –Reproducción no autorizada de software –Interpretación de los contratos.

STS, 1ª, 13 enero 2015 –Civil –Daños causados por productos defectuosos –Software instalada en avión. (vid. SAP, Secc. 17ª, Barcelona 7 mayo 2012)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AP Valencia, Secc. 3ª, 4 noviembre 1998 –Penal -Vídeo club –Distribución no autorizada –Discos –Código Penal anterior.

AP Barcelona 26 octubre 1999 –Penal –Reproducción de software –Entrada y registro –Tienda de material informático –Distribución no autorizada –Agotamiento del derecho –Perjuicio económico –Daño moral.

AP Ciudad Real, Secc. 1ª, 10 febrero 2000 –Civil –Hay sentencia del TS –Inventiones laborales mixtas: titularidad –Indemnización.

AP Cantabria, Secc. 1ª, 22 febrero 2000 –Penal –Vídeo club –Derecho de distribución –Compact disc.

AP Barcelona 4 abril 2000 –Civil –Contrato de compraventa de equipo informático (hardware y software) –Manuales en lengua inglesa –LGCYU

AP Valencia 13 abril 2000 –Civil –Competencia desleal –Subtitulado de películas – Empleados que crean empresa de la misma actividad

AP Valladolid, Secc. 2ª, 19 abril 2000 –Penal –Realización de copias de CDs

AP Navarra, Secc. 1ª, 28 abril 2000 –Penal –Vídeo club –Asociación sin ánimo de lucro ficticia –Asesoramiento –Diferencia entre delito y cuestión civil -Distribución

AP Navarra, Secc. 3ª, 14 julio 2000 –Penal –Reproducción de fotografía.

AP Cantabria, Secc. 3ª, 27 julio 2000 –Penal –Plagio de curso de azafata –CP 1973.

AP Madrid, Secc. 13ª, 17 octubre 2000 –Civil –Contrato de explotación –Obra musical –Indemnización

AP Salamanca, Secc. 1ª, 31 octubre 2000 –Penal –Delito continuado –Establecimiento de venta de ordenadores con programas pirata

AP Zaragoza, Secc. 3ª, 26 diciembre 2000 –Penal –Art. 271,a) –Programas de ordenador –Entrada y registro –Pericial.

AP Sevilla, Secc. 2ª, 3 enero 2001 –Civil –Programas pirata –Legitimación activa y pasiva –Reproducciones no protegidas.

AP Barcelona, Secc. 7ª, 29 enero 2001 –Penal –Fonogramas piratas –Pericial.

AP Las Palmas, Secc. 2ª, 7 febrero 2001 –Penal –Venta de vídeos en mercadillo – Requisitos del tipo art. 270.

AP Madrid, Secc. 4ª, 2 marzo 2001 –Penal –Entrada y registro –Videojuegos – Establecimiento comercial

AP Salamanca, Secc. 1ª, 12 marzo 2001 –Penal –Alquiler de discos –Asociación.

AP Barcelona, Secc. 10ª, 19 abril 2001 –Penal –Videojuego es un programa de ordenador –Art. 270 CP: cuantía de los productos –Derecho de distribución: consumación.

AP Madrid, Secc. 2ª, 10 julio 2001 –Penal –Video club –Asociación con fines culturales sin ánimo de lucro.

AP A Coruña, Secc. 6ª, 7 febrero 2002 –Penal –Exhibición de vídeos en un bar –Art. 270: tipo penal en blanco

AP Málaga, Secc. 3ª, 19 febrero 2002 –Penal –Emisiones de televisión

AP Granada, Secc. 1ª, 16 abril 2002 –Penal –Obra científica.

AP Alicante, Secc. 3ª, 7 mayo 2002 –Penal –Emisión de películas en bar.

AP Valencia, Secc. 4ª, 27 junio 2002 –Penal –Establecimiento comercial –Instalación de programas piratas en ordenadores –Atenuante de reparación del daño.

