

Notas acerca de la relación entre Informática y Propiedad Intelectual

GUILLERMO OROZCO PARDO

*Profesor Titular del Departamento de Derecho Civil.
Universidad de Granada.*

1- Introducción.

La informática es un fenómeno que posee múltiples facetas y diversidad de consecuencias de orden técnico, cultural y jurídico; ello quiere decir que estamos ante un importante fenómeno social cuyo estudio atañe a distintos campos del conocimiento humano. Es ya tradicional comparar la aparición de la informática con la invención de la imprenta lo cual, a nivel de ejemplo, es admisible, pero las consecuencias de todo orden que ha producido la informática superan, con mucho, las de esta. Uno de los efectos fundamentales que se asignan al ordenador es el de haber roto con la identificación de cada máquina con una función concreta y determinada, es decir, ese monólogo exclusivo entre una máquina y su utilidad o tarea única, ha sido superado por unos equipos que pueden asumir diversidad de funciones. No estamos ante una simple computadora que procesa información de forma automatizada, sino que nos dirigimos hacia aparición de equipos capaces de pensar y decidir que constituyen lo que se ha denominado "la informática decisional".¹

■¹ Vid. Bretón, Ph.: "Historia y crítica de la informática". Trad. V. Villoria. Madrid, Cátedra, 1989 y "Revista de Occidente". "La mente y sus representaciones: cognición e inteligencia artificial". Número 119 de 1991.

Esto quiere decir que la capacidad de trabajo de los ordenadores aumenta progresivamente a un ritmo casi vertiginoso, tanto en lo que se refiere a la "potencia" de los equipos o sistemas, como en lo referido a las tareas que se les asignan. En consecuencia su importancia política y económica se ha multiplicado paralelamente ya que la "informatización" de la vida social es un fenómeno imparable y afecta a muy diversos aspectos de las relaciones sociales: reservar un billete de avión, retirar dinero de un cajero, diseñar un edificio o escribir un trabajo de investigación, son algunas de las múltiples tareas cotidianas que realizamos por medios informáticos. Ello ha conducido a una nueva y más peligrosa dependencia tecnológica ya que el mercado de la informática está "dominado" por unos cuantos países que producen y exportan equipos y programas a terceras naciones cuyo desarrollo depende en gran parte de la posibilidad de adquirir los nuevos productos capaces de realizar nuevas y más eficaces tareas.

En definitiva, estamos ante la que podemos calificar como gran innovación del siglo XX cuya verdadera proyección se manifestará en el siglo venidero. La informática ha propiciado, a nuestro juicio, un gran "salto cualitativo" en nuestra civilización muy superior en su alcance y consecuencias a cualquiera otro producido en la Historia de la humanidad.² Como afirma Bertrand, la conjunción de la informática y los modernos medios de comunicación ha provocado que entremos en una sociedad donde la información se ha constituido en una realidad independiente y un elemento básico que posee la misma importancia que el trabajo, la energía o las materias primas.³

■² Sobre el impacto de la Informática en el Derecho véase Pérez Luño, A.E.: "Nuevas tecnologías, Sociedad y Derecho". FUNDESCO, Madrid, 1987 y "Manual de informática y derecho". Ariel, Madrid, 1996.

■³ Vid. "Le droit d'auteur et les droits voisins". Masson, Paris, 1991. Este autor pone de manifiesto que en los Estados Unidos, para el principio de la década de los noventa, el sector de la informatización empleaba más del 50% de la mano de obra, frente al 25% de la industria tradicional o el 3% de la agricultura. La Unión Europea estima que hacia el año 2000, más del 80% de los empleos estarán ligados a las tecnologías de la información.

2- Derecho e Informática.

Hemos puesto de manifiesto cómo la informática afecta a las relaciones sociales planteando una variada gama de problemas que poseen trascendencia jurídica. Cuestiones tales como el tratamiento de la información relativa a datos personales, la comercialización de los productos informáticos, los delitos perpetrados por estos medios, las consecuencias de su aplicación en el ámbito laboral, la contratación electrónica o su aplicación en el campo administrativo y judicial, integran esa variada panoplia de manifestaciones de este fenómeno social ante las que el Derecho no puede quedar silente. Si entendemos al Derecho como un instrumento de coordinación ética de la vida social para ordenar la convivencia, podremos comprender la íntima vinculación que existe entre ambos pues es imprescindible asegurar la presencia de un "condicionante ético" en la aplicación de los medios informáticos a la vida social. El desafío que la Informática ha planteado al Derecho se ha caracterizado, hasta ahora, por dos notas muy marcadas: el "retroso" del Derecho con respecto a la evolución de aquella y la fragmentaria respuesta que se han dado a los distintos problemas. Efectivamente, tratamos de poner coto a la invasión de la privacidad de las personas por medio de la recogida y tratamiento de datos personales cuando ello ya se ha producido, lo cual pone de manifiesto la pervivencia del mito hegeliano del "búho de Minerva". De otro lado, al analizar esta problemática, los juristas se encuentran con un campo de estudio cuya jurisdicción científica no está claramente establecida. Aún hoy pervive la idea de que estos problemas afectan "transversalmente" a diferentes áreas según la cuestión a tratar: el Derecho Civil, Penal, Laboral, Procesal y Mercantil, son alguna de las disciplinas "implicadas" en la materia y, según la índole del problema, será una u otra la que posea la "jurisdicción" científica sobre el mismo. Esto origina un tratamiento fragmentario e incompleto de la problemática jurídica de la Informática, con las perniciosas consecuencias que de ello se derivan.

Actualmente, los juristas que estudian estas materias propugnan la necesidad de ordenar su estudio desde una perspectiva que unifique los principios, los métodos y las fuentes, para construir así una nueva disciplina científica que vendría a denominar "Derecho Informático o Derecho de la Informática", pues del mismo modo que otros fenómenos sociales, de menor

trascendencia, han conducido a la consagración de disciplinas autónomas, la Informática y sus múltiples efectos jurídicos demandan esa misma solución.⁴ Sólo desde un análisis coherente basado en unos principios y métodos coordinados se podrá dar solución de la pluralidad de problemas que la Informática está planteando, y planteará, a la sociedad. Con ello estableceremos los cauces éticos por los que habrá de discurrir la evolución futura de una innovación muy beneficiosa pero que puede prestarse a abusos de muy variada índole.

3- La Informática y la Propiedad Intelectual.

Una de las dialécticas más interesantes que la materia plantea es la que se deduce de la relación entre la creación intelectual de productos informáticos y las normas que el Derecho ha arbitrado para proteger los derechos de sus autores. Como dice nuestro Legislador, la propiedad intelectual es un "supraconcepto" que engloba los derechos personales y patrimoniales que la Ley reconoce en exclusiva al autor sobre su obra. Con ello se asegura al creador toda una variada gama de posibilidades de actuación sobre las distintas vertientes de su obra, pues le permite adoptar toda una serie de "decisiones" con respecto al destino y explotación del objeto de su derecho. No obstante, hemos de tener muy presente la función social que cumplen las obras artísticas, literarias y científicas, razón por la cual son muy diversas las limitaciones que la Ley impone en este campo de actuación de la voluntad humana.

De otro lado, a nadie escapa hoy la relevante dimensión económica que estas obras poseen en muchos casos y que se acentúa en el campo de las creaciones de productos informáticos. Efectivamente, el "mercado de la cultura" forma parte de los sectores más dinámicos y crecientes de nuestros días. Ello se debe, entre otras razones, a la pluralidad de objetos en que puede plasmarse tal y como las leyes sobre la materia se encargan de reflejar con una encomiable visión de futuro. Libros, impresos, obras dramáticas, musicales, audiovisuales, fotografías, esculturas, mapas, proyectos, planos, etcétera, forman parte de ese versátil y flexible conjunto de obras originales "expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el

■⁴ En nuestro país existe ya un digno ejemplo de sistematización científica de la disciplina en la obra de Davara Rodríguez, M.A.: "Derecho Informático". Aranzadi, Pamplona, 1993.

futuro", a las que la Ley protege atribuyendo a los autores la propiedad sobre las mismas.

Estamos pues ante una realidad material o inmaterial que es producto de la actividad creadora de la persona, plasmado en un soporte material o inmaterial que le hace perceptible, que aporta un "quid novi" al patrimonio artístico, literario o científico precedente y sobre el cual la Ley confiere una serie de derechos, "ab origine", a su autor. Tal protección se dispensa con independencia de factores como su valor o mérito, de su utilidad o de que se comunique públicamente o no. Como puede deducirse de la legislación sobre la materia, el campo de actividades humanas en las que pueden producirse obras protegidas es muy diverso, pues abarca desde las "tradicionales" como pintura, literatura, escultura, música, docencia, dramaturgia, cinematografía o fotografía, hasta otras propias de las ciencias empíricas o de la técnica como ingeniería, arquitectura, topografía o geografía.

Lógicamente, la Informática como campo de la actividad humana en la que se producen creaciones intelectuales, no podía quedar ajena a este fenómeno pues era necesario proteger los derechos de las personas y empresas dedicadas a la investigación y desarrollo de nuevos productos. Sin embargo, se planteaba el problema de que, inicialmente, los productos informáticos poseían una aplicación básicamente industrial o militar. Así lo afirma Bretón: "La segunda guerra mundial y la posterior guerra fría constituyeron sin ninguna duda el factor decisivo que permitió la invención del ordenador moderno y la entrada en la era de la informática. Todo lo relacionado con la carrera nuclear, la guerra y los imperativos de la defensa nacional, permitió el encuentro entre los sueños más avanzados de los mejores científicos y las amplias posibilidades de financiación y de experimentación que ofrecía la armada de un país altamente industrializado: los Estados Unidos. De esta conjunción nació el ordenador".⁵

En consecuencia, es lógico pensar que los primeros equipos tenían unas aplicaciones muy claras y determinadas por lo que se atendió a protegerlos atendiendo a su dimensión industrial, razón por la cual su tutela quedó adscrita al campo de las normas de la Propiedad Industrial. En principio, el centro de atención lo integraban los equipos ("Hardware") cuyo coste y limitaciones hacían

■⁵ Vid. "Historia y crítica..."cit. página 117 y siguientes.

muy restringida su utilización a determinados ámbitos y tareas. Sin embargo, con la difusión de los ordenadores por su aplicación a otros distintos ámbitos de la actividad humana, se acentuó su capacidad multifuncional pues un mismo equipo podía ya realizar muy diversas tareas en función de las instrucciones que se le facilitaran. Emerge así la importancia de un nuevo elemento que permite adaptar el ordenador a muy diversos usuarios y destinos: los programas o soporte lógico ("Software").⁶ Ellos permiten que personas no preparadas específicamente para programar un ordenador puedan obtener de estos toda una diversidad de utilidades: laborales, de ocio y recreo, de comunicación y de tratamiento de información. He aquí pues un nuevo y relevante elemento, producto de la capacidad creadora del ser humano, que aporta nuevas metas y soluciones y que ha de ser protegido adecuadamente: el programa de ordenador.

