

En este número....

LEGISLACIÓN

Derecho Civil Patrimonial de Aragón	02
Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») a los acuerdos de cooperación horizontal	02
Directiva contra la morosidad en las operaciones comerciales	03
Ley de Economía Sostenible (“Ley Sinde”)	04

RESOLUCIONES JUDICIALES

PROPIEDAD INDUSTRIAL	04
Acumulación de protección de los dibujos y modelos con la otorgada por el Derecho de autor. Caso «Flos c. Semeraro Casa e Famiglia»	04
PROPIEDAD INTELECTUAL	
Aplicación de la compensación por copia privada únicamente a equipos, soportes y materiales no destinados a uso profesional o empresarial. Interpretación por la AP Barcelona tras la sentencia del TJUE. Caso «Padawan»	07
Legitimación activa de una entidad de gestión para personarse en proceso civil sobre devolución de compensación por copia privada. Caso «Batch-PC»	08

PROPIEDAD INTELECTUAL

Plagio de formatos de programas de televisión. Caso «La Botica de la Abuela»	09
Cesación en el uso de dispositivos tipo videoconsola. Caso «PS-Jailbreak»	11
COMPETENCIA DESLEAL	12
Actos de confusión e imitación. Versión «cover» de fonograma preexistente. Caso «KNIFE MUSIC»	12

HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

Libertad de información y derecho al honor. Caso «Menor R.»	14
---	----

DERECHO HIPOTECARIO

Ejecución hipotecaria. Insuficiencia del valor del bien adjudicado tras subasta pública para cubrir el total de la deuda garantizada. No procede continuar el procedimiento en busca de bienes adicionales del deudor	16
Ejecución hipotecaria. Insuficiencia del valor del bien adjudicado tras subasta pública para cubrir el total de la deuda garantizada. Procede continuar el procedimiento en busca de bienes adicionales del deudor	17

LEGISLACIÓN

Derecho Civil Patrimonial de Aragón

Ley 8/2010, de 2 de diciembre.

Se ha publicado en el BOE nº 20, de 24.I.2011, esta Ley que desarrolla los libros tercero y cuarto de la Compilación del Derecho civil de Aragón, dedicados, respectivamente, al Derecho de bienes y al Derecho de obligaciones.

El Preámbulo de la Ley califica esta reforma legal como «culminación de la reformulación legislativa del Derecho civil de Aragón», regulándose en ella las instituciones relativas a las relaciones de vecindad, las servidumbres, el derecho de abolorio y los contratos sobre ganadería.

Al margen de lo anterior; merece destacarse que esta nueva Ley delega en el Gobierno autonómico la función de refundir en un único texto legal, mediante decreto legislativo, todas las leyes civiles aragonesas vigentes incluida ésta. La delegación abarca, pues, la ley de sucesiones por causa de muerte, la ley relativa a parejas estables no casadas; el régimen económico matrimonial y de viudedad, el derecho de la persona, la ley sobre igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres y la ley de Derecho civil patrimonial.

Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») a los acuerdos de cooperación horizontal

Comunicación de la Comisión 2011/C 11/01.

Aparecen publicadas en el DOUE de 14.I.2011 (Serie C, corrección de errores DOUE C 33, de 2.2.2011). Como se señala en la Comunicación, estas Directrices sientan los principios aplicables a la evaluación, de conformidad con el artículo 101 TFUE, de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas relativos a la cooperación horizontal. Este tipo de cooperaciones son aquellas que consisten en un acuerdo entre competidores reales o potenciales.

Las Directrices abarcan asimismo los acuerdos de cooperación horizontal entre no competidores (p.e., entre dos empresas activas en los mismos mercados de productos, pero en mercados geográficos diferentes, sin ser competidores potenciales).

Su objetivo es que los operadores tengan una referencia analítica aplicable a dichos acuerdos y puedan evaluar la compatibilidad de todo acuerdo con el artículo 101 TFUE. Los acuerdos más habituales se refieren a investigación y desarrollo, subcontratación y especialización, acuerdos de comercialización y de intercambio de información, entre otros, y abarcan tanto los bienes como los servicios.

Las Directrices no perjudican la interpretación que el Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puedan dar a la aplicación del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal.

Directiva contra la morosidad en las operaciones comerciales

Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011.

Se ha publicado en el DOUE (Serie L 48, de 23.2.2011) la Directiva 2011/7/UE con el fin de introducir una norma más clara y racional sobre la morosidad en las operaciones comerciales entre empresas o entre empresas y poderes públicos. Hasta la fecha esta materia había sido regulada por la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio.

El objetivo de esta nueva Directiva, que no se aplica a operaciones con consumidores, es garantizar que las operaciones transfronterizas no supongan mayores riesgos que las ventas efectuadas en territorio nacional.

Las principales novedades introducidas son las siguientes.

- Se considera que la exclusión del derecho a cobrar intereses es siempre una práctica o una cláusula manifiestamente abusiva.
- Se pueden incluir cláusulas concretas sobre plazos de pago y la compensación a los acreedores por los costes en que hayan incurrido, así como la indicación de que la exclusión del derecho a una compensación por los costes de cobro debe presumirse manifiestamente abusiva. Expresamente se establece que los acreedores deben tener derecho al reembolso de los gastos de cobro ocasionados por el retraso en el pago.
- La Directiva prohíbe asimismo el abuso de la libertad de contratación en perjuicio del acreedor. En general, debe considerarse abusiva para el acreedor toda cláusula contractual o práctica que se desvíe manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, que sea contraria a la buena fe y a la lealtad contractual.

(p.e. la exclusión del derecho a cobrar intereses o la exclusión del derecho a una compensación por los costes de cobro).

