

La protección de los programas de ordenador en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual⁽¹⁾

1. LAS INSUFICIENCIAS DEL ORDENAMIENTO VIGENTE

1.1. Dentro de la legalidad actual, constituida por la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 y su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, y todo un conjunto de disposiciones complementarias, convenios internacionales, resoluciones, etcétera, sería plenamente defendible extender a los programas de ordenador el régimen de la propiedad intelectual. Sin embargo, ello requeriría algún pronunciamiento específico, bien por vía normativa, bien por vía judicial. El artículo 1.º de la Ley incluye en la propiedad intelectual «las obras científicas, literarias o artísticas que pueden darse a la luz por

(1) El presente trabajo recoge el texto de la conferencia pronunciada por el autor el 24 de octubre de 1986 en el Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Basada dicha conferencia en el texto del proyecto remitido al Congreso de los Diputados por el Gobierno al comienzo de 1986 (*B. O. de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie A, 1 de febrero de 1986), el primitivo texto del proyecto fue objeto de modificaciones dentro del primer trámite parlamentario iniciado aun antes de la disolución de las Cortes Generales como consecuencia de la convocatoria de elecciones generales de junio de 1986, siendo aceptadas enmiendas diversas propuestas por los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y Minoría Catalana del Congreso. El texto del proyecto remitido nuevamente al Parlamento por el Gobierno salido de las elecciones de junio (*B. O. de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie A, 24 de noviembre de 1986), contiene modificaciones importantes del texto de los artículos 94 y siguientes, relativos a los programas de ordenador. Por ello, el texto de la conferencia susodicha hubo de ser adaptado a las modificaciones recogidas en el proyecto de noviembre de 1986.

cualquier medio», definición que luego recogería el artículo 428 del Código Civil. Esto exige la previa calificación de un programa como obra científica, literaria o artística, para lo cual sería precisa una disposición interpretativa o una doctrina jurisprudencial clara y continuada. Incluso en legislaciones más flexibles, como la francesa o la alemana federal, cuya amplitud permitía encuadrar los programas en el marco de la propiedad intelectual, ha sido preciso un pronunciamiento específico, por vía jurisprudencial primero y por medio de reformas de la legislación. En Francia iba siendo ya abundante la jurisprudencia de los Tribunales de apelación, en la que se venía calificando a los programas de obras literarias. En Alemania, no sin vacilaciones, la jurisprudencia había acabado por reconocer la protegibilidad de los programas por el régimen de la propiedad intelectual, en especial desde la importante Sentencia dictada el 9 de febrero de 1983 por el Tribunal Territorial Superior de Karlsruhe, a cuya motivación se adherirían después el Tribunal de igual rango de Francfort y el Tribunal Federal de Trabajo (2). En todo caso, tanto Francia como Alemania Federal, y asimismo el Reino Unido, han considerado necesario hacer extensiva de manera expresa la legislación de propiedad intelectual a los programas (3).

Previamente a estas Leyes, las que ejecutaron en los mismos ordenamientos nacionales el Convenio de Munich de 5 de octubre de 1973 sobre la concesión de patentes europeas excluyeron de la protección de la patente los programas de ordenador. Con ello se resolvía en el plano positivo una controversia doctrinal y jurisprudencial de varios lustros acerca de la procedencia de la patente o el derecho de autor como solución

(2) Véase un comentario a las sentencias más representativas (la del Oberlandesgericht de Karlsruhe de 9 de febrero de 1983, GU 150/81; la de Bundesarbeitsgericht de 13 de septiembre de 1983, 3 AZR 371/81, y la del Oberlandesgericht de Nuremberg de 8 de mayo de 1984, 3 U 652/83) en Ulrich SIEBER: «Copyright Protection of Computer Programs in Germany - Part II», *European Intellectual Property Review*, 1984 (9), págs. 253-260.

(3) Ley de 24 de junio de 1985 (BGBI, I, S. 1137), por la que se modificó el artículo 2, primer párrafo, apartado 1, de la Ley de Derecho de Autor de 9 de septiembre de 1965, incluyendo los programas (*Programme für Datenverarbeitung*) en el mismo grupo que las obras literarias, tales como los escritos y los discursos; *Copyright (Computer Software) Amendment Act 1985* (1985, capítulo 41); Ley número 85-660, de 3 de julio de 1985, relativa a los derechos de autor y a los derechos de los artistas-intérpretes, de los productores de fonogramas y de videogramas y de las empresas de comunicación audiovisual (*Journal Officiel de la République Française*, 4 de julio de 1985, págs. 7495 a 7501. Sobre la Ley francesa de 1985, véase *La protection des logiciels sous la Loi du 3 juillet 1985*, Deuxième Forum Protection des Logiciels, organise par l'Agence pour la Protection des Programmes sous le patronage du Ministère de la Culture, Paris, Editions des Parques, 1986 (con trabajos de A. BENSOUSSAN, A. BERTRAND, Y. BISMUTH, H. CROZE, X. DESJEUX e Y. LENOIR); COLOMBET, Claude: *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Paris, Précis Dalloz, 3.ª ed., 1986 (en especial, págs. 110-118).

más adecuada para la protección jurídica de los programas. Esta controversia muestra una clara evolución, en la cual cabría distinguir, *grosso modo*, tres hitos: la patente, el sistema *sui generis* y el derecho de autor, habiéndose impuesto plenamente esta última aun a costa de admitir algunas peculiaridades dentro del sistema general del derecho de autor (4).

1.2. En nuestro país el problema estriba no sólo en la dicción del artículo 1.º de la Ley de 1879, sino además en la inviabilidad que de hecho ofrece la vía jurisprudencial para el desarrollo de dicha Ley. Sorprende la casi total ausencia de sentencias sobre propiedad intelectual en los repertorios de jurisprudencia. Ni aun en la jurisprudencia de Tribunales inferiores al Tribunal Supremo se encuentran sentencias sobre la materia. Esperar a contar con una jurisprudencia del Tribunal Supremo clara y continuada no resolvería una cuestión que requiere una solución inmediata. La práctica, por otra parte, muestra que el régimen basado en el artículo 1.º de la Ley de 1879 no es viable. De hecho se han venido inscribiendo en el Registro de la Propiedad Intelectual como obras científicas, programas de ordenador. Pero en realidad no se trata de tales programas, sino de obras que exponen, comentan y explican el uso de programas que, en general, son ya conocidos de todos los profesionales. Son obras «sobre» programas, no programas. Esto ha dado lugar a la aparición de registros privados paralelos, en los que con una finalidad distinta, o sea, de defensa contra la piratería, se vienen depositando programas de ordenador. No se conocen, al menos no son frecuentes (a diferen-