Por otra parte, es de sobra conocido que nuestra época es conocida como la de la "sociedad de la información" dado que ésta se ha erigido como el más deseado instrumento de poder económico y político. Pero el problema no es sólo adquirir la información, sino saber sistematizarla y relacionarla adecuadamente según la finalidad perseguida. Ello quiere decir que no basta con almacenar información, sino que hemos de contar con un instrumento que permita al ordenador poder tratarla adecuadamente para las distintas finalidades que se puedan perseguir. La eficacia de una base de datos reside tanto en su capacidad de almacenar, cuanto en la posibilidad de tratar la información que contiene. Es por ello que las bases de datos poseen hoy tal relevancia que se hace necesario dotarlas también de protección jurídica adecuada en su faceta de objeto de propiedad intelectual.

Veamos seguidamente cuáles son las líneas maestras de esta tutela jurídica en nuestro Ordenamiento y en las normas comunitarias e internacionales. No obstante, dejamos fuera de este estudio la problemática de los productos

■⁶ "Hardware" es el término que hace referencia a los componentes físicos que configuran un sistema de ordenador. El "Software" es el soporte lógico que contiene las instrucciones y órdenes, es decir los programas, que se cursan al ordenador para que realice un determinado proceso. Puede ser "de base o sistema", integrado por el conjunto de programas que controlan y ordenan las funciones del sistema; de "utilidad", referido a diversos programas de utilidades; y de "usuario" o de aplicaciones. Vid. Actualidad Informática Aranzadi n° 1 de octubre de 1991.

semiconductores pues, por su propia naturaleza, quedan fuera del objeto de nuestro estudio.

4- La protección de los programas de ordenador en nuestro Ordenamiento.

A) Su régimen jurídico.

Una de las primeras dificultades con la que nos encontrábamos al abordar la materia, era la fragmentación de esta normativa que se ponía de manifiesto en la existencia de una panoplia variada de normas aplicables, que perduró hasta la aparición del tantas veces prometido Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996 de 12 de Abril. Sintetizando mucho la cuestión, podemos decir que existían unas normas especiales, que conformaban un régimen específico, y otras generales, que integraban el substrato básico. De entre esas normas asumidas por la actual Ley cabe citar:

- La Ley de Propiedad Intelectual de 1987, sobre todo los artículos 95 a 100, como normas especiales, y demás preceptos aplicables de la misma, en cuanto régimen general aplicable al programa como obra literaria.

- El Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual de 14 de Mayo de 1993.

- La ley de 23 de Diciembre de 1993 que incorporó la Directiva 91/250/CEE, sobre protección jurídica de programas de ordenador, como norma especial.

- La Ley de 30 de Diciembre de 1994 que incorporó la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

- la Ley de 11 de Octubre de 1995 de incorporación de la Directiva 93/98/CEE relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines.

De esta amplia panoplia de normas se deducía ya la importancia que los programas de ordenador poseían para el Derecho en cuanto objeto del tráfico jurídico económico, lo cual hacía más necesario que se unificara definitivamente su tratamiento legal, pues esta fragmentación podía ocasionar disfunciones

perjudiciales para la eficacia de su tutela legal, tal y como venía denunciando la Doctrina. Para asumir esta normativa dispersa sobre Propiedad Intelectual, en los diversos campos de la materia, surge el Real Decreto Legislativo antes citado, que se elabora como anexo al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con una finalidad expresa que anuncia su artículo único: "*Se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, que figura como anexo al presente Real Decreto Legislativo*".

La entrada en vigor de esta norma, el martes 23 de abril de 1996, supuso la derogación, en su mayor parte, de la panoplia normativa antes relacionada, excepto en lo relativo al Registro de la Propiedad Intelectual, según establece su disposición derogatoria única. No obstante, junto a esta norma especial hemos de atender a otras normas generales o especiales que regulan aspectos relacionados con esa protección. Tal sería el caso de textos como el Código Penal, el Código Civil o las leyes procesales, cuando sean aplicables al supuesto planteado.⁷ Esta contingencia estaba expresamente prevista en la disposición adicional única de la Ley 16/93 que establecía: "Lo dispuesto en la presente Ley se entenderá sin perjuicio de cualesquiera otras disposiciones legales tales como las relativas a los derechos de patente, marcas, competencia desleal, secretos comerciales, protección de productos semiconductores o derecho de obligaciones".

■⁷ Así lo prevé el mismo Texto refundido cuando acepta la aplicación del sistema de Derecho transitorio del Código civil, según establece su disposición transitoria decimocuarta. El Código Penal trata los delitos contra la propiedad intelectual en sus artículos 270 y siguientes, junto a los relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, lo cual entraña un posicionamiento "patrimonialista" en el "espíritu" de la norma, si bien la interconexión de las materias es evidente, sobre todo en los programas de ordenador. En concreto, el último párrafo del artículo 270 prevé el castigo con la pena de prisión de 6 meses a 2 años o de multa de 6 a 24 meses para quienes lleven a cabo "... la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador". El artículo 272.1 C.P. remite a la misma Ley de Propiedad Intelectual para establecer el alcance de la responsabilidad civil derivada de estos delitos.

B) El programa de ordenador como objeto del derecho de propiedad intelectual.

Ya hemos aludido antes a la flexibilidad y visión de futuro que nuestra Ley de Propiedad Intelectual (LPI) consagra a la hora de definir el objeto de este derecho. En su artículo 10 recoge una definición genérica y elástica: "... todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro". Sentado esto, a continuación hace una enumeración abierta dentro de la cual cita expresamente a los programas de ordenador en apartado 1.i) del precitado artículo.

Hemos de recordar que el Convenio de Berna consagra ya a los programas de ordenador como obras literarias y debe atenderse a su protección siguiendo esta premisa inicial. Siguiendo esta línea general, podemos citar el texto del artículo 4 del Proyecto de Tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas (OMPI, 1996) a cuyo tenor " los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a las expresiones, en cualquier forma, de un programa de ordenador".(cfr. art 10 del Acuerdo sobre los ADPIC)

En tal sentido, el artículo 1.1º de la Ley 16/93 de 23 de Diciembre estableció expresamente que "los programas de ordenador serán protegidos mediante los derechos de autor como obras literarias, tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas". Esta misma línea se mantiene en el Texto Refundido, cuya disposición derogatoria establece la derogación de todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en esta Ley, razón por la cual no cabe ya la menor duda de que el programa es una obra literaria más de las protegidas por la Ley, sin que quepan interpretaciones restrictivas a la hora de aplicarle la tutela legal.

El programa en cuanto bien susceptible de protección legal es un fenómeno reciente, razón por la cual inicialmente se le protegía mediante una vía indirecta. Toda vez que normalmente se adquiría unido al equipo al que servía en régimen de accesoriadad como sistema operativo, su tutela se operaba mediante la aplicación de las normas de la propiedad industrial en la medida en que ello era posible. En consecuencia, la adquisición de programas se realizaba mediante un

contrato "accesorio" de venta de "software". Sin embargo, el auge del mercado de programas y su "independencia" del equipo demandaron la necesidad de brindarle una protección autónoma pues su adquisición no siempre va unida al equipo ya que actualmente los programas pueden cubrir muy diversos campos de aplicación, y tal vez por ello la contratación de "software" sea hoy un fenómeno de contratación conexas o coligadas, sin aquél matiz de accesoriadad antes citado.⁸

Hoy está plenamente superada la duda de si se debió optar por regular esta materia en el campo de la propiedad industrial, pues dadas las características de los programas es lo más lógico y práctico incluirles dentro de las normas que protegen a la propiedad intelectual, ya que su dimensión industrial no es generalizada y presenta aspectos "personalistas" no previstos en la propiedad industrial. De otro lado, el dotarle de una normativa "sui géneris" habría debilitado su protección. Por tanto, lo más operativo era incluirle dentro de las normas de la propiedad intelectual y así lo concluye Galán Corona cuando afirma: " En cualquier caso, está fuera de toda duda la opción adoptada y ciertamente existen sólidas razones pragmáticas para ello. Por una parte, la protección que confiere el derecho de autor presenta indudables ventajas: no se requiere novedad ni actividad inventiva, sino solamente originalidad y tampoco es preciso registro conforme a la Convención de Berna. Todo ello supone una protección inmediata, barata y geográficamente generalizada, gracias al juego de los Convenios internacionales sobre la materia".⁹

Estas razones de orden pragmático son incuestionables si reparamos en el aumento de la llamada "piratería informática" que conlleva la copia y comercialización de programas ilícitamente obtenidos. Este fenómeno no sólo

■⁸ Davara considera que este tratamiento diferenciado tiene su origen en la práctica de IBM de facturar independientemente los equipos de los programas a causa de las imposiciones legales en USA, para evitar monopolios que falsearan la competencia. Vid. "Derecho Informático".cit. página 107. Sobre el tema de los contratos conexos véase la obra de López Frías, A."Los contratos conexos "Barcelona, 1994, donde se hace un profundo estudio de esta materia y, en concreto, las páginas 233 y siguientes; véanse también A.A.V.V.: "Les contrats de développement de logiciel sur mesure 2. Bruselas, 1986 y A.A.V.V.: "I contratti di utilizzazione del computer ". Dir. G.Alpa. 1984

■⁹ Vid. "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart. Madrid, EDERSA, 1995. Tomo V, vol. 4º B, donde hace un extenso análisis sobre la materia.

supone pérdidas económicas para los autores, sino que sus consecuencias perniciosas se proyectan sobre toda la comunidad.¹⁰

Ya hemos aludido antes a la creciente importancia de la industria del "software" y a su papel "estratégico" a nivel político.¹¹ Los estados más desarrollados tratan de fomentar la industria de este campo incentivando la creatividad, de manera que la "piratería" supone un grave quebranto para la industria y la economía de los países productores de programas para ordenador, pues supone menores exportaciones, disminución de empleo y competencia desleal. La necesidad de hacer frente a este problema impuso la política de coordinar las medidas legales de protección a la vez que la aplicación de la doctrina de la reciprocidad: sólo los países que disponen de una protección legal adecuada tienen acceso lícitamente al intercambio del "software". Prueba de todo ello son los textos internacionales suscritos por los Estados y los que la Unión Europea ha dictado para armonizar la protección de estos derechos en el seno de sus Estados miembros.

