

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Formatos de programas de televisión. Marco conceptual. Idea y forma de expresión. Originalidad en la forma de expresión.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª

FECHA: 31-7-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 15030370042010100319. Actualización: 9-6-2012.

OTROS DATOS: Recurso 693/2009. Sentencia 375/2010.

SUMARIO:

“El formato televisivo lo podríamos definir como una obra del ingenio humano, que incorpora una estructura o forma original, constituida por una predeterminada unión o secuencia de elementos, que constituyendo el esqueleto de un programa televisivo, ya sea éste un magazine, un game show, un talk show o un quiz-show, permiten su puesta en escena, así como individualizarlo de otros del mismo género”.

“Dicho en una expresión gráfica, el formato viene a constituir el manual de instrucciones o receta para la producción de una obra audiovisual. El envoltorio de la idea, como se ha definido por la doctrina”.

“En el medio televisivo se admiten las dos modalidades a las que se refiere la sentencia apelada, es decir el «paper format» y el «tv program format». El primero es el documento en el que se incluyen elementos necesarios para la producción de un programa, tales como la descripción de la idea en la que se basa, el título, la ordenación general de secuencias, puesta en escena, la duración estimada, los destinatarios del programa, la franja horaria de emisión, decoración, presentadores, presupuesto, merchandising etc. Mientras que el segundo, se refiere al conocimiento y experiencias adquiridas a través de dicha producción, abarcaría guiones, presentadores, parodias ejecutadas, planos, consultoría etc.”.

“Los formatos televisivos son objeto cada vez más de un importante tráfico en el ámbito del sector audiovisual, en el seno del cual proliferan los negocios jurídicos directamente encaminados a obtener los derechos derivados de su explotación, de manera tal que los autores de los mismos venden o licencian sus derechos a empresas

distribuidoras o productoras, que a su vez celebran contratos con las distintas televisiones para su emisión”.

“Basta la simple observancia de un programa televisivo para comprobar cómo en los títulos de crédito se hace expresa referencia a la persona creadora y titular de dichos formatos”.

[...]

“Desde el punto de vista estrictamente patrimonial, y como hemos visto, el formato viene a constituir un producto de indiscutible valor económico, cuya adquisición por parte de una empresa televisiva, directamente o a través de una productora, que cuenta con tales derechos, deviene indiscutible, en tanto en cuanto recoge el esqueleto o estructura de un programa, los elementos necesarios para desarrollarlo, en no pocas ocasiones ya ensayados y, por lo tanto, avalados por el éxito de audiencia”.

“De esta forma, la empresa televisiva se evita los gastos y riesgos que provienen de la puesta en escena de un nuevo programa que, en no pocas, ocasiones, tiene que ser retirado de antena por su escasa importancia en los índices de audiencia, máxime si se emite en un prime time”.

[...]

“No existe en el ámbito de la legislación de propiedad intelectual un solo precepto que prevea expresamente la protección del formato televisivo”.

“Ahora bien, ello no significa que se encuentre huérfano de cualquier clase de tutela jurídica, en tanto en cuanto el formato puede ser considerado como una creación original del ser humano, susceptible de ser expresada a través de un medio o soporte, tangible o intangible, encajando con ello en la definición que contempla el art. 10.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, siendo la enumeración que contiene dicho precepto meramente ejemplificativa, sin constituir una relación cerrada o numerus clausus, que vede el ejercicio de las acciones tendentes a la obtención de tutela judicial, cuando se violen o sean desconocidos los derechos de su autor”.

“No parece coherente que si son susceptibles de generar derechos de propiedad intelectual los bocetos, es decir los esquemas o proyectos en que se bosqueja cualquier obra, el apunte general previo a la ejecución de una obra artística, no quepa dispensar la protección a un formato televisivo, cuando también es objeto de tutela legal el guión y argumento de una obra audiovisual conforme al art. 87.2 de la LPI. Si podemos asimilar el formato al argumento de una obra audiovisual no vemos las razones para excluirlo del manto protector de dicha Disposición General”.

[...]

“No obstante, la protección jurídica del formato requiere que concurra el requisito de la originalidad, es decir que sea consecuencia de la inventiva de su autor y que conforme una novedad, una obra del ingenio humano inédita, o dicho en otras palabras una aportación innovativa, que sea reflejo de un esfuerzo creativo”.

[...]