- Se sigue partiendo del plazo de 60 días naturales como máximo para proceder al abono de la deuda, si bien se permite a las empresas llegar a acuerdos expresos sobre un pago más allá de dicho horizonte temporal, siempre que dicha ampliación del plazo no sea manifiestamente abusiva para el acreedor. No obstante, expresamente, se prevé la posibilidad de que las partes puedan pactar pagos a plazos o los pagos escalonados, siempre y cuando tales pactos se sujeten a las normas relativas a la morosidad previstas en la Directiva.
- Se unifica el concepto de «poderes adjudicatarios», tal y como se recoge en la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.
- Se establece también la obligación de que se calcule diariamente el interés legal de demora como interés simple, y se faculta al acreedor para reclamar intereses por demora sin necesidad de aviso previo de vencimiento o notificación similar al deudor.

La Directiva 2000/35/CE queda derogada con efectos a partir de 16.3.2013.

Ley de Economía Sostenible

Ley 2/2011, de 4 de marzo.

Se ha publicado esta ley en el BOE nº 55, de 5.3.2011. En lo que a la propiedad intelectual se refiere, de esta norma debe destacarse, por un lado, su Disposición adicional 12ª, en virtud de la cual se encomienda al Gobierno la modificación de la regulación sobre la compensación equitativa por copia privada en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley (7.3.2011); y, por otro, la Disposición final 43ª

(conocida como "Ley Sinde"), por la que se modifican diversas leyes de nuestro ordenamiento con el objetivo fundamental de que la Comisión de Propiedad Intelectual pueda perseguir vulneraciones de derechos de propiedad intelectual cometidas por los responsables de la sociedad de la información en los términos previstos en la LSSI.

RESOLUCIONES JUDICIALES

PROPIEDAD INDUSTRIAL

Acumulación de protección de los dibujos y modelos con la otorgada por el Derecho de autor. Caso «Flos c. Semeraro Casa e Famiglia»

Exclusión por ley nacional de la protección de Derecho de autor de dibujos y modelos entrados en dominio público antes de la entrada en vigor de dicha protección en virtud de normativa comunitaria. Sentencia del TJUE (Sala 2ª) de 27.1.2011 (Asunto C-168/09).

Un tribunal de Milán plantea al TJUE diversas cuestiones prejudiciales acerca de la conformidad de la legislación italiana sobre protección de obras artísticas, que constituyan también modelos y dibujos protegidos (Propiedad industrial), con la Directiva 98/71, de 13 de octubre, sobre protección jurídica de los dibujos y modelos, y concretamente, con el principio de acumulación de las protecciones establecido en el artículo 17 de la Directiva. Según este precepto, sobre un mismo objeto (un modelo o diseño) puede haber una acumulación de protecciones (por un derecho de propiedad industrial y por un derecho de autor) siempre y

cuando el dibujo o modelo se haya fijado sobre cualquier soporte, dejando a cada Estado miembro la determinación del alcance y las condiciones de esta protección.

Dichas cuestiones traen su causa de la incorporación al Derecho italiano, en 2001, de la Directiva 98/71/CE, a consecuencia de la cual se derogó el requisito (vigente en la Ley de 1941 relativa a los derechos de autor y otros derechos relacionados con su ejercicio), según el cual, para que los modelos o diseños industriales pudieran protegerse (también) por un derecho de autor era preciso que la obra artística (com-

prendida en ellos) pudiera escindirse del carácter industrial del producto al que estuvieran asociadas. Como consecuencia de la modificación legal introducida, se estableció que las obras de diseño industrial que presenten un carácter creativo y valor artístico intrínsecos serían también obras protegidas por un derecho de autor:

Se establecía, asimismo, un periodo transitorio de 10 años, a contar desde el 19.4.2001, durante el cual la protección concedida por la nueva legislación a los titulares de derechos sobre modelos y dibujos no podía ser opuesta frente a quienes, con anterioridad, hubiesen iniciado la fabricación, oferta o comercialización de productos realizados de conformidad con dibujos o modelos que hubieran pasado a ser de dominio público. Aunque en 2007 se suprimió ese periodo de *vacatio*, se mantuvo la falta de efectos de la nueva legislación frente a productos realizados según los dibujos o modelos que hubieran pasado a ser de dominio público antes de 19.4.2001.

Por su parte, los hechos que dan lugar a esta petición arrancan de un conflicto entre Flos SpA (que produce lámparas de diseño bajo la denominación «Arco») y Semeraro Casa e Famiglia SpA (que importa lámparas de China para su distribución en territorio de la Unión Europea bajo la denominación «Fluida»). Según la primera, el hecho de que Semeraro Casa e Famiglia importe las lámparas «Fluida» y las distribuya en territorio de la Unión Europea, infringe los derechos de autor que aquella ostenta sobre el diseño de sus propias lámparas, a las que considera obras de diseño industrial. La infracción se apoyaba en la imitación de todas las características estilísticas y estéticas de la lámpara «Arco» por la lámpara «Fluida». En 23.11.2006 Flos ejerció una acción judicial contra Semeraro por infracción de derechos de autor. Quedó acreditado que la lámpara «Arco» fue creada en 1962 y que para 19.4.2001 los derechos de propiedad industrial existentes sobre la misma ya se en-

contraba en dominio público, si bien aún contaba con la protección por derechos de autor en virtud de la Ley de 1941 en su versión modificada de 2001.

Mediante una primera cuestión, el órgano remitente pregunta si el artículo 17 de la Directiva 98/71 se opone a la normativa de un Estado miembro que excluya de la protección mediante el derecho de autor los dibujos y modelos que hayan pasado a dominio público antes de la entrada en vigor de las disposiciones legislativas que hubieran introducido tal protección en el ordenamiento de dicho Estado, ya sea porque nunca se registraron como tales, o porque su registro hubiese dejado de producir efectos en esa fecha, a pesar de que cumplieran con todos los requisitos exigidos para gozar de tal protección.

Según el TJUE, si el modelo o dibujo nunca fue registrado como tal, y éste hubiese entrado en dominio público antes de la vigencia de la normativa nacional de transposición de la Directiva, el artículo 17 de ésta no le sería aplicable. Ello no obsta, empero, a que les pueda ser aplicable la protección brindada por el derecho de autor, y en particular la prevista en la Directiva 2001/29.