No obstante, siguen existiendo casos en los que un programa va ligado a un proceso industrial, en cuyo caso se le brinda una protección complementaria. Así lo recoge el artículo 96.3 LPI: "Cuando los programas de ordenador formen parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial".

■¹⁰ Paralelamente al auge de este mercado, se ha producido un aumento de la "piratería" en dicho sector, tal y como lo demuestra el hecho de que en nuestro país sólo 12% de los programas de ordenador estándar utilizados es legal. Ello quiere decir que el 88% restante se está utilizando de manera fraudulenta por vía de comercialización ilegal y copias indiscriminadas. Ello ha significado unas pérdidas en el sector, sólo para el año 1994, de 100.000 millones de pesetas. En 1996, las pérdidas globales se cifran en 11.200 millones de dólares (1'5 billones de pesetas) y los fabricantes españoles perdieron a causa de la piratería, en este mismo año, 22.000 millones de pesetas. Lo que se ha traducido, además, en pérdida de empleo y productividad. Vid. "La campaña contra la piratería informática", en *Actualidad Informática Aranzadi*, n° 15 de abril de 1995. Véase también la revista "Despacho de abogados", n° 6 de 1995, donde se afirma que España ocupa el segundo lugar en cuanto a utilización ilegal de "software".

■¹¹ Véanse los datos que aporta Racicot sobre la magnitud económica del mercado del "software" en: "Software protection". En: "L'informatique et le droit d'auteur". Ed. Y. Blais Inc. Montreal, 1990.

A la hora de definir un concepto podemos entender el "Software", según afirma Davara, como "el soporte lógico de las instrucciones y órdenes que forman los programas que se dan a un ordenador para que realice un proceso".¹² Nuestro Legislador ha definido con claridad, en el artículo 96.1, cual es el concepto de programa como bien protegido por la Ley: "toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación". Es decir, el programa es una creación intelectual integrada por un conjunto de instrucciones que se dirigen al ordenador para que éste realice una tarea u obtenga un resultado, siendo así que se le compara con una "partitura" que el ordenador lee y ejecuta. Estamos ante un elemento instrumental que dirige y da sentido a la "tarea" que se asigna a la máquina y posibilita la obtención de un resultado; en razón de ello no podemos admitir que se la vincule al ordenador mediante un criterio de accesoriadad, toda vez que posee su propia entidad independiente de la máquina quien, realmente, "depende" del programa para realizar adecuadamente su función.

Así concebido, el programa es una expresión autónoma del pensamiento creativo de su autor, que una vez plasmado en un soporte suficiente sirve para que el ordenador realice una tarea prevista. Edelman lo define como el conjunto de secuencias de instrucción que permiten hacer realizar una función determinada a una máquina de tratamiento de información llamada ordenador.¹³

Estamos ante uno de los llamados "bienes inmateriales", concepto que la Doctrina científica actual utiliza para referirse a un conjunto de bienes que comportan creaciones humanas que mediante su plasmación en un medio o soporte son susceptibles de percepción, aprovechamiento o utilización por los destinatarios o usuarios. De entre sus características, nosotros queremos destacar su "fragilidad esencial" y su "relevancia económica", pues su importancia como

■¹² Vid. " Introducción a la informática".Revista Actualidad Informática Aranzadi, n° 1 de 1991.

■¹³ Vid. "Actualité Législative Dalloz". Número especial de 1987.

bienes de consumo o explotación económica corre paralela a la facilidad para copiarlos u obtener ilícitamente ejemplares de los mismos.¹⁴

Racicot explica el proceso de creación del programa que parte de la idea de su autor de lograr la solución a un problema o de cumplir una función. En esta primera fase se establecen los objetivos, se definen los problemas y se determinan las especificaciones funcionales. En la siguiente fase, la obra se segrega en módulos que a su vez se subdividen y se determinan las relaciones y los "interfaces" entre componentes (interfaz es un dispositivo físico o lógico que permite establecer la conexión facilitando el intercambio de información entre dos equipos o entre equipo y usuario). Todas estas fases conforman la etapa de "arquitectura del programa".

A continuación, el autor establece cuál ha de ser el método de resolución del problema, siendo esta segunda etapa la de la lógica o algoritmo del programa en la cual se pueden utilizar los ordinogramas donde la lógica del programa es descrita gráficamente por unidades interrelacionadas que desarrollan las diferentes etapas y los flujos de datos. Seguidamente, el autor elige, si no lo ha hecho ya, el lenguaje de programación y codifica el programa en ese lenguaje mediante una serie de instrucciones. Este es el programa fuente. Este lenguaje, que recuerda vagamente al humano, sólo puede ser comprensible por un informático y el propio ordenador. En consecuencia, el programa en lenguaje fuente ha de ser traducido a lenguaje objeto para que se adapte al ordenador. Este suele ser un lenguaje binario formado por una serie de ceros y unos, o por un lenguaje hexadecimal formado por la combinación de números y letras. Las series de unidades de tales códigos se representan en el ordenador en dos estados: existencia o ausencia de corriente eléctrica o bien alto o bajo voltaje de corriente.

Este programa traducido a lenguaje objeto se plasma o fija en un soporte material fijo (tarjeta, papel, cinta) mediante la presencia de agujeros, perforaciones o espacios. Este soporte puede ya ser "leído" por una fuente luminosa o eléctrica que envía las señales a la memoria interna del ordenador. Este sistema es similar en los casos en que se fija el programa en un disco o circuito impreso, aunque en

■¹⁴ Vid. Chateau,B: "L'evolution de la propriété litteraire et artistique". En: "L'evolution contemporaine du Droit des biens". París, 1991. Así mismo, Galán Corona en: "Comentarios...", cit. página 218 y siguientes.

este caso los agujeros o perforaciones se sustituyen por la presencia o ausencia de una carga magnética.

He aquí la realidad material o soporte físico del bien inmaterial llamado programa de ordenador, que sirve para plasmar y hacer perceptible la obra creada por su autor. Se entiende más fácilmente si empleamos la distinción que hace Baylos entre el programa fuente constituido por la formulación de las instrucciones a través de enunciados representados por signos escritos, símbolos, diseños y ordinogramas; y el programa objeto que supone su traducción a tablas numéricas y a elementos electromagnéticos que operan sobre el ordenador y que se plasma en distintos soportes: discos, cintas o memoria.¹⁵

Cuando el programa ha sido terminado se realizan las fases de prueba y control y se elabora la documentación que le acompaña y como ya es un objeto material susceptible de explotación se inscribe en el Registro. Nuestra Ley extiende su protección tanto al programa fuente, como al programa objeto y a la documentación técnica y manuales de uso que le acompañan. Ello se justifica, según Baylos, porque el programa fuente supone "la transformación de un soporte integrado por signos semánticos en otro soporte por señales electromagnéticas combinadas en forma que realizan la concepción de los creadores del programa". Y ello teniendo en cuenta además que ambas versiones son intercambiables ya que pueden obtenerse por medio de mecanismos automáticos de reversión.¹⁶

En conclusión, la concepción del programa como objeto de tutela por las normas de propiedad intelectual que mantiene nuestra Ley es muy amplia pues se extiende a diversas posibilidades, ya sean programas operativos, de aplicación o usuario y a la documentación auxiliar. Así lo ha expresado la sentencia de la A.P. de Madrid, sección 13ª, de 12 de Mayo de 1992: "La legislación española en cuestión de la protección de las obras consistentes en programas de ordenadores ha adoptado un carácter amplio y extensivo, como se desprende del artículo 96 de

■¹⁵ Vid. Racicot: op.cit. loc.cit.

■¹⁶ Vid. "Tratado de derecho Industrial". Cívitas, Madrid, 2ª edición de 1993. También Paz Soler": Una aproximación a la terminología básica en materia de programas de ordenador". RGDº de 1992.

la LPI". Una vez que el programa reúne los requisitos de licitud, forma suficiente y originalidad, se considera protegida como obra literaria y su autor adquiere los derechos que a su estatuto confiere la Ley.

Así lo sancionaba ya el artículo 1 de la Ley 16/93 que exigía que el programa fuera una obra original producto de la creación intelectual, aplicando esta protección "a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador, salvo aquellas creadas con el fin de crear efectos nocivos a un sistema informático. Las ideas y principios en los que se basa cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces, no estarán protegidos mediante los derechos de autor con arreglo a la presente Ley".

Todo ello ha sido asumido por la actual Ley toda vez que reconoce estos elementos esenciales de la obra intelectual llamada programa de ordenador (v.gr. creatividad y originalidad) como condicionantes para reconocerlo como objeto autónomo digno de protección legal. Ello se deduce de lo establecido en el artículo 96.2 cuando afirma: "El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor". Siguiendo las líneas directrices de la materia, la LPI protege "cualquier forma de expresión de expresión de un programa de ordenador" (art. 96.3) sin vincular la obra al soporte "natural" como objeto protegido, tal y como sucede con una obra literaria o musical. Igualmente, se protegen las versiones sucesivas y los programas derivados, exceptuando aquellas que se crean con la finalidad ¿exclusiva? de ocasionar efectos nocivos a un sistema informático. Esto supone que en el caso de los programas la licitud se convierte en un requisito esencial para reconocer al programa como obra protegida, lo cual no está tan claro en otras obras recogidas en la Ley.

Dentro de esta misma tónica general avanzada por la Directiva y su Ley de transposición, se excluyen de la protección las ideas y principios en los que se

basan los elementos de un programa (algoritmos, etc...) incluídos los que sirven de fundamento a sus interfaces.(art.96.4)¹⁷

C) El régimen legal a partir de la Ley de Propiedad Intelectual y su legislación complementaria.

