

C/M/S/ Albiñana & Suárez de Lezo

BOLETÍN DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INDUSTRIAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías
Nº 4 - Junio 2013

Índice

(Pinche en el título para ir directamente a esa sección)

- 1. Derecho al olvido: la privacidad en la red llega al Tribunal de Justicia de la Unión Europea**
 - 2. La Agencia Española de Protección de Datos publica una guía sobre el uso de las *cookies***
 - 3. Condena a una productora cinematográfica por el uso no autorizado de un diseño comunitario registrado**
 - 4. La integridad de la escultura Patata: el Tribunal Supremo reconoce que la reubicación de 'site-specific works' afecta al derecho moral de integridad de la obra**
 - 5. Propiedad intelectual, derecho a la imagen y camisetas de 'It Girls'**
 - 6. El Tribunal Supremo confirma la condena a 'Sé Lo Que Hicisteis...' por usar fragmentos de la programación de Telecinco**
 - 7. Nueva sentencia analizando la naturaleza jurídica del arreglo musical: de la mera transformación a la obra derivada**
 - 8. El Tribunal Supremo confirma que la dirección IP no identifica por sí sola al responsable de un delito**
-

1. DERECHO AL OLVIDO: LA PRIVACIDAD EN LA RED LLEGA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Blanca Cortés

En la era de la globalización, la información fluye sin barreras y viaja a través del tiempo y del espacio ofreciéndose con la ubicuidad que ostentan las redes accesibles a todos. Un sinfín de datos que un día fueron ciertos y pertinentes, pierden sentido y quedan descontextualizados mientras flotan en el espacio listos para dibujar el perfil más escorado de sus protagonistas. Pequeños o grandes episodios, anécdotas o asuntos trascendentes son igualados por el magma que constituye la materia prima de la era de la información. En medio de este océano, muchas personas luchan por borrar las huellas de piezas de su pasado que no quieren que definan su presente.

Los grandes buscadores de Internet, cual es el caso de Google, son los primeros y más evidentes

destinatarios de esa petición de olvido en la esperanza de que sea posible corregir o eliminar informaciones que persiguen a ciudadanos que desean limpiar su pasado enarbolando el derecho al olvido. Este derecho, que no es más que otro nombre para identificar los derechos de cancelación y oposición de los propios datos de carácter personal, fue definido por la Comisión Europea como el *"derecho de las personas a que sus datos dejen de ser procesados y sean eliminados cuando ya no sean necesarios para fines legítimos"*.

Hace algunos meses la Audiencia Nacional abordó frontalmente el tema planteando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") una cuestión prejudicial, con el objetivo de dar respuesta a los recursos presentados por Google contra las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, que le exigían retirar la indexación de determinados contenidos generadores de perjuicios a los ciudadanos. Tal consulta vino generada tras la denuncia de una persona cuyo nombre seguía vinculado en la red a una deuda con la Seguridad Social publicada en la sección de anuncios del diario La Vanguardia. Google indexó el anuncio original de modo que, a pesar de que el deudor satisfizo el importe adeudado, a ojos de cualquier internauta aún aparecía como moroso. El afectado solicitó que tal información dejara de ser accesible en Internet, por carecer esos datos de fines legítimos, por dificultar el normal ejercicio de su actividad profesional y por carecer la información de relevancia pública. Precisamente, qué información ostenta relevancia o interés público puede haber sido uno de los objetos de debate en la vista celebrada por el TJUE, aún pendiente de resolver, fruto de la citada cuestión prejudicial, más allá de las demás cuestiones planteadas en su día por la Audiencia Nacional, a saber, si la normativa española de protección de datos –una de las más exigentes de Europa desde el punto de vista sancionador– es de aplicación a Google y, si en tal caso, los titulares de los datos personales podrían ejercitar sus derechos de cancelación y oposición ante el buscador.

La primera cuestión es abordada por Google invocando que su sede tiene base en California, lugar en el que la legislación española de protección de datos no tendría alcance, si bien la citada manifestación puede no ser suficiente para evitar que su filial en España sí sea considerada responsable del tratamiento –persona natural o jurídica que decide sobre la finalidad, contenido y uso de los datos– o un medio apto para realizarlo.

Por lo demás, el buscador invoca respecto al fondo de la cuestión que el tratamiento de los datos personales es realizado únicamente por la propia página Web que los aloja o, en otras palabras, que su papel no es el de vigilar ni alterar los contenidos de la red sino alojarlos y permitir su libre circulación, pues lo contrario sería arrogarse un papel de vigilancia, censura y castigo que no se corresponde con el espíritu de la red.

Esta versión de los hechos choca de forma frontal con la postura de la Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD") que ampara *"los derechos de oposición y de cancelación de datos personales de ciudadanos frente a buscadores en Internet cuando la difusión indiscriminada y universal de la información personal que llevan a cabo no está justificada por carecer de relevancia pública y comporta un perjuicio grave o una lesión para los derechos del afectado"*. Precisamente José Luis Rodríguez, Director de la AEPD, manifestó el pasado año en una entrevista la necesidad de *"buscar una fórmula que permita conciliar ambos derechos (...) a través de lo que se conoce como los 'protocolos de exclusión', es decir, la aplicación de instrumentos técnicos que están reconocidos por todos los buscadores para evitar la indexación en ese buscador (...). En resumen, hay que buscar el equilibrio en preservar la fuente, el original, no afectar a las hemerotecas, pero sí poner fin a la difusión la difusión generalizada limitando el acceso"*.

De la respuesta del Tribunal de Justicia dependerá que pueda crearse un nuevo derecho que, como tantos a lo largo de la historia, constituya una conquista sin precedentes aunque, en este caso, sea recurriendo al sentido inverso de lo tradicional que siempre ha perseguido desvelar, hacer visible, perseguir y juzgar. Asoma ahora una tendencia diferente que invoca el derecho a ocultar, borrar, olvidar. ¿Será posible un derecho al olvido?

2. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS PUBLICA UNA GUÍA SOBRE EL USO DE LAS COOKIES

Javier Martínez de Aguirre

La Agencia Española de Protección de Datos ("AEPD") publicó a finales del pasado mes de abril una guía sobre el uso de *"dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales"* – coloquialmente conocidos como *cookies*–, con el fin de facilitar el cumplimiento de las últimas novedades legislativas en la materia. Estas tuvieron lugar tras la aprobación de la Directiva 2009/136/CE, incorporada a nuestro ordenamiento a través del Real Decreto-Ley 13/2012 que

modificaba, a su vez, el artículo 22 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico ("LSSICE"), dejándolo del siguiente modo:

22.2: "Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal".

Es decir, para el uso de *cookies* como norma general se requerirá en todo caso que su responsable informe al usuario en cuyo dispositivo van a instalarse con anterioridad a dicha instalación. Pero, ¿qué es exactamente una *cookie*? Podrían definirse de manera sencilla como herramientas informáticas utilizadas por los responsables de servicios de la sociedad de la información ("editores"), que se descargan en el dispositivo de un usuario con el objetivo de almacenar datos que podrán ser actualizados y recuperados por dichos editores con diversos fines. Entre los más comunes se encuentran:

- (i) la validación y diferenciación de los usuarios –que permite, por ejemplo, que una sesión se mantenga abierta o que una cesta de la compra virtual guarde los artículos seleccionados aunque el usuario cambie de página o la cierre–;
- (ii) la conservación de elementos de la página web para reducir el tiempo de cargas futuras; o;
- (iii) el seguimiento de la actividad del usuario en internet, con el fin de ofrecer la conocida como publicidad comportacional, esto es, anuncios basados en los hábitos de navegación de su receptor.