AP Madrid, Secc. 10ª, 20 septiembre 2002 –Civil –Litispendencia –Fonogramas – Representación de las entidades de gestión.

AP Asturias, 8ª, 29 octubre 2002 –Penal –Venta de copias piratas.

AP Pontevedra, Secc. 6ª, 27 diciembre 2002 –Penal –Hotel –Distribución.

AP Cuenca 13 marzo 2003 –Penal –Venta ambulante de productos musicales.

AP Castellón, Secc. 2ª, 1 abril 2003 –Penal –Copistería –Fotocopia de libros.

AP Sevilla, Secc. 1ª, 24 abril 2003 –Penal –Venta ambulante de productos musicales.

AP Ciudad Real, Secc. 1ª, 14 mayo 2003 –Penal –Venta ambulante –Delito de mera actividad.

AP Madrid, Secc. 16ª, 14 mayo 2003 –Penal –Reproducción de CDs –Perjuicio económico.

AP Las Palmas, Secc. 2ª, 7 junio 2003 –Penal –Venta de películas en establecimiento comercial.

AP Jaén, Secc. 2ª, 30 junio 2003 –Penal –Reproducción y distribución también de software –Venta en Internet

AP Cuenca, Secc. 1ª, 8 octubre 2003 –Penal –Venta de discos –Art. 270: consumación

AP Soria, Secc. 1ª, 16 octubre 2003 –Penal –Venta ambulante.

AP Valencia, Secc. 6ª, 29 octubre 2003 –Civil –Invención laboral -Titularidad

AP Asturias, Secc. 3ª, 15 diciembre 2003 –Penal –Art. 270: objeto – SGAE.

AP Madrid, Secc. 9ª, 12 abril 2004 –Civil –Contrato de cesión de derechos: incumplimiento –Obras: programas de ordenador.

AP Valladolid, Secc. 4ª, 18 mayo 2004 –Penal –SGAE –Copias de CDs

AP Zaragoza, Secc. 1ª, 8 junio 2004 –Penal –Establecimiento público –Copia de CDs de los clientes –Medidas de protección

AP Zaragoza, Secc. 3ª, 14 julio 2004 –Penal –Distribución ilegal de programas y videojuegos

AP Jaén, Secc. 3ª, 19 julio 2004 –Penal –Venta de CDs –Videojuegos y música.

AP Las Palmas, Secc. 2ª, 7 septiembre 2004 –Penal –Venta no autorizada de copias de discos.

AP Badajoz, Secc. 1ª, 18 octubre 2004 –Penal –Películas piratas.

AP Barcelona, Secc. 15ª, 22 febrero 2005 –Civil –Objeto de los DA –Método de puntuación deportiva.

AP Barcelona, Secc. 15ª, 24 marzo 2005 –Civil –Documentación preparatoria del programa de ordenador: protección –Exclusión de ideas y principios.

AP Valencia, Secc. 9ª, 18 abril 2005 –Civil –Aplicación de la LPI y el Convenio de Berna a obras publicadas en EE.UU. –Prescripción: plazo, interrupción – Comportamiento desleal y contrario a la buena fe: retraso en la presentación de la demanda. –Mala fe. –Prueba pericial: objeto –Indemnización: cuantía, intereses.

AP Madrid, Secc. 12ª, 27 abril 2005 –Civil -Daño moral –Pericial

AP Almería, Secc. 3ª, 9 de mayo 2005 –Civil –Contratos de adhesión –Hoteles -SGAE

AP Madrid, Secc. 23ª, 10 junio 2005 –Penal –Recurso apelación –Art. 274,2º - Distribución.

AP Barcelona, Secc. 15ª, 21 junio 2005 –Civil –Derecho de exclusiva –Agotamiento del derecho –Fonogramas

AP A Coruña, Secc. 3ª, 17 junio 2005 –Civil –Contenido de los DA –Obra: plano de una ciudad –Plagio.

