

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Objeto del derecho. Forma de expresión. Uso de las ideas. Juegos.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª

FECHA: 11-10-2007

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Portal del Consejo General del Poder Judicial de España, por <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>

OTROS DATOS: Sentencia 190/2007

SUMARIO:

"El juego presentado se puede englobar dentro de las loterías, ya que el resultado ganador será elegido al azar. El juego consiste en rellenar un boleto, realizando una marca o cruz como mínimo, en cada una de las cinco columnas de que consta dicho boleto, pudiéndose marcar más de una cruz por columna, con lo que se conseguiría una jugada múltiple. Una vez realizadas las marcas o cruces oportunas, se estaría en disposición de entrar al juego, mediante la validación del boleto en los lugares establecidos a tal efecto. Cada cierto período de tiempo se efectuará un sorteo, del que saldrá una combinación ganadora, que permitirá el reparto de premios a todos los boletos que coincidan con la misma, o que tengan un número de fallos igual o superior a dos que dicha combinación ganadora. Se establecerán tres categorías de ganadores, con cero fallos, con un fallo y con dos fallos, entre las cuales se repartirán en igual cantidad el montante recaudado destinado al efecto. La cuantía de los premios será variable, dependiendo del número de acertantes, y del global de jugadas computadas en el período de tiempo establecido. En caso de no haber ningún boleto que coincida con la combinación ganadora, el premio correspondiente se acumulará para un próximo sorteo".

[...]

"Conviene precisar, como punto de partida, que el recurrente pretende conferir a la inscripción que consiguió en su día en el Registro de la Propiedad Intelectual [...] una eficacia que no es la que legalmente le corresponde. Ésta ni conlleva carácter constitutivo ni acarrea la presunción de originalidad de lo inscrito, dada la limitada calificación que acomete el registrador al respecto (que simplemente califica una apariencia de obra y de titularidad, pero no analiza de forma exhaustiva, ni tendría posibilidad de hacerlo -dado el ingente caudal de obras preexistentes y la falta de accesibilidad al mismo al no ser obligatoria la inscripción-, si es susceptible de protección ni si quién se afirma su autor lo es realmente). La existencia de la obra y la atribución de derechos sobre la misma no deriva de la inscripción registral sino del hecho mismo de su creación por parte de su autor [...], operando el registro como medio de prueba de que tal creación existía al tiempo de

su presentación al Registro. Pretender atribuir otra eficacia al hecho de la inscripción en materia de propiedad intelectual supone desconocer la regulación básica en esta materia”.

“El depósito por parte del demandante en el Registro de la Propiedad Intelectual de las bases de la «Lotería Elegida», del tenor literal antes expuesto, no significa, tampoco, que aquél venga a ostentar una suerte de exclusiva sobre la ideación de todos los juegos de azar que consideren diversas variables aleatorias (según el posicionamiento de unas cifras) sobre las que deba operar una selección del apostante, pues lo que es susceptible de propiedad intelectual, y por tanto de protección a través de la legislación que la tutela, es la obra literaria, artística o científica, pero no las ideas, los conocimientos o la información expresadas a través de tales obras [...] Así, el artículo 9-2º del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, Anexo 1-C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (conocido, abreviadamente, como ADPIC), reproduciendo literalmente lo previsto el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor aprobado por la Conferencia Diplomática de Ginebra de diciembre de 1996, establece que «... La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí». Las simples ideas, al no ser susceptibles de apropiación por ser patrimonio común de la humanidad (siendo su utilización esencial para el desarrollo social, cultural, económico y científico), no pueden, cualquiera que fuere su grado de originalidad, ser objeto de tutela dentro de la órbita de los derechos de autor. Para que pueda gozar de dicha protección es necesario que la idea como tal se haya plasmado de forma relativamente estructurada en algún medio de expresión formal, sin que la simple coincidencia de ideas resulte trascendente a los efectos de las acciones de tutela de los derechos de propiedad intelectual”.