Algunos de estos usos conllevan evidentes peligros desde el punto de vista de la privacidad, ya que los editores reciben un flujo constante de datos acerca de nuestras características personales, gustos, hábitos de consumo, etc. Por otro lado, no son pocos los usuarios que prefieren que la publicidad que se les dirija a través de la red esté relacionada con sus aficiones e intereses. En este contexto, la guía de la AEPD pretende mostrar algunas de las vías a través de las que se puede alcanzar el equilibrio entre el derecho a la privacidad y el desarrollo del negocio publicitario en internet, siempre dentro de la legalidad vigente. Para ello describe con detalle algunas de las formas a través de las que garantizar que el usuario recibe la información adecuada sobre el uso de las *cookies*, primero, y que el consentimiento posterior de éste ha sido otorgado, después.

En efecto, el editor ha de proporcionar al usuario información visible, clara y completa sobre las *cookies* que se instalarán al hacer uso de su servicio, los datos que serán recogidos por éstas y la posibilidad de negarse a su instalación. Algunos de los procedimientos más habituales respaldados por la AEPD son los siguientes:

- El suministro de la información a través de una barra de encabezamiento o pie de página, de forma suficientemente visible.
- La inclusión de la información junto con la política de privacidad, o en los términos y condiciones de uso del servicio, en aquellos casos en que el usuario solicite el alta en dicho servicio o vaya a descargar un servicio o una aplicación.
- El empleo de un sistema de información por capas, consistente en mostrar una primera capa con la información esencial y un enlace a la segunda capa, que contiene información mucho más completa y detallada.

La información esencial estaría comprendida por la advertencia sobre el uso de *cookies*, su finalidad, si se trata de *cookies* propias o de terceros, y el aviso de que si el usuario ejecuta una determinada acción, se entiende que acepta su uso. En la segunda capa se expondría al detalle la función de las *cookies*, la posibilidad de desactivarlas o eliminarlas, la forma de revocar el consentimiento prestado o la identificación de las entidades que tratan la información recogida por las *cookies*, entre otros.

La guía detalla a continuación algunas de las formas más habituales por las que el usuario puede otorgar su consentimiento –ahora sí– debidamente informado: (i) al aceptar los Términos y Condiciones o la Política de Privacidad cuando solicita el alta en un servicio; (ii) al configurar el funcionamiento de la página web o aplicación, o en el momento en que se solicite para la ejecución de una nueva función ofrecida por estas; (iii) al descargar un servicio o aplicación; (iv) a través del mencionado sistema de información por capas, o (v) a través de cualquier otra acción que manifieste por sí misma y de manera

inequívoca su consentimiento.

Dentro de esta última opción se encuentran los supuestos en los que el consentimiento del usuario puede inferirse a partir de las acciones llevadas a cabo por éste, asunción que responde a una necesidad práctica provocada por dos factores. En primer lugar, las advertencias sobre el uso de *cookies* son generalmente contempladas como una molesta interrupción de la navegación. Por otro lado, no son pocos los usuarios que, ante la incomodidad que provoca el tener que aceptar una ventana tras otra antes de poder acceder al contenido de la página web, abandonan el *site* en busca de alternativas menos burocráticas.

Así, se entiende que si el usuario, una vez advertido de la presencia de las *cookies* y de la posibilidad de negarse a su instalación, hace caso omiso y continúa con su navegación, podrá entenderse que acepta su instalación y uso. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la mera inactividad del usuario no implica, por sí misma, la prestación del consentimiento. Será necesaria alguna acción concreta adicional –utilizar la barra de desplazamiento, clicar sobre cualquier enlace contenido en la página, etc.– para poder asumir con las garantías suficientes que dicho consentimiento ha sido prestado.

Este informe de la AEPD también hace referencia a aquellas *cookies* para cuya instalación y uso excepcionalmente no se requiere el consentimiento del usuario: aquellas destinadas únicamente a permitir la comunicación entre el equipo del usuario y la red, y las estrictamente necesarias para la prestación de un servicio expresamente solicitado por el usuario –identificación de sesión, acceso a partes de acceso restringido, conservación de los elementos que integran un pedido de comercio electrónico, entre otros–. La exención, sin embargo, es muy restrictiva: cualquier *cookie* que se instale con estas finalidades, pero no únicamente con ellas, necesitará igualmente el consentimiento informado y previo del usuario receptor de la misma.

Asimismo, aunque la guía no contiene obligaciones legales, resulta muy esclarecedora en cuanto a las personas que la AEPD considerará responsables de una eventual infracción del art. 22.2 LSSICE. Según la literalidad del texto, el precepto será infringido al utilizar *cookies* sin haber recabado previamente el consentimiento del usuario. Podría entenderse que este concepto de utilización abarca únicamente a las *cookies* propias del editor, es decir, a las instaladas desde su servidor y cuyos datos recogidos son tratados por él. Sin embargo, la AEPD considera al editor responsable también de la instalación no consentida de *cookies* de terceros, esto es, instaladas al visitar su página web pero desde un dominio no gestionado por él y sin que en ningún momento tenga control o trate los datos por ellas recogidos. Y ello porque, aunque el editor no aloja estas *cookies* en su servidor, la AEPD entiende que dispone de cierta capacidad a la hora de limitar su uso. Además, el usuario perjudicado tenderá a dirigirse al editor por ser éste el proveedor de servicios de la sociedad de la información más identificable, aunque no sea quien realmente se beneficia del uso de estas *cookies*.

Este editor, por tanto, deberá auditar la totalidad de las *cookies* que se instalan a través de su página web –ya sean propias o de terceros–, a fin de poder informar debidamente al usuario acerca de su naturaleza y funciones.

Si bien al poco de la entrada en vigor del nuevo art. 22 LSSICE raro era el editor que cumplía al pie de la letra con el precepto, a lo largo de los meses cada vez más páginas web se han ido adecuando a estas nuevas exigencias legales. El incumplimiento de la normativa, sin embargo, aún puede calificarse como generalizado. Las sanciones económicas aplicables, previstas en el art. 39 LSSICE, pueden ascender hasta unos máximos de 30.000 € –leves–, 150.000 € –graves– y 600.000 € –muy graves–, aunque a día de hoy no consta que la AEPD haya iniciado ningún expediente sancionador por este motivo.

3. CONDENA A UNA PRODUCTORA CINEMATOGRAFICA POR EL USO NO AUTORIZADO DE UN DISEÑO COMUNITARIO REGISTRADO

Javier Martínez de Aguirre

Un Juzgado de Alicante condenó el pasado febrero a la productora del actor y director Santiago Segura, Amiguetes Enterprises S.L. ("AE"), por la comercialización de unas camisetas que imitaban un diseño comunitario registrado. Las camisetas, vestidas por varios de los actores durante los actos de promoción de la película *Torrente 4: Lethal Crisis*, se entregaban como obsequio por la compra de una botella de Coca Cola en los restaurantes de la cadena Telepizza. La demanda de Diablito Vibes, S.L. ("Diablito"), titular del registro comunitario, se extendía también a estas dos compañías y a la empresa que fabricó las prendas.

En el caso que se analiza, las camisetas llevaban estampada en su parte frontal inferior la silueta de una pistola inclinada con el cañón truncado, de forma que al introducirla por dentro del pantalón se generaba la impresión de que el que la vestía llevaba un arma encima.