AP Barcelona, Secc. 15ª, 22 junio 2005 –Civil –Método de trabajo

AP Barcelona, Secc. 15ª, 23 junio 2005 –Civil –Originalidad página web

AP Madrid, Secc. 13ª, 30 junio 2005 –Civil –Plagio –Obra musical –Pericial

AP Madrid, Secc. 17ª, 14 julio 2005 –Penal –Fonogramas.

AP Barcelona, Secc. 15ª, 20 julio 2005 –Civil –Venta de material informático –CD informático –Copia privada –SGAE

AP Barcelona, Secc. 15ª, 29 septiembre 2005 –Civil –Derecho exclusivo de explotación –Competencia desleal –Obra: proyecto.

AP Valladolid, Secc. 21ª, 21 noviembre 2005 –Penal –Distribución de CD y DVD piratas.

AP Valencia, Secc. 9ª, 9 diciembre 2005 –Civil –Grupos de sociedades –Obra: sistema de escritura musical –Diferencias entre otras –Lenguaje musical universal.

AP Baleares, Secc. 2ª, 18 enero 2006 –Penal –Estafa informática –Medidas para evitar la protección –Emisiones de televisión.

AP Valencia, Secc. 7ª, 13 marzo 2006 –Civil –Contrato de creación de página web – Entrega del código fuente.

AP Barcelona, Secc. 15ª, 4 mayo 2006 –Civil –Cesión in consentida de licencia de uso de software –Grupo de empresas.

AP Coruña, Secc. 4ª, 11 mayo 2006 –Civil –Medidas cautelares –Software ilegal –Uso del protocolo de comunicación de terminales –Telefonía móvil.

AP Córdoba, Secc. 3ª, 30 mayo 2006 –Civil –SGAE –Obras musicales.

AP Valencia, Secc. 9ª, 30 mayo 2006 –Civil –Reproducción pública –Obras musicales – Ayuntamiento.

AP Madrid, Secc. 13ª, 26 septiembre 2006 –Civil –Coautoría de la idea original –Obra: aquí no hay quien viva.

AP Madrid, Secc. 13ª, 18 enero 2007 –Civil –Contrato de cesión de derechos: obligaciones –Alianza Editorial.

AP, Secc. 5º, Cádiz 19 enero 2007 –Civil –Concepto de programa de ordenador – Concepto y protección de las interfaces –Prueba pericial –Prueba indiciaria.

AP Madrid, Secc. 12ª, 25 enero 2007 –Civil –Contrato de cesión de derechos: interpretación restrictiva –Obra: la botica de la abuela.

AP Barcelona, Secc. 8ª, 17 septiembre 2007 –Penal –Venta callejera –Perjuicio de tercero.

AP, Secc. 3ª, Jaén 27 septiembre 2007 –Penal –Supresión del requisito de denuncia previa.

AP Madrid, Secc. 28ª, 14 enero 2008 –Civil –Derecho de transformación: obra derivada –Originalidad: altura creativa –Inscripción en el RPI: efectos –Software y marca: reivindicación, mala fe, confusión –Indemnización: prueba.

AP Granada, Secc. 3ª, 18 enero 2008 –Civil –Autoría: funcionarios.

AP Barcelona, Secc. 7ª, 29 enero 2008 –Penal –Agravante de especial gravedad – Custodia del material incautado –Entrada y registro: facultades de los peritos judiciales –Pericial: concepto y finalidad –Cracks –Prueba indiciaria –Ánimo de lucro –Unidad de actuación –Aplicación retroactiva de la ley.

AP Barcelona, Secc. 16ª, 30 abril 2008 –Civil –Asociación contra la piratería: nota informativa: veracidad –Medidas cautelares: falta de urgencia.

AP Barcelona, Secc. 15ª, 17 septiembre 2008 –Civil –Google –Memoria caché –System caching.

AAP Madrid, 28ª, 6 diciembre 2008 –Civil –Medidas cautelares con la demanda –Cash Converters –Programa informático y base de datos.