(4) Pueden ya considerarse superadas las posturas contrarias e incluso reticentes —el propio M. FICSOR, que todavía en 1983 comparaba la recepción de los programas en el derecho de autor con la irrupción de un elefante en una tienda de porcelanas, acababa admitiendo que los estragos causados por el elefante no eran tan graves como se pudiera haber pensado; cfr. «Lettre de Hongrie», en *Le Droit d'Auteur*, año 96, núm. 11, noviembre 1983, págs. 333-335—. Aun cuando la bibliografía empieza a ser abundante, en general está constituida por estudios relativos a la situación existente en los distintos países. Cabría mencionar, como hitos representativos de esa evolución doctrinal y legislativa, las siguientes obras: GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: «La protección jurídica de los programas de los ordenadores electrónicos», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 113 (julio-septiembre de 1969), páginas 413-436 (panorama de las diversas opciones posibles); ÜLMER, E.; KOLLE: «Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen», en *GRUR Int.*, 1982, 8/9, páginas 489-521 (el análisis más completo existente); la obra colectiva *The Legal Protection of Computer Software*, editada bajo la dirección de L. PERRY y H. BRETT (Oxford, ESC Publishing Ltd., 1981), con trabajos diversos de G. KOLLE, R. H. STERN, A. WILSON, Ch. Le STANC, B. C. DIETZ y M. KINDERMANN; la de GYERTYANFY, P.: «The Software as a New Subject Matter of Copyright Law?», *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, núm. 113 (julio 1982), págs. 71-133, y las de KEPLINGER, M. S.: «Computer Software - Its Nature and Its Protection», *Emory Law Journal*, vol. 30, núm. 2, Primavera 1981, págs. 483-512, y LUCAS, A.: *La protection des créations intellectuelles abstraites*, Coloquio CEIPPI, Paris, Librairies Techniques, 1975.

cia de otros países), casos de contratos de depósito de programas en entidades bancarias o análogos con finalidades diversas, entre ellas la defensa contra la piratería. Todo esto revela lo inservible del sistema desarrollado al amparo de la Ley de 1879 en este contexto.

1.3. Esta imprecisión del ordenamiento vigente tiene además una consecuencia grave en lo que respecta al trato internacional. El reconocimiento por algunos países de la protección del derecho de autor de los programas, en el Convenio Universal de Derecho de Autor de Ginebra, lleva consigo la protección de dicho derecho en todos los países dignatarios del Convenio, a cuyo efecto basta con la reserva del derecho mediante la indicación del símbolo normalizado previsto en el artículo III, 1, que este precepto equipara al cumplimiento de ciertos trámites o formalidades internos, como depósito, registro, etc. Hasta que no se reconozca el principio de que el derecho de propiedad intelectual sobre los programas nace con el hecho de la creación y se reserva a favor del creador mediante esta sola indicación del símbolo normalizado no habrá una igualdad de trato, sino, por el contrario, una situación de privilegio para los programas de ordenador creados en países signatarios del Convenio Universal. Este hecho es, sin duda, uno de los argumentos más sólidos que pueden aducirse a favor de la inclusión de los programas en el régimen de la propiedad intelectual, ya que tal inclusión lleva consigo la aplicación a los programas de las ventajas de los convenios internacionales, con la consiguiente reciprocidad en cuanto al trato internacional.

1.4. Iniciados ya antes de 1983 los trabajos de redacción del Anteproyecto de reforma de la Ley de 1879, desde los primeros textos de 1983 figuraron ya los programas entre las obras protegidas. Por otra parte, la Ley de Patentes de 1986 excluyó de la patente a los programas, en cuanto que el artículo 4.º, 2, apartado c), no considera invenciones a los programas de ordenadores. Esta Ley fue anterior a la adhesión de España al Convenio de Munich, por lo cual la ejecución del Convenio no ha sido —a diferencia de otros países europeos— un factor determinante de la inclusión de los programas en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual.

2. EL RÉGIMEN DE LOS PROGRAMAS EN EL PROYECTO

2.1. Los preceptos básicos del Proyecto a partir de los cuales puede construirse el régimen jurídico del derecho de autor sobre los programas de ordenador son el artículo 10, 1, i), y el 94. El primero incluye a los

programas entre las obras originales, literarias, artísticas y científicas que relaciona. El párrafo 1 no agota el conjunto de las obras protegibles, ya que expresamente dice que entre las creaciones objeto de protección «se comprenden» las que figuran en los apartados *a)* e *i)*, lo cual no excluye cualesquiera otras que sean susceptibles de ser expresadas por un medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido «o que se invente en el futuro». Habría sido deseable una formulación genérica en los términos de la Ley francesa o en los de la Ley norteamericana, que habla de «obras de autoría». Sin embargo, un análisis atento del texto del Proyecto nos lleva a una conclusión parecida. El artículo 12 del Proyecto permite deducir el concepto de «creación intelectual» como noción esencial, ya que hace extensiva la protección de la propiedad intelectual a obras no estrictamente originales, como son las colecciones de obras ajenas y las de otros elementos o datos, siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales. Los artículos 10 y 12 permiten, pues, construir un concepto de creación intelectual, como género, con tres posibles especies: que son las creaciones literarias, las artísticas y las científicas.

2.2. El artículo 10, 1, ha vuelto a recoger la tricotomía de obras «literarias, artísticas y científicas» con que la Ley de 1879 defiende el conjunto de los bienes protegidos. Sin duda el legislador se ha sentido obligado a mantener un paralelismo entre de una parte dicho precepto y de otra el artículo 20, 1, *b)*, de la Constitución, que reconoce el derecho a la producción y creación «literaria, artística, científica y técnica», y el artículo 428 del Código Civil, que reconoce asimismo el derecho de autor de una obra «literaria, científica o artística» a explotarla y a disponer de ella. En rigor, estos preceptos del Código Civil y de la Constitución no tenían por qué ser un obstáculo a una solución distinta, bien en la línea de la Ley francesa (obras del ingenio), bien renunciando a toda catalogación o clasificación, como es la solución de la Ley federal norteamericana de 1976, que se limita a relacionar *ad exemplum* una serie de bienes susceptibles de ser considerados como obras, sin clasificarlos con arreglo a criterio alguno. Más conveniente habría sido quizá utilizar una clasificación basada en las de los Convenios de Berna y de Ginebra, que sí diferencian un régimen específico en función de la misma. Por otra parte, el resto de la Ley no define un régimen jurídico diferenciado del derecho de autor sobre las obras literarias, las artísticas y las científicas, sino que distingue entre derechos de autor propios, de un lado (libro I), y derechos afines al de autor, de otro (libro II), distinguiendo dentro de cada grupo normativo el régimen procedente en función de las peculiaridades de cada obra. Resulta así el cuadro siguiente:

Derechos de autor	{ Régimen general. Obras audiovisuales. Programas de ordenador.
Derechos afines al de autor	{ Derechos de artistas, intérpretes o ejecutantes. Derechos de productores de fonogramas. Derechos de productores de obras cinematográficas y audiovisuales. Derecho de las entidades de radiodifusión. Protección de simples fotografías. Otros derechos.

En ningún caso se diferencia el régimen de las obras en función de su carácter literario, artístico o científico.

2.3. El artículo 94 determina las normas aplicables a los programas de ordenador. El precepto se remite al régimen general de la Ley, sin más salvedad que la de que las disposiciones por las que se rijan serán las que «resulten aplicables» (5). No se excluyen, en principio, disposiciones del libro II, pues cabe la posibilidad de que normas relativas a derechos afines al de autor resulten asimismo aplicables a los programas. Las únicas excepciones al régimen general de la Ley son los preceptos de los artículos 94 a 99. El precepto opta así por una vía intermedia entre la mera inclusión de los programas en la regulación de la propiedad intelectual o derecho de autor (solución norteamericana) y la regulación por Ley especial (solución del Anteproyecto brasileño). El Proyecto español incluye los programas en el régimen del derecho de autor, previendo dentro de dicho régimen algunas peculiaridades derivadas de la especial naturaleza de la obra. Al optar por una especialidad de un régimen jurídico nuevo, regulada dentro del mismo texto legal general, el Proyecto sale al paso de los problemas que habría originado la mera reforma de la Ley actual, como ha sido el caso de Francia.