Ya hemos hecho alusión a la panoplia de normas que nuestro Ordenamiento contenía en relación con la materia que nos ocupa y, si bien se ha "aclarado" en parte por el papel que juega el texto refundido, podemos afirmar que el régimen jurídico de la propiedad intelectual no se agota con la Ley especial pues siguen existiendo normas generales y específicas de obligatoria aplicación, ya sea de forma directa y específica o por remisión a instituciones generales aplicables al caso; basta para ello con leer el párrafo segundo de la disposición derogatoria única. Partiendo del "eje central" del sistema, la Ley de Propiedad Intelectual, nos encontramos con el hecho de que la deficiente redacción de su artículo 95 que, cuando menos, puede inducir a error": El derecho de autor sobre los programas de ordenador se regirá por los preceptos del presente Título y, en lo que no esté específicamente previsto en el mismo, por las disposiciones que resulten aplicables de la presente Ley". Haciendo una "rígida" interpretación literal de este precepto podríamos concluir que el régimen general que regula a los programas de ordenador sería el establecido en el Título VII, siendo supletorio y complementario el resto de la Ley. No hemos de olvidar el criterio interpretativo que sostiene que la norma especial o excepcional se aplica con preferencia a la general. Pero a nuestro juicio, que venimos manteniendo desde que se dictó la Ley en 1987, la interpretación del artículo 95 LPI es otra: el régimen general aplicable a los programas, como obras literarias que según el Convenio de Berna, es el mismo que se aplica a éstas, es decir el régimen general establecido en el Libro I de la Ley, salvo determinadas normas específicas establecidas en el Título VII y leyes especiales complementarias en atención a ciertas características específicas de los programas.¹⁸ Este espíritu preside, a nuestro entender, al Texto

■¹⁷ Ello es lógico en cuanto que no cabe un "monopolio" sobre las ideas o conceptos básicos en que se basan las creaciones intelectuales, ya que nadie puede pretender "apropiarse" de las palabras, las letras, las cifras o las notas musicales. Vid. Orozco Pardo,G": "Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor". Rev. Actualidad Civil, nº 12 de 1993.

■¹⁸ Vid. Dietz,A: "El derecho de autor en España y Portugal". Trad. López Sáez, Mº Cultura, Madrid, 1992. Delgado Echeverría,J.: "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual". Dir. Bercovitz, Técno, Madrid, 1989 y Galán Corona: "Comentarios...". cit. página 231.

refundido pues atiende a las mismas condicionantes básicas de originalidad y creatividad para reconocer a un programa como obra, aunque exige "funcionalidad lícita" para desplegar su protección, tal y como antes vimos, si bien se ha perdido una excelente ocasión para mejorar el texto del artículo 95.

Es indudable que el autor de los programas ha de poseer el mismo estatuto jurídico que le asegure igual protección que el resto de los autores. En consecuencia, es titular de las facultades contenidas en el derecho moral, del artículo 14 LPI, de los derechos de explotación, de los artículos 17 y siguientes del mismo texto legal, aunque con ciertas matizaciones que luego veremos, y de los medios de protección establecidos en la Ley. Así lo disponían ya los artículos 2 y 3 de la Ley 16/93 que aseguraban la protección a todas las personas físicas que hubieran creado el programa o a la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos según los casos previstos en la LPI. Este criterio ha sido asumido por la actual Ley en su artículo 97, donde se prevé la titularidad de las personas físicas o jurídicas, así como la posibilidad de que se creen programas como obras colectivas o en colaboración, en sintonía con lo establecido en los artículos 5 a 9 de su Título Primero. No obstante, el Título VII no alude a la obra "compuesta" del artículo 9 que es aquella obra nueva que incorpora otra preexistente, sin la colaboración del autor de esta última, lo cual estimamos posible en el campo de la informática en cuanto a programas que contienen obras de otros autores y que deben contar con la respectiva autorización de estos.

No obstante, caben ciertas modificaciones de ese régimen adaptadas a las especiales características de los programas. Tal sucede con determinados preceptos que no serían aplicables al caso de entre los cuales destacamos:

- Las normas del Libro II de la Ley, relativas a los derechos conexos.
- El derecho de acceso al ejemplar único del artículo 14.7.
- El cómputo del plazo de protección para obras publicadas por partes, del artículo 29.
- La reproducción en Braille, del artículo 31.3.
- La parodia, del artículo 39.

- Lo establecido en el artículo 43 LPI sobre la transmisión "inter vivos" de los derechos de explotación.

- La publicidad registral en todo su alcance, según el artículo 32 del Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual en conexión con el 101 de la Ley, para evitar que el registro sirva indirectamente de fuente para la defraudación de estos derechos.¹⁹

- La participación en la remuneración compensatoria por copia privada del artículo 25, cuyo párrafo tercero que excluye expresamente a los programas de ordenador.(ex Ley 43/94 de 30 de Diciembre) Esto no parece tan claro en la medida en que los ordenadores, sobre todo los personales, son un instrumento muy utilizado para realizar copias no autorizadas de programas, sobre todo ahora cuando los lectores de discos compactos (CDROM) permiten grabar en estos soportes y tienen un precio muy asequible.

En general, se excluyen todos aquellos preceptos que sean relativos a aspectos o contenidos que no se prediquen del programa de ordenador, ni aún considerado como una obra literaria.

Más dudosas son otras normas como las relativas a la participación en el precio de reventa de obra plástica cuando se trata de obras creadas por ordenador, del artículo 24 o la autorización legal para la reproducción de obras por bibliotecas del artículo 37 LPI.

Del Título VII podemos deducir algunas especialidades interesantes a destacar:

- A los efectos previstos en la Ley, la expresión "programas de ordenador" comprende también su documentación preparatoria.(96.1 LPI)

■¹⁹ El problema se ha creado toda vez que no están claros cuáles son aquellos elementos susceptibles de consulta que menciona el artículo 101 L.P.I. Actualmente, se inscribe el programa con el modelo B-7, que contiene ciertas partes criticables, presentando, por parte de los solicitantes, la totalidad del código fuente del programa en papel lo que representa, en muchos casos, un volumen considerable de folios, tiempo y dinero, lo que puede surtir efectos "disuasorios" indeseables en un sector tan necesitado de protección.

- La compatibilidad de la protección por vía de la propiedad intelectual para los programas que formen parte de una patente o modelo de utilidad a la que aludimos en páginas precedentes. Ello se debe a que el programa puede conciliar perfectamente sus facetas como obra intelectual e instrumento industrial, a la vez que las lesiones a estos derechos pueden provenir de ambos cauces.(art.96.3 LPI)

- La protección se extiende a la documentación técnica y manuales de uso.(96.1 LPI)

- Se consideran protegidos también las versiones sucesivas y los programas derivados, salvo los creados con finalidades lesivas.(96.3 LPI)

- Cuando el programa se crea en el marco de una relación jurídica de carácter laboral, actuando el autor en ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos económicos, tanto del programa fuente como del programa objeto, corresponden exclusivamente al empresario, salvo pacto en contrario. (ex art.2.4 Ley 16/93 de 23 de Diciembre, recogido en los artículos 51.5 y 97.4 LPI). Esta atribución legal supone una importante excepción al principio general según el cual, en actos "inter vivos", no se transmiten más derechos de explotación sobre la obra al cesionario que los expresamente pactados.(Cfr.arts 43 y siguientes LPI) Con ello se da prioridad a los intereses empresariales, frente a los de los trabajadores en aras, tal vez, de fomentar la inversión de las empresas en el campo de la creatividad del "software" y de su industria.

Hemos de recordar que el artículo 43.5 de la Ley prevé que la transmisión de estos derechos no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión. No obstante, aunque la Ley no presume una cesión, sino que establece una atribución directa al empresario, adquisición originaria, merced a que es quien aporta los medios y las instrucciones para realizar el programa, cabe pensar en la posibilidad de aplicarle esta restricción. Desde luego, hemos de atenemos a lo previsto en el contrato, donde puede haber pacto en contrario, y pensar que lo establecido en el artículo 51 LPI es también aplicable como límites a esta atribución presunta: se atribuyen con el alcance para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de entrega de la obra realizada en virtud de esa relación laboral, este no puede utilizar o disponer de ella para un sentido o fin diferente a lo establecido en los párrafos anteriores. Y ello porque la remisión que hace el párrafo 5 del

artículo 51 no permite pensar que su texto no pueda ser aplicado al programa en lo que no sea contrario a las normas del Título VII, ya que el 97.4 nada dice en cuanto a ello. Esta precisión es similar a la establecida por el artículo 110 LPI en favor de los artistas, interpretes o ejecutantes.

Desde luego los derechos morales del creador corresponden a éste, aunque en caso de conflicto con los del empresario, deberemos atender a la prioridad de aquellos. Tal sería el caso de la prohibición al trabajador de crear otros programas en el futuro que puedan competir con el que explota el empresario, pues se produce un conflicto entre el derecho de creación intelectual (art.20.1-B CE) que se vierte en el artículo 43.4 LPI que decreta la nulidad de las estipulaciones por las que el autor se compromete a no crear obras en el futuro, y el deber de no competir dimanante del principio de buena fe contractual.²⁰

Finalmente, el artículo 97.5 impone una condición para dispensar esta tutela: que los pretendidos titulares cumplan con los requisitos establecidos en la Ley para la protección de los derechos de autor y que se predican de la obra y los sujetos.

- En cuanto al programa creado merced a un contrato de obra la Ley no hace una regulación expresa, razón por la cual habremos de acudir al Código civil y aplicar los principios generales relativos a este contrato. En consecuencia, sino se ha pactado la cesión de estos derechos de explotación, pertenecerán al autor del programa. Así lo sancionó el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de Diciembre de 1988: "La prestación de técnicas informáticas no tiene, necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de actividad, asimilable al arrendamiento de servicios o de resultado, dentro del concepto genérico de arrendamiento de obra y puede concertarse la concesión de la propiedad de los programas". En razón de ello, no admite que la cesión sea automática porque se pueda considerar una "consecuencia natural del contrato", sino que alcanza sólo a los objetos confeccionados según esa

■²⁰ Vid. González de Patto, R.M^a: "Especialidades en el régimen jurídico de la protección cuando el autor del programa de ordenador es un trabajador asalariado". Actas del II Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Guatemala, 1989 y Galán Corona "Comentarios..." cit. pág. 258 y sig.

disposición, porque la transmisión de la propiedad depende de lo pactado en cada caso. (Cfr. A.P. Madrid, sección 13ª, de 12 de Mayo de 1992)²¹

En el caso de que el titular sea una persona jurídica, según lo previsto en el artículo 97, la duración de la protección será de 70 años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la divulgación lícita del programa o al de su creación, si no se hubiese divulgado. En caso de ser una persona física, se mantiene el criterio general establecido en el artículo 26 de la Ley: vida del autor y 70 años "post mortem". (art.98 LPI)

- Cuando se produce la cesión del derecho de uso se presume, salvo prueba en contrario, que se hace de forma no exclusiva e intransferible y únicamente para satisfacer las necesidades del usuario. Ello permite a éste utilizar el programa, conservando el cedente la propiedad del mismo, pero sólo en la medida en que es preciso atendiendo a las necesidades del usuario. (art.99 final LPI) Según este mismo precepto, la primera venta en la Unión Europea de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa de una copia del mismo.