“Un formato está compuesto por un conjunto de elementos, cuya sucesión, secuencias o combinación, puede constituir un producto de la creatividad humana suficientemente elaborado y original para merecer protección jurídica. La originalidad, en este caso, no sería predicable a los distintos elementos individuales que lo conforman, sino a la combinación de los mismos, a su organización estructural y siempre, insistimos, que aporten una novedad, que permita su individualización”.

[...]

“No se protege lo que puede ser patrimonio común, que integra el acervo cultural o que está al alcance de todos ...”.

[...]

“Es necesario igualmente tener en cuenta que las ideas consideradas en abstracto no son susceptibles de protección por la LPI, en cuanto constituyen meros planes o disposiciones que se ordenan en la fantasía, o en el pensamiento de un sujeto. No es acreedor de protección jurídica, dentro del ámbito de la propiedad intelectual, el mero pensamiento o una concepción mental no manifestada. Otra cosa es su expresión, es decir su plasmación en la realidad a través de una obra, su concreción o exteriorización. Desde esta perspectiva, los titulares de un formato no venden una mera idea, sino la forma de llevarla a la práctica. Las ideas son libres, monopolizarlas supondría limitar de forma ilícita la libertad de creación. No son, por lo tanto, protegibles las ideas no exteriorizadas, las que son de dominio público, las muy generales, cosa distinta serían las complejas, las originales, las innovadoras y en tanto en cuanto se exteriorizan a través de una forma externa de expresión, es decir cuando sean susceptibles de percepción ajena. En cualquier caso, además, cuando estén debidamente trabajadas o desarrolladas y cuenten con la suficiente originalidad”.

COMENTARIO: No obstante las interesantes reflexiones del fallo que se reseña, es necesario formular una precisión conceptual, ya que los juzgadores definen al formato televisivo “como una obra del ingenio humano”, es decir, partiendo de la dudosa premisa de que todo formato es una creación intelectual protegida por el derecho de autor, aunque posteriormente se aclare que para gozar de esa protección es indispensable el cumplimiento del requisito de la originalidad. En efecto, no hay dudas en que hay numerosos programas televisivos que se basan en elementos muy básicos, si se quiere banales y carentes de toda originalidad, como los *talk shows*, los de entrevistas a personajes, los concursos de artistas aficionados o los de belleza y los de simples preguntas y respuestas, etc., cuyos elementos pueden considerarse comunes y, por tanto, ayunos de originalidad. Por el contrario, hay otros formatos de suma complejidad y cuyo licenciamiento no sólo puede alcanzar al esquema en sí mismo, sino también, por ejemplo, al uso de determinados

software y bases de datos, a la asesoría en la producción del programa, al *know how* (más allá de los derechos de propiedad intelectual como tales), etc., lo que ha permitido licenciar este tipo de programas bajo la modalidad de franquicias. El tema de los formatos de televisión plantea entonces el problema de dilucidar si se trata de obras protegidas por el derecho de autor, pues muchos de ellos se debaten entre la idea y la forma de expresión. El asunto se centra entonces en el formato como tal a la luz del derecho de autor. Si se trata de una idea, por muy genial que sea, no estará protegida por esta disciplina, sin perjuicio de la tutela que pueda invocarse a través de otras figuras como la competencia desleal, el enriquecimiento sin causa o la revelación de secretos empresariales, etc. En cambio, si la idea cobra una forma de expresión concreta con características de originalidad, ya se estará en la órbita del derecho de autor, incluso en el caso en que dicha originalidad se encuentre en la particular selección o disposición de elementos preexistentes no protegidos en sí mismos como obras. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

En A CORUÑA, a treinta y uno de julio de dos mil diez.

Vistos por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, integrada por los señores que al margen se relacionan los presentes autos de juicio ORDINARIO Nº 377/08, sustanciado en el JUZGADO DE LO MERCANTIL DE A CORUÑA, que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes de una como DEMANDANTES APELANTES ATOMIS MEDIA, S.A Y OUTRIGHT DISTRIBUCIÓN LTD, representados en primera y segunda instancia por la Procuradora Sra. Miranda Osset, y de otra como DEMANDADOS APELADOS TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A. Y CTV, S.A., representado el primero, en ambas instancias por la Procuradora Sra. Villar Pispieiro y con la dirección del Letrado Sr. Bernal Vizoso y el segundo representado en ambas instancias por la Procuradora Sra. Flores Rodríguez y con la dirección del Letrado Sr. Lema Devesa; versando los autos sobre PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA DESLEAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por el JUZGADO DE LO MERCANTIL DE A CORUÑA, con fecha 29-7-09. Su parte dispositiva literalmente dice: FALLO: "Que desestimo la demanda formulada por la Procuradora Sra. MIRANDA OSSET en

nombre y representación de ATOMIS MEDIA S.A. y OUTRIGHT DISTRIBUCIÓN LTD contra TELEVISION DE GALICIA S.A. y contra CTV S.A. a las que absuelvo de los pedimentos deducidos en su contra, con imposición de las costas procesales a la parte demandante".