2.4. Sobre la base de estos dos preceptos puede construirse el régimen de los programas de ordenador previsto en el Proyecto. Pueden añadirse además las normas de los Convenios de Berna y Ginebra para completarlo. Como criterio sistemático puede tomarse el de analizar los distintos elementos de la relación jurídica del derecho de autor sobre el programa:

(5) Una enmienda del Grupo Popular, en la que se proponía suprimir la parte del precepto que contiene dicha salvedad («... y en lo que no esté específicamente previsto en el mismo, por las disposiciones de la presente Ley»), no prosperó.

- a) Sujeto.
- b) Objeto; y
- c) Contenido.

Como lo que cualifica la relación jurídica es la especialidad del objeto de la misma, es quizá mejor cambiar el orden y comenzar el análisis de la Ley por el examen del objeto.

2.5. *Objeto de la protección.*

2.5.1. Al igual que en el caso de las obras audiovisuales y los fonogramas, el legislador ha considerado necesario definir lo que deba entenderse por programas de ordenador a los efectos legales. La cuestión de lo que deba entenderse por «programa» no es en modo alguno ociosa. Si bien es cierto que cualquier profesional de la informática y, en general, cualquier persona hoy día sabe lo que es un programa, difícilmente se llegaría a una coincidencia a la hora de definirlo. No es solamente que dentro de la noción de programa se incluyan variedades conceptuales: algoritmo, rutina, compilador, programa de servicio de utilidad, etc. Es que además el concepto genérico de programa es susceptible de una extensión diversa. Cualquiera que sea la variedad conceptual concreta, en todo caso un programa es un algoritmo, concepto claramente definido en el *Diccionario de la Real Academia* como «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema», o el «método y notación en las distintas formas de cálculo». En informática el algoritmo no es la mera concatenación formal de una serie o secuencia de operaciones, sino que además contiene indicaciones relativas a la búsqueda de los datos, precisando si hay que buscarlos en un disco, una cinta, etcétera. Es por ello más parecido a una partitura. El algoritmo se expresa en un esquema gráfico u ordinograma. El algoritmo no es todavía el programa. Es preciso que sea expresado en instrucciones. El programa desarrolla en instrucciones el esquema gráfico del algoritmo. Llegamos así al código-fuente o programa-fuente, que es el programa propiamente tal. Su versión en instrucciones capaces de ser interpretadas por un sistema físico es el código objeto. Uno y otro constituyen formas de expresión distintas del programa. El artículo 95 ha recogido esta distinción en los apartados 1 y 2. El primero define el programa, en cuanto tal, como obra protegible en estos términos: «Toda secuencia de instrucciones o declaraciones destinadas a ser utilizadas directa e indirectamente en un sistema informático para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación». El programa es, pues, una secuencia de instrucciones o declaraciones. Estas pueden ser utilizadas di-

rectamente en un sistema informático, con lo cual se incluyen en la noción legal de programa el llamado código objeto, escrito o expresado en lenguaje de máquina, y que puede estar *fijado* en un soporte legible por la máquina, en un micromódulo, o en unas conexiones cableadas. También se incluye en la definición el código fuente cuando se dice que las instrucciones pueden ser utilizadas *indirectamente*. Es el supuesto de los lenguajes de nivel superior, cuyos comandos son convertidos por el sistema de instrucciones legibles directamente por sus elementos. La amplia dicción del artículo 95, 1, *in fine*, permite incluir en el concepto de programa toda secuencia de instrucciones o declaraciones que reúna las anteriores características, cualquiera que sea la forma de expresión y fijación. Con ello se sale al paso de la objeción que pudiera suponer el hecho de que el programa estuviera materializado en un conjunto de conexiones cableadas. De este modo no sería obstáculo reconocer el derecho de autor sobre un programa como el que fue objeto de la patente de invención concedida con el número 525.801 el 4 de abril de 1984 para amparar un sistema electrónico para la codificación cifrada en el tratamiento y transmisión de datos. El sistema comprende dos circuitos gemelos, que expresan y fijan sendos algoritmos, uno para codificar las informaciones antes de ponerlas en circulación por una línea de transmisión de datos y otro para descodificar las que llegan antes de pasarlas a un ordenador o a un terminal. lográndose lo que en transmisión de datos se llama «transparencia», es decir, la posibilidad del uso de un terminal sin necesidad de conocer las secuencias de información que se desarrollen en el circuito. Dentro del régimen definido por el Proyecto, este sistema no sería patentable, sino que sería una forma de programa de ordenador y por tanto gozaría de la protección del derecho de autor. El artículo 95 permite considerar programas al llamado código-fuente o programa-fuente y al código o programa-objeto, dejando abierta la cuestión de la diversa naturaleza jurídica que dentro del sistema de la Ley correspondería, en su caso, a uno y otro. La cuestión se ha suscitado en la jurisprudencia norteamericana con soluciones contradictorias. La doctrina, asimismo norteamericana, ha insinuado alguna vez la posibilidad de calificar el código-objeto de obra derivada al amparo del artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor (6). En el Proyecto español cabría invocar los artículos 11 y 21, aunque difícilmente correspondería la titularidad del programa-objeto a persona distinta de la del creador del programa-fuente.

2.5.2. La definición contenida en el artículo 95, 1, del Proyecto de

(6) Véase NYCUM, S. H.; KENFIELD, D. L.; KEENAN, M. A.: «Debugging software escrow: Will it work when you need it?», *Computer Law Journal*, IV-3, página 446 (nota 7).

febrero consideraba programa toda secuencia de instrucciones susceptible de ser utilizada directa o indirectamente en un sistema informático «para obtener un resultado determinado». Sin duda esta dicción se basaba en una noción de «resultado» como una información producto de una elaboración de otra información dentro del sistema bajo el control del programa, pero quizá resultaba poco precisa. Por ello en el texto del Proyecto de noviembre se completó la dicción, recogiendo una enmienda del Grupo Socialista del Congreso con la incorporación de la frase «para realizar una función o una tarea». La preocupación de los enmendantes se fundaba en que la fórmula primitiva podía interpretarse restrictivamente, dejando fuera del concepto legal programas de control o de servicio que, por el contrario, dada su mayor complejidad, eran acreedores a la misma protección que cualesquiera otros. En iguales términos se pronunciaba asimismo una enmienda de la Minoría Catalana, aunque proponía la supresión de la frase originaria «para obtener un resultado».