- El derecho de reproducción, que faculta para fijar la obra en un medio que permite su comunicación al público y la obtención de copias, está recogido en el artículo 99.a de la Ley. A tenor de este, la reproducción del programa, incluso para uso personal, precisa la autorización del titular del derecho de explotación. No obstante, la misma Ley, en su artículo 100.2, exceptúa la copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa, que no podrá prohibirse por contrato cuando resulte necesaria para la utilización del mismo.

El artículo 99 aborda el contenido de los derechos de explotación y a su tenor el titular de los derechos exclusivos de explotación de un programa puede realizar o autorizar:

- La reproducción total o parcial del programa, incluso para uso personal, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya sea permanente o transitoria. Si la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa

■²¹ Vid. Galan Corona en op. cit. pág. 264.

precisan tal reproducción, deberá disponerse de la autorización al efecto del titular.

- El derecho de distribución pública definido en el artículo 19 LPI como la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma. Atendiendo a ello, podemos afirmar que el autor ostenta los derechos de autorizar o prohibir el alquiler y préstamo de su programa, en los términos ya establecidos en el artículo 4.c) de las derogadas leyes 16/93 y 43/94 de 30 de Diciembre. A tenor de esta norma se entiende por alquiler la puesta a disposición del programa para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto. El préstamo supone la misma operación pero sin un beneficio comercial o económico directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público. La Ley presume que no existe tal beneficio cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento. No se considera a estos efectos como alquiler o préstamo la puesta disposición con fines de exposición, la que se hace para consulta "in situ" o la que se realice entre establecimientos accesibles al público. No se precisa autorización, ni origina remuneración, para los préstamos que realicen determinados centros culturales de titularidad pública o de entidades de interés general o centros educativos tales como museos, bibliotecas, etcétera.

- El derecho de transformación que comprende la realización o autorización de la traducción, adaptación, arreglo o cualquier transformación del programa y la reproducción de los resultados de tales actos. Todo ello sin perjuicio de los derechos de la persona que realice la transformación. Ello fue introducido por el art. 4.b Ley 16/93.

No obstante, existen unas limitaciones a estos derechos de explotación y son aquellas que la Ley consagra en su artículo 100 en base a diversas razones:

En primer lugar, el mismo usuario puede realizar la reproducción o transformación del programa que sea necesaria para su utilización exclusiva, sin que ello constituya transformación a los efectos previstos en el artículo 21 de la Ley, por lo que no adquiere derecho de ningún tipo sobre el resultado de su actividad. No obstante ha de ser conforme a una finalidad propuesta y salvo estipulación contractual en contra; esto fue introducido por el artículo 5.1 Ley 16/93. Con ello se admite un "uso leal" por parte del usuario del programa al que

se le reconoce una esfera de actuación que le permite obtener unos rendimientos del programa que no lesionan en absoluto los derechos del autor y el cesionario.

En segundo lugar, el usuario legítimo de la copia de un programa está autorizado por la ley para observar, estudiar o verificar su funcionamiento con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que ello se haga durante las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que esté autorizado a hacer.(art.100.3 LPI)

En tercer lugar, el artículo 100.4 contiene una norma que confiere al cesionario titular de los derechos de explotación la facultad de realizar o autorizar la realización de versiones sucesivas y programas derivados, salvo pacto en contra. De nuevo la remuneración de la inversión empresarial es protegida por la Ley, pero hemos de entender que ello tiene como límite el posible conflicto con intereses del autor que se tutelen en los derechos que le confiere el artículo 14. Además, es exigible al cesionario que ejercite este derecho conforme a la buena fe y sin hacer un ejercicio abusivo del mismo. Tampoco el cesionario podrá prohibir la creación de obras derivadas pues ello lo veda expresamente la Ley en el artículo 43.4, aunque si con ello se hace una competencia desleal que lesiona los intereses del cesionario se crea un conflicto que se ha de resolver por las normas del Derecho de la Competencia.

Es digna de resaltar una limitación recogida en el artículo 100.5 LPI que se estableció en aras de fomentar la coherencia y desarrollo de los programas y su interoperatividad. El artículo 6 de la ley 16/93, consagraba la descompilación como un procedimiento de "fair use" en favor del desarrollo y compatibilidad de programas. Ya hemos dicho antes que lo que la Ley protege es la expresión de las ideas del autor una vez plasmadas en la obra como resultado "tangible" y unitario de su actividad. Es por ello que las ideas y principios implícitos en los elementos del programa no pueden acogerse a una protección excluyente, lo mismo que no cabe "adueñarse" de las palabras o las notas musicales. Por lo tanto, en la medida en que la lógica, los algoritmos y los lenguajes de programación comprendan ideas y principios, quedarán excluidos de la protección, pues se trata de proteger la expresión de tales ideas plasmada en el programa.

En la Directiva de la que trae causa el artículo 100.5 la Ley, quedaba ya muy claro que la función de todo programa es comunicarse y trabajar con el resto de los componentes del sistema, con el usuario y con los demás programas y

sistemas. Para ello se precisa contar con un sistema lógico, e incluso físico, de interconexión e interacción, que asegura la interoperatividad, es decir, la capacidad de los programas de intercambiar información y de utilizarla adecuadamente. Supone romper el aislamiento entre equipos, programas y usuarios. Las partes del programa que realizan esa interconexión e interacción entre "software" y "hardware" son los "interfaces" que, como hemos podido constatar, quedan fuera de la protección legal. Para lograr esa interoperatividad se establecen unas excepciones al derecho a oponerse a la reproducción y traducción del código en el que se suministra al adquirente la copia del programa, siempre que ello se haga para lograr la interoperatividad con otro programa creado independientemente. Esa actividad la puede realizar sólo la persona legalmente facultada para utilizar la copia del programa y con arreglo a los fines antes enunciados.

La operación mediante la cual se realiza es la llamada "descompilación", que es el proceso mediante el cual un técnico en informática accede a la estructura interna del programa y conoce así las soluciones aplicadas en la gestión del mismo y otros elementos que no son visibles en el código objeto.²² Hemos de insistir en el requisito de que la descompilación únicamente puede llevarse a cabo para obtener la información necesaria para la interoperatividad con otros programas, y no con otra finalidad. Tampoco puede facilitarse la información obtenida a terceros, máxime si son competidores y persiguen crear un programa sustancialmente idéntico. Con ello se ha pretendido evitar posiciones dominantes o cuasi monopolísticas en el mercado del "software", promocionando el desarrollo de la creatividad y de la técnica, en beneficio de los usuarios y del rendimiento de los sistemas.

No obstante, hemos de recordar que el programa fuente y el programa objeto están protegidos por la Ley por lo que, "ab initio", la descompilación sería un acto ilícito si no está "legitimada" por una finalidad social relevante que la norma toma en cuenta como fundamento de una excepción: la interoperatividad. Para asegurarse de ello, el artículo 6 de la Ley 16/93, siguiendo a la Directiva, establecía esos requisitos de licitud, luego consagrados en el artículo 100.5 de la Ley:

■²² Vid. Ribas, J: "Actas del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual". Madrid, M^o Cultura, 1991, Tomo 1^o; más extensamente en Galán Corona: "Comentarios...". cit. páginas 314 y siguientes.

A - Que se realice a partir de una copia lícitamente obtenida por el usuario legítimo o, en su nombre, por persona autorizada para ello.

B - Que esa información no haya sido ya puesta a su disposición previamente de manera fácil y rápida.

C - Que las operaciones se limiten a las partes del programa original que sean precisas para conseguir la interoperatividad.

Una vez obtenida esa información, sólo puede utilizarse de acuerdo a unos límites que la Ley establece en el artículo 100.6:

- Ha emplearse exclusivamente para conseguir la interoperatividad del programa creado de forma independiente.

- Sólo puede comunicarse a terceros si es preciso para la finalidad arriba expresada.

- No puede utilizarse para desarrollar, producir o comercializar un programa sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor.

En definitiva, se trata de flexibilizar el régimen de exclusión que el derecho de autor comporta en aras de dinamizar el mercado, fomentar la coherencia y coordinación de programas e incentivar la creatividad del sector. No obstante, esta limitación se basa en un "uso leal" que no puede servir para amparar el plagio, la competencia desleal o lesiones injustificadas a los titulares de tales derechos.

En cuanto a la duración de la protección, tema al que aludimos brevemente en líneas anteriores, hemos de decir que el panorama ha cambiado merced a la armonización comunitaria y como consecuencia del principio "igualitario" asentado en el Convenio de Berna. Originariamente, el artículo 97 de la Ley de 1987 establecía un plazo de protección de 50 años a contar desde el 1º de Enero del año siguiente a su publicación, o desde su creación si no se hubiera publicado. Inicialmente, el Proyecto de Ley preveía un plazo de 20 años, pero merced a una enmienda se amplió a 50 años. La Doctrina nunca aceptó este criterio discriminatorio basado en la idea de impedir que una protección extensa paralizase el desarrollo de los programas. Ello no tenía lógica ya que se permite al

cesionario o adquirente "ex lege" de los derechos de explotación autorizar o realizar versiones sucesivas y programas derivados y se impone la compatibilidad de programas. El artículo 7 de la ley 16/93, hoy derogado, vino a paliar parcialmente la situación pues estableció varios criterios según cada caso atendiendo al plazo general del anterior artículo 97 LPI:

a) Cincuenta años a contar desde las fechas antes citadas en el caso de que el autor sea una persona jurídica. Técnicamente la expresión no es adecuada pues las personas jurídicas no tienen capacidad creadora, pero el artículo 8 prevé la posibilidad de que una de estas personas asuma la iniciativa y coordinación de la obra y que la edite y publique bajo su nombre.

b) Cuando el autor sea persona física el plazo era de su vida y 50 años después de su muerte o declaración de fallecimiento.

c) Si es anónimo o se edita bajo seudónimo, el plazo era de 50 años desde que se puso a disposición del público por primera vez, iniciando el cómputo el 1º de Enero del año siguiente a tal hecho.