Si, por el contrario, el dibujo o modelo en cuestión pasó a dominio público por el hecho de que la protección derivada del registro dejara de producir efectos, la protección por derecho de autor habría de otorgarse a todos los dibujos o modelos registrados en el Estado miembro. Luego, según el TJUE, a falta de una armonización de la legislación sobre derechos de autor, se produciría una acumulación de protecciones proveniente tanto de la legislación en materia de derecho de autor como de la legislación sobre dibujos y modelos registrados.

Ello puede determinar que en los Estados miembros en cuya legislación se haya previsto un plazo de protección menos largo, se vuelvan a

proteger obras que ya habían pasado a dominio público (cfr. sentencia de 29.6.1999, Butterfly Music – Asunto C/60/98).

Luego, concluye el TJUE, si la legislación de un Estado miembro excluye de la protección mediante el derecho de autor los dibujos y modelos registrados que han pasado a dominio público antes de la fecha de entrada en vigor de dicha legislación, pese a que cumplieran todos los requisitos exigidos para gozar de tal protección, aquella legislación incumpliría el artículo 17 de la Directiva 98/71.

Mediante otras dos cuestiones, el órgano remitente preguntaba si es compatible con la comunitaria una legislación nacional que excluye la protección por derecho de autor durante un periodo de tiempo sustancial (10 años) a los dibujos y modelos que pasaron a dominio público antes de su entrada en vigor; pese a reunir los requisitos para ello, respecto de los terceros que hubiesen fabricado y comercializado en territorio nacional productos realizados conforme a tales dibujos y modelos.

El TJUE contesta recordando que, salvo excepción, los actos realizados bajo la antigua legislación se siguen rigiendo por ésta a fin de salvaguardar la confianza legítima. Ahora bien, este principio no puede extenderse hasta el punto de impedir que una nueva normativa se aplique a los efectos futuros de situaciones nacidas al amparo de la normativa anterior.

Aplicando esta doctrina a la legislación nacional puesta en entredicho, el TJUE señala que ésta debe resultar conforme con el principio de proporcionalidad, debiéndose garantizar un equilibrio entre los derechos adquiridos y la confianza legítima de los terceros afectados, por un lado, y los intereses de los titulares de derechos de autor, por otro.

En el caso concreto, el Tribunal concluyó que el periodo de 10 años establecido por la legislación italiana no era proporcional y no garantizaba aquel equilibrio, puesto que si el fundamento para establecer esos 10 años se encontraba en facilitar que los fabricantes retirasen progresivamente sus productos del mercado, ese fin se habría logrado también con un periodo inferior.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Aplicación de la compensación por copia privada únicamente a equipos, soportes y materiales no destinados a uso profesional o empresarial. Interpretación por la AP Barcelona tras la sentencia del TJUE. Caso «Padawan»

La compensación por copia privada es conforme a Derecho siempre y cuando sea verosímil que el destino del equipo, soporte o material afectado por la misma sea para realizar una copia de una obra o prestación para uso privado. No es conforme a Derecho dicha compensación si se aplica indiscriminadamente a cualquier tipo de soporte o material con independencia del sujeto que lo compre. Presunción de uso privado de un soporte o material. SAP Barcelona 89/2011, de 2 de marzo (Sec. 15ª, rollo 822/2007-2ª).

La Sección 15ª de la AP Barcelona ha dictado en fecha 2.3.2011 su esperada sentencia sobre el denominado «Caso Padawan». Casi como cabía prever, la Sala ha revocado la sentencia de instancia y ha absuelto a la entidad demandada de las pretensiones ejercitadas contra ella por SGAE.

En el nº 3 de nuestro Boletín anunciábamos la sentencia del TJUE de 21.10.2010 (Caso C-467/08) en la que el tribunal se pronunciaba sobre la conformidad con el Derecho comunitario de la legislación española en materia de derecho de compensación económica a determinados titulares de derechos de propiedad intelectual sobre los equipos, soportes o materiales destinados a la realización de una copia privada de una obra o prestación.

Sobre la base de aquella sentencia, la Sala de lo Civil de la AP Barcelona establece lo siguiente en relación con el tema señalado.

La compensación equitativa por copia privada sólo puede resultar conforme al Derecho comunitario, y por ende, al TRLPI, si atiende a un «justo equilibrio» mediante el cual aquélla bus-

que compensar a los titulares de derechos por el perjuicio que les causa la realización «para uso privado» de copias de obras y prestaciones: no se pueden tener en cuenta dentro del concepto de esa «compensación equitativa» otros perjuicios como los que se deriven de «defraudaciones a los derechos de propiedad intelectual». Ello permite entender que una aplicación indiscriminada de la compensación a cualquier equipo, soporte o material digital destinado a la copia privada, con independencia de la finalidad a la que se destine, sería contrario a Derecho comunitario.

En consecuencia, la compensación (aplicada a soportes digitales) sólo está justificada si se ponen a disposición de aquellos particulares que presumiblemente vayan a utilizar dichos soportes o materiales con una finalidad privada, y no para realizar una actividad profesional.

El único perjuicio a compensar es el derivado del uso potencial de la copia privada, el cual «sólo» puede aplicarse, dice la Sala, a los soportes digitales destinados a un uso por parte de particulares, pudiendo «presumirse» en estos casos un «posible destino» a la copia privada.

En la medida en que el demandado pueda acreditar que vendió soportes, equipos o materiales a empresas y profesionales (respecto de los que no está justificada la presunción de que vayan a destinar dichos aparatos digitales a la copia privada), la pretensión de aplicar la compensación a «todos» los soportes y materiales digitales no respetará el «justo equilibrio» antes señalado.

Dado que en el procedimiento de referencia no se podía apreciar exactamente cuántos soportes o materiales se vendieron a particulares y cuántos a empresas o profesionales, la Sala estima el recurso de apelación formulado por la empresa distribuidora lo que viene a significar la desestimación de la demanda con expresa imposición de costas de la instancia a la parte actora.