La actora consideraba que AE había infringido su derecho exclusivo a la reproducción de su diseño, aprovechándose indebidamente del esfuerzo e inversión llevados a cabo para su creación. La productora, por su parte, argumentaba con razonamientos propios de la propiedad industrial como la existencia de diferencias sustanciales entre las prendas en conflicto, pues su camiseta incluía el logo de la película, se distribuía en un color distinto, las pistolas serigrafiadas eran diferentes y aparecían reproducidas en sentidos opuestos, diluyendo así cualquier riesgo de confusión.



(Fuentes: OAMI y El País)

La clave de la cuestión, por tanto, consistía en determinar si los diseños de las pistolas de las camisetas ostentaban suficientes similitudes, pues no hay que olvidar que el Reglamento 6/2002 sobre Dibujos y Modelos Comunitarios ("RMC") no protege al titular sólo frente a quien infringe su derecho mediante reproducciones exactas. En efecto, el art. 10 RMC establece que *"la protección conferida por el dibujo o modelo comunitario se extenderá a cualesquiera otros dibujos y modelos que no produzcan en los usuarios informados una impresión general distinta"*, y que *"al determinar la protección se tendrá en cuenta el grado de libertad del autor al desarrollar su dibujo o modelo"*.

A estos efectos, el usuario informado es un baremo empleado para uniformar y objetivizar en la medida de lo posible algo tan complejo y variable como las impresiones humanas, que por subjetivas pueden derivar en resultados bien diferentes. Se trata de una ficción similar a la del consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz del derecho de marcas y consumidores y usuarios. Existe al respecto una definición jurisprudencial que ofrece de forma nítida las características que el usuario informado debe cumplir, estableciendo que *"sin ser un diseñador ni un experto técnico, conoce los diferentes dibujos o modelos existentes en el sector de que se trata, dispone de un determinado grado de conocimiento sobre los elementos que normalmente contienen esos dibujos o modelos y, debido a su interés por los productos de que se trata, presta un grado de atención relativamente elevado al utilizarlos"*. Asimismo, el usuario informado *"presta más atención a las similitudes existentes entre los elementos no necesarios y a las diferencias entre los elementos esenciales que a aquellas semejanzas que vienen definidas por la estructura base"*.

En este caso, el Juzgador consideró que, a ojos de este usuario informado, la camiseta promocional y el diseño registrado producían una misma impresión general, considerando irrelevantes las diferencias existentes al tratarse del *"mismo tipo de arma automática, que reproduce los contornos clásicos de la misma y recoge además unas formas esféricas en la culata (...)* y un color más oscuro de la misma, que son característicos".

Como es sabido, una vez declarada la infracción del diseño comunitario, ésta genera responsabilidad tanto objetiva como subjetiva. La responsabilidad objetiva afecta a Caytco, S.L. ("Caytco") en su condición de fabricante de las camisetas y a AE como primera comercializadora del diseño infractor. Ambas empresas, según el art. 54 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial ("LPJDI"), están obligadas a indemnizar en todo caso con, al menos, el 1% de la cifra de negocios generada con los productos que incorporen el diseño protegido. El hecho de que se imputara la responsabilidad de la primera comercialización a AE puede resultar extraña ante los ojos del lego en Derecho, teniendo en cuenta que la empresa que llevaba a cabo la entrega promocional de las camisetas era Telepizza, con la necesaria colaboración de Coca Cola.

Tal extremo se resuelve por el Juzgador estableciendo que la primera comercialización no siempre equivale a la primera venta al público del objeto que incluye ilícitamente el diseño comunitario registrado. Lo relevante, como pone de manifiesto el Magistrado, es *"realizar la primera actividad en la*

organización de los esfuerzos para satisfacer al consumidor y no que se asuma la función de vincular a productores y consumidores". Y AE, al licenciar el diseño infractor, comenzó la sucesión de esfuerzos que concluyó con la entrega de las camisetas a los clientes de Telepizza.

Por lo demás, la LPJDI también castiga a quienes realicen "*cualquier otro acto de explotación no autorizado del diseño*", aunque para que ello ocurra exige que los responsables (i) hubieran sido advertidos fehacientemente acerca de la existencia del diseño y requeridos para cesar en su conducta o (ii) que hubieran actuado con culpa o negligencia. Si bien tanto Telepizza como Coca Cola fueron requeridas para que cesaran en la explotación no autorizada del diseño, dicho requerimiento se produjo con posterioridad al fin de la campaña promocional, lo que fue considerado por el Juzgador como una falta de diligencia de la actora con la correspondiente exoneración a Telepizza y Coca Cola.

Tampoco se apreció que ambas empresas alimentarias hubieran cometido actos de competencia desleal. Así, a pesar de comercializar éstas un producto infractor de un derecho de exclusiva, no pudo acreditarse que con tal conducta se buscara –ni se consiguiera– participar del prestigio de la actora. Y esto es así porque, a ojos del Magistrado, los clientes de la promoción acudieron atraídos por la popularidad tanto de Santiago Segura como de las películas de la saga Torrente, más que por la inclusión del diseño comunitario registrado.

Una vez establecidas las responsabilidades, no quedaba sino establecer la cuantía de las indemnizaciones. Tanto AE como Caytco fueron condenadas solidariamente al pago de 10.000 € en concepto de daño moral, al pago de los gastos extrajudiciales ocasionados a la actora y a la publicación del fallo de la sentencia en un diario de tirada nacional. Cada una, además, fue condenada a indemnizar por los respectivos beneficios ilícitamente obtenidos. Dichos enriquecimientos se dividen en beneficios directos para Caytco –los 20.000 € que recibió de Telepizza por la cesión del diseño infractor–, e indirectos para AE –el incremento de los ingresos de taquilla que produjo la campaña publicitaria en la que se emplearon las camisetas–.

Para el cálculo de estos últimos, el Juzgador parte de certeras presunciones: (i) toda promoción publicitaria que sea correcta y no denigre la imagen del producto mejora las ventas; (ii) este incremento en las ventas nunca podrá saberse de forma precisa; (iii) la cuarta entrega de la saga Torrente ya era muy conocida en España sin necesidad de la promoción mediante la que tuvo lugar la infracción; y (iv) en ningún caso puede atribuirse todo el éxito de una película a una campaña publicitaria. Es decir, a pesar del hecho de que la campaña indudablemente ayudó al éxito de la última entrega de *Torrente*, sería absurdo fijar los beneficios de la infracción en el importe neto de los beneficios de explotación de la película. Por otra parte, dado que el beneficio resultante del uso no autorizado del diseño registrado es de naturaleza indirecta, tampoco puede aplicarse el mencionado criterio del 1% de la cifra total del negocio (art. 55.5 LPJDI).

Ante tales circunstancias, finalmente el Juez optó por aplicar este porcentaje del 1% sobre la cifra del beneficio neto de la comercialización de la película hasta la fecha de la sentencia. Aunque la cuantía definitiva será determinada en fase de ejecución de sentencia, todo apunta a que la cantidad a pagar por AE será considerable. Según datos de la Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales, *Torrente 4: Lethal Crisis* recaudó en taquilla cerca de 20 millones de euros, a cuyos beneficios se sumarán los obtenidos a través de las posteriores ventanas de explotación: *pay per view*, alquiler y venta en DVD y Blu-Ray, emisiones televisivas en abierto, etc.