COMENTARIO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9,2 del ADPIC, la protección por el derecho de autor abarca las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. Una disposición similar figura en el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT). Con fundamento en esos principios, el artículo 7 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, por ejemplo, aclara que *“queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras”,* de modo que *“no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”.* Tales son las razones por las cuales los juegos en sí mismos, como métodos de operación, no gozan de protección por el derecho de autor. Por otra parte, en el caso que se reseña se trató de invocar dicha protección basándose en un registro que se había obtenido en relación a tal *“obra”,* es decir, al juego de azar. En ese sentido lo primero a señalar es que de acuerdo al Convenio de Berna, *“el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra”* (art. 5,2), de manera que el registro solamente tiene efectos declarativos y no constitutivos de derechos. Y lo segundo es que aún existiendo el registro, éste no da fe de la condición de autor por parte de quien se presenta como tal, ni de la originalidad de lo que inscribe como obra. Ello es así porque, como lo destaca el fallo en comentarios, no existe en derecho de autor, ni podría existirlo, ningún examen previo de registrabilidad para determinar la autoría o la originalidad, como sí sucede en las áreas que conforman la propiedad industrial (con relación a la novedad de las soluciones técnicas o la eficacia diferenciadora de los signos marcarios, por ejemplo), de manera que el registro en derecho de autor solamente puede dar fe de la identificación del presentante y del hecho de la consignación de algún ejemplar que, de acuerdo al

dicho del solicitante, contiene una obra, pero sobre lo cual la oficina registral no prejuzga, de suerte que no es esa formalidad la que le otorga tutela al bien intelectual, sino la apreciación acerca de su originalidad en la forma de expresión, cuestión a ser determinada en caso de conflicto por la autoridad competente para resolver las controversias sobre la materia en el país donde se reclame la protección. © Ricardo Antequera Parilli, 2008.

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 29 de julio de 2005 por la representación de D. Luis contra ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE), en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que se dictase sentencia por la que:

"1º- Se declare que mi mandante es el único, exclusivo y legítimo titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra descrita en el cuerpo de esta demanda.

2º- Se condene al demandado a estar y pasar por esta declaración.

3º- Se condene al demandado a l pago al demandante de la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. Cantidades cuyos criterios se fijarán en sede de ejecución de sentencia en la medida de que mi mandante no dispone de los medios para apreciar su base de cálculo.

4º- Y la condena al pago de las costas de este juicio"

Requerido por el Juzgado el actor fijó la cuantía del apartado 3º del "petitum" en 90.000 euros.

SEGUNDO. Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Madrid dictó sentencia, con fecha 25 de julio de 2006, cuyo fallo era el siguiente:

"Desestimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos de Grado Viejo actuando en nombre y representación de D. Luis absuelvo a la entidad

Organización Nacional de Ciegos de España de las pretensiones que contra la misma se formulaban mediante la demanda. Todas las costas causadas se imponen a la parte actora."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Luis se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por parte de la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE), ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 11 de octubre de 2007.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El apelante asevera en su recurso que la sentencia de primera instancia no ha sabido valorar que él es el autor de una obra original, denominada "Lotería Elegida", porque así lo certifica la calificación jurídica del Registro de la Propiedad Intelectual, sosteniendo, por remisión a lo que alegaba en su demanda, que el juego "El Combo", que patrocina la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE) es tan similar a aquél que supone una vulneración de sus derechos de autor.

Este tribunal ha procedido a comprobar que las bases del juego "Lotería Elegida", depositadas en noviembre de 1994 por el Sr. Luis, que

constituyen el texto registrado por el demandante (folios nº 23 a 31 de autos), son - en su primera página, al que acompañan cuatro más con ejemplos de jugadas y de adjudicación de premios- del siguiente tenor literal:

"El juego presentado se puede englobar dentro de las loterías, ya que el resultado ganador será elegido al azar. El juego consiste en rellenar un boleto, realizando una marca o cruz como mínimo, en cada una de las cinco columnas de que consta dicho boleto, pudiéndose marcar más de una cruz por columna, con lo que se conseguiría una jugada múltiple. Una vez realizadas las marcas o cruces oportunas, se estaría en disposición de entrar al juego, mediante la validación del boleto en los lugares establecidos a tal efecto. Cada cierto período de tiempo se efectuará un sorteo, del que saldrá una combinación ganadora, que permitirá el reparto de premios a todos los boletos que coincidan con la misma, o que tengan un número de fallos igual o superior a dos que dicha combinación ganadora. Se establecerán tres categorías de ganadores, con cero fallos, con un fallo y con dos fallos, entre las cuales se repartirán en igual cantidad el montante recaudado destinado al efecto. La cuantía de los premios será variable, dependiendo del número de acertantes, y del global de jugadas computadas en el período de tiempo establecido. En caso de no haber ningún boleto que coincida con la combinación ganadora, el premio correspondiente se acumulará para un próximo sorteo".

SEGUNDO.- Conviene precisar, como punto de partida, que el recurrente pretende conferir a la inscripción que consiguió en su día en el Registro de la Propiedad Intelectual (artículos 144 y 145 del TR la LPI) una eficacia que no es la que legalmente le corresponde. Ésta ni conlleva carácter constitutivo ni acarrea la presunción de originalidad de lo inscrito, dada la limitada calificación que acomete el registrador al respecto (que simplemente califica una apariencia de obra y de titularidad, pero no analiza de forma exhaustiva, ni tendría posibilidad de hacerlo -dado el ingente caudal de obras preexistentes y la falta de accesibilidad al mismo al no ser obligatoria la

inscripción-, si es susceptible de protección ni si quién se afirma su autor lo es realmente). La existencia de la obra y la atribución de derechos sobre la misma no deriva de la inscripción registral sino del hecho mismo de su creación por parte de su autor (artículos 1 y 5 de la LPI), operando el registro como medio de prueba de que tal creación existía al tiempo de su presentación al Registro. Pretender atribuir otra eficacia al hecho de la inscripción en materia de propiedad intelectual supone desconocer la regulación básica en esta materia.

TERCERO.- El depósito por parte del demandante en el Registro de la Propiedad Intelectual de las bases de la "Lotería Elegida", del tenor literal antes expuesto, no significa, tampoco, que aquél venga a ostentar una suerte de exclusividad sobre la ideación de todos los juegos de azar que consideren diversas variables aleatorias (según el posicionamiento de unas cifras) sobre las que deba operar una selección del apostante, pues lo que es susceptible de propiedad intelectual, y por tanto de protección a través de la legislación que la tutela, es la obra literaria, artística o científica, pero no las ideas, los conocimientos o la información expresadas a través de tales obras (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992, de 7 junio de 1995 y de 26 noviembre de 2003). Así, el artículo 9-2º del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, Anexo 1-C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (conocido, abreviadamente, como ADPIC), reproduciendo literalmente lo previsto el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor aprobado por la Conferencia Diplomática de Ginebra de diciembre de 1996, establece que «... La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí». Las simples ideas, al no ser susceptibles de apropiación por ser patrimonio común de la humanidad (siendo su utilización esencial para el desarrollo social, cultural, económico y científico), no pueden, cualquiera que fuere su grado de originalidad, ser objeto de tutela dentro de la órbita de los derechos de autor. Para que pueda gozar de

dicha protección es necesario que la idea como tal se haya plasmado de forma relativamente estructurada en algún medio de expresión formal, sin que la simple coincidencia de ideas resulte trascendente a los efectos de las acciones de tutela de los derechos de propiedad intelectual.

El problema estriba en que el demandante no se ha ceñido en su demanda a interesar la protección de su texto inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual sino que viene a invocar una tutela, en su favor, de las ideas subyacentes a él (como lo demuestra su argumento y el del dictamen pericial matemático que acompaña a su demanda - folios nº 21 y 22 de las actuaciones-, de que "la idea básica de los juegos es la misma"), lo cual no es viable en el campo de la Propiedad Intelectual, que ciñe el ámbito de protección a la forma de expresión externa de la creación y no a la idea que está detrás de ella.