Legitimación activa de una entidad de gestión para personarse en proceso civil sobre devolución de compensación por copia privada. Caso «Batch-PC»

Vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva el rechazo a que las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual puedan personarse en procedimientos sobre reclamación de la cantidad pagada como compensación por copia privada en los que no han sido emplazados. STC 123/2010, de 29 de noviembre (Sala 2ª, recurso de amparo 7402/2005).

El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Alcalá de Henares dictó sentencia en fecha 15.6.2005 por la que, estimando la demanda de juicio verbal interpuesta por el Sr. Cordero Corro, reconoció el derecho del demandante a que se le entregara la cantidad de 1,72 euros a la que ascendía la remuneración compensatoria por copia privada que había tenido que pagar al adquirir un pack de CDs. El argumento esgrimido por el Juzgado fue que dichos soportes no tenían que servir necesariamente para la reproducción de obras literarias, artísticas o científicas.

En julio de 2005, SGAE solicitó del Juzgado la notificación de la sentencia sobre la base de que ostentaba un interés legítimo en el resultado del proceso, dada su condición de entidad gestora de la remuneración prevista en el art. 25 TRLPI. Dicha solicitud le fue denegada por el Juzgado.

SGAE recurre en amparo, y alega que, en cuanto entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, tiene encomendada ex lege la efectividad del derecho de remuneración previsto en el art. 25 TRLPI, el cual tiene la condición de irrenunciable. Esta legitimación le atribuye un interés legítimo en acceder al procedimiento judicial, y la falta de notificación del mismo a las entidades concernidas implica una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El TC resuelve en el mismo sentido que ya lo hiciera en su sentencia 196/2009, de 28 de septiembre, y estima el recurso de amparo. Señala el Tribunal que la existencia de interés legítimo de la entidad gestora no implica que sea un «tercero procesal». Antes bien, ello significa que la entidad de gestión actúa para la defensa de un interés legítimo conferido por la ley para hacer efectivo el cobro del canon por reproducción de copia privada, derecho cuya titula-

ridad corresponde a todos y cada uno de los autores y editores afiliados a SGAE, no siendo éstos quienes litigan, sino indirectamente a través de la entidad de gestión.

Por lo demás, el Alto Tribunal hace prevalecer el principio pro actione, y, por tanto, descalifica interpretaciones excesivamente rigurosas o formalistas que se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. Así entiende que los términos del debate resuelto por la sentencia de instancia eran del

interés de la recurrente en amparo (SGAE), puesto que en dicha resolución se hacían aseveraciones que ponían en entredicho la eficacia y validez de la compensación por copia privada. Por todo ello, colige el Tribunal que el rechazo del Juzgado de instancia a la personación de SGAE en el proceso de referencia vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso. Se declara la nulidad de todo lo actuado desde la fecha de admisión de la demanda en adelante.

Plagio de formatos de programas de televisión. Caso «La Botica de la Abuela»

La semejanza en el contenido de dos programas de televisión no puede llevar a concluir que hay plagio. Una productora no tiene la cualidad de autor sobre sus grabaciones audiovisuales. Dominio público cultural consiste en identidad de contenidos en programas con un mismo contenido temático. STS (Sala 1ª) de 9.12.2010 (recurso de casación nº 1.062/2007).

El conflicto se suscita entre Keinu, S.L., como productora del programa «La Botica de la Abuela», y Borboleta Naturista, S.L., Antena 3 TV, S.A. y otros, como productora y entidad de radiodifusión del programa «La Botica de Txumari».

En esencia la controversia gira sobre la cuestión de si la estructura de dos programas, así como los decorados o puesta en escena, y el empleo de la «llave de la salud» como elemento singular, constituyen caracteres suficientes para defender la originalidad de un programa televisivo, y la tesis de que cualesquiera otros que guarden con el primero una sustancial similitud incurrir en plagio.

Hay que tener presente que la demandante registró varias marcas denominativas con la denominación «La Botica de la Abuela» y dos mixtas formadas por el dibujo de una llave con

dichas palabras. Asimismo, una de las entidades demandadas registró como marca la denominación «La Botica de Txumari» para servicios relacionados con programas de televisión.

También que los dos programas en liza tuvieron al mismo presentador (asimismo demandado; contratado en su momento por la demandante, si bien ambas partes pusieron fin a esa relación contractual de común acuerdo). Dicho presentador había cedido previamente a la demandante los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública sobre la obra audiovisual «La Botica de la Abuela». Con posterioridad a la terminación de la relación contractual entre la demandante y el presentador del programa, éste (junto con la sociedad de la que era propietario) fue contratado por Antena 3 TV, S.A. para producir y emitir un programa titulado «La Botica de Txumari».

Se alegaba por la demandante no sólo la lesión de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra audiovisual «La Botica de la Abuela», sino también la de sus derechos de marca sobre dicha denominación, así como que la emisión del programa «La Botica de Txumari» constituía un acto de competencia desleal.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron las pretensiones de la demandante. En concreto, y en lo que se refiere a la supuesta identidad de decorados y temática, la Audiencia consideró que había grandes diferencias entre ambos programas, aunque existían similitudes referidas a la temática, estructura del programa y decorados, todas ellas admisibles puesto que si el objeto de ambos programas era el mismo, necesariamente debía haber puntos en común, como, por ejemplo, el hilo conductor de los programas o los decorados (es lo que ocurre, dice la Audiencia, en los programas que tratan de cocina, hospitales, juicios, policías, etc.).

El TS desestima el recurso de casación formulado por la entidad demandante/apelante (limitado únicamente a cuestiones de propiedad intelectual y competencia desleal) sobre la base de los siguientes argumentos.

La Sala entiende que la declaración de plagio de una obra sólo corresponde hacerla al autor de la misma en la medida en que otra persona haya usurpado su condición de tal, mientras que la apelante únicamente tiene la condición de productor.

Por otra parte, la Sala Primera da por buena la conclusión del tribunal ad quem en el sentido de que el formato o estructura del programa alegado por la demandante no constituye una obra en términos de Derecho de autor. Antes bien, los elementos alegados como característicos o singulares son elementos comunes a toda serie o programa que trate sobre un mismo tema.