2.5.3. Con ocasión de los primeros trabajos realizados en el seno de la OMPI, que se plasman en las disposiciones-tipo de 1976, se suscitó ya la cuestión de si la documentación del programa formaba parte del programa. Así se entendió en un principio, hasta que en 1982 fue incorporada a la Ley norteamericana de Derecho de Autor la definición legal que limitaba el programa a la secuencia de instrucciones. Esta limitación no lleva consigo que los manuales no estén protegidos ni que su protección sea menor. Simplemente se trata de obras de otro carácter. Así lo entendió el Proyecto de febrero, que en su artículo 95, 2, negaba a los manuales de uso la calificación legal de programas, precisando que se trataba de obras científicas sujetas al régimen que la Ley prevé para las mismas. Habida cuenta de que el Proyecto de febrero limitaba el plazo de duración de la protección del programa a veinte años, resultaba que los manuales estaban protegidos durante un plazo mayor. El Proyecto de noviembre recogió enmiendas formuladas por el Grupo Popular y por la Minoría Catalana en el sentido de equiparar los manuales y la documentación aneja a los programas a éstos. Estas enmiendas hay que verlas, por otra parte, en relación con otras, propuestas por los mismos grupos parlamentarios, y aceptadas igualmente, tendentes a elevar el plazo de la protección a cincuenta años para los programas, con lo cual la única diferencia que preveía el Proyecto de febrero desaparecía.

2.5.4. El artículo 56 del Proyecto permite distinguir dos aspectos en el objeto del derecho: el programa como obra, como bien inmateral (*corpus mysticum*) y el soporte al que se haya incorporado la obra (*corpus mechanicum*). El precepto permite que la titularidad de uno y otro corresponda a personas distintas. Existen programas, en especial los crea-

dos para microordenadores, que son susceptibles de contrato de edición, al igual que una obra literaria corriente, aun cuando el soporte no sea una obra impresa en forma de libro, sino una grabación en disco flexible o disquete. La propiedad de un ejemplar de la obra en disco flexible (*corpus mechanicum*) es independiente de la titularidad del derecho de autor (derecho moral y derecho de explotación) sobre la obra objeto del contrato de edición.

2.5.5. El Proyecto de febrero contenía en el apartado 3 del artículo 95 una matización en lo que respecta a los programas que son parte de una patente y figuran en la memoria o descripción de la misma como elementos de la invención, descritos en las pertinentes reivindicaciones. El texto del precepto incluido en el Proyecto en febrero disponía que los programas que fueran elementos de una invención no estaban protegidos por el derecho de autor, pero esto no significa que no estuvieran protegidos. El precepto trataba, sin duda, de salir al paso de los problemas que se han suscitado en la doctrina, motivados por el hecho de que un programa pudiera formar parte de una invención: si en tal caso el programa quedaba protegido mediante patente, los argumentos aducidos por la doctrina y la jurisprudencia en favor del derecho de autor y en contra de la patente resultaban inoperantes. Por ello, con el fin de conciliar los dos criterios, el primitivo Proyecto estimaba que cuando el programa constituyera un *accesorio* de una invención quedaba protegido por la patente, que adquiriría así una especie de *vis attractiva*. La Minoría Catalana propuso que se suprimiera el precepto por estimar que era contradictorio con el principio de la compatibilidad de la propiedad industrial y la intelectual sobre una misma obra, recogido en el artículo 3.º, apartado 2.º, del párrafo único. En iguales términos se pronunció una enmienda del Grupo Popular. No se aceptaron las enmiendas, pero el texto del precepto fue modificado en el Proyecto de noviembre en el sentido de que los programas que formaran parte de una patente o modelo de utilidad gozarían, «con independencia de lo dispuesto en la presente Ley», de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial. Tal como ha quedado, el precepto resulta superfluo, pues no hace otra cosa que repetir el principio del artículo 3.º y en cambio no recogido el problema del programa *accesorio* de la invención. Véase, sin embargo, *infra* 2.5.8.

2.5.6. Dado que el artículo 10 del Proyecto incluye entre los bienes protegibles las creaciones «originales», habrá que entender asimismo, puesto que los artículos 95 y siguientes no contienen declaración alguna en contrario, que los programas de ordenador deberán constituir creaciones originales para poder gozar de la protección del régimen jurídico re-

gulado en el Proyecto. A este respecto habría que hacer algunas matizaciones. Algunos trabajos ponen en duda la posibilidad de que haya programas realmente originales, en el sentido de que todo programa está compuesto de instrucciones, y muchas de éstas tienen sustantividad propia. Por ello, en la práctica la mayoría de los programas, si no todos, no son otra cosa que una combinación de instrucciones ya conocidas. Aun admitiendo la validez de esta afirmación, hay que tener en cuenta que el artículo 12 considera como objeto de la propiedad intelectual las colecciones de «elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales».

2.5.7. De acuerdo con el Proyecto, el régimen de protección de los programas comprende además los siguientes bienes:

- a) Las versiones sucesivas de un programa.
- b) Los programas derivados; y
- c) El título o denominación del programa.

2.5.7.1. Las versiones sucesivas de un programa, conocidas en la jerga informática normalmente como *releases*, constituyen obras derivadas, y como tales son susceptibles de encuadrarse en los supuestos de los artículos 11 y 21, 2, del Proyecto, por cuanto que se trata de revisiones, actualizaciones, adaptaciones o transformaciones de una obra. Lo mismo puede afirmarse de los programas derivados, entendiéndose por tales los que son resultado del desarrollo de funciones contenidas en otros. El Proyecto brasileño de 1984 define el programa derivado como el obtenido a partir de otro, mediante la manipulación de la disposición del conjunto de las instrucciones de éste con el fin de introducir modificaciones sustanciales en su funcionamiento.

2.5.7.2. El artículo 10, apartado 2, hace extensivo el derecho de autor al título de la obra. En el caso de los programas, cuando tuvieren un nombre específico que los distinga y sea original, como exige dicho precepto, habrá que entender que también está amparado. Es el caso de sistemas como UNIDAS, STAIRS, MAPPER, PASSAT, etc.

2.5.8. Por último, hay que tener en cuenta que el artículo 3.º reconoce la compatibilidad del derecho de autor con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra (párrafo único, apartado 2). Es evidente que la propiedad industrial no se agota con la patente, sino que comprende otras formas de protección, entre ellas la marca. Un caso de todos conocido es el lenguaje ADA, desarrollado por la Administración federal norteamericana, y cuya sigla ha sido registrada como **marca**.

2.6. *El titular de la propiedad intelectual del programa*

2.6.1. El sujeto de la relación jurídica ofrece varios aspectos. Por una parte, quien debe entenderse por creador del programa. Por otra, el problema de la titularidad del derecho de explotación. Cada uno de estos aspectos comprende, a su vez, un conjunto de cuestiones o problemas, para cuya solución el Proyecto ofrece elementos suficientes dentro de su régimen general, completado con los artículos del título VII del libro I.