CUARTO.- El juego de la "Lotería Elegida", según el texto de bases registrado por el actor, y "El Combo" que patrocina la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE) se asemejan, eso es cierto, en la idea que los inspira, pero es que el demandante carece al respecto de derecho alguno de exclusiva que le permita impedir a los demás que desarrollen sus propios juegos de azar, aunque resulten similares en cuanto a los criterios matemáticos que, en última instancia, los inspiren (de hecho, en la misiva que el actor envió a la ONCE en agosto de 2001 - folio Nº 32 de autos- reconocía la similitud de su juego con el de la Lotería Primitiva). Resulta semejante que en ambos el apostante pueda elegir libremente una serie de números del 0 al 9 para componer su apuesta, que puede ser simple o múltiple, y que la cuantía de los premios dependerá de la recaudación y del número de acertantes, pudiendo generarse un bote para próximos sorteos en caso de falta de acertantes. Se trata, sin embargo, de circunstancias susceptibles de constituir lugar común en juegos de esa índole (como ocurre en la Lotería Primitiva – folios Nº 119 a 145 de las actuaciones-, el Trío - folios nº 83 a 87 de autos- o incluso las quinielas), carentes por tanto de singularidad creativa, por lo que no

constituyen la referencia apropiada para sustentar un reproche de infracción de derechos de propiedad intelectual como el que se postulaba en la demanda.

QUINTO.- Lo relevante sería atender a sus posibles coincidencias en lo que constituye su plasmación formal y no limitarse a la comparación de la idea que los inspira. Lo que significa atenerse a lo que resulta del texto depositado en el registro por el actor y en ese plano puede afirmarse, por contraste de las bases de la "Lotería Elegida" (folios Nº 23 a 31 de autos) con el reglamento regulador de "El Combo" (incorporado a los folios Nº 88 a 108 de autos), que ambos juegos de azar difieren de modo significativo, resultando reseñables, cuando menos, sus diferencias en el diseño de los boletos, en la mecánica del juego y en el modo de reparto de los premios. Así, en la "Lotería Elegida" las referencias son: 1º) existen una serie de números insertos en casillas cuadradas colocadas en cinco columnas; 2º) la apuesta se marca realizando una cruz, como mínimo, en cada una de las cinco columnas; y 3º) se prevén tres categorías de premios con cero fallos, con un fallo y con dos fallos, entre las cuales se repartirán en igual cantidad el montante recaudado. En cambio, "El Combo" se caracteriza por lo siguiente: 1º) está formado por siete bolas, seis de ellas agrupadas en tres filas (base, centro y vértice) formando un triángulo y otra más adyacente; 2º) la apuesta consiste en la elección por el concursante de un número entre el 0 y el 9 para cada una de las seis bolas que forman el triángulo y de otro, entre el 1 y el 15, para la bola adicional; cada combinación de seis números para las bolas del triángulo y de un número para la bola adicional constituye una apuesta; el jugador puede realizar apuestas múltiples marcando del modo adecuado la correspondiente bola, y además, en función de la posición y número de bolas marcadas, varía el número de apuestas; y 3º) se prevén seis categorías de premios (pleno más combola, pleno, triple - acierto, en su orden, de las tres bolas base del triángulo-, doble - acierto, en su orden, de las tres bolas base del triángulo -, reintegro -acierto de las bola vértice del triángulo- y combola); se destina a premios el 50% de la recaudación de cada uno de los sorteos; y existen dos tipos de

premios, de cuantía fija (los de categoría 6ª a 4ª) y variable (para los de categoría 3ª a 1ª), siendo los de esta última los que dependerán del número de las apuestas jugadas y de las acertadas (se descuentan los premios fijos y se reparte el 75 % para la categoría 1ª, el 10 % para la 2ª y el 15 % para la tercera, y posteriormente por partes iguales dentro de cada categoría). Por lo tanto la desestimación de la demanda fue una decisión correcta, al no haber cometido la parte demandada una infracción de derechos de propiedad intelectual del demandante que justificase su interposición.

SEXTO.- *Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como se prevé en el nº 1 del artículo 398 de la LEC.*

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Luis contra la sentencia dictada el 25 de julio de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Madrid, en el juicio ordinario Nº 425/2005 del que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas derivadas de esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.