En cuanto a la comisión de actos de competencia desleal (en síntesis, la demandante sostenía que los dos programas tenían un mismo formato, modo de tratar los temas y ritmo de conducción, elementos identificativos todos ellos sustancialmente iguales, y que en atención a todas esas circunstancias se producía un riesgo de confusión en los destinatarios de ambos programas, así como un aprovechamiento de la reputación ajena), la Sala señala que las prácticas concurrenciales incómodas para los competidores no tienen por qué considerarse en sí mismas desleales. Continúa señalando que el artículo 6 LCD se refiere a medios de identificación o presentación de la empresa, de las prestaciones o de los establecimientos de otro agente económico en el mercado. Las formas creativas reputadas se protegerían por el artículo 12, mientras que el artículo 11 se referiría a la imitación de las iniciativas empresariales y de las prestaciones ajenas, entendidas éstas en el sentido de creaciones materiales.

En este contexto, puestos en comparación los títulos «La Botica de la Abuela» y «La Botica de Txumari» como forma de identificar a un programa de televisión, el Tribunal entiende que hay sustanciales diferencias entre ambos considerados aisladamente, lo que excluye cualquier comportamiento desleal. Específicamente en relación con el artículo 11 LCD, la Sala admite la posibilidad de que los patrones de diferenciación formal empleados para concluir la falta de originalidad del programa alegado por la demandante puedan servir igualmente desde la perspectiva de la competencia desleal. En suma, considera la Sala que los consumidores de programas televisivos sobre salud entienden que los programas confrontados son producidos por empresarios distintos, y que su parecido es usual y poco significativo, dada la temática a que ambos aluden. Por último, estima que el hecho de que uno y otro hayan utilizado el mismo presentador no es un factor que genere riesgo de error o aprovechamiento de la reputación de otro.

Cesación en el uso de dispositivos tipo videoconsola. Caso «PS-Jailbreak»

Si un dispositivo técnico o tecnológico no tiene por objeto principal la elusión de medidas de protección tecnológica, sino que incorpora o facilita otras prestaciones, no se infringe lo dispuesto en el artículo 160.2.c) TRLPI. Auto de oposición a medidas cautelares JM 8 de Barcelona de 7.12.2010 (medidas cautelares nº 724/10).

Por medio de auto de fecha 13.9.2010 el JM 8 de Barcelona adoptó medidas cautelares de cesación en el uso del dispositivo denominado «PS-JAILBREAK», al entender que su objeto era neutralizar las medidas tecnológicas de la consola SONY PLAYSTATION y de los soportes de sus videojuegos, para así facilitar la realización de actos que suponen infracciones del derecho de propiedad intelectual de las demandantes. El Juzgado adoptó la medida cautelar al considerar que el dispositivo «PS-JAILBREAK» facilitaba la piratería de videojuegos de la consola «PS-3» distribuido por las actoras. El auto extractado tiene por objeto discutir sobre el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas sobre la base de la nueva prueba pericial aportada por la entidad frente a la cual se adoptaron dichas medidas.

A este respecto, el Juzgado da por probado que, efectivamente, el dispositivo de los sujetos pasivos de las medidas cautelares facilita la elusión de mecanismos de control de copias. Sobre la base de la interpretación de los considerandos 47 a 49 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo, el Juzgado concluye que el límite de la elusión a las medidas tecnológicas estriba en que, como consecuencia de la aplicación de las medidas, se impida el funcionamiento normal de los equipos electrónicos y su desarrollo técnico. No obstante, esta protección jurídica debe respetar el principio de proporcionalidad, no debiendo prohibir aquellos dispositivos o actividades cuyo empleo o finalidad comercial principal (cursiva nuestra) no sea la de eludir la protección tecnológica con la intención de in-

fringir los derechos de propiedad intelectual.

Lo que se mantiene por las entidades que sufren las medidas cautelares es que el dispositivo «PS-JAILBREAK» no tiene por objeto principal desproteger juegos de la videoconsola «PS-3», sino que ésta sirve, además, para otros usos adicionales (p.e. posibilidad de hacer copias para uso privado de videojuegos, desarrollo de aplicaciones caseras para la videoconsola o desarrollo de aplicaciones que permitan instalar un sistema operativo Linux).

El Juzgado señala que debe evitarse que, al amparo de que pueden realizar también usos lícitos secundarios, se distribuyan productos cuya finalidad principal sea permitir que los usuarios puedan eliminar las medidas tecnológicas tendientes a proteger los derechos de propiedad intelectual. No obstante, yendo al material probatorio aportado, concluye que, tras los nuevos informes periciales presentados, la parte actora no acreditó suficientemente que el dispositivo litigioso tuviera como finalidad principal la elusión de medidas tecnológicas de protección (cfr. artículo 160.2.c) TRLPI). Por ello, reconoce el Juzgador a la parte demandada una apariencia de buen derecho, la cual impide considerar probado el requisito del *fumus boni iuris* en la parte demandante. En atención a este argumento, el Juzgado manda alzar las medidas cautelares inicialmente adoptadas. Nótese, no obstante, que el órgano jurisdiccional alza dichas medidas no porque el requisito del *fumus* no se dé en el solicitante de las medidas, sino porque también se da en aquel frente a quien se dirigen.

COMPETENCIA DESLEAL

Actos de confusión e imitación. Versión «cover» de fonograma preexistente. Caso «KNIFE MUSIC».

El uso de una grafía excesivamente pequeña en la indicación de quién es el artista que ha grabado una «cover version» puede suponer un acto desleal de confusión por la asociación que el público consumidor puede establecer con respecto al artista original. El aprovechamiento indebido referido a la imitabilidad como acto desleal no tiene por qué restringirse a la reproducción mecánica del ejemplar o producto, siempre que haya una reducción significativa de los costes de producción admisibles. STS (Sala 1ª) de 30.12.2010 (recurso de casación nº 1396/2006).