4. LA INTEGRIDAD DE LA ESCULTURA PATATA: EL TRIBUNAL SUPREMO RECONOCE QUE LA REUBICACIÓN DE 'SITE-SPECIFIC WORKS' AFECTA AL DERECHO MORAL DE INTEGRIDAD DE LA OBRA

Pedro Merry

Uno de los elementos que más llaman la atención acerca de la protección de las obras plásticas es, sin duda, la división que se produce entre los derechos sobre la obra artística y los derechos que recaen sobre el soporte en el que ésta se encuentra materializada. En efecto, el profano en estas materias se ve sorprendido por la singularidad de estos derechos que son la razón por la que aunque alguien haya adquirido la propiedad del *corpus mechanicum* de la obra –el soporte–, y la misma penda de las paredes de su salón, existan limitaciones a su derecho de propiedad que trascienden los límites de la misma y que provocan que dicha obra –*corpus mysticum*– no sea, en definitiva, del todo suya.

Por ejemplo, a menudo sorprende conocer del famoso derecho de participación o Droit de Suite, que no es más que el derecho del artista a percibir del vendedor profesional una parte del precio de todas las

reventas que de su obra se realicen tras la primera venta del autor –derecho éste de origen galo y que con tanto ahínco defendiera en su día Ted Kennedy, que busca la protección del artista frente a la especulación y plusvalías del mercado del arte–; o el poco recurrente derecho de retirada, que permite al autor, haciendo frente a la correspondiente indemnización, retirar la obra del comercio por un cambio en sus convicciones intelectuales o morales. En definitiva, un elenco de extraños derechos que no son sino la antesala del más notorio de cuantos derechos morales se contemplan, y que ha sido objeto, en su versión más actualizada, de una revolucionaria sentencia del Tribunal Supremo (“TS”): el derecho a la integridad de la obra.

Pues bien, el asunto es el siguiente: el Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano encarga a Don Andrés Nagel Tejada, escultor de profesión, la realización de una obra escultórica para su ubicación en cierta plazoleta específica de la localidad. La escultura se crea y se emplaza y con los años adquiere el sobrenombre de “Patata” por su similitud con tal tubérculo. Un tiempo después, promovido por el Ayuntamiento concurso para una futura modificación urbanística, se aprueba la peatonalización de una importante superficie, lo que incluye la necesaria retirada de la escultura del lugar para el cual fuera concebida. Ante tal noticia, el escultor demanda al Ayuntamiento por doble partida, solicitando que se declare el incumplimiento del contrato de obra –en el cual se especificaba que la Patata se creó para situarse en un emplazamiento concreto y cuya disposición debía en todo caso contar con la aprobación del escultor– y que se reconozca que su derecho moral a la integridad de la obra comprendía que no se alterase la ubicación para la cual fue creada.

Dicho esto, y tras un recorrido accidentado por el Tribunal de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Vizcaya, en cuyas sentencias se reconocían parcialmente las pretensiones del demandante –sobre todo en lo que respecta al incumplimiento contractual del Ayuntamiento–, el TS viene a enjuiciar la interpretación que debe realizarse del derecho moral a la integridad de la obra cuando lo que se ha modificado no es la obra en sí misma, sino únicamente la ubicación para la cual fue concebida.

Históricamente el derecho a la integridad de la obra parecía extenderse –y limitarse– a la protección del soporte en el que se incluía la obra, contemplando únicamente la integridad de su soporte, cuando su deformación, modificación, alteración o atentado supusiera un perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo de la reputación del artista. Sería de hecho otro escultor, Pablo Serrano, quien consiguiera en 1985, y tras más de veinte años de conflicto judicial, el reconocimiento de tal derecho. En este caso y, como en muchos otros posteriores, el adquirente de la escultura encargada –promotor hotelero– no quedó satisfecho con el resultado del encargo y habiendo adquirido la propiedad, tuvo a bien desgazarla y relegarla a un almacén. El Legislador, eso sí, tomó nota.

Lo que con esta nueva sentencia resulta destacable es que la vulneración del derecho moral a la integridad de la obra puede originarse en la alteración, no ya de la obra en sí misma, sino de la ubicación originaria para la cual fuera concebida, en la medida en que *“altere o interfiera en el proceso de comunicación que toda obra de arte comporta, al modificar los códigos comunicativos, distorsionando los mensajes que transmite y las sensaciones, emociones, pensamientos y reflexiones que despierta en quienes la perciben”*. El Alto Tribunal reconoce por tanto que el derecho a la integridad de la obra del recurrente, se extiende a la tutela de la ubicación de la obra en el emplazamiento para el que fue específicamente creada.

Ahora bien, este singular reconocimiento, el cual resulta obvio en hipotéticos casos –imaginemos el Peine de los Vientos de Chillida (obra realizada con especial esmero para producir exquisitos sonidos por el viento marítimo) reubicada a la entrada de un parking del Ayuntamiento de San Sebastián– debe ser ponderado, como señala el Tribunal, al caso concreto. La extensión a la ubicación originaria del derecho a la integridad no debe ser entendida como absoluta e ilimitada, no pudiéndose enjuiciar únicamente desde una perspectiva individualista, relegando a un derecho residual el derecho de propiedad adquirido por el comprador, de tal forma que, en caso de discordancia entre ambos, provocara imponer al dueño de la obra sacrificios desproporcionados susceptibles de ser encuadrados en un abuso de derecho.

En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que en estos casos hay algo más que un simple incumplimiento de contrato y que puede verse afectado como derecho moral del autor el de la integridad de la obra, pero también entiende que desde el ejercicio de tal derecho no ha lugar a prohibir la modificación de su emplazamiento de forma absoluta, debiendo en cada caso ponderarse los intereses concurrentes.

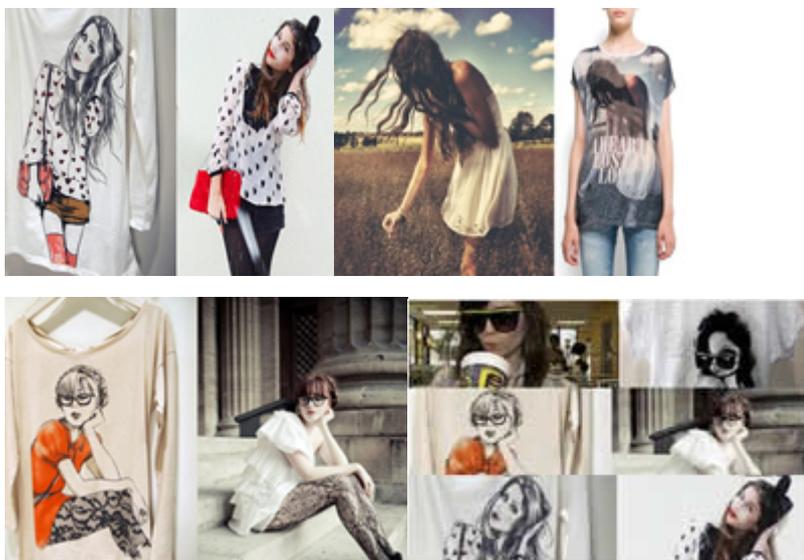
5. PROPIEDAD INTELECTUAL, DERECHO A LA IMAGEN Y CAMISETAS DE IT GIRLS

Pedro Merry

A pesar de las evidentes dificultades provocadas por la situación económica que atravesamos, parece que el mundo de la moda –especialmente el de la femenina– está, cuando menos, capeando el temporal con dignidad. Así, entre otros extremos, este sector ha sabido aprovechar el auge del comercio electrónico y presenta cifras esperanzadoras: el 87% de las mujeres españolas compra por internet, a lo que se añade que durante el pasado 2012 el mercado de la moda *online* arrojó un volumen de negocio en España de más de 350 millones de euros –esto es, un incremento superior al 70% respecto del ejercicio anterior–.