Sin embargo, y merced al principio de igualdad de trato a los autores de programas antes mencionado, la disposición derogatoria de la Ley 28/95 de 11 de Octubre, también derogada, modificó el criterio anterior pues pretendía armonizar el plazo de duración de los derechos de explotación en el ámbito de los derechos de autor, adaptando la Directiva 93/98 CEE. En consecuencia, su artículo 2º estableció un plazo de duración que se extiende a la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento. Si hay varios coautores, el plazo se computa a partir de la muerte del último de ellos que sobreviva. Este mismo plazo general se aplica en los casos de obras bajo seudónimo y anónimas y las atribuidas a personas jurídicas. Cuando la obra no sea divulgada lícitamente, el plazo es de 70 años desde su creación, cuando no sea computado según el criterio general.

Tal y como antes dijimos, el actual artículo 98 LPI ha dejado las cosas en "sitio" al terminar con los criterios discriminatorios, pues a su tenor el plazo de duración es el siguiente:

A - Cuando el autor sea una persona natural el plazo de duración de estos derechos de explotación será el establecido en el artículo 26 como criterio general: la vida del autor y 70 años después de su muerte. No obstante, pueden plantearse

otros supuestos previstos en el Capítulo Primero del Título III, del Libro 1º para las obras póstumas, anónimas y seudónimas(art.27), así como para los casos de obras colectivas, en colaboración (art.28) y las publicadas por partes (art.29).

B - Cuando el titular sea una persona jurídica, en los términos previstos en el artículo 97, la duración de los derechos será de 70 años, computados desde el 1 de enero del año siguiente al de la divulgación lícita del programa, o al de su creación si no se hubiera divulgado.

D - Las infracciones del artículo 102 L.P.I.

Dejando al margen otras posibles conductas lesivas derivadas de los daños personales y patrimoniales previstos en la "parte general" de la Ley y en el Código Penal, podemos afirmar que, como norma general, las infracciones son aquellas conductas contrarias al derecho moral y a los derechos de explotación del programa. No obstante, el artículo 102 de esa misma norma recoge algunos actos en particular:

1- Poner en circulación una o más copias del programa, conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima. Por tanto, no sólo se infringe este derecho cuando se obtiene un rendimiento económico y se es consciente del origen ilícito del programa que se circula, sino que basta con poner en circulación el programa en base a unas circunstancias que permiten presumir su origen "espúreo". Ello deja sin base a la argumentación de la defensa en el conocido caso "La Macchia" en el que la ausencia de ánimo de lucro sirvió de fundamento para absolver al autor de la distribución gratuita de software sin autorización de su titular.

2- Tener con fines comerciales una o más copias del programa, conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima. Ello pretende acabar con los distribuidores de copias ilegítimas de programas que tanto abundan en la actualidad, merced a la comercialización de unidades de "C.D. Rom" que permiten copiar el programa original. A este respecto volvemos a insistir que este tipo de aparatos deberían ser objeto de remuneración compensatoria en favor de los titulares de los derechos sobre los programas, que son excluidos por el artículo 25.3 de la Ley sin causa que lo justifique pues estamos ante una obra literaria.

3- Poner en circulación, con fines comerciales instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizada de los dispositivos

técnicos de protección del programa. Ello se refiere, por ejemplo, a los "copiones" que permiten destruir las "defensas" del programa y saltarse las claves o cualquier otro dispositivo que el programa posea para evitar copias o utilizaciones no autorizadas.

Es digno de mencionar aquí la detención, en diversas ciudades españolas, de 26 supuestos clientes de una red de venta ilegal de software "pirateado" a través de INTERNET, que fueron puestos a disposición judicial. La acusación se basa en el artículo 102.1 L.P.I y el artículo 298 del Código Penal pues se les considera autores de un delito de receptación y las pruebas se obtuvieron al interceptar el correo electrónico del sujeto que se encargaba de la distribución de las copias ilegales.

E - Las medidas de protección.

Como norma general, los titulares de estos derechos están tutelados igualmente por los instrumentos de protección que la Ley consagra: el Registro de la Propiedad Intelectual, los símbolos de reserva de derechos, las entidades de gestión, acciones y procedimientos y el régimen de sanciones. Ello se debe a que estamos ante una obra literaria con ciertas especialidades que la ley ha tenido en cuenta a la hora de establecer esa protección. En lo que aquí interesa es de destacar la necesidad de fomentar que los autores de programas se integren en una entidad de gestión dado que uno de los problemas de los titulados en informática estriba en la falta de un Colegio Oficial y ésta puede ser una vía indirecta de coordinación y unión entre ellos.²³

Haciendo un breve recorrido concreto por los medios de protección que más nos interesan podemos precisar:

■²³ Este régimen protector se completa con el Código Penal del cual destacamos los artículos 264.2, relativo a los daños; el 271 y siguientes que sanciona los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial; el 278.3 sobre apoderamiento o destrucción de soportes informáticos y el 400 sobre la tenencia o fabricación de útiles o programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de los delitos antes mencionados.

1) Las acciones y procedimientos del Libro III, Título 1º, artículos 133 y siguientes, de la Ley que consagran:

- El cese de la actividad ilícita.

- La posibilidad de desplegar las acciones y medidas cautelares del artículo 133 y las medidas cautelares de protección urgente del artículo 136 que prevé la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos en la actividad ilícita de que se trate, la suspensión de la actividad, el secuestro de ejemplares e instrumentos que posibilitan la defraudación y el embargo de equipos y aparatos.

- El artículo 134.2 prevé la posible destrucción o inutilización de los mismos ejemplares, materiales o instrumentos de defraudación.

- El artículo 135 prevé la indemnización de los daños materiales, patrimoniales y morales. A tal efecto, el perjudicado puede optar porque se le repare el beneficio que hubiera obtenido de no mediar la actividad ilícita o que se le pague la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. En el caso del daño moral procede su indemnización, aún no probada la existencia de un daño económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra.²⁴

- Cabe también la puesta en práctica de los procedimientos del artículo 137 del que cabe destacar una novedad interesante en su párrafo 3º pues, al solicitar al juez la adopción de las medidas cautelares, éste antes de dar traslado del escrito a las partes, puede requerir los informes y ordenar las investigaciones que estime oportunas. Ello implica el posible "registro por sorpresa" que impide que el infractor sea "preavisado" y pueda ocultar o destruir pruebas de la actividad infractora.

■²⁴ Ello nos recuerda, a título de ejemplo, el caso del Beato Juan de Avila al que un impresor de Alcalá de Henares le publicó, sin su autorización, una biblia con sus anotaciones y comentarios personales, lo cual le provocó un serio "tropiezo" con la Inquisición.

Es de destacar la "importación" a nuestro país de una "técnica" procedente del mundo anglosajón que, junto al "registro sorpresa", se está mostrando muy eficaz: se prima a los denunciantes de las infracciones con el 10% de la indemnización obtenida si prospera la pretensión del afectado. Así, en 1994 se presentaron 236 denuncias en nuestro país, llegándose a un total de 191 acuerdos extrajudiciales.

2) La protección registral:

El artículo 101 L.P.I. sanciona que los derechos sobre los programas de ordenador, así como sobre sus versiones sucesivas y los programas derivados, pueden ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual. No obstante, el propio precepto ya prevé que se dicten normas para evitar que el Registro se convierta en una fuente de acceso al conocimiento de aquellas partes o elementos del programa que permitieran su plagio. Esta materia se regula en los artículos 139 y siguientes de la propia Ley, el R.D. 1694/94 de 22 de julio de 1994 y el Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual, R.D. 733/93 de 14 de mayo de 1993. A tenor del artículo 8.1 del Reglamento se crea la sección 7ª en el Registro sobre programas de ordenador.

Dicho precepto exige para practicar la inscripción de programas que se plasmen en soportes que garanticen la durabilidad y permanencia de los inscritos y el artículo 14.7 exige que se describa la obra mediante la presentación en papel de las 10 primeras y últimas hojas del código fuente o un resumen, de 20 folios máximo, del manual de uso, siempre que contenga y reproduzca los elementos esenciales del programa. Si este fuera inédito, deberá presentarse la totalidad del código fuente.

El artículo 32 del mismo texto sólo permite la consulta pública del nombre o denominación social del solicitante, nombre, nacionalidad y residencia del autor del programa, naturaleza y condiciones del derecho inscrito y título y fecha de publicación.²⁵

■²⁵ Para verificar la inscripción se han de rellenar unos modelos de documentos que facilita el propio Registro, unos genéricos para todo tipo de obras y otro, el B-7, específico para programas de ordenador. La queja que más se formula en el caso de los programas es la relativa a la obligatoriedad de presentar la totalidad del código fuente en papel, por los gastos y molestias que ello genera, pues en algunos programas ese documento puede llegar a ser muy extenso y ocupar

Pese a todo lo anterior, queremos también resaltar que es muy "difícil" dotar a esta materia de un régimen equilibrado que permita, a la vez, proteger adecuadamente los derechos excluyentes en este campo, tan dinámico y necesitado de desarrollo, en el que se han de armonizar tales derechos con los intereses de las empresas y los usuarios. Combinar adecuadamente Propiedad Intelectual, Derecho Civil en aras de los titulares, Derecho Mercantil y derechos de los consumidores es una tarea complicada que, sin duda, seguirá planteando nuevos problemas conforme avancen la creatividad de los programas y los medios de defraudación.

5- La protección de las bases de datos.