AAP Madrid, Secc. 28ª, 18 diciembre 2008 –Civil –Medidas cautelares: diligencia de investigación.

AP Madrid, Secc. 28ª, 6 marzo 2009 –Civil –Medida cautelar –Libro.

AP Madrid, Secc. 28ª, 21 mayo 2009 –Civil –Obra colectiva –Coautor: altura creativa – Reproducción parcial inocua.

AAP Madrid, Secc. 28ª, 8 junio 2009 –Civil –Medidas cautelares previas al arbitraje – Base de datos –Requisitos –Interpretación restrictiva.

AP Girona, Secc. 1ª, 3 marzo 2010 –Civil –Titularidad del programa: empresario o trabajador –Originalidad –Feeware –Aplicación derivada de un programa anterior – Indemnización: daño moral.

AP Barcelona 9 de marzo 2010 –Civil –Redes p2p.

AP Baleares, Secc. 5ª, 30 julio 2010 –Civil –Concepto de plagio.

AP Valencia, 2ª, 4 septiembre 2010 –Penal –Copia de videojuegos –Empresa.

AP, Secc. 3ª, Baleares 23 septiembre 2010 –Civil –Contratos: interpretación –Creación de página web.

AP, 3ª, Burgos 16 septiembre 2010 –Civil –Plagio de extrabajadores –Competencia desleal. –Pacto de confidencialidad.

AP Vizcaya, Secc. 4ª, 1 diciembre 2011 –Civil –Plagio: comparación del código fuente –Carga de la prueba: examen del código fuente –Pericial: contenido –Vulneración del derecho de marca –Competencia desleal.

AP Barcelona, Secc. 15ª, 22 diciembre 2011 –Civil –Concepto de programa de ordenador –Originalidad –Plagio –Pericial –Indemnización: daño emergente y lucro cesante.

AP, Secc. 28ª, Madrid 3 febrero 2012 –Civil –Medidas cautelares anteriores a la demanda: requisitos –Contra expleado.

AP, Secc. 28ª, Madrid 30 de marzo 2012 –Civil –Ryanair.

AP, Secc. 17ª, Barcelona 7 mayo 2012 –Civil –Responsabilidad por producto defectuoso –Accidente aéreo (vid. STS 15 enero 2015).

AP, Secc. 3ª, Madrid 28 junio 2012 –Penal –Derecho de reproducción –Neutralización de dispositivos de protección: “específicamente destinado” –Página web: prueba de indicios.

AP, Secc. 14ª, Madrid 29 junio 2012 –Civil –Contratos: interpretación –Contrato de cesión de software.

AP, Secc. 1ª, Lugo 8 noviembre 2012 –Civil –Elusión de medidas de protección de videoconsola –Daño moral. (vid. JPI nº 2 Lugo 5 junio 2012).

AP Madrid, Secc. 28ª, 12 noviembre 2012 –Civil –Libros científicos (mementos) –Plagio.

AP, Secc. 5ª, Sevilla 13 marzo 2013 -Civil. -Titularidad de programa de ordenador. - Originalidad. –Plagio –Pericial.

AP Cádiz 23 mayo 2013 -Penal. -Establecimiento comercial. -Dilaciones indebidas.

AP Valencia 30 julio 2013 -Penal. -Locutorio. -Indemnización. -Prescripción.

AP Castellón 25 septiembre 2013 -Penal. -Locutorio. -Distribución. -Principio de intervención mínima.

AP Burgos 21 octubre 2013 -Penal. -Locutorio. -Licencias. -Error invencible. -Carga de la prueba.

AP Barcelona 20 noviembre 2013 -Civil. -Contrato: cesión de derechos de propiedad intelectual. -Base de datos.

AP Barcelona 18 diciembre 2013 -Civil. -Redes p2p fonogramas. -Reproducción y comunicación pública.