Dos importantes conceptos deben tenerse en cuenta para mantener estos índices económicos. La moda actual es –salvo algunas excepciones más propias del lujo clásico– principalmente efímera y, como tal, debe renovarse continuamente, así como se basa en tendencias marcadas ya no sólo por los diseñadores de pasarela, sino también por un exclusivo y reducido grupo de mujeres denominadas comúnmente "*It Girls*" que, a través del uso de las nuevas tecnologías –blogs, Twitter, Instagram, Facebook, etc.–, crean tendencias que millones de mujeres imitan.

Adentrándonos ya en lo que se refiere al concepto de *It Girl* y a su relevancia en la moda, resulta llamativa la gran cantidad de casos que están surgiendo desde hace un tiempo en internet por las supuestas utilizaciones ilícitas de fotografías e imágenes de éstas por parte de las marcas de moda más conocidas de nuestro país. En la mayoría de los casos, las marcas supuestamente basan sus estampados de camisetas en fotografías que las *It Girls* cuelgan en sus blogs y, transformándolas en su justa medida, las reproducen y distribuyen por medio mundo:



(Fuente: El Mundo)

En las mesas de negociaciones de estos supuestos concretos y bien conocidos, se discuten tanto las posibles vulneraciones de derechos de imagen de las *It Girls* como la posible afección de los derechos de autor sobre las fotografías.

A la vista de las imágenes, sin duda pueden apreciarse similitudes. Sin embargo nos movemos en un terreno de grises donde la existencia de un ilícito no siempre debe ser proclamada como cierta en los medios de comunicación sin mayor análisis.

En primer lugar habría que analizar las fotografías de las *It Girls* y las reproducciones realizadas. La Ley de Propiedad Intelectual ("LPI"), si bien protege la obra fotográfica expresamente en su art. 10, incluye también el concepto jurídico de mera fotografía, que goza de una protección más limitada.

El autor de la obra fotográfica dispondrá de todos los derechos de explotación de su obra: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación –así como otros derechos menos conocidos como el de participación o *droit de suite*–, y su protección se extenderá durante toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento. La mera fotografía, sin embargo, se halla comprendida en un limbo de la Ley bajo la rúbrica "*de los otros derechos de propiedad intelectual*" o derechos afines, porque los derechos generados por ella no son considerados derechos de autor en el sentido estricto de la palabra. Así, el realizador de la mera fotografía únicamente dispondrá del derecho de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública –pero no su transformación–, y sus derechos tendrán una duración más limitada: 25 años desde que la imagen fue capturada.

Aunque siempre ha generado discusión doctrinal, nuestro Tribunal Supremo ha fijado los criterios para considerar una fotografía como obra fotográfica en sentido estricto: creatividad y originalidad. Una obra fotográfica, por tanto, responderá a la selección de una serie de elementos como el motivo, el encuadre, el tratamiento de la luz, etc., cuyo conjunto gozará de originalidad creativa, esto es, un "carácter personalísimo que trasciende a la mera reproducción de la imagen" por incorporar la inteligencia de su autor (STS de 29-03-1996).

Por su lado, la mera fotografía se considera como un simple proceso mecánico de capturar la imagen, sin aportación original alguna por parte del autor en cuanto a su autonomía y capacidad creativa para la elección del motivo, encuadre, contrastes, momento, contexto, revelado, etc., de modo que la proyección de la personalidad y capacidad creativa del autor cede ante la mera reproducción de la imagen, tal cual aparece en la realidad.

Además de los derechos de propiedad intelectual, en casos como éste también han de examinarse las consecuencias que puedan derivarse del derecho a la propia imagen de las It Girls. Este derecho, recogido en el art. 18 de nuestra Constitución, fue posteriormente desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que limita en gran medida los usos no autorizados de la imagen ajena "para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga".

Al igual que en materia de protección de datos de carácter personal, la condición básica para poder hablar de derechos de imagen es que los elementos utilizados identifiquen a una persona física concreta. Por lo tanto, la protección ante utilizaciones no consentidas de la imagen no tiene por qué limitarse exclusivamente a una fotografía. Puede, en efecto, extenderse a los dibujos o cualesquiera otras representaciones, de uno o varios elementos característicos, siempre que la persona en cuestión sea reconocible a partir de los mismos. Si la persona retratada resulta identificable, cualquier uso comercial de su imagen –directo o indirecto– que no haya sido autorizado, supondrá la infracción de su derecho.

Nos encontramos, en definitiva, ante una serie de supuestos cuya eventual ilicitud, al contrario de lo que en un principio pueda parecer, resulta enormemente casuística. Habrá que examinar detenidamente cada caso concreto para determinar el grado de transformación de la obra original, si ésta se encuentra protegida por un derecho de propiedad intelectual y si los derechos fundamentales de la persona cuya imagen se explota pueden verse vulnerados.

6. EL SUPREMO CONFIRMA LA CONDENA A *SÉ LO QUE HICISTEIS...* POR USAR FRAGMENTOS DE LA PROGRAMACIÓN DE TELECINCO

Blanca Cortés

Desde hace unos años ha proliferado una práctica en las programaciones televisivas consistente en alimentar los programas propios a base de fragmentos de programas emitidos en otras cadenas, generalmente con la intención de crear lecturas descontextualizadas que exageren los aspectos más contradictorios, delirantes o ridículos de los originales. Durante un tiempo, esta modalidad de *sampling* televisivo conocido con el nombre de *programas de zapping* ha sido aceptada por las cadenas en una especie de pacto de silencio, pues era práctica generalizada y recíproca. Sin embargo, ciertos abusos en este tipo de programas ha abierto la caja de los truenos para tratar de poner coto al uso indiscriminado de estos fragmentos cuando se ha comprobado que el desprestigio del competidor se ha convertido en un objetivo visible de los mismos.

Fruto de esta situación desbordada ha sido la sentencia del Tribunal Supremo ("TS") condenando a la cadena privada de televisión La Sexta a cesar en el uso de fragmentos pertenecientes a programas emitidos por Telecinco. Dichas imágenes habían sido incorporadas a programas como *Traffic TV* o *El Intermedio*, pero el espacio que mayor uso hacía de ellas, y el que provocó la batalla judicial, fue el programa *Sé Lo Que Hicisteis...* ("SLQH").

El formato de SLQH consistía fundamentalmente en la emisión de fragmentos de programas de otras cadenas dedicados al mundo del corazón que después eran glosados en un tono irónico y sarcástico por los presentadores y sus invitados. También incluía reportajes de actualidad, entrevistas y otros *sketches* habituales en esta clase de programas de entretenimiento. Si bien en sus inicios el programa tenía una frecuencia semanal y usaba imágenes de otras cadenas en proporciones similares, el paso a una emisión diaria y la paulatina reducción de los espacios del corazón provocaron que SLQH emitiera cada vez más fragmentos de Telecinco.

En el proceso judicial objeto de análisis, Telecinco argumentó que el uso que se estaba haciendo de sus imágenes infringía sus derechos de propiedad intelectual, así como que la conducta de SLQH era desleal por incurrir en actos tanto de confusión como de aprovechamiento del esfuerzo y reputación ajenos. La cadena invocaba, en resumidas cuentas, que si bien la realización de programas de *zapping* constituía una práctica generalizada en el ámbito televisivo, ni su tolerancia por las distintas televisiones ni su carácter consuetudinario podían convertir tal explotación no autorizada en una práctica legal.