SEGUNDO.- *Contra la referida resolución por los demandante, se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.*

TERCERO.- *Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: *El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, por mor del recurso de apelación interpuesto radica en la demanda formulada por la entidad ATOMIS MEDIA S.A. y OUTRIGHT LTD. contra TELEVISIÓN DE GALICIA S.A. y la productora CTV S.A. El objeto del procedimiento radica en la alegada infracción de los derechos de propiedad intelectual de las actoras, así como de la realización por las codemandadas de actos de competencia desleal.*

En síntesis la demanda se funda en que ATOMIS S.A. es la titular exclusiva de los derechos de explotación para la producción en España del formato británico WHAT KIDS

REALLY THINK, que ha adquirido de la codemandante *OUTRIGHT* que, a su vez, es licenciataria en exclusiva de la empresa *WADELL MEDIA LIMITED*, titular de dicho formato original. *ATOMIS* ha realizado tres adaptaciones del formato británico en el territorio español, para la *TELEVISIÓN DE CATALUÑA S.A. (TV3)*, bajo el título:

"NO EM RATLLIS", para la *TELEVISIÓN AUTÓNOMA DE MADRID (TELEMADRID)* con el programa *"NO TE ENROLLES"* y para la *SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A.U. (en adelante, TVE)* con el programa *"YA TE VALE"*.

La emisión de la primera adaptación en España del formato inglés, realizada por ATOMIS S.A., se efectuó por la TV3, en el programa "NO EM RATLLIS", que comenzó a emitirse el 15 de noviembre de 2006, basado en el formato británico. De igual forma, el 5 de octubre de 2007, se emite, bajo la misma producción y formato, por TELEMADRID, el programa "NO TE ENROLLES". El 30 de marzo de 2008 la TVG emitió, por primera vez, el programa "O PAÍS DOS ANANOS", que considera por la actora como un plagio del formato inglés, producido en España por ATOMIS S.A. El 11 de abril de 2008, e igualmente bajo el formato litigioso, se produce por ATOMIS, el programa de la TVE, "YA TE VALE".

Se señala, en el escrito de demanda, que las demandadas han infringido los derechos de propiedad intelectual de las actoras, al haber plagiado el formato británico desarrollado en España por ATOMIS en los mentados programas televisivos, en "O PAÍS DOS ANANOS", indicando expresamente que: "las demandadas no han aportado ningún elemento original que haga del citado programa algo diferente, ningún esfuerzo se ha realizado para intentar alejarse del formato e idea original de mis principales, más bien al contrario, se ha buscado asemejarse al mismo, con evidente propósito de aprovecharse de la reputación alcanzada por mis mandantes, realizándose así por las demandadas un programa idéntico al producido por ATOMIS y licenciado por OUTRIGHT".

Igualmente se sostiene en la demanda que el comportamiento de las demandadas, no sólo ha infringido tales derechos de propiedad intelectual, sino que también viola la legislación de competencia desleal, al constituir actos contrarios a la buena fe y de imitación con aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

La demanda se basa en lo normado en los arts. 1, 2, 10, 48, 86 y ss. y 138 TRPI y en los arts. 11.2, 6, 12 y 5 de la Ley de Competencia Desleal, en su redacción vigente al tiempo de interposición de la demanda, el 30 de junio de 2008.

En el escrito rector del proceso se postulaba la condena de las demandadas a que:

A) Que se declare que CTV y TVG han infringido los derechos de propiedad intelectual sobre el formato "WHAT KIDS REALLY THINK y sus adaptaciones en España, como consecuencia de la producción, emisión y, en general, por la explotación del programa "O PAÍS DOS ANANOS".

B) Que se declare asimismo que las demandadas han incurrido en actos de competencia desleal (ex. artículos 11.2, 6 y 12 LCD o, subsidiariamente, ex art. 5 LCD), como consecuencia de la producción, emisión y, en general, por la explotación del referido programa "O PAÍS DOS ANANOS".