AP Asturias 19 diciembre 2013 -Civil. -Derecho de reproducción. -Derecho de distribución. -Agotamiento de la licencia. -Diligencia de entrada y registro. -Deber de custodia del Secretario. -Contrato de arrendamiento de servicios.

AP Madrid 14 enero 2014 -Civil. -Youtube.

AP Valencia 20 enero 2014 -Penal. -Página web de enlaces. -Ánimo de lucro. -Falta de juramento del informe pericial. -Derechos de explotación.

AP Las Palmas 12 febrero 2014 -Penal. -Diferencia entre delito y falta. -Ventas a pequeña escala.

AP Las Palmas 25 febrero 2014 -Penal. -Prescripción.

AP La Rioja 3 marzo 2014 -Civil. -Copyleft de música. -Comunicación pública.

AP, Secc. 3ª, Sevilla 3 marzo 2014 -Civil. -Plagio. -Prueba pericial. -Competencia desleal.

AP Sevilla 13 marzo 2014 -Civil. -Protección de catálogo -Originalidad. -Concepto de plagio. -Prueba pericial. -Competencia desleal.

AP Barcelona 20 marzo 2014 -Penal. -Error de prohibición.

AP Almería 25 marzo 2014 -Penal. -Tarjeta de decodificación: no tiene protección por DA. -Hotel -Originalidad. -Comisión imprudente.

AP Madrid 31 marzo 2014 -Civil. -Protocolos p2p. -Páginas web. -Protección mediante competencia desleal. -Vulneración directa e indirecta de los derechos propiedad intelectual.

AP Valencia 29 abril 2014 -Civil. -Autoría. -Concepto: ideas o principios. Originalidad. -Obra colectiva. Titular persona jurídica. -Cesión de derechos: forma: correo electrónico. -Requisitos del contrato de cesión. -Comunicación pública: acceso posible.

AP Madrid 16 junio 2014 -Obra arquitectónica.

AP Madrid 12 septiembre 2014 fonogramas -Civil. -Comunicación pública de fonogramas. -SGAE.

AP Barcelona 4 octubre 2014 -Penal. -Contratos. -Derecho de transformación.

AP Madrid 23 octubre 2014 -Penal. -Distribución de programas de ordenador. - Locutorio.

AP Castellón 12 noviembre 2014 -Penal. -Páginas web de enlaces. -P2P. - Indemnización. -Resumen de la jurisprudencia sobre webs de enlaces. -Perjuicio económico. -Explotación económica.

AP Las Palmas 28 noviembre 2014 -Penal. -Cadena de custodia. -Domicilio. -Intimidad personal.

AP Navarra 9 diciembre 2014 -Civil. -Trabajador: control del uso del ordenador.

AP Madrid 26 enero 2015 -Penal. -Venta de programas sin licencia en locutorio. - Imparcialidad del perito informático.

AP Madrid 4 febrero 2015 -Penal. -Distribución. -Ánimo de lucro. -Principio de intervención mínima del Derecho penal. -En perjuicio de tercero, no con perjuicio de tercero.

AP Madrid 29 abril 2015 -Civil -Incumplimiento contractual -Página web. -Contratos. - Indemnización.

AP Cáceres 1 de junio 2015 -Penal. -Venta de ordenadores con sistemas informáticos sin licencia. -Delito provocado. -Venta al por menor = venta ambulante. -Cálculo del perjuicio.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

TSJ Asturias, Social, 10 diciembre 1999 -Social -Titularidad -Bases de datos y programas.

TSJ Aragón, Social, 20 noviembre 2000 -Social -Invención por trabajador

TSJ Andalucía-Málaga, Social, 1 febrero 2002 -Social -Invención por propia iniciativa del trabajador

TSJ Valencia, Social, 10 marzo 2004 -Social -Invención laboral

TSJ Madrid, Contencioso, 20 octubre 2004 -Contencioso -Incompetencia de jurisdicción -RPI: denegación de inscripción.

TSJ, Contencioso, Madrid 29 mayo 2007 –Contencioso –Inscripción de software en el RPI –Justificación del trabajador.