2.6.2. El artículo 1.º consagra el principio de que el derecho de autor corresponde al creador por el solo hecho de la creación. Recoge el parecer unánime de la doctrina, según el cual no es preciso un acto estatal de concesión del derecho. La doctrina alemana (7) califica el acto creador de acto real (8), es decir, un acto cuyos efectos jurídicos consisten en una modificación de la realidad. En este caso se trata de una modificación consistente en incorporar al mundo de lo real una nueva cosa, que es la obra. La consecuencia principal es, además de que no es necesario el acto expreso de concesión del derecho, que la creación no requiere tampoco una declaración de voluntad. Esto último implica que la creación de una obra y la consiguiente adquisición del derecho de autor pueda ser atribuida a menores e incluso a incapaces. La posibilidad de que un menor cree un programa de ordenador no debe destacarse, pues empiezan a aparecer niños prodigio en el uso de los ordenadores. Se llegará así a casos análogos al de Mozart, por ejemplo. Asimismo la creación de un programa no tiene que ser necesariamente fruto de una relación laboral o de arrendamiento de obra, pues hoy día, con la proliferación de los microordenadores, es perfectamente posible que un individuo, en su domicilio, en forma autónoma e independiente, conciba un programa perfectamente válido con ayuda de tal instrumento, sin necesidad de un nivel de inversión determinado. El artículo 44 apoya esta conclusión por cuanto que sienta el principio de que los menores de dieciocho años y mayores de dieciocho que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación.

2.6.3. No obstante la generalidad de la dicción del artículo 5.º, 1, el propio precepto, en su apartado 2, prevé la posibilidad de que sea

(7) HUBMANN, H.: *Urheber - und Verlagsrecht*, Munich, C. H. Beck, Juristische Kurzlehrbücher, 4.ª ed., 1978, págs. 110-111.

(8) Sobre el concepto de acto real (*Realakt*), como acto que produce como efecto inmediato solamente un resultado fáctico que puede ser condición de una consecuencia jurídica, cfr. WOLFF, H. J.: *Verwaltungsrecht*, II, 7.ª ed., Munich, C. H. Beck, 1968, pág. 221.

autor una persona jurídica, remitiéndose a tal efecto a lo dispuesto en la propia Ley. Se trata del artículo 8.º, que se refiere a las obras colectivas, y cuyo segundo párrafo dice claramente que la «obra pertenecerá a la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y coordinación se hubiera creado y que la divulgue bajo su nombre». De aquí se deduce que una empresa puede ser titular del derecho de autor, no sólo del de explotación, a todos los efectos (9).

2.6.4. Otra cuestión es la que hace referencia a un programa creado por una persona física dentro del marco de una relación laboral. Esta cuestión ofrece una especial importancia. En rigor, la primera vez que se invocó la protegibilidad de los programas por el derecho de autor fue en litigios de carácter laboral, concretamente en un litigio suscitado ante el Tribunal de Comercio de París, en el cual un asalariado que, fuera de las horas normales de trabajo, había desarrollado unos programas que facilitaban la ejecución de trabajos de contabilidad que le habían sido encomendados y había sido despedido por negarse a ceder los derechos sobre tales programas. El Tribunal dio la razón al asalariado, y en segunda instancia el Tribunal de Apelación de París, 4.ª Cámara, dictó Sentencia de 2 de noviembre de 1982 por la que se confirmaba la sentencia del Tribunal de Comercio, reconociendo el derecho de autor sobre los programas y la ausencia de causa de despido. No es de extrañar el detalle con que la Ley francesa de 1985 ha regulado este problema en sus artículos. Diversas sentencias de Tribunales y Juzgados norteamericanos contemplan, además de cuestiones específicas de derecho de autor, este mismo problema. Es el caso de las sentencias *Apple Computer Inc v. Formula International Inc.* (1983) o *GCA Corporation v. Chance, Foss & Kukas* (1982), ambas del Estado de California.

2.6.5. El problema en el Proyecto estriba en determinar si existe o no incompatibilidad entre los derechos que el Estatuto del Trabajador reconoce en su artículo 21 y los que el Proyecto reconoce asimismo en sus artículos 1.º y 14. No existe precepto alguno que permita llegar a una conclusión análoga a la norma del artículo 45 de la Ley francesa de 1985. Es decir, si un asalariado desarrolla un programa dentro del marco de su relación laboral, aun cuando se trate de un producto que haya refe-

(9) Aun en la doctrina alemana, especialmente rigurosa en cuanto a no admitir la titularidad del derecho de autor más que a favor de las personas físicas, se consideró la posibilidad de admitir una titularidad del derecho de autor a favor de personas jurídicas. Las Leyes de 1901 y 1907, relativas a los derechos de autor sobre obras musicales y fotográficas, admitían esta posibilidad, y con respecto a la obra cinematográfica, el proyecto de 1954 propugnó un derecho de autor de la obra cinematográfica en tales términos (*fiktives Urheberrecht*). La Ley de 1965, sin embargo, fue terminante al respecto, admitiendo sólo la titularidad de la persona física.

rencia a la materia propia del trabajo del interesado, el autor del programa será el asalariado, no el empleador. El asalariado, creador del producto, adquiere por el hecho de la creación el derecho moral, irrenunciable e inalienable, que se concreta en las facultades que enumera el artículo 14 del Proyecto. Este derecho se adquiere en todo caso aun cuando se hubiere pactado la no concurrencia con el empleador en los términos previstos en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores. Únicamente sería aplicable al caso el supuesto del apartado 4 de este artículo: haber recibido el trabajador una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha un proyecto o realizar un trabajo específico, y que el proyecto o trabajo consista en desarrollar un programa determinado. En tal supuesto, si se hubiere pactado entre el trabajador y el empresario la permanencia en la empresa, y sólo entonces, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios si el trabajador abandona el trabajo antes del tiempo pactado.

2.6.6. La irrenunciabilidad e inalienabilidad del derecho moral de autor impide que sea válido el acuerdo entre el trabajador y el empresario, según el cual aquél cede a éste la titularidad del derecho de autor sobre el programa que creare dentro del marco de la relación laboral. En cambio es plenamente válido pactar la cesión de los derechos de explotación del programa creado en virtud de la relación laboral. Así resulta claramente del artículo 51, 1, del Proyecto. Este precepto deja al mutuo acuerdo entre el empresario y el trabajador los términos concretos de la transmisión de los derechos de explotación. En defecto de pacto expreso, y siempre que se tratare de una relación laboral por tiempo indefinido, se presume que la cesión de los derechos es a título exclusivo y «con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario», a tenor de lo que dispone el apartado 2 de dicho artículo 51. Como momento de la cesión habrá que considerar, según dicho precepto, el momento de la entrega de la obra realizada.

2.6.7. Otra cuestión que comprende la problemática del sujeto de la relación jurídica de derecho de autor sobre los programas consiste en la posibilidad de una titularidad conjunta del derecho por parte de varias personas. Esta cuestión no ofrece peculiaridad alguna con respecto al régimen general contemplado en los artículos 7.º, 8.º y 9.º del Proyecto. Estos preceptos prevén tres supuestos:

- a) Obra en colaboración.
- b) Obra colectiva; y
- c) Obras independientes publicadas unidas.

El primer supuesto da lugar a una comunidad de bienes, el segundo a la titularidad del derecho a favor de la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y coordinación se hubiere creado el programa y que lo divulgare bajo su nombre. El tercer supuesto no influye en la titularidad del derecho de autor sobre cada programa unitario independiente.