C) Se condene a las demandadas:

1) A estar y pasar por dichas declaraciones.

2) A cesar y abstenerse de realizar en el futuro la producción, emisión, o cualquier otra forma de explotación del programa "O PAÍS DOS ANANOS", así como cualquier otro basado en el formato WHAT KIDS REALLY THINK o sus adaptaciones en España.

3) A retirar de los medios de comunicación e internet cualquier programa "O PAÍS DOS ANANOS" e información sobre el mismo y recabar la retirada de los medios a que la parte demandada haya facilitado dichos capítulos o información.

4) A indemnizar de manera solidaria a la parte actora, en concepto de daño material en 57.284 euros por el número total de episodios del programa "O PAÍS DOS ANANOS" producidos y/o emitidos. Así como 200000 euros por daños morales o cantidad judicialmente señalada. Los intereses legales y procesales que resulten procedentes.

5) La publicación a costa de la parte demandada de la sentencia (parcial o íntegramente), en los medios que se reseñan.

Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña desestimando la demanda con imposición de las costas de primera instancia a la parte actora, contra dicho pronunciamiento judicial se interpuso el presente recurso de apelación, cuya decisión nos corresponde.

SEGUNDO: El 18 de agosto de 2005 WADDELL MEDIA LIMITED celebra un contrato con SCREENTIME PARTNERS LIMITED, por mor del cual la primera, atribuyéndose la propiedad y control exclusivo de todos los derechos sobre el concepto original del formato denominado "What Kids Really Think, acuerda con la otra contratante que actúe como su agente exclusivo para la explotación y venta de licencias del formato.

En dicho contrato se señala, expresamente, bajo el epígrafe "Agencia", que WADDELL MEDIA LIMITED concede SCREENTIME el derecho exclusivo a conceder Derechos en licencia a licenciarios en el Territorio (todo el mundo, con exclusión del Reino Unido) durante el Plazo (3 años a contar desde el acuerdo, con opción de ampliación por otros tres años, que se prorrogará automáticamente en cualquier país en que Screentime tenga una licencia vigente hasta que caduque). Se define al licenciario (pág 630), como "cualquiera cadenas, productoras, compañías de merchandising, anunciantes u otros a los que SCREENTIME conceda derechos de licencia".

SCREENTIME asumía obligaciones tales como conceder licencias a licenciarios,

comercializar y explotar el formato, asegurando que los productos de los licenciarios sean de primera calidad. Se abstendrá de introducir modificaciones sustanciales en el formato sin el consentimiento de WADDELL. Prestará a los licenciarios servicios adecuados de consultoría de producción ejecutiva, con preferencia a prestarlos por WADDELL.

A consecuencia de lo pactado, ésta última entidad cobraba un porcentaje de todos los ingresos derivados de la explotación de los derechos sobre el formato, y la prestación de servicios de producción ejecutiva y el suministro de equipo de producción se cobraría por separado al licenciario.

Por su parte WADDELL se comprometía a garantizar la propiedad y control del formato, así como a suministrar los materiales incluidas la Biblia de Producción, fotogramas y logotipos (ver documento 6 y 6 bis de la demanda éste último traducción).

Obra en autos otro contrato, con las mismas cláusulas, entre WADDELL MEDIA y OUTRIGTH (anteriormente SCREENTIME) de 4 de agosto de 2008, por tres años, susceptible de prórroga (f 321), con una retribución a favor de WADDELL del 65% de todos los ingresos derivados de la explotación de los Derechos sobre el Formato (f 323). Es importante la reproducción de la estipulación 6ª, titulada "Contabilidad", en la que se afirma que Outright abrirá una cuenta bancaria independiente en la que se acreditarán todos los ingresos generados en relación con el Formato. "Todos los ingresos acreditados en esta cuenta se calificarán de fondos en trust y se mantendrán en trust a favor de Waddell y Outright como beneficiarios".

En definitiva, es cierto que en el contrato se emplea el término agencia, ahora bien, no deja de serlo también que, en momento alguno, OUTRIGTH contrata en nombre de WADDELL, sino que lo hace en nombre propio, atribuyéndose la condición de licenciante. Por otra parte, no se le cede contractualmente, y de forma exclusiva, tan sólo la comercialización, sino también la explotación del formato,

prohibiéndosele que introduzca modificaciones sustanciales en el mismo sin el consentimiento de WADDEL (3.2), pactándose que prestará a los licenciatarios servicios de consultoría (3.5), se le garantiza por WADDELL la propiedad y control del Formato (4.1), así como se le facilitan todos los materiales, incluida la biblia de producción (4.2). Los ingresos se reputan fondos en trust, considerándose ambas empresas como beneficiarias.