SONY BMG MUSIC ESPAÑA, S.L. es titular en exclusiva de los derechos de producción fonográfica sobre determinadas interpretaciones musicales. En el procedimiento que dio lugar a esta sentencia que se comenta, actuó de demandante, apelante y recurrente en casación. Por su parte, KNIFE MUSIC, S.L. editó y divulgó en 2003 un disco recopilatorio titulado «SUPER VERANO MIX 03» (formado por dos CDs), cuya descripción, verdadero meollo del recurso de casación, es como sigue: en la portada central se recogen con grandes letras la mención «SUPER VERANO MIX 03»; a continuación, por debajo, se disponen los títulos de varias canciones y la leyenda «¡Y muchos más», y a la derecha, en el interior de una estrella con muchas puntas, la expresión «37 super éxitos». En el reverso de la funda del disco se puede leer en franja vertical «SUPERVERANO MIX 03»; a su derecha en una primera columna vertical se listan las 20 canciones del CD 1, y más a la derecha, de igual modo, las 17 canciones del CD 2. Esta mención del reverso ocupa las 6/7 partes del espacio disponible. A continuación se indica la edición por KNIFE, la referencia al depósito legal y, por debajo de ambos, la expresión, en letra pequeñísima y ocupando únicamente la

mitad de la franja horizontal, que se calcula en 1/7 de la superficie total mencionada, «Todos los temas están interpretados por ROD'S BAND».

La productora fonográfica recurrente alega que esta última mención, tan diminutamente escrita, unido a la configuración textual del disco publicado por KNIFE MUSIC, no sólo constituye un acto de competencia desleal prohibido por el artículo 6 LCD (riesgo de confusión por asociación: en la medida en que la demandada/recurrente enuncia las canciones que contienen los CDs publicados, pero en ellos no se advierte suficiente y claramente que las obras musicales están interpretadas por artista diferente al que grabó la música original con la demandante/recurrente, sostiene ésta que se produce ese riesgo de asociación y consecuente confusión con las prestaciones «originales»), sino también un acto de imitación desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

La AP de Barcelona desestimó la apelación y confirmó la sentencia desestimatoria de la instancia bajo el argumento de que el riesgo de asociación era «harto aventurado», estimando

suficiente la mención de que los temas son interpretados por ROD'S BAND y no por los artistas «originales». Tampoco acogió la pretensión relativa a la imitación desleal.

En opinión de la Sala 1ª del TS, en cambio, y con respecto al primer reproche denunciado, KNIFE MUSIC sí incurre en un acto de confusión por la manera que ha empleado de mostrar al público consumidor la información acerca de cuáles son los artistas que interpretan las canciones originales que otros artistas ya hicieron famosas en grabaciones editadas precisamente por la actora/recurrente (SONY BMG MUSIC ESPAÑA). Así, entiende el Alto Tribunal que se utiliza una forma de presentación de la carátula del disco recopilatorio idónea para crear la representación mental en el consumidor de que compra el fonograma original.

Señala, asimismo, el Tribunal que el artículo 6 LCD, a diferencia del artículo 11 LCD, atiende más al efecto del acto desleal, es decir, a la confusión, que a su causa, la cual se describe con una amplia referencia a cualquier comportamiento. No cabe limitar el ámbito de aplicación de aquel precepto a una forma de presentación confusoria de dos formas de presentación, sino que el artículo 6 LCD se refiere, más bien, a la forma de ofrecer un producto en el mercado, lo cual genera (haciendo alusión expresa a la diminuta grafía empleada para anunciar que los temas están todos interpretados por ROD'S BAND) en la representación mental del potencial consumidor un riesgo de confusión con otro comercializado con anterioridad.

En lo que se refiere a la alegada infracción de un acto de imitación desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, la Sala 1ª señala que el artículo 11 LCD prohíbe las imitaciones de las creaciones materiales, es decir, de los productos con sus propias características. Trasladado este aserto a los hechos concretos

que se dilucidaban en el pleito significaba determinar si las interpretaciones que se incluyen en el disco recopilatorio «SUPER VERANO MIX 03», efectuadas por ROD'S BAND, constituyen una imitación de las interpretadas por los artistas originales grabadas por SONY BMG MUSIC ESPAÑA.

A este respecto, el Alto Tribunal señala que no cabe prohibir, sobre la base del artículo 11 LCD, las interpretaciones musicales que imiten las de otros artistas exitosos, aunque se parezcan mucho (las denominadas «cover versions»). La razón se encuentra en el principio de libre imitabilidad que propugna aquel precepto.

Si bien el motivo de recurso no es estimado, el Alto Tribunal efectúa una interesante interpretación del concepto «indebido» que acompaña al término «aprovechamiento». Esta interpretación amplía la hasta ahora estrecha comprensión de aquel adjetivo adoptada por la AP de Barcelona y otras audiencias. Concretando la controversia jurídica al ámbito de las reproducciones de fonogramas, la AP defendía que sólo había un aprovechamiento indebido cuando existía una reproducción mecánica a bajo coste de las grabaciones originales.

Sin embargo, para la Sala 1ª, siguiendo el criterio seguido por otras audiencias, no resulta razonable limitar al supuesto de reproducción mecánica el ámbito del precepto hasta el punto de excluir imitaciones «sin reproducción mecánica» en las que hay un alto grado de semejanza, por no decir identidad, aun cuando concurren variaciones inapreciables o referidas a elementos accesorios o accidentales, o diferencias de muy escasa relevancia, siempre que se den los elementos básicos de ahorro o reducción significativa de costes de producción o comercialización más allá de lo que se considera admisible para el correcto funcionamiento del mercado, y no hay una justificación para ello.

HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

Libertad de información y derecho al honor. Caso «Menor R.».

Emisión televisiva en la que aparece la menor que tuvo una relación sentimental con el principal imputado en el caso Marta del Castillo. Intromisión ilegítima en la imagen e intimidad de la menor. Conforme a la L.O. 1/1996 no basta un consentimiento regularmente emitido para legitimar la utilización de la imagen de un menor y la revelación de su intimidad cuando ello pueda ocasionar un perjuicio para su adecuado desarrollo personal, intelectual y moral. SJPI nº 13 de Sevilla de 11.1.2011 (procedimiento ordinario 851/2009).