Es indudable que una documentación compuesta por datos informatizados es un producto menos tecnificado que un programa de ordenador, en razón de ello su protección por el derecho autor debe ser, en principio, menos "complicada". Como norma general, volvemos a utilizar el Proyecto de Tratado antes aludido (OMPI, 1996) en cuyo artículo 5 se ponen de manifiesto las directrices de esta materia cuando se refiere a estas como "colecciones de datos". A tenor de este artículo "las colecciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyen creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esta protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la colección". (cfr. 2.5 C. de Berna y 10.2 ADPIC)

Hemos de anticipar que nuestro ordenamiento jurídico no posee un apartado específico en el artículo 10, dedicado al objeto del derecho de autor, que aluda de forma expresa a esta cuestión, pero el artículo 12 sí se ocupa de ellas, a

varios volúmenes encuadernados. Hemos de tener en cuenta que el papel es el único soporte admitido a efectos de registro, salvo ciertas excepciones en que se admite el cassette para obras musicales. También se formulan algunas quejas en relación a la necesidad de consignar algunos datos que se deducen del programa y que incluso la solicitud de alguno de ellos ya está anticuada, por ejemplo el diagrama de la aplicación.

nuestro entender, cuando regula las colecciones.²⁶ A tenor de este precepto, "también son objeto de propiedad intelectual, en los términos de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, como las antologías, y las de otros elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso de los derechos de los autores de las obras originales". La Ley alude expresamente al concepto bases de datos en el artículo 20.2 (i cuando define como acto de comunicación pública "el acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas". Esto quiere decir que para nuestra Ley las bases de datos son una creación intelectual digna de protección legal siempre que cumpla los requisitos exigidos para ello y en conciliación con los derechos de los titulares de las obras o informaciones incluidas en la base o colección. La base o colección se nos aparecerá así como un tercer género donde se pueden conciliar aspectos de la obra compuesta, la colectiva y la obra en colaboración, aunque suele aparecer como una obra compuesta, comercializada bajo la apariencia de obra colectiva que coordina una persona física o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre. (ej. B.D. Aranzadi o La Ley Actualidad)

No hay una normativa particularizada, como para los programas de ordenador, y es por esto que habremos de considerar que ello se debe a que las bases de datos están sometidas al régimen general de la LPI, en la medida en que se les considera objeto de la propiedad intelectual como obras literarias, según los flexibles términos de los artículos 10 y 12 de la Ley de Propiedad Intelectual. Ya hemos hecho referencia anteriormente a la importancia de la información en nuestra sociedad así como al hecho de que tan importante es la "cantidad y calidad" de la misma, como el que se encuentre depositada de forma sistemática y organizada que permita su rápida localización y tratamiento. Sistematización, coordinación e interrelación son exigencias que toda colección o conjunto organizado de información precisa para ser útil y valorada. A ello vienen a responder las bases de datos en sus distintas clases.

A la hora de fijar su concepto debemos partir de la idea general de que una base de datos es un conjunto de unidades de información informáticamente

■²⁶ Sobre el artículo 12 de la L.P.I. véase Rogel Vide, Carlos: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Dir. Albaladejo y Díaz Alabar. EDERSA, Madrid, 1994. Tomo V; vol.4º A, Páginas 275 y siguientes.

organizadas susceptibles de protección legal. El artículo 1.2 de la Directiva 9/96 CE considera como bases de datos "las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes, dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma". Dentro de este concepto general podemos distinguir:

- Base de datos "strictu sensu": Es el "depósito común de documentación, almacenada y organizada de una forma determinada, útil para diversos usuarios y diferentes aplicaciones, que permiten recuperar esa documentación proporcionando la información deseada como respuesta a una consulta".

- Bases de datos jerárquicas: en éstas la nota esencial es la organización jerárquica o arbórea: " Aquellas que tienen los datos organizados en forma arbórea según una estructura jerárquica. Partiendo de un tronco principal, en el que está definido un elemento o concepto y que se conoce con el nombre de nodo, nacen diferentes ramas de las que "cuelgan" a su vez distintos elementos o conceptos, que forman otros nodos, que a su vez pueden poseer otras ramas, y así sucesivamente".

- Bases de datos de red: son aquellas que parten de una base jerárquica o una estructura similar y permiten "una relación asociativa mayor entre sus miembros, de forma que un nivel inferior puede tener asociado más de un nivel superior con lo que, mediante una organización en malla o red, se permite multiplicar las relaciones entre los elementos de la base".

- Bases de datos relacionales: son aquellas que "tienen un número de campos y subcampos igual por cada fichero, de forma que permite relacionarlos entre sí, posibilitando un diálogo amplio con el usuario".²⁷

Si se atiende al medio de acceso a la información contenida en la base de datos, cabe distinguir dos tipos:

■²⁷ Vid. Actualidad Informática Aranzadi, número 4 de Julio de 1992.

- Bases en línea ("on line"): se accede a la consulta de la base mediante una conexión desde el ordenador del usuario que consulta al ordenador del distribuidor. A través de la línea telefónica se establece la conexión entre ambos.

- Base autónoma: en ella el soporte físico en el que se contiene la información es independiente y puede ser manejado autónomamente por el usuario en su ordenador. Normalmente, el usuario recibe el programa que permite la consulta y la información contenida en un disco compacto.(CD-ROM)

Los problemas básicos que plantean las bases de datos están referidos a la confluencia de distintas relaciones jurídicas que se dan en su seno. Así lo pone de manifiesto Terrado cuando dice: "Quizá la característica más sobresaliente de las bases de datos reside, a nuestro entender, en el hecho de que se trata de una prestación informática en la que subyace la conexión de diferentes figuras contractuales que actúan en unos casos a modo de contratos preparatorios y que van dirigidos a la obtención de la cosa o bien informático - contrato de adquisición de hardware, de suministro logicial o software y de mantenimiento - y en otros caso institutos contractuales que acentúan más el resultado, la prestación del servicio informático y que quedan englobados en contratos de explotación, comercialización y distribución".²⁸

Se deben proteger y armonizar los derechos de los autores del material informativo contenido en la base y los de los productores sobre la base que han producido y cuya explotación realizan. Al margen de ello, se deben tutelar los derechos de los usuarios de la base por vía contractual y mediante las normas ajenas a la propiedad intelectual, como por ejemplo, el Derecho de los Consumidores.²⁹

Según la doctrina ya citada, la base de datos es una creación intelectual que contiene aspectos de dos tipos de obras legalmente definidos. Efectivamente, posee matices de la obra colectiva y la obra en colaboración, porque la contribución de cada una de las personas que intervienen en su creación es

■²⁸ Vid. "Protección jurídica de las bases de datos". Actualidad Informática Aranzadi, número 18 de Julio de 1995.

■²⁹ Vid. Davara Rodríguez: "Derecho Informático".cit. pág.142

perfectamente identificable y explotable por separado (art.7 LPI); sin embargo se explota como una obra colectiva en la que se funden las distintas aportaciones y bajo el nombre de la persona física o jurídica que aparece como titular. (art.8 LPI) Parece lógico concluir que cualquier explotación parcial de una de estas aportaciones deviene en perjuicio de la obra completa, por lo que no cabría admitir esta posibilidad. En este complicado panorama debemos de atender a las reglas para aplicar el derecho de autor a sus distintos aspectos que nos dan Linant y Hollande:³⁰

- La base debe estar protegida en cuanto conjunto organizado de información, pues la estructura organizativa que se ha dado a ese fondo documental es de por sí una creación original, por lo que no cabe admitir una reproducción total o parcial de la misma.

- Son también objeto de derecho de autor las representaciones en las cuales se plasma esa información que se facilita al usuario, pues suponen un reflejo documental del trabajo de la base.

- Otros productos derivados de la base tales como listados, fichas o sumarios, son protegibles en la medida en que suponen un reflejo de la organización de la misma.

- También se protege el "thesaurus" interno de la base y los documentos de utilización específica que se facilitan al usuario, tales como listas de conceptos, etcétera.

- Los criterios establecidos para clasificar la información, así como para realizar las búsquedas y consultas, alfabéticos, por listas, por palabras, por fechas, etcétera no son susceptibles de dominio exclusivo, pues pertenecen al acervo común.

- Son exigibles a este objeto de propiedad intelectual los requisitos de creatividad y originalidad predicados del resto de las obras protegidas por la legislación sobre la materia.

■³⁰ Vid. "Droit de l'informatique". Delmas, París, 1984.

- Están protegidas en nuestra Ley por medio del Libro I al igual que el resto de las obras literarias. En consecuencia, el productor de la base de datos posee los derechos sobre la misma que la ley atribuye a los autores y puede explotarla y oponerse a cualquier conducta que suponga una lesión a su derecho sobre esta creación intelectual. Ello comporta, además, la posibilidad de acogerse igualmente a los instrumentos de protección que la Ley prevé para la defensa de estos derechos, pues estamos ante una obra literaria original merecedora de un tratamiento específico, pero protegida por los mismos cauces.

Cuestión diferente es la de la titularidad del derecho sobre la información contenida en la base, pues a tal efecto conviene distinguir varios supuestos:

- Si la información es original y pertenece al productor, éste será el titular exclusivo del derecho de autor sobre la misma.

- Si es información de dominio público, entonces no es apropiable por ningún sujeto, por lo que la base puede incluir esa información, pero no puede impedir que otros hagan lo propio de acuerdo a otros criterios.³¹

- Si pertenece a terceros se produce la concurrencia del derecho de estos con el productor. Es indudable que el derecho del autor de la información es prioritario y preferente, pues será precisa su autorización para incluirla en la base. A título de ejemplo, podemos referirnos a una base de datos sobre obras y autores literarios: si se introduce el texto completo de la obra, es precisa autorización; si sólo se trata de un listado de obras y autores, no será necesario porque no hay reproducción. No obstante, si se reproduce parcialmente la obra, selección de una parte o resumen, será necesario citar la fuente y siempre que no se exceda del derecho de cita.³²

Este panorama, un tanto "confuso", se va a aclarar merced a la aprobación de la Directiva 9/96 CE de 11 de Marzo de 1996 sobre "protección

■³¹ A tal efecto, es interesante el paralelismo que se presenta con respecto a las enciclopedias que, de algún modo, son también colecciones de datos. Véase nuestro comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992 en "Acerca de la protección de las ideas.." cit. loc. cit.

■³² Vid. Bertrand:" Le droit..."cit. páginas 452 y siguientes.

jurídica de bases de datos ".³³ Esta norma es consciente de la insuficiencia y falta de uniformidad de la protección que se dispensa a las bases de datos por parte de los Estados miembros, lo cual produce diversos efectos nocivos sobre el funcionamiento del mercado interior, problema que se pretende solucionar mediante la técnica uniformadora que persiguen las directivas y acortando el plazo de adaptación que expira el 1 de enero de 1998. Mientras tanto, la Directiva sirve como criterio interpretativo para suplir la laguna legal por Jueces y Tribunales y, una vez expirado, actuará como norma directamente aplicable. Además, hemos de tener en cuenta que los ciudadanos pueden accionar contra los Estados miembros por los daños que sufran en sus derechos, como consecuencia de la negligencia de éstos en la aplicación de las normas comunitarias.