TSJ, Social, Madrid 25 mayo 2009 –Social –Relación laboral y profesional: diferencia – Titularidad.

TSJ, Social, País Vasco 22 marzo 2011 –Social –Despido disciplinario: falta de datos de la red interna –Autoría.

TSJ Navarra 15 diciembre 2014 -Social. -Relación laboral o por cuenta propia.

TSJ Galicia 23 diciembre 2014 -Social. -Uso de programas y equipos informáticos en el trabajo.

TSJ Cataluña 7 abril 2015 –Social -Relación laboral: funcionario. -En catalán.

TSJ Madrid 7 de abril 2015 –Contencioso -Contra RPI. -Finalidad del RPI. -Solicitud de copia por el autor de una obra que es un programa informático. -Denegada: remisión al depósito legal.

AUDIENCIA NACIONAL

AN, Contencioso, 8 mayo 2007 –Contencioso –Impuesto de Sociedades – Comercialización de software.

AN, Contencioso, 29 junio 2007 –Contencioso –Impuesto de Sociedades – Comercialización de software –Capacidad contributiva.

AN Contencioso 27 de septiembre de 2007 –Contencioso –IRNR –Cesión de software.

AN, Contencioso, 26 mayo 2008 –Contencioso –IRNR –Retención por distribución de software.

AN, Contencioso, 25 noviembre 2010 –Contencioso –Impuesto de Sociedades – Distribución de software.

AN 8 abril 2013 -Contencioso. -Cesión del programa de ordenador.

AN 11 abril 2013 -Contencioso. -Fiscal: IR no residentes. -Tema retención por importación.

AN 19 diciembre 2013 -Contencioso. -Fiscal: IR de no residentes. -Concepto de tecnología.

AN 17 julio 2014 -Contencioso -Calificación fiscal del software -Retenciones. - Contratos -Imposición de pagos de la filial a la matriz americana Oracle.

AN 5 marzo 2015 -Penal. -Página web. -Descarga ilegal de periódicos y revistas.

JUZGADOS DE INSTANCIA

JM nº 1 Bilbao Auto 30 mayo 2005 -Civil -Medida cautelar sin audiencia del demandado.

JM nº6 Madrid 13 enero 2006 -Civil -Obra: aserejé -Titularidad -Plagio.

JPI nº 4 Salamanca 11 abril 2007 -Civil -Contrato de cesión de derechos de explotación: pago del precio -SGAE -Música.

JM nº 2 Barcelona 11 febrero 2009 -Civil -Ryanair -Competencia desleal y Propiedad Intelectual.

JP Jerez de la Frontera 20 octubre 2011 -Penal -Falta art. 623.5: elementos del tipo. Uso de medios para evitar las medidas de seguridad: chips o swap magic -Pena accesoria: prohibición de dedicarse al comercio del ramo -Publicación de sentencia: no procede por escasa repercusión.

JM 4 Madrid 25 noviembre 2011 -Civil -Redes p2p -Programa para crear redes p2p: intercambio de archivos de audio de particulares -Competencia desleal: imitación - Incitación a la piratería -Responsabilidad extracontractual.

JM nº 8 Barcelona 2 mayo 2012 -Civil -Videoconsola (vid. AP Lugo 8 noviembre 2012 y JP 2 Lugo 5 junio 2012).

JPI nº 2 Lugo 5 junio 2012 -Civil -Neutralización de dispositivos de protección - Videojuegos -Pericial -Daño moral. (vid. AP Lugo 8 noviembre 2012).

JP 4 Castellón 30 octubre 2013 -Penal. -Página web. -Descargas. -Enlaces p2p. -Ánimo de lucro. -Pericial.

JM1 Málaga 31 julio 2014 -Civil. -Fonogramas. -Reivindicación de autoría.

JP 4 Pamplona 9 diciembre 2014 -Penal. -Funcionario que accede a base de datos restringida para asuntos propios.