La menor R. mantuvo una relación sentimental con el principal encausado en el denominado caso «Marta del Castillo». A raíz de esta circunstancia dicha menor fue objeto de informaciones y noticias que se difundieron rápidamente en periódicos locales, nacionales y en Internet. Su imagen apareció sin pixelar y diversos aspectos de su relación sentimental con Miguel Carcaño fueron hechos públicos.

En este contexto, una cadena de televisión invitó a la menor a asistir a un programa en directo, al que acudió acompañada por su madre, y en el que fue entrevistada. En este programa la imagen de la niña no fue pixelada y se incidió en aspectos de su relación con Miguel Carcaño que ya habían sido hechos públicos con anterioridad en otros medios de comunicación.

Tras la difusión de este programa, el Ministerio Fiscal presentó una demanda contra la cadena de televisión y las productoras. Se alegó por el Ministerio público que el hecho de la difusión de la imagen de la menor, así como la de ciertos comentarios sobre su vida y relación con el principal encausado en la desaparición de Marta del Castillo, constituían una intromisión ilegítima en la imagen e intimidad de aquella, sin que a

esta consecuencia jurídica pudiera obstar que constase por escrito su consentimiento, así como el de su madre, a aparecer en el plató de televisión. El Ministerio Fiscal apoya sus pretensiones en la redacción del artículo 4.3 de la L.O. 1/1996, el cual deroga, en su opinión, lo dispuesto en el artículo 3 de la L.O. 1/1982 respecto del consentimiento otorgado por los menores.

Las entidades demandadas alegan básicamente la existencia de un interés informativo; que la imagen de la menor ya era conocida; y, en suma, que ésta tenía suficientes condiciones de madurez para otorgar válidamente su consentimiento a los fines de autorizar la captación de su imagen y su participación en el programa televisivo antes mencionado.

Como se había cuestionado por las partes la legitimación activa del Ministerio Fiscal para formular la demanda, el Juez aclara, en primer término, que dicha legitimación existe ex artículo 4.4 de la L.O. 1/1996, tratándose de un supuesto de legitimación legal por sustitución que no se halla supeditada a trámites o consentimientos previos. Esa legitimación no anularía, ni perjudi-

caría la que tuviesen los representantes legales del menor:

Yendo al fondo del asunto, el Juez entiende que no basta un consentimiento regularmente emitido para legitimar la utilización de la imagen de un menor y la revelación de su intimidad cuando ello pueda ocasionar un perjuicio para su adecuado desarrollo personal, intelectual y moral. En concreto, el órgano jurisdiccional entiende acreditado que hubo una intromisión ilegítima en la intimidad de la menor por el hecho de que no se le informara previamente del contenido de las preguntas que se le iban a formular; ni de su derecho a que su imagen no fuera reconocible en pantalla, así como por el tipo de preguntas que se le formularon relativas a aspectos sexuales sobre su relación con Miguel Carcaño que precisamente son los que la menor no quería que se supieran.

Por este motivo, concluye el Juez, más allá de la percepción subjetiva de la menor existe un menoscabo objetivo de su reputación y un perjuicio a sus intereses. A su juicio, lo que se valora en el artículo 4.3 de la L.O. 1/1996 es el riesgo actual, e incluso potencial, sobre la honra o reputación del menor; de forma tal que es sufi-

ciente con que la utilización de su imagen «pueda» suponer un menoscabo para entender que ha habido intromisión ilegítima en la imagen, honor o intimidad del menor. En opinión del Juez, el legislador ha optado en el caso de los menores de edad por adelantar la tutela al momento de la potencialidad dañosa, sin que sea preciso esperar al daño real ocasionado, siendo suficiente con que la utilización de la imagen de la menor pueda implicar una merma o perjuicio, configurándose como una «suerte de ilícito civil de peligro abstracto», siendo la «objetiva potencialidad dañosa lo que hace nacer el ilícito».

Por último, y respecto a la posibilidad de aplicar la teoría del reportaje neutral, el Juez la desestima sobre la base de que el interés del menor en que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal es un límite infranqueable a la libertad de expresión y al derecho a comunicar libremente información veraz. Dicho de otro modo, la protección de la intimidad y la imagen de un menor es un principio superior del Ordenamiento frente al que no cabe oponer ningún otro derecho o libertad, ni siquiera los de libertad de expresión e información.

DERECHO HIPOTECARIO

Ejecución hipotecaria. Insuficiencia del valor del bien adjudicado tras subasta pública para cubrir el total de la deuda garantizada. No procede continuar el procedimiento en busca de bienes adicionales del deudor.

El ejecutante debe contentarse con el valor de la finca dada en garantía fijado en la escritura de constitución del préstamo hipotecario. El hecho de que se le adjudique la finca subastada por un valor inferior a aquel es circunstancial. Auto de la AP (Sec. 2ª) de Navarra de 17.12.2010 (rollo nº 74/2010).

Un banco ejecuta la garantía hipotecaria que tenía constituida a su favor ante el impago del préstamo hipotecario correspondiente, solicitando del tribunal que se saque a subasta pública la finca hipotecada. Al declararse desierta la subasta, se adjudicó la finca al banco ejecutante por importe de 42.895 euros. Como dicha cantidad no bastaba para cubrir el importe del préstamo solicitado más los intereses, costas y gastos acordados, la entidad financiera solicitaba del órgano jurisdiccional encargado de la ejecución que ésta prosiguiese a fin de encontrar bienes del ejecutado suficientes para cubrir la cantidad total adeudada la cual distaba mucho de aquellos reconocidos 42.895 euros. Dicha petición fue denegada por el Juzgado de instancia, que admitió únicamente la continuación de la ejecución respecto de las costas y de la liquidación de intereses, decisión que es objeto de apelación.