En el escrito de contestación a la demanda y ante tales circunstancias, La Sexta argumentaba razones de todo tipo a fin de oponerse a las pretensiones de la actora: falta de acreditación de Telecinco de su condición de productora o de titular de los derechos en exclusiva de los programas que emitía, existencia de una generalizada práctica consistente en utilizar imágenes de programas emitidos por otras cadenas sin el consentimiento de las respectivas productoras –también llevada a cabo por Telecinco–, remisión de requerimientos de cese por parte de Telecinco tras un largo periodo de emisión sólo coincidente con el incremento de los índices de audiencia del programa y, ante todo, aplicación a su actividad de los límites previstos en los artículos 32, 33 y 35 de la Ley de Propiedad Intelectual (“LPI”) –derecho de cita, revistas de prensa y *press-clipping*, trabajos sobre temas de actualidad y utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad, respectivamente–. O, dicho de otra manera, invocación de cualquier límite mínimamente relacionado con su conducta con el fin de defender la ausencia de infracción de los derechos de propiedad intelectual ajenos y, en consecuencia, el uso lícito de la programación de Telecinco.

A fin de analizar los diferentes límites invocados y su aplicación al supuesto objeto de autos, basta con realizar un recorrido por la sentencia de primera instancia –posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial y el TS– para comprobar que el Juzgador decidió no estimar la aplicación de los límites legales invocados, seguramente inspirado por el espíritu de la propia legislación de propiedad intelectual de cuyo contenido se desprende que los límites a los derechos de propiedad intelectual deben ser siempre interpretados de una forma restrictiva.

Así, el primero de los preceptos invocados por La Sexta regula el derecho de cita o facultad de incluir en una obra propia fragmentos de obras ajenas, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico en un escenario de docencia y de investigación. Por este motivo, el TS consideró que la utilización de imágenes de Telecinco por parte de SLQH, si bien podía estar realizándose a título de juicio crítico, en ningún caso se producía con fines docentes y de investigación, sino con la finalidad evidente de entretener. En palabras del TS, *“la utilización de imágenes de Telecinco es recurrente e indiscriminada (...) y, además, es susceptible de perjudicar la normal explotación de las obras utilizadas desde el momento en que, con los fines indicados, ajenos a los que alude el precepto, se persigue un mayor éxito de audiencia en el mercado que es el propio de los programas utilizados, con los cuales los citados programas de La Sexta concurren y compiten en la pantalla televisiva, y a la postre un provecho comercial”*.

En la misma línea, en ninguna de las instancias se estimaron los argumentos basados en el artículo 32.1 LPI, párrafo segundo, cuyo contenido equipara a las citas *“las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa”*. Y ello porque, a pesar de realizarse el uso de fragmentos de programación ajena, la utilización en ocasiones alcanzó el 30% de la duración total de SLQH, permitiendo a La Sexta construir su propio programa sobre las secuencias de Telecinco. Se trataba, por tanto, de un uso que no sólo no podía entenderse realizada a título de síntesis o resumen de los programas de Telecinco –justificación última de este límite al derecho exclusivo de reproducción–, sino que además interfería con la explotación normal de las obras originales.

El Juzgador también manifestó al respecto que, si bien en su redacción originaria este precepto reconocía con gran amplitud a las reseñas de prensa y al *press-clipping*, eliminando buena parte de los requisitos del derecho de cita, la reforma operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio en la legislación de propiedad intelectual acotó sustancialmente su alcance al añadir que *“cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa”*.

Dada la oposición frontal realizada por Telecinco, la consecuencia no pudo ser otra que la de excluir la consideración de cita al caso. Por lo demás, el Juzgador alcanza la conclusión –y esta es la parte de la sentencia que resulta realmente novedosa– de que el *press-clipping* no es fácilmente trasladable a un escenario audiovisual, pues no es posible equiparar la inclusión de fragmentos de imágenes televisivas con la recopilación de artículos periodísticos.

El artículo 33 LPI, por su parte, establece que *“los trabajos y artículos sobre temas de actualidad*

difundidos por los medios de comunicación social podrán ser producidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiesen hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa". Pues bien, tampoco dicho límite se consideró aplicable al supuesto enjuiciado, toda vez que los programas de los que se extraen fragmentos concretos no son, en sí mismo considerados, "trabajos y artículos sobre temas de actualidad", aun cuando aborden acontecimientos del tiempo presente. Así, podrán considerarse temas de actualidad aquellos acontecimientos con gran relevancia o interés social, que atraigan la atención de buena parte del público –en ese mismo sentido debe entenderse el art. 35 LPI– debiendo además la utilización de imágenes sobre temas de actualidad remunerarse a través de la correspondiente contraprestación económica, que deberá convenirse previamente entre las partes y, en su defecto, fijarse judicialmente.

La demanda de Telecinco, en consecuencia, fue finalmente estimada, declarándose la existencia de infracción de sus derechos de propiedad intelectual y derivándose de ello la condena a La Secta al cese de la actividad de SLQH, si bien se rechaza la pretensión de la demandante de examinar la misma cuestión desde la perspectiva de la Ley de Competencia Desleal y ello con base en la reiterada jurisprudencia del TS acerca de la no aplicación de tal normativa cuando el supuesto es incardinable en una ley especial que regula un derecho de exclusiva –la conocida como "teoría de los círculos concéntricos"–.

Tras la sentencia del TS la decisión es firme y La Sexta no podrá seguir utilizando en sus programas grabaciones e imágenes de Telecinco ni de otros operadores sin su autorización o, al menos, no en la cantidad utilizada en el programa de autos.

Esta resolución resulta novedosa por no haberse realizado con anterioridad un análisis tan exhaustivo de los límites a los derechos de propiedad intelectual en el medio audiovisual, lo que puede ser de utilidad a la hora de completar el contenido de la LPI, la cual no regula expresamente el *press-clipping* audiovisual. En cualquier caso, parece perfectamente admisible la aplicación de dicho límite a las grabaciones audiovisuales siempre y cuando su ejercicio cumpla con los consabidos requisitos, tanto del art. 33 como del art. 40 de la LPI: que no exista una oposición expresa por parte del titular de los derechos, que se haga constar la autoría y fuente de procedencia de las grabaciones, que se trate de obras ya divulgadas, y que con ello no se cause un perjuicio a los intereses legítimos del titular de los derechos.

7. NUEVA SENTENCIA ANALIZANDO LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARREGLO MUSICAL: DE LA MERA TRANSFORMACIÓN A LA OBRA DERIVADA

Blanca Cortés

El Derecho musical es una de esas parcelas de la práctica jurídica que tiene su propio léxico, que ostenta titulares e infracciones propias hasta el punto de que constituye una entidad autónoma dentro del Derecho de propiedad intelectual. Entre los primeros se encuentran los autores de composiciones musicales –con o sin letra–, los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, realizando todos ellos diferentes funciones en el proceso musical; entre los segundos se incluyen una serie de atentados propios del entorno musical que a menudo se confunden entre sí dada la delgada línea que los separa. Entre ellos, el más frecuente es el duplicado o copia no autorizada, consistente en efectuar reproducciones de fonogramas para su comercialización sin autorización de los titulares de derechos. Se trata de un ilícito popularizado gracias al acceso generalizado a la tecnología digital que permite realizar duplicados sin pérdida alguna de calidad y sus principales manifestaciones, el *top manta* y las descargas no autorizadas, aun siendo de sobra conocidas no son las únicas ni las más gravosas para los derechos vinculados a la propiedad intelectual. Así, el *plagio*, el *sampling*, el *cover* o *remake* y los arreglos musicales, constituyen prácticas propias del mundo musical que precisan de tratamientos específicos dadas las dificultades para establecer sus límites y la intencionalidad creativa de sus autores.