2.6.8. No se prevé en el Proyecto la posibilidad de que el Estado sea cesionario de los derechos de explotación de una obra. Así como el Estatuto de la Propiedad Industrial y la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria de 1939 preveían la posibilidad de que el Estado adquiriera patentes —la LODI se refiere en su artículo 16 concretamente a las patentes de invención nacionales o extranjeras—, no se prevé en la Ley de 1879 la adquisición de los derechos de explotación de una obra por el Estado. Debe entenderse, sin embargo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley del Patrimonio del Estado, que el Estado puede adquirir tales derechos, a cuyo efecto es preciso Decreto acordado en Consejo de Ministros, y en caso de que la explotación no esté encomendada a un departamento u organismo en virtud de un Decreto, la explotación corresponde al Ministerio de Hacienda (art. 9.º, 6). Según el artículo 99 de la misma Ley, es posible la explotación por el Estado de un programa que ya haya entrado en el dominio público, sin que ello devengue derecho alguno en su favor.

2.6.9. En alguna ocasión se ha propugnado que los programas creados por funcionarios o personal laboral al servicio del Estado en el ejercicio de sus respectivas funciones debieran pasar directamente al dominio público. Dado el espíritu del Proyecto, expresado en el artículo 14, no es posible con arreglo al Proyecto admitir esta solución; únicamente cabe la cesión del autor o creador a favor del Estado como un cesionario más, siempre que se siga el cauce de los artículos 96 a 99 de la Ley del Patrimonio del Estado.

2.7. *Contenido del derecho*

2.7.1. Lo referente al contenido del derecho de autor sobre los programas comprende dos grandes órdenes de cuestiones:

- a) Facultades anejas al derecho de autor, que a su vez comprenden las relativas al derecho moral y al derecho patrimonial del autor; y
- b) Medios coactivos de hacer valer los derechos sobre el programa.

2.7.2. Una primera cuestión hace referencia a la duración del derecho de autor. Así como la propiedad, en el sentido del artículo 348 del Código Civil, propiedad romana, etc., no tiene límite en el tiempo, la

propiedad intelectual se caracteriza porque tiene una duración limitada. La norma general comprende varias facetas. Por una parte la duración del derecho moral del autor, según el mismo, se define en los apartados 3 y 4 del artículo 14, o sea, las facultades consistentes en exigir el reconocimiento de su condición de autor de las obras, y en exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. Estas facultades se transmiten por herencia y su ejercicio corresponde, *sin límite de tiempo*, a sus herederos, testamentarios o legítimos (art. 15). En cambio la facultad aneja al derecho moral, que consiste en decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma (ap. 1 del art. 14), se ejerce por un máximo de sesenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor.

2.7.3. De otra parte tenemos los derechos de explotación de la obra. Según el artículo 26 del Proyecto, su duración abarca toda la vida del autor más sesenta años después de su fallecimiento.

2.7.4. Los Convenios de Berna y Ginebra matizan la duración de la protección —sin precisar si la protección se contrae a la explotación o comprende asimismo el derecho moral de autor— en función de la clase de obra. El plazo mínimo previsto a tal efecto lo fija el artículo IV del Convenio de Ginebra, en su apartado 3, en diez años desde la fecha de la primera publicación en el caso de las obras de artes aplicadas. El mínimo normal es de veinticinco años.

2.7.5. El artículo 96 del Proyecto contempla la duración del derecho de explotación sobre un programa. Nada dice de la duración del derecho moral, por lo cual hay que entender que es aplicable a los programas lo dispuesto en los artículos 14 y 15. En cambio la duración del derecho de explotación queda limitada a cincuenta años, a contar del 1 de enero del año siguiente al de su publicación o al de su creación si no se hubiera publicado. A este respecto, el legislador tenía ante sí dos grandes opciones: o no decir nada, en cuyo caso se habría aplicado a los programas la norma general del artículo 26, vida del creador más sesenta años, o fijar un plazo específico, como ha hecho. La primera opción podría haber sido válida si se tiene en cuenta que los programas pierden valor de explotación rápidamente, al compás de la evolución tecnológica. Hoy día carece de valor un programa concebido para ordenadores de la segunda o tercera generación. El caso se asemeja al de la música *pop* o *rock*, que pierde vigencia social y artística rápidamente. Pero así como esta música puede renacer en los casos de *revival*, no sucede lo mismo con los programas concebidos para sistemas obsoletos. De ahí que el que se hubiera sometido el programa a la norma general del artículo 26 no

habría tenido un alcance especial en la práctica. El Proyecto de febrero de 1986 limitaba la duración a veinte años, concordando con la Ley francesa y con las disposiciones-tipo de la OMPI. Esta reducción del plazo es conforme con lo dispuesto en el Convenio de Berna, que permite que en el caso de las obras de artes aplicadas la duración mínima sea de veinticinco años (art. 7.º, 3) y el de Ginebra de diez (art. IV, 3). Durante el primer trámite parlamentario correspondiente al Proyecto de febrero formularon enmiendas a este punto el Grupo Popular del Congreso y el de la Minoría Catalana, en el sentido de elevar dicho plazo a cincuenta años, apoyándose al efecto en que de esta forma la Ley quedaría más en consonancia con las normas del Convenio de Berna, cuyo artículo 7.º, 1, establece el principio de que la protección de la obra se extiende a la vida del autor más cincuenta años. La sola invocación del artículo 7.º del Convenio de Berna no ofrece una base demasiado sólida, puesto que el propio precepto matiza la duración en función de la clase de obra, fijando un mínimo de veinticinco años en el caso de las obras de artes aplicadas. La Ley francesa de 1985 ha sido criticada y tachada de anticonstitucional por haber fijado el plazo de veinticinco años a tal efecto, debido a que con ello la Ley, de hecho, encuadra los programas en la clase de obras de artes aplicadas.

2.7.6. En cualquier caso, el texto del artículo 96 no ha quedado del todo preciso. Por una parte fija indistintamente dos momentos para el cómputo del plazo: la creación o la publicación. Por otra queda imprecisa la naturaleza del programa como obra de arte aplicada, ya que —y esto es una característica general del Proyecto— la clasificación de las obras en literarias, artísticas o científicas no tiene un reflejo en el régimen jurídico de las obras. Sin embargo, en principio, no habría dificultad conceptual grave para considerar el programa como obra de arte aplicada, en cuyo caso se encuadraría perfectamente en la norma del artículo IV, 3, del Convenio de Ginebra, que fija la protección en diez años. La extinción del derecho de explotación da lugar al paso del programa al dominio público, como en el caso de cualquier obra, a tenor de lo previsto en el artículo 41 del Proyecto.

2.7.7. El derecho moral de autor, irrenunciable e inalienable, comprende, en el caso de los programas, las facultades que se enumeran en el párrafo único del artículo 14, excepto la que se define en el apartado 7, ya que al parecer está concebida para casos de obras que por su naturaleza constituyen un *opus unicum*, como una escultura, un cuadro, etcétera. Así se infiere del segundo párrafo de dicho apartado, que prohíbe el desplazamiento de la obra, etc.

2.7.8. El derecho de explotación constituye un derecho real (10) que grava el derecho de autor al modo de los derechos limitativos del dominio y restringe las facultades exclusivas del autor y de sus causahabientes. El Proyecto permite distinguir los conceptos de cesión pura y simple y de cesión en exclusiva, como resulta de los artículos 50, 48 y 49, respectivamente. La cesión en exclusiva implica la facultad de prohibir el uso o explotación de la obra. Así se deduce del artículo 48, párrafo primero, proposición primera. Esta doble modalidad es aplicable asimismo a los programas de ordenador. El artículo 97 abunda en la idea del precepto citado al disponer que el autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario de los derechos de explotación realice o autorice versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo.

