

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

Fernando Carbajo Cascón

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Salamanca

*Magistrado de la Audiencia Provincial de
Salamanca*

ORÍGENES DE LA PROTECCIÓN

- **Entre el Derecho de Patentes y el Derecho de Autor**
 - Invenciones: concepto inventivo
 - Obras: expresión

 - Patentes: registro constitutivo y examen de patentabilidad
 - Derecho de autor: registro declarativo sin control previo de originalidad

LA PROTECCIÓN MEDIANTE EL DERECHO DE AUTOR

FUENTES NORMATIVAS

- **Internacionales**

- Art. 10.1 ADPIC (OMC) 1994
- Art. 4 Tratado OMPI Derecho de Autor 1996
- Protección de los programas de ordenador como obras literarias (*fictio iuris*)

- **Comunitarias**

- Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 = *Régimen jurídico propio* (¿obra literaria? = *obra sui generis*)

- **Nacionales**

- Ley 16/1993, de 23 de diciembre
- Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (arts. 95-104)

CONCEPTO LEGAL DE PROGRAMA DE ORDENADOR

- **Concepto amplio a efectos legales (art. 96.1 LPI)**
 - Toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación
 - La expresión programas de ordenador comprende también su documentación preparatoria
 - La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que la Ley dispensa a los programas de ordenador

OBJETO DE LA PROTECCIÓN

- **Protección por derecho de autor**

- El programa como tal, la documentación preparatoria y la documentación técnica y manuales de uso
- *Derechos morales*
 - Paternidad
 - Decidir la divulgación
 - Respeto de la integridad
- *Derechos patrimoniales (derechos exclusivos)*
 - Reproducción
 - Distribución
 - Comunicación Pública
 - Transformación

- **Nacimiento del derecho de autor**

- Por el simple hecho de la creación (sin necesidad de registro)
- No se protegen las ideas y principios del programa, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces
 - Idea / Expresión (STS 21 de junio de 2007)
- Se protege el programa como expresión de un conjunto de ideas, siempre que sea original:
 - Que se trate de una creación intelectual propia de su autor (no copiado de otro programa anterior)
 - Originalidad mínima
 - Carga de la prueba en el demandado
- Cualquiera que sea la forma de expresión o fijación del programa

- **Se incluye en la protección la documentación preparatoria y el resultado final**
 - Fase de análisis funcional (definición de las funciones a desarrollar)
 - Fase de análisis orgánico (método de ejecución de las funciones: algoritmos, sistemas operativos, aplicaciones...)
 - Fase de creación del código fuente (trasladar las funciones del programa a un lenguaje de programación)
 - Fase de transcripción del código fuente al código objeto
 - Resultados parciales de las fases preparatorias del código fuente del programa

- **Protección de las versiones sucesivas del programa**
- **Protección de programas derivados**
- **Salvo los creados con el fin de ocasionar efectos nocivos a un sistema informático**

- **Protección de programas de ordenador integrados en otras creaciones**
 - Protección independiente de programas utilizados en la fabricación o en el funcionamiento de bases de datos electrónicas (art. 12.3 TRLPI)
 - Protección independiente de programas integrados en productos multimedia
 - Protección mediante patente o modelo de utilidad de un programa que forme parte del invento = Invenciones implementadas en ordenador

AUTORÍA Y TITULARIDAD DE DERECHOS DE AUTOR

- **Autor-persona física (autoría individual, arts. 97 y 1 TRLPI)**
- **Autoría en colaboración (arts. 97.3 y 7 TRLPI)**
- **Autoría del coordinador de una obra colectiva (art. 97.2 y 8 TRLPI)**
 - Autor-persona jurídica (coordinadora de obra colectiva) = Obra de empresa
- **Autor-asalariado (art. 97.4 y 51 TRLPI)**
 - Presunción de cesión de derechos al empresario
 - Creación “*con ocasión del trabajo*” es diferente de la creación “*en el desempeño normal del puesto de trabajo*” (STS 21 de junio de 2007)
 - ¿Creación por funcionarios públicos?

- **Duración de la protección**

- Autor individual (arts. 98.1 y 26 TRLPI)

- Autoría en colaboración (arts. 98.1 y 28.1 TRLPI)

- Obra colectiva (arts. 98.2 y 28.2 TRLPI)

CONTENIDO DEL DERECHO (derechos de explotación)

- **Derecho de reproducción**
 - Total o parcial, permanente o transitoria, por cualquier medio y bajo cualquier forma (arts. 18 y 99 a TRLPI)
 - Incluso para uso personal: prohibición de copia privada (arts. 18, 99 a. y 31.2 TRLPI)
 - Fundamento de las licencias de usuario final: individualizadas y no individualizadas

- **Derecho de distribución**

- Explotación mediante ejemplares (art. 19, 98 c. TRLPI)
- Modalidades: venta, alquiler, préstamo y otras.....
- Agotamiento del derecho a controlar las reventas sucesivas (art. 19.2 y 98 c TRLPI)
- Licencias de uso (arts. 17 y 98 c TRLPI)
 - Contratos *shrink wrap* o rompe y rasga
 - Comercialización de copias: soporte / copia
 - No hay agotamiento (porque no hay venta)