La AP de Navarra resuelve confirmando la resolución impugnada. A juicio de la Audiencia, si bien la petición del banco ejecutante no constituye un abuso de derecho, puesto que la Ley le permite solicitar que continúe la ejecución respecto de otros bienes del demandado, no se muestra de acuerdo con la afirmación del

ejecutante en el sentido de que la finca tiene un valor intrínseco inferior a la deuda reclamada. El desacuerdo, germen de la desestimación del recurso, se encuentra en la propia valoración que, de la finca hipotecada, efectuó la entidad bancaria ejecutante en la escritura de constitución de la hipoteca. Dicha tasación ascendió a 75.900 euros, siendo la cuantía del préstamo otorgado de 71.225,79 euros: así se hizo constar en la escritura de constitución del préstamo hipotecario. El recurso de apelación descansa sobre la consideración de que dicho valor tasado inicialmente no se corresponde con el valor actual de la finca, y que, por ello, debe acordarse continuar la persecución de otros bienes del deudor hipotecario hasta satisfacer completamente la deuda para la que se constituyó la garantía hipotecaria.

Al respecto, la Sala comparte la opinión de la juzgadora de instancia en el sentido de que el valor tasado de la finca a efectos de la subasta, fijado en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada, siendo circunstancial que la cantidad por la que se adjudicara al ejecutante fuera inferior (de 42.895 euros, según se ha indicado).

La novedad de esta resolución judicial reside en que, al margen de consideraciones jurídicas, la Audiencia pone de manifiesto a la entidad financiera ejecutante el rechazo moral (que no jurídico) a que ésta venga a instar la continuación de la ejecución con el argumento de la pérdida de valor de la finca objeto de la garantía,

cuando no sólo fue la propia entidad ejecutante la que fijó su valor; sino que la pérdida que haya experimentado es únicamente achacable a la crisis económica originada por la mala praxis del sistema financiero del que aquella forma parte.

Ejecución hipotecaria. Insuficiencia del valor del bien adjudicado tras subasta pública para cubrir el total de la deuda garantizada. Procede continuar el procedimiento en busca de bienes adicionales del deudor.

El ejecutante tiene derecho a ejecutar otros bienes del deudor distintos de los dados en garantía. No cabe calificar de abusiva la petición del acreedor en tal sentido. Auto de la AP (Sec. 3ª) de Navarra de 28.I.2011 (rollo nº 92/2010).

Este otro auto de la Audiencia Provincial de Navarra decide de forma completamente distinta a la del auto anteriormente extractado. Los hechos enjuiciados se pueden resumir del siguiente modo.

La entidad ejecutante concedió en su momento un préstamo a los ejecutados por cantidad de 180.000 euros, en garantía del cual se hipotecó una vivienda que se tasó en 203.000 euros. Expresamente constaba en la escritura de hipoteca la responsabilidad universal de los deudores con otros bienes distintos del hipotecado.

Ante la falta de pago del crédito principal garantizado, el acreedor hipotecario solicita la ejecución del bien dado en garantía, presentando demanda ejecutiva en reclamación de la cantidad de 181.846,43 euros, por la que el Juez despachó ejecución. Tras los trámites procesales oportunos, se adjudicó la vivienda objeto de garantía a la entidad ejecutante por la cantidad de 137.350 euros, tras quedar desierta la primera subasta.

Como dicha cantidad no cubría aquella por la que se despachó ejecución, la entidad acreedora solicitó del Juez que se continuara la ejecución por la diferencia (44.496,43 euros).

La petición fue denegada por auto. Se mantuvo por el Juzgador de instancia que la solicitud de perseguir otros bienes de los deudores ejecutados era «abusiva», puesto que el crédito de la entidad acreedora debía entenderse satisfecho por el solo hecho de que se le hubiese adjudicado a ésta en remate el bien dado en garantía. Desde la óptica del enriquecimiento sin causa, no podía alegarse el menor valor del bien adjudicado como excusa para continuar la ejecución de otros bienes, cuando había sido el propio acreedor ejecutante quien había efectuado la tasación del bien en la escritura de constitución del crédito hipotecario. Este auto fue objeto de recurso de apelación.

La Sala critica duramente diversos aspectos y

expresiones empleadas por el auto recurrido, y en concreto, su argumentación sobre el abuso de derecho.

Para empezar, la Sala, no siguiendo en absoluto la tesis expuesta por la Sección 2ª del mismo órgano jurisdiccional, que acabamos de extraer en líneas precedentes, entiende que sobre la base de los artículos 1911 CC y 579 LEC, el acreedor tiene derecho a perseguir otros bienes del deudor cuando los ya ejecutados no basten para satisfacer el monto de la deuda garantizada. Según la Sala, ambos preceptos son claros y terminantes al establecer el principio de la responsabilidad universal del deudor, cuyo objeto evidente es estimular «el cumplimiento voluntario de las obligaciones» y servir «para garantía del acreedor».

La Sala esgrime la conocida jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en virtud de la cual en las ejecuciones hipotecarias efectuadas al amparo de la legislación hipotecaria no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de la tasación, siempre y cuando los trámites procesales se hayan seguido escrupulosamente y el remate se haya aprobado judicialmente.

Antes bien, continúa la Sala, la Jurisprudencia ha reservado la doctrina del enriquecimiento injusto en subastas judiciales a supuestos en los que el bien se hubiese adjudicado al acreedor incluyendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación. No se ha aplicado esta doctrina, así pues, cuando hay una divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación aun cuando dicha diferencia hubiese sido notable (ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue irrisorio y absolutamente desproporcionado). Para que se aprecie la existencia de un enriquecimiento ilícito por parte del acreedor el aumento patrimonial debe carecer de toda razón jurídica, es decir, no debe concurrir en él justa causa, entendiéndose que si el beneficio ha sido obtenido porque una norma lo autoriza, o en virtud de un negocio jurídico válido y eficaz entre acreedor y deudor, no cabe hablar en absoluto de enriquecimiento injusto o sin causa.

En suma, no cabe calificar como abusiva la reclamación del acreedor de proseguir la ejecución sobre otros bienes del deudor a fin de cubrir la diferencia entre la cantidad por la que se despachó ejecución y el importe por el que se le adjudicaron los bienes gravados.