Como es sabido, el arreglo musical es la modificación que se efectúa a una obra originaria para embellecer su línea melódica, pudiendo el mismo ser calificado como una mera transformación –las licencias obligatorias para uso de repertorio por entidades de gestión permiten efectuar los arreglos necesarios para adaptar la obra a la forma de interpretación del nuevo intérprete– o, en su lugar, como una obra derivada. Para ello será necesario que las alteraciones de la obra original tengan la entidad suficiente como para dar lugar a una segunda obra que, aunque también original, dependerá de la obra

originaria en el sentido de que mantendrá algunos de sus caracteres esenciales. En tal situación, la obra protegida y la obra arreglada podrán convivir y ser objeto de explotaciones económicas independientes, siempre y cuando el titular de esta última haya solicitado la correspondiente autorización al titular de la obra originaria y le haya compensado por utilizar en la obra propia la esencia de la ajena.

El tema está de actualidad pues el Tribunal Supremo ("TS") analiza en una reciente sentencia precisamente si un concreto arreglo musical constituye o no una obra derivada que requiera, para su explotación económica, de la correspondiente autorización de los titulares de la obra originaria. En el supuesto en concreto, la discográfica Emi Music Publishing Spain, S.A. ("EMI") quien compareció en el proceso como titular de los derechos de explotación de una serie de obras musicales – concretamente de los derechos exclusivos de reproducción en la modalidad de "*reproducción de fragmentos inferiores a un minuto cuarenta y cinco segundos*" y de transformación, incluida la incorporación en las bases de datos–, solicitaba que se declarara la infracción de tales derechos por la demandada, la mercantil Buongiorno Myalertcom, S.A. ("Buongiorno"), quien había reproducido para su posterior comercialización en formato ringtone –aviso sonoro de intento de comunicación para teléfonos móviles– el contenido de tales obras, en lo que suponía la fragmentación y, en determinadas ocasiones, la transformación de su contenido.

Debe manifestarse, al respecto, que la explotación de los *ringtones* se realizaba por la demandada en diferentes formatos: mediante tonos monofónicos –formados por una sola melodía, reproducida con tonos simples, que no permite varios sonidos a la vez–, polifónicos –compuesta la melodía por varias notas que suenan al mismo tiempo en forma de acorde, permitiendo una textura polifónica en la reproducción de fragmentos musicales compuestos– y en tono real, es decir, tal cual la obra se encuentra reproducida en el fonograma original.

La sentencia dictada en primera instancia realizó un exhaustivo examen de la actividad desarrollada por la demandada y del alcance de la licencia solicitada por ésta y concedida por SGAE, que le permitió concluir que los derechos de reproducción sobre las tres obras objeto de controversia fueron cedidos por sus autores y por el editor a SGAE para su gestión, y que la licencia otorgada por esta entidad de gestión a la demandada le permitía la fragmentación de la obra, en la medida en que el derecho de reproducción permite la reproducción tanto íntegra como parcial. Ahora bien, esta licencia no alcanzaba a cubrir determinadas adaptaciones de la obra que requerían como tales de la correspondiente autorización, siendo tal el caso de la adaptación de estas tres obras al formato de *ringtones* por haber necesitado de unos arreglos en los tonos de llamada que habían dado lugar a obras nuevas con diferencias esenciales respecto de las originales.

La Audiencia ratificó la valoración realizada por el Juez de lo Mercantil basándose en las mismas manifestaciones realizadas por el perito musical de la demandante que dieron lugar a la condena de instancia. Según el perito, "*los arreglos supusieron, en el caso de los monotonos y los politonos relativos a las tres obras musicales objeto de este proceso, realizar una sinopsis armónica, melódica y estética de las mismas, que implicaba la labor humana (de una persona o de un equipo) de adoptar una serie de decisiones creativas (...) que consistieron, de modo resumido, en seleccionar fragmentos del original, en agrupar los elementos característicos para concentrarlos en un corto espacio temporal, en la introducción de adaptaciones tímbricas –adaptación de los sonidos al timbre electrónico– y la inclusión de variantes melódicas –mediante la supresión y el añadido de notas y la modificación de las originales– y armónicas, que determinaron una realidad acústica diferente de la obra originaria, aunque tratase de hacerse reconocible como ésta*".

Ante tales circunstancias, la demandada interpuso sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. Ciñéndonos a las cuestiones no planteadas hasta esta última instancia, la demandada discutió las conclusiones de la Audiencia Provincial por no distinguir la sentencia recurrida entre los tres tipos de *ringtones* y no otorgar, en consecuencia, un trato diferente a los tonos reales respecto de los demás. Así, según la demandada, la conclusión alcanzada por el Tribunal, según la cual la reproducción por un teléfono móvil a través de un tono de llamada de una parte literal de una obra preexistente supone la generación de una obra derivada, era a todas luces errónea. Añadía al respecto la demandada que precisamente el uso del tono real se encontraba amparado por la licencia otorgada por SGAE que, como se ha mencionado, comprende la reproducción parcial de las obras licenciadas. A fin de dar solución al entuerto, el TS parte de una realidad indiscutible y es que no cualquier arreglo musical debe ser considerado una obra derivada, por existir modificaciones a la obra meramente técnicas y de escasa importancia cuya aplicación sobre la obra primigenia no implica la creación de una obra nueva y original a partir de ésta. Es labor del Juzgador, por tanto, apreciar el *quantum* de originalidad necesario para poder considerar que existe una transformación sustancial de la obra preexistente, que genere como resultado una obra derivada.

Basándose de nuevo en el informe pericial aportado por el actor, según el cual en la elaboración de los

tonos reales "se había producido, además de la selección de un fragmento, una simplificación de la riqueza tímbrica de la originaria", la Sala consideró que el resultado de tal proceso no podía calificarse de mera reproducción parcial de la obra musical originaria. Concluyó además el TS que la inclusión de las obras derivadas en la base de datos de Buongiorno constituía también una transformación de las obras originarias cuya explotación comercial no había sido autorizada por EMI.

La sentencia del TS supone, en definitiva, una nueva manifestación de las particularidades propias de las obras musicales y de la enorme casuística que se genera a su alrededor. En efecto, habrá que examinar con detalle cada supuesto en el que se altere la obra original antes de concluir si las alteraciones afectan únicamente al fonograma –ejecución, interpretación y producción– o si, por el contrario, el resultado difiere lo suficiente del original como para ser considerado una obra derivada.

8. EL TRIBUNAL SUPREMO CONFIRMA QUE LA DIRECCIÓN IP NO IDENTIFICA POR SÍ SOLA AL RESPONSABLE DE UN DELITO.

Javier Martínez de Aguirre

A finales del año pasado el Tribunal Supremo ("TS") publicó una sentencia por la que se absolvía a dos particulares de un delito de estafa informática. El primero de ellos presuntamente habría conseguido de manera fraudulenta las claves bancarias de un tercero y transferido electrónicamente cerca de 3.000 € a la cuenta del segundo de los acusados. Posteriormente, éste último habría enviado la mayor parte del botín a un destino desconocido a través de un servicio de envío postal, reteniendo el resto en concepto de comisión. Limitando el análisis al primero de los acusados, la particularidad del caso radica en que la prueba más sólida en su contra era la certeza de que la transferencia se había realizado desde una dirección IP ("IP") asignada a la línea telefónica de la que éste era titular.

La IP es, a grandes rasgos, la etiqueta numérica que identifica, de manera lógica y jerárquica, a un dispositivo –un ordenador, un *smartphone*, etc.– dentro de una red que utilice el protocolo IP –*Internet Protocol*, o protocolo de internet–. Podría decirse que es una matrícula que identifica al dispositivo mientras circula por la red.