- **Derecho de comunicación pública**

- Explotación inmaterial, sin necesidad de ejemplares (art. 20 TRLPI)
- Se excluye el ámbito doméstico, salvo que esté conectado a una red de difusión (Intranet)
- Acceso simultáneo (radiodifusión)
- Acceso sucesivo: puesta a disposición o comunicación interactiva (a la carta) (art. 20.2 i TRLPI)
 - Comunicación interactiva y varias reproducciones provisionales y permanentes
 - Contratos de licencia de usuario final (clic-wrap o mouse-clic)

- **Derecho de transformación**

- Traducción, transformación o arreglo del programa (art. 99 b TRLPI)
- Cualquier modificación, alteración o adaptación de la que surja una obra diferente (art. 21 TRLPI)
- Obra compuesta (art. 9 TRLPI)
- Obra derivada (art. 11 (TRLPI)

CONTENIDO DEL DERECHO

(Límites a los derechos exclusivos)

- **Actos necesarios para la utilización del programa por el “usuario legítimo” (art. 100.1 y 3 TRLPI)**
 - Reproducción y transformación (incluida corrección de errores) cuando sean necesarios para la utilización del programa con arreglo a su finalidad propuesta....Salvo pacto en contrario (pseudolímite)
 - Observar, estudiar o verificar su funcionamiento con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa
- **Copia de seguridad por el usuario legítimo (art. 100.2 TRLPI)**
 - Puede prohibirse por contrato si no resulta necesaria para su utilización
 - Diferente a la copia privada (art. 31.2 TRLPI)

- **Derechos del cesionario de derechos de explotación (art. 100.4 TRLPI)**
 - Realizar o autorizar versiones sucesivas y programas derivados
- **Interoperabilidad (art. 100.5 TRLPI)**
 - Reproducción y transformación para conseguir la interoperabilidad con programas creados de forma independiente
 - Requisitos y límites específicos

- **Test de las tres fases (límite de los límites) (art. 100.7 TRLPI)**
 - Los límites sólo serán aplicables en los casos concretos especificados en la Ley (1), siempre que no perjudiquen de manera injustificada los legítimos intereses del titular de derechos (2) ni impida la explotación normal del programa (3)

CESIÓN (Licencia) DE DERECHOS

- **Titularidad derivada: cesión impropia = Licencia**
 - *Encargo (arrendamiento) de obra*
 - *Licencias de explotación*
 - Cesiones exclusivas (art. 100.4 y 48 TRLPI)
 - Cesiones no exclusivas (art. 100.4 y 50 TRLPI)
 - Licencias de usuario final individualizadas
 - ¿Comunicación del código fuente en programas creados “a medida” del cliente? = STS 17 de mayo de 2003
 - Licencias de usuario final no individualizadas
 - Comercialización en masa por contratos de adhesión: licencias “*shrink wrap* y *clic wrap*” / Medidas tecnológicas de protección = Digital Rights Management Systems
 - Licencias de Código abierto (*Open Source*) y Licencias públicas generales (Software Libre = *Copyleft*)

ACTOS DE VIOLACIÓN DE DERECHOS

- **Infracciones de derechos sobre programas (art. 102 TRLPI)**
 - Poner en circulación copias del programa conociendo o presumiendo su naturaleza ilegítima
 - Posesión de copias del programa conociendo o presumiendo su naturaleza ilegítima
 - Poner en circulación o poseer con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único propósito sea el de suprimir o neutralizar dispositivos técnicos de protección de programas (infracción indirecta)
- **Violación de medidas tecnológicas y de gestión (arts. 160-162 TRLPI)**
- **Ilícito penal (art. 270.3 CP)**

LA PROTECCIÓN MEDIANTE EL DERECHO DE PATENTE

PATENT APPROACH

- **Protección del software en tanto que invención**
- **Creación de carácter funcional o utilitario = Más próxima a una invención que a una obra artística**
- **Protección de la idea o concepto inventivo reivindicado en la solicitud de patente**
- **Compatibilidad con la protección de la expresión (*copyright approach*)**

- **Art. 27 ADPIC (OMC)**
 - Obligación de los Estados de proteger patentes de invención “*en todos los campos de la tecnología*”
- *Computer-software implemented inventions*
 - En USA: criterio amplio de utilidad
 - Sect. 101 Patents Act, Title 35 U.S. Code
 - *anything under the sun that is made by man*
 - En Europa: criterio restrictivo de aplicación industrial
 - Contribución técnica
 - Susceptible de aplicación industrial = manipulación de las fuerzas de la naturaleza para alcanzar un efecto material físico y concreto
 - Diferencia entre el programa y las invenciones implementadas en ordenador

- **Art. 52.2 Convenio de la Patente Europea**

- No se consideran invenciones: los programas de ordenador *considerados como tales*
- *Pero...La Oficina Europea de Patentes, permite la patentabilidad de programas de ordenador*
- Aislados de un conjunto inventivo más amplio (invención implementada en ordenador *stricto sensu*)
- Aislados de una función técnica concreta...**Sería patentable el concepto inventivo plasmado en un programa y ejecutado en un ordenador para solucionar un problema práctico; pero el programa como tal, es decir, la secuencia de instrucciones expresada en lenguaje informático (código fuente) no puede ser objeto de patente, sino de derecho de autor**