Por su parte, obra en autos, como documento 12 de la demanda (f 801), declaración jurada de WADDELL JANNINE VICTORIA, directora ejecutiva y administradora de WADDELL LTD, en cuyo contenido se ratificó en el acto del juicio, en el cual consta: "que los derechos de autor, fondo de comercio y otros derechos, sobre y en relación con el formato de la serie de televisión What Kids Really Think en territorio español fueron cedidos por WADDELL MEDIA a OUTRIGHT DISTRIBUTION LTD, el día 18 de agosto de 2005", la cual insistió, en la vista del juicio, como resulta de la grabación en CD, que cedieron a OUTRIGHT los derechos de explotación del formato, y que en España es la titular exclusiva de tales derechos, y que WADDELL no los podría ceder directamente en España sin la intervención de OUTRIGHT.

Por otra parte, en la cláusula 6.1, se habla de que los ingresos generados en relación con el formato se calificarán como fondos en trust y se mantendrán a favor de ambas entidades WADDELL y OUTRIGHT como beneficiarias, la cláusula 9 señala que se rige el contrato de conformidad con la legislación de Inglaterra.

Es conocida la importancia que, como instrumento económico y jurídico, ostenta el trust en el mundo anglosajón, en el que settlor (otorgante) transmite un derecho a otra persona (Trustee) para que controle y administre el mismo, en beneficio de otro (beneficiary), en este caso ambas entidades, y no de un tercero, todo ello unido a un particular sistema en su funcionamiento con la transmisión de la propiedad.

Por todo ello, no podemos negar legitimación activa a la entidad OUTRIGHT, la cual no sólo no se la niega WADDELL MEDIA LTD, titular del formato, sino que expresamente se la reconoce. En la tesis puesta no vemos razones para que tal negocio jurídico no entre dentro de lo normado en el art. 48 de la LPI, de manera tal que el cesionario ostente legitimación, con independencia de la titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido".

TERCERO: *Pues bien, el 31 de julio de 2006 (documentos 7 y 7 bis, f 655 y ss.) SCREENTIME PARTNERS LIMITED (hoy OUTRIGHT) y ATOMIS MEDIA S.A. celebran un contrato, por mor del cual la primera de las mentadas personas jurídicas, atribuyéndose la condición de licenciante, señala que tiene la propiedad o el control exclusivo en el Territorio de determinados derechos de autor correspondientes al formato de la serie de televisión WHAT KIDS REALLY THINK, producida originalmente por WADDELL MEDIA en Irlanda del Norte para la BBC del RU, y que el licenciatario desea adquirir la licencia y el licenciante desea conceder en licencia, de determinados derechos para producir la Serie basada en el Formato, en idioma autorizado para la emisión Televisiva de la Serie (integrada como mínimo por doce programas de televisión de una duración aproximada de una hora comercial por episodio), en idioma español o cualquier otra lengua oficial hablada en España, siendo éste el territorio contractual de la licencia.*

También se convino un plazo de vigencia del contrato de 24 meses, con un periodo optativo adicional de otros 12 meses. Los derechos sobre el territorio serían exclusivos, y el canon de la licencia pactado de 2000 euros episodio. Como material de entrega se comprendería la denominada biblia de producción entre otros.

Con sujeción a la cláusula 2.6 el licenciante concede al licenciatario una licencia para producir la Serie en el Idioma Autorizado de conformidad con las Directrices de Producción, así como transmitir y emitir (o autorizar la

transmisión o emisión) de la Serie por medio de Emisión Televisiva con sujeción al Máximo Número de Transmisiones por episodio de la Serie (f 661). Igualmente se pactó el derecho del licenciario a introducir cambios menores en el formato a los efectos de adaptarlo a los requisitos del territorio.

Se deberá incluir en todas las copias: "Formato ideado por WADDELL MEDIA" y "Formato licenciado por Screentime Partners".

En la cláusula 16.1 se indicaba que el contrato era personal para el licenciario y redundaba en beneficio exclusivo del mismo, y el licenciario se abstendrá de ceder, transmitir, sublicenciar, subdistribuir ... las obligaciones que corresponden a este contrato".