Una vez definido su amplio concepto de bases de datos, la Directiva deslinda la protección de éstas de la que se dispensa al programa de ordenador utilizado para crearla o gestionarla. En este sentido, el artículo 1.3 afirma que la protección prevista en ella no se aplica a los programas de ordenador utilizados en la fabricación o en el funcionamiento de bases de datos accesibles por medios electrónicos. En esta misma línea de delimitación normativa, el artículo 2 asienta su compatibilidad con las normas comunitarias referidas a la protección de los programas, a los derechos de arrendamiento, préstamos y otros derechos afines y a la duración de los derechos de autor y derechos afines. Así mismo, el artículo 13 establece que esta Directiva no afectará a la normativa sobre otras materias que fuere aplicable al caso, tales como las de Propiedad industrial, Derecho de la competencia, protección de datos, contratos, acceso a los archivos públicos, etcétera.

Siguiendo la línea antes expuesta, el artículo 3.1 establece que "las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor. No serán de aplicación otros criterios para determinar si tales bases de datos son susceptibles de dicha protección". Llama la atención la poca claridad del precepto pues parece excluir la exigencia de originalidad y licitud para desplegar la protección legal, criterios estos que sí se aplican a los programas. Realmente, el requisito de originalidad está implícito en la norma toda vez que

■³³ Esta norma trae causa de la propuesta 93/C 19/02 (DOCE de 23/6/92) y la propuesta modificada 93/C 308/01 (DOCE de 15/11/93)

utiliza la expresión "... que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor...", esto quiere decir que esa selección o disposición debe emanar de la creatividad del autor, no proceder de la actividad creadora de otro al cual se copia.

En este sentido, nuestro Tribunal Supremo ha negado que exista creatividad susceptible de protección conforme a la Ley de Propiedad Intelectual en aquellas bases de datos en las que se ha empleado una sistemática concreta y determinada, pero que no incluyen datos originales. Tal es el caso de la reproducción parcial de las bases de datos publicadas por las Cámaras de Comercio, referidas a las empresas en ellas registradas. La demanda por plagio fue desestimada dado que se entiende que se trataba de una compilación de datos obrantes en registros públicos, guías telefónicas, directorios, etcétera, pero no había una originalidad en el contenido, ni en los criterios y técnicas de sistematización y acceso. (Cfr. STS 12/12/1988 y 2/3/1992)

Del mismo modo, el artículo 3.2 excluye que la protección que se dispensa a la base se aplique al contenido, aunque se hace compatible con los derechos sobre dicho contenido. Hemos de insistir en que el objeto del derecho del autor de la base no es el programa ni el contenido, es la obra inmaterial concretada en el resultado de analizar, seleccionar, recoger, ordenar, coordinar, interconectar y hacer accesible por medios informáticos unas unidades de información llamadas datos.

En el artículo 4 se hace referencia a la titularidad de los derechos, atendiendo a los distintos supuestos de autoría:

- Se considera autor, o autores, a la persona física, o conjunto de ellas, que haya creado la base. Se prevé la posibilidad de que la titularidad corresponda a una persona jurídica, tal y como se recoge en el artículo 5.2 de nuestra LPI.

- Se admite la atribución de los derechos patrimoniales a la persona que figure como titular de la obra colectiva, tal y como se establece en el artículo 8 LPI.

- Se prevé la posibilidad de que la base de datos sea una obra en colaboración, aplicándose entonces el artículo 7 LPI.

En el artículo 5 se recoge el catálogo de derechos de explotación que corresponden al autor respecto "de la forma de expresión de dicha base susceptible de protección de los derechos de autor". A tal efecto, tiene el derecho exclusivo de realizar o autorizar:

A - La reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma.

B - La traducción, adaptación, reordenación y cualquier otra modificación.

C - Cualquier forma de distribución al público de la base de datos o de copias de la misma.

D - Cualquier forma de comunicación, exhibición o representación.

E - Cualquier reproducción, distribución, comunicación, exhibición o representación al público de los resultado de los actos a que aludíamos en el apartado B.

En definitiva, el autor de la base de datos lo es de una obra literaria, que puede ser accesible "on line" o mediante la adquisición del soporte físico individualizado, (v.gr. CD) en consecuencia , debe ostentar los mismos derechos que el resto de los autores de esta naturaleza. No obstante, el usuario legítimo de la base de datos o de su copia, ya sea de toda o una parte de ella, tiene derecho a realizar tales actos cuando sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario.³⁴

Por otra parte, el artículo 6.2 de la Directiva admite la posibilidad de establecer unas limitaciones a estos derechos que se mantienen en la línea de las establecidas en nuestra LPI, en sus artículos 31 y siguientes:

■³⁴ Téngase en cuenta que lo normal es que al adquirir la copia legítima de la base de datos en el mismo CD se incluya un programa de gestión y consulta que se instala en el disco duro y mediante el cual se accede a los datos recogidos en el disco que, a su vez, se va renovando periódicamente por el proveedor. Se puede adquirir la base completo o una parte de ella, por ejemplo legislación y jurisprudencia penal.

A- Cuando se trate de una reproducción con fines privados de una base de datos no electrónica. En este caso, consideramos que su "cobertura" en nuestra Ley procede del artículo 31.2 y, por tanto, se debe aplicar a su vez el artículo 25.1 en cuanto al derecho de remuneración por copia privada, por cuanto se alude a "... obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen...".

B- Cuando su utilización se haga únicamente con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que indique la fuente, en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga. (cfr.20.2 y 32 LPI)

C- Cuando se trate de una utilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial. (cfr. art.31.1 LPI)

D- Cuando se trate de otras excepciones a los derechos de autor "tradicionalmente contempladas por su derecho interno", sin perjuicio de lo dispuesto en las letras A), B) y C). El término "tradicionalmente" implica, a nuestro juicio, una excepción ya recogida en las normas legales del Estado, no una autorización a crear otras nuevas no previstas, tarea a la que los Estados suelen ser, por cierto, muy aficionados. En nuestro caso, básicamente, serían las contempladas en el capítulo 2º, del Título III, del Libro primero, bajo el epígrafe de límites, en la medida en que le fueran aplicables.

En tal sentido hemos de interpretar, como "límite a las limitaciones", lo establecido en el artículo 6.3: "Conforme a lo dispuesto en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, el presente artículo no podrá interpretarse de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal de la base de datos". Ello supone que estas limitaciones a los derechos de explotación de las bases de datos no pueden ir más allá de lo establecido para el resto de las obras literarias y artísticas, para no romper con la igualdad del estatuto jurídico de sus titulares con respecto a los demás autores.

En su capítulo 3º la Directiva consagra el llamado "derecho sui géneris" en favor del fabricante de la base de datos, merced al cual éste puede prohibir la "extracción" ("transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte, cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice") y/o "reutilización"("toda forma de

puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias, alquiler, transmisión en línea o en otras formas") de la totalidad o una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo. A tal efecto, el préstamo no se considera un acto de extracción o reutilización.

Se trata de un derecho a fin de carácter patrimonial que debe conciliarse con los derechos de los autores, reconocido al fabricante en aras de la protección de las inversiones que éste ha realizado.(cfr. art.7.4) Se trata de un derecho autónomo y conexo que limita al derecho del autor y cesionarios, así como a los reconocidos a los usuarios. En esta línea, el artículo 7.5 tampoco permite la norma que se autoricen extracciones y/o reutilizaciones repetidas o sistemáticas de partes no sustanciales del contenido de la base de datos que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base.

Es un derecho patrimonial, conexo con los del autor, pero que puede transmitirse, cederse o darse en licencia contractual, que también está sometido a unas limitaciones que se consagran en los artículos 8, 9, 10 y 15 de la Directiva. En ellos se impone un equilibrio entre los derechos y obligaciones del usuario para evitar que su utilización conlleve la posibilidad de realizar actos que sean contrarios a una explotación normal de la base o lesionen injustificadamente los intereses legítimos del fabricante de la base.

El artículo 10 establece como plazo general de duración de este derecho el de 15 años a contar desde el 1 de enero del año siguiente al de terminación del proceso de fabricación de la base de datos, si bien se prevén ciertos supuestos especiales, entre los cuales destaca el caso en que se produzca una modificación sustancial, cualitativa o cuantitativa, en el contenido de la base: adiciones, supresiones o cambios sucesivos que permitan considerar que se trata de una nueva inversión sustancial, lo cual permitirá atribuir a la base resultante un plazo de protección propio.

Finalmente, la norma insta a los Estados miembros a establecer las sanciones adecuadas para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en ella, que en nuestro caso se concretan, actualmente, en la LPI y en el Código Penal, artículos 270 y siguientes. Tal y como dijimos antes, esta Directiva obligará a introducir ciertas modificaciones en nuestra Ley de Propiedad Intelectual para acoger en su seno las cuestiones que no se encuentran ya en su texto, si bien no creemos que nuestro Legislador cumpla con esta tarea antes del plazo previsto, por lo que, de

nuevo, entraremos en una situación "movediza" poco adecuada en una época en la que la difusión y el respeto a los derechos de la autores y afines es, todavía, una tarea ardua y complicada.

6.- A modo de conclusión.

Hemos expuesto aquí las dos cuestiones más importantes que, a nuestro juicio, se deducen de la relación entre informática y Propiedad intelectual, pero somos conscientes de que la tarea es mucho más amplia y complicada, lo cual excede de las intenciones y fines de esta obra. No queremos dejar de mencionar que un nuevo problema empieza a reclamar la atención del Derecho: las llamadas "autopistas de la información", redes o INTERNET, que están planteando diversos desafíos a los juristas y, en lo que a nosotros interesa, se vertebran en los nuevos fenómenos de utilización de obras protegidas por la propiedad intelectual e, incluso, fenómenos de coautoría merced al juego de la interoperatividad y el llamado "hipertexto" que permite, no sólo hacer un uso indiscriminado de las obras, sino introducir aportaciones o modificaciones no consentidas en una obra ajena. El problema no es ahora la censura de contenidos o el control de accesos, sino la "redefinición" de muchos conceptos y técnicas ³⁵ de la propiedad intelectual, que suponen un serio desafío a unos juristas no muy avezados en un campo donde la técnica "aventaja" al Derecho que tendrá que cambiar muchos esquemas si quiere responder adecuadamente a ese desafío.

■³⁵ Tal es el caso de las llamadas "matrículas digitales" para controlar la utilización de las obras, los derechos sobre las "copias efímeras" que se pretenden imponer a los proveedores de INTERNET o los problemas de difusión de obras "ilícitas" como la biografía de Mitterrand en el "cibercafé" de Besançon".