En la inmensa mayoría de las conexiones domésticas a través de un *router* éste tiene asignada una única IP que después reparte internamente entre todos los dispositivos que, a través de él, se conectan a internet. También es frecuente que las IPs sean dinámicas, esto es, que cambien cada vez que el *router* se reinicia o transcurre un determinado intervalo temporal. Por ello, para determinar con exactitud quién ejecutó una orden informática concreta no bastará con conocer la IP, sino que también serán necesarias la fecha y hora en que dicha orden se llevó a cabo. Con estos datos y la colaboración de los proveedores de servicios de internet ("ISPs") –Movistar, Jazztel, ONO, etc. – se podrá averiguar a través de qué línea se cometió el delito y quién es su titular.

Dicho esto, ¿puede considerarse que la dirección IP, por sí sola, es prueba suficiente para afirmar que alguien realizó una determinada conducta? ¿Se debe hacer al titular de la línea responsable de todos los daños causados a través de ella?

Nuestra jurisprudencia menor viene considerando, en lo que a la solidez de la prueba respecta, que en ningún caso deberá considerarse una prueba directa o de cargo, sino como un indicio. Cabe recordar que nuestro ordenamiento jurídico admite pronunciamientos condenatorios basados en pruebas indiciarias, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ("TC") con el fin de evitar la conculcación del derecho a la presunción de inocencia. A saber:

- (i) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados, no basta con meras sospechas.
- (ii) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados.
- (iii) Se debe poder controlar la razonabilidad de la inferencia, esto es, que el razonamiento lógico por el que se imputan los hechos constitutivos de delito a los indicios se asiente en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

En el presente caso, se consideró completamente probado que la estafa en su modalidad de manipulación informática tuvo lugar y que fue llevada a cabo desde la dirección IP de uno de los acusados. Restaba, por tanto, determinar si resultaba razonable asumir que el causante del daño era,

en todo caso, la misma persona que constaba como titular de la línea a través de la que se cometió el delito. El TS acabó confirmando, como ya habían hecho nuestra doctrina y jurisprudencia menor, que la respuesta a esta cuestión ha de ser negativa. Y ello porque existen escenarios alternativos razonables en los que el delito podría haber sido cometido por un tercero ajeno acusado sin la intervención de este último.

En este sentido, no hay más que observar nuestros hábitos de navegación para comprobar que conectarse a través de una IP de la que no somos titulares es más frecuente de lo que en principio pueda parecer. La práctica totalidad de las viviendas cuenta con una sola línea telefónica y, consecuentemente, con un único titular. Sin embargo, como hemos visto, cada conexión constará realizada bajo la misma IP, con independencia de los miembros –y de sus correspondientes ordenadores, *smartphones*, tabletas, etc.– que conformen el núcleo familiar.

A esto hay que añadir la posibilidad de que un tercero tome el control de un equipo mediante un virus o se conecte en nuestra red inalámbrica tras averiguar su contraseña. La seguridad de los *routers* domésticos no es inviolable, y mucho menos si no se modifica su configuración por defecto antes de empezar a utilizarlos. De hecho, ni siquiera hace falta poseer conocimientos avanzados en informática: unos minutos de búsqueda en Google bastan para conseguir programas capaces de averiguar las contraseñas de fábrica de los principales ISPs. Piénsese también en todos los hoteles, cafeterías, aeropuertos, centros cívicos, universidades, parques, bibliotecas o incluso particulares que, por filosofía o desconocimiento, ponen su red WiFi a disposición de cualquier transeúnte que se encuentre dentro del radio de alcance.

En definitiva, resulta imposible determinar con el grado de certeza requerido por nuestro Derecho penal quién es el responsable de un delito si se cuenta únicamente con la dirección IP desde la que éste fue cometido. Pero, ¿se puede afirmar lo mismo en lo que a la responsabilidad civil respecta? Si bien los Juzgados y Tribunales españoles aún no se han pronunciado en este sentido, tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia extranjera así lo entienden.

Por ejemplo, un Juez de Nueva York desestimó en mayo de 2012 la petición de K-Beech, Inc. –una productora de cine para adultos– por la que se requería la identificación de más de 250 titulares a través de cuyas líneas telefónicas se habían descargado ilícitamente algunas de las películas de la productora. Para el Juez, la presunción de que el titular de la línea era efectivamente el responsable de la descarga *"es endeble, y se ha ido debilitando aún más con el paso del tiempo (...)"*. En opinión del Magistrado, *"que el usuario de una dirección IP haya llevado a cabo una acción informática particular (...) no es más probable que el hecho de que el que paga la factura del teléfono haya realizado efectivamente una llamada específica"*.

En otro caso sobre descargas ilícitas, esta vez en Finlandia, la Corte determinó que la parte demandante había sido incapaz de probar que la titular de la conexión era efectivamente la persona que había compartido ilícitamente los archivos. Al parecer, durante un evento en casa de la demandada al que acudieron un centenar de personas, alguien descargó materiales protegidos por derechos de propiedad intelectual desde el acceso a internet de la anfitriona aprovechando que la red inalámbrica estaba abierta al público.

Lo hasta ahora expuesto no significa que el titular de la línea sea virtualmente indemne frente a las reclamaciones por infracción de derechos de propiedad intelectual, o de cualquier otro –derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen– que pudiera vulnerarse a través de la red, sino que cualquier pronunciamiento condenatorio deberá estar basado no sólo en su condición de titular de la línea, sino también en pruebas o indicios adicionales.

Un buen ejemplo de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña que en el año 2010 condenó por una falta de injurias a un particular basándose en un conjunto de pruebas. En este caso, el condenado publicó a través de una dirección IP asignada a la línea de la que era titular un falso anuncio en una sección de contactos, incluyendo además una descripción física del injuriado –su antiguo jefe– y un número de teléfono móvil que era conocido por muy poca gente dada su reciente adquisición. La suma de todos estos indicios, esta vez sí, permitió inferir de manera razonable que el acusado era efectivamente el autor del delito, razón por la que fue finalmente condenado.

Es cierto que, a pesar de la falsa sensación de anonimato que en ocasiones pueda invadirnos, toda conducta realizada a través de internet deja un rastro que se puede seguir. Ahora bien, esto no significa que la identidad que se revela al final del camino –el titular de la línea– sea culpable del hecho dañoso en todo caso. Para una correcta atribución de la responsabilidad debe exigirse además la concurrencia de otras circunstancias que, en cada caso concreto, disipen las dudas razonables que la mera titularidad de la línea deja tras de sí.

Si desea más información no dude en ponerse en contacto con:

Blanca Cortés - blanca.cortes@cms-asl.com

Pedro Merry - pedro.merry@cms-asl.com

Javier Martínez de Aguirre - javier.martinez@cms-asl.com

Los asuntos tratados o reseñados en esta Alerta han sido seleccionados de acuerdo con criterios subjetivos del Departamento de Propiedad Intelectual de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, no siendo nuestro objetivo realizar un examen exhaustivo de los asuntos tratados por lo que los comentarios vertidos no constituyen, en ningún caso, la opinión legal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

© CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

Quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

Si usted tiene alguna idea o sugerencia, por favor póngase en **contacto** con nosotros.

Si no quiere recibir información vía correo electrónico, por favor pinche en el [link](#).

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

Génova, 27

28004 Madrid

España

T: (34) 91 451 93 00

F: (34) 91 442 60 45

www.cms-asl.com [Aviso legal](#) [Declaración de privacidad](#)