2.7.9. El derecho de explotación del programa comprende, como en el caso de cualquier obra, el derecho exclusivo a explotarla en cualquier forma, y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, a tenor de la fórmula general del artículo 17 del Proyecto. En el caso de los programas, el artículo 98, 1, añade una modalidad especial: el derecho de uso, y sus apartados 2, 3 y 4 matizan lo que debe entenderse por reproducción y transformación del programa.

2.7.10. Hay que entender, por tanto, que, no obstante el rigor de la norma del artículo 14 del Proyecto, el derecho a explotar un programa puede cederse, al igual que el derecho a explotar cualquier otra obra. No hay un precepto en el Proyecto que así lo diga expresamente, pero se infiere claramente de varios preceptos, como el 17, el 23 y otros. El artículo 98, 1, prevé la cesión del uso como una forma especial de cesión de la explotación, la cesión del derecho de uso, que permite utilizar el programa, conservando el cedente la propiedad. Si lo que se cede es sólo el uso, ¿qué facultades conserva el autor? Es evidente que el derecho moral sigue correspondiéndole. Dado que, por otra parte, la *propiedad* de una obra comprende el derecho moral y además el derecho patrimonial o de explotación, puede entenderse que el que cede solamente el derecho de uso se reserva las demás facultades que el artículo 17 enumera. Es decir, el autor conserva, a pesar de haber cedido el derecho de uso, los derechos de reproducción, comunicar públicamente y transformar el programa. Esta modalidad de contratación se explica porque en la práctica habitual los proveedores de programas no venden los programas, salvo en el caso de los creados por microordenadores, en los que, como quedó dicho, cabe un contrato de edición y una venta de ejemplares al amparo de

(10) HUBMANN, H., *op. cit.*, págs. 188-189.

la distinción entre obra y soporte físico. La práctica contractual más extendida consiste en dar bajo licencia de uso los programas de acuerdo con unos complejos contratos de adhesión. Este contrato de licencia de uso tiene además difícil acomodo en los tipos ordinarios de contratación, puesto que el Código Civil considera arrendamiento el uso de una cosa, pero por tiempo determinado y siempre que se trate de cosas fungibles. El uso por tiempo ilimitado, a título oneroso, y de cosas no enteramente fungibles —pues aun cuando un programa no sea *opus unicum* no es sustituible normalmente— no se encuadra en ninguno de los tipos usuales. Dado, por otra parte, lo leonino de estos contratos, en general el legislador ha estimado necesario, cuando menos, definir un tipo específico de contrato con el fin de aclarar ideas y limitar posibles abusos.

2.7.11. Los apartados 2 y 3 del artículo 98 contemplan la reproducción como facultad aneja al derecho de explotación. Estos dos preceptos tocan la *vexata quaestio* de lo que deba entenderse por reproducción, sobre todo en relación con la carga del programa en memoria. El problema se ha planteado a todos los niveles en la bibliografía, en la jurisprudencia, en informes oficiales. La cuestión es la siguiente: ¿Debe entenderse por reproducción, en el sentido específico de acto contrario al derecho de autor, la sola introducción de un programa en memoria de ordenador? O usando los términos del artículo 9.º del Convenio de Berna, ¿tiene el autor del programa el derecho exclusivo de autorizar su introducción en memoria, cualquiera que sea el uso a que tal introducción sirviere? La cuestión fue contemplada con todo detenimiento en el Informe Whitford (11), cuyos párrafos 498 y 499 definen lo que debe entenderse por «uso» de un programa. El Informe reconocía que no podía considerarse que el mero hecho de seguir lo previsto en las instrucciones de un programa no es mayor violación del derecho de autor que hacer un viaje siguiendo un itinerario sugerido en una guía, cocinar un plato siguiendo las indicaciones de una receta o jugar un juego de acuerdo con las reglas respectivas. Lo contrario sería admitir que el derecho de autor protege meras ideas y no la forma de expresión de las ideas. También reconocía el Informe que, dado que el uso es algo que se hace en privado, es prácticamente imposible probar una violación del derecho de autor por el uso del programa. Frente a estos argumentos, que aconsejaban excluir el «uso» como acto prohibido, la mayoría del Comité Whitford defendió la postura contraria, sosteniendo que la finalidad que persigue el creador de

(11) *Copyright and Designs Laws* (Report of the Committee to consider the law on copyright and designs chaired by the Honourable Mr. Justice Whitford), Cmnd. 6732. Véase también el informe titulado *Reform of the Law relating to copyright, Designs and Performers' Protection*. A consultative Document, Cmnd. 8302 (en especial el capítulo 8).

una obra en esta forma específica del programa es explotarla mediante su uso, y es el uso lo que permite a su creador contar con un provecho o beneficio de su creación. La consecuencia fue recomendar que se incluyera el uso entre los actos prohibidos, siendo recogida la idea en la Ley de Derecho de Autor, cuyo artículo 2.º dice expresamente: «Las referencias contenidas en la Ley de Derecho de Autor de 1956 a la reducción de una obra a forma material o a la reproducción de una obra en forma material se entenderán extensivas al almacenamiento de la obra en un ordenador» (12).

2.7.13. El artículo 18 del Proyecto define la reproducción como «fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella». La carga del programa en memoria no es una condición necesaria para que sea posible la comunicación ni la obtención de copias, pues una y otra cosa pueden lograrse por otros medios. Por otra parte, resulta contradictorio que si para usar un programa es preciso cargarlo en memoria, la sola carga requiera una autorización. Equivaldría a tener que pagar por leer un libro cada vez que se leyera. Por último cabe la carga del programa para el solo uso, sin intención de comunicar el programa.

2.7.14. El artículo 98 ha tratado de armonizar los intereses del creador —en los términos indicados en el antes citado Informe Whitford, es decir, como la obtención de un lucro mediante el uso del programa por terceros y los del usuario—. En rigor, el conflicto no se da sólo entre los intereses del creador y los del usuario. El problema es más profundo. El reconocimiento del derecho a la creación intelectual no debe ser a la vez un obstáculo al libre uso de tales creaciones. De ahí la necesidad de llegar a una composición de los intereses contrapuestos del creador y del usuario. Sin embargo, el precepto se ha vencido del lado del creador. Así el apartado 2 dispone que la reproducción de un programa, «incluso para uso personal», exige la autorización del titular del derecho de explotación. Dado que normalmente el titular será una empresa cesionaria de dicho derecho, el beneficio de la creación intelectual se convierte en un activo de empresa. La única excepción es la copia de seguridad. Con ello este apartado 2 concuerda con la Ley francesa de 1985.