El 31 de julio de 2007 se celebra un contrato similar ya entre OUTRIGHT DISTRIBUTION LTD. y ATOMIS MEDIA S.A. por un plazo de 21 meses, relativa a la serie integrada por un mínimo de 12 programas, en iguales términos, con opción de ampliación, siendo el canon de licencia de 2200 euros por programa, con una garantía mínima de 13.200 euros. También se firma un contrato entre las mismas partes el 26 de marzo de 2008 (765), por una serie de televisión integrada por un mínimo de 8 programas por un periodo de 36 meses (f 766).

El 20 de septiembre de 2006 se celebró un contrato entre la Televisión de Cataluña S.A. (TVC), ATOMIS MEDIA S.A. y SOMOS SON SLU, en el expositivo del mentado contrato, consta que las productoras han propuesto a TVC un proyecto de producción de un programa titulado provisionalmente "NO EM RATLLIS", que está basado en un formato de SCREENTIME PARTNERS LIMITED, titulado "What kids really think", que ATOMIS tiene asignado un contrato de licencia para la producción en España del citado programa, que TVC está interesada en su producción y desea contratar los servicios de dichas productoras, siendo su objeto la transmisión a TVC, por parte de las PRODUCTORAS, de los derechos patrimoniales, de explotación y propiedad intelectual del programa (13 espacios entre 50 y 60 minutos) y de los

derechos que la Ley de Propiedad Intelectual otorga al productor de obras y grabaciones audiovisuales. Las productoras se comprometen a aportar su trabajo, industria y materiales, personas y servicios necesarios (estipulación 1.2) en los términos indicados, siendo las aportaciones de TVC la explotación semanal del plató, diseño y construcción del decorado, creación del grafismo, vestuario de la presentadora, ambientación, maquillaje, guionista Beth Solé entre otras.

Como características del contrato se señalan: Programa de entrevistas (talk Show) de tono divertido y amable, presentado por Lorena, que habla con niños y niñas para averiguar lo que piensan de las cosas que preocupan a los adultos: dinero, empleo, la pareja, política... Cada semana habrá en el plató unos 25 niños de 6 a 11 años de cualquier parte de Cataluña, que expondrán sus opiniones sobre un tema de interés social y de actualidad. También habrá dos invitados adultos, personajes conocidos, quienes mantendrán diálogo claro y divertido con los niños, en el transcurso del programa se emitirán datos estadísticos.

ATOMIS garantizaba que había adquirido el formato del programa, los derechos de propiedad intelectual sobre el título del programa correspondía a TVC.

Se pactó igualmente que durante la vigencia del contrato las productoras sólo podrían producir programas de similares características y contenido para las televisiones autonómicas, siempre que el idioma sea diferente al catalán y sean emitidos en el ámbito de la comunidad autónoma y no sean presentados por Lorena, que debían contratar las productoras (f 874).

La vigencia del contrato fue hasta el 25 de febrero de 2007 en que estaba prevista la entrega del último episodio el 13. Como contraprestación se pactó una retribución de 55.094 euros más IVA por programa, que será pagada a SOMOS SON, siendo ésta responsable de pagar a ATOMIS MEDIA S.A. la cantidad pactada entre ellas (f 878).

Se convino que en los títulos de crédito figurase: "Una producción de Televisión de Cataluña con la colaboración de SOMOS.SON SLU y ATOMIS MEDIA, con formato original de WADDEL MEDIA y SCREENTIME PARTNERS.

Y, por último, en la cláusula 12.3 la PRODUCTORA cede y transmite a TVC los derechos de propiedad intelectual y de explotación del PROGRAMA, en cualquier forma o soporte, con las limitaciones de la cláusula 12.1.

Se ha acreditado igualmente que SCREENTIME PARTNERS LIMITED, cambió su denominación social por la de OUTRIGHT DISTRIBUTION LIMITED.

Se celebra un nuevo contrato con las mismas partes el 1 de junio de 2007 (f 889) para la producción de 15 programas más, siendo la fecha prevista de vigencia del mismo el 19 de diciembre de 2007, elevándose la prestación de TVC a 58.094 euros por programa.

Otro contrato de igual naturaleza se firma el 8 de mayo de 2007 entre TELEMADRID, VIDEOPLANING S.L. y ATOMIS MEDIA S.A. para la producción del programa "No te enrolles", basado en el formato original "What kids really think", creado por WADDELL MEDIA y distribuido por OUTRIGHT DISTRIBUTION, que consistirá en diversas entrevistas efectuadas por menores a personajes de actualidad sobre temas de interés