2.7.15. El apartado 3 matiza que la sola carga en memoria interna no constituye reproducción a los efectos previstos en el artículo 18. La carga en memoria externa sí será reproducción a tal efecto, quizá por estimar que la transferencia o «volcado» de un programa en disco, disco flexible o cinta magnética permite presumir que con la misma se pretende crear un copia. La carga en memoria interna debe hacerse sólo para

(12) Véase la referencia de la Ley en nota 3.

la utilización del programa por el usuario. Pero en tal supuesto es precisa la comunicación al titular del derecho de explotación. Esta comunicación puede ser un acto *a posteriori*, pues en caso contrario se identificaría con la autorización previa. En el Proyecto de febrero se decía únicamente «a los solos efectos de su utilización por el usuario». Recogiendo enmiendas propuestas por la Minoría Catalana y el Grupo Popular se añadió a esta frase la palabra «autorizado» por estimar que se confería una mayor precisión al texto. El texto del Proyecto de noviembre ha introducido una limitación adicional. Si el Proyecto de febrero sólo exigía comunicar al titular del derecho de explotación la introducción en memoria interna, el texto del Proyecto en noviembre ha añadido la frase «cuando así se hubiere pactado». Habrá que entender que lo pactado será la introducción del programa en memoria a los efectos de su utilización por el usuario. La otra interpretación posible es la que limita la comunicación de tal hecho a los casos en que así se hubiere pactado.

2.7.16. Por lo que se refiere a la noción de transformación, que se define con carácter general en el artículo 21, el apartado 4 del artículo 98 aclara que la adaptación de un programa hecha por el usuario para la utilización exclusiva por éste no constituye transformación. La consecuencia de esta matización consiste en que, en contra de la norma general del artículo 21, 2, los derechos de propiedad intelectual sobre el programa resultante de la adaptación no corresponden al usuario en cuanto autor de la adaptación, como sería el caso si se aplicara dicho precepto, sino que siguen correspondiendo al titular de los derechos de propiedad intelectual. Naturalmente, cuando el artículo 21, 2, habla de «derechos de propiedad intelectual» debe entenderse, en razón de la *sedes materiae*, que se refiere sólo a los derechos de explotación. Aparece por tanto nuevamente en este precepto la distinción entre autor, titular del derecho de explotación y titular del derecho de uso, que ya se recoge en el apartado 1 del mismo artículo 98.

2.7.17. Tres medios prevé el Proyecto para hacer valer los derechos de propiedad intelectual en general que son plenamente aplicables a los programas:

- a) El registro.
- b) Las medidas cautelares de protección urgente previstas en los artículos 123 a 128; y
- c) Los delitos contra la propiedad intelectual, que la disposición adicional tercera incorpora al Código Penal.

2.7.17.1. El Proyecto no atribuye al registro de las obras eficacia **constitutiva**, al contrario de la Ley de 1879. El valor de la inscripción tiene solamente el valor de una presunción *iuris tantum* de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el artículo respectivo (art. 130, 3). La inscripción constitutiva sería compatible con el Convenio de Ginebra y con el artículo 1.º del Proyecto. La especialidad del programa en cuanto obra requerirá que en el Reglamento que el apartado 5 del artículo 130 prevé se preste la debida atención a las modalidades y procedimiento del depósito y la inscripción, más o menos en términos parecidos a los de la instrucción de la Oficina de la Propiedad Intelectual de los Estados Unidos. La inscripción servirá en todo caso como prueba no sólo de la existencia de los derechos, sino de la anterioridad de un programa con respecto a una posible imitación. Esta cuestión deberá ser regulada asimismo en el Reglamento. El texto del Proyecto de noviembre ha añadido al artículo 99 un segundo párrafo, que deja al desarrollo reglamentario la determinación de los elementos de los programas registrados que serán objeto de consulta pública. Aparece aquí el problema de la extensión que debe darse a la publicidad registral en función de los intereses del creador y del usuario. La memoria de las disposiciones-tipo de la OMPI señalaba que el excesivo secreto de los programas podía ser perjudicial para el creador o proveedor, pues si bien el secreto impide o dificulta la copia no autorizada, también evita que los usuarios sepan que existe el programa (13). El Derecho comparado sólo conoce la solución del Derecho norteamericano que ha regulado esta cuestión mediante la Circular RG1 de la Oficina de la Propiedad Intelectual (*Copyright Registration for Computer Programs*). La Circular requiere el depósito de las partes identificadoras (*identifying portions*) del programa, entendiendo por tales las 25 primeras y últimas páginas o unidades equivalentes del programa, siempre que estuviere reproducido en papel o en microimpreso, unidas a la indicación normalizada. Esta regla, que es la general para el depósito de toda obra impresa, se aplica también a los casos de programas fijados en ejemplares, legibles solamente por máquina. Cabe el depósito en código objeto igualmente, previa garantía escrita del interesado de que el ejemplar en código objeto contiene una obra de autoría. Si se acompañan manuales u otra documentación impresa deben depositarse dos ejemplares completos, unidos a la copia o ejemplar del programa. Conviene tener en cuenta el carác-

(13) Ver apartado 10 de la Introducción. El texto de las Disposiciones tipo se recoge en las *Actas y Documentos* de la Conferencia Intergubernamental sobre Estrategias y Políticas en Materia de Informática (Conferencia SPIN, 1978), Madrid, Presidencia del Gobierno, Documentación Informática, serie blanca, 2.1., 1974, páginas 182-194.

ter peculiar y excepcional que el registro ofrece en el Derecho norteamericano de propiedad intelectual (14).

2.7.17.2. A diferencia de la Ley francesa de 1985, no se prevén medidas cautelares específicas para los casos en que el autor sospechare que una persona tiene un programa copiado del creado por él. Según el Proyecto, procede en primer lugar instar el cese de la **explotación ilícita** de un programa, pudiéndose instar asimismo la destrucción de ejemplares ilícitos y la oportuna indemnización de daños y perjuicios (arts. 123 a 125). También caben las medidas cautelares del artículo 126, consistentes en la intervención judicial de los ingresos obtenidos de la explotación ilícita, la suspensión, asimismo ordenada por la autoridad judicial, de las actividades de reproducción, distribución y comunicación pública, según el caso, así como el secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y del material empleado para la reproducción o comunicación pública. En todo caso, la autoridad judicial sólo ordena estas medidas cautelares a instancia de los titulares de los derechos.

2.7.17.3. El Proyecto prevé la incorporación al Código Penal de un nuevo tipo de delito, que se regularía en un nuevo artículo 534 bis, *a*), de dicho Código, en el cual se castiga con multa de hasta 600.000 pesetas la realización de actos de explotación (reproducción, distribución o comunicación pública total o parcial) de una obra sin autorización del autor de la obra o de los cesionarios de los derechos de explotación. Habrá que entender que el uso de un programa sin autorización del cesionario del derecho de uso está incluido en la fórmula del precepto propuesto, ya que ni se excluye este supuesto ni el artículo hace distinción alguna al respecto.

MANUEL HEREDERO HIGUERAS
Doctor en Derecho

(14) El Derecho mexicano utiliza un sistema análogo, en virtud de la resolución (Acuerdo 114) del Secretario de Educación Pública, publicada el 8 de octubre de 1984, en la que se daban normas a la Dirección General de Derecho de Autor con relación al registro de los programas. El artículo segundo dispone que para la inscripción de los programas cuyo registro se solicitare, el interesado *podrá* presentar, a su elección, las diez primeras y últimas hojas del programa fuente, del programa objeto o de ambos, acompañando una breve explicación del contenido (art. tercero). Si se presentase el programa escrito en soporte no legible directamente, es decir, distinto de la copia en papel, *debe* acompañar las diez primeras y últimas hojas de una copia en papel, que se devuelven al interesado con las anotaciones correspondientes (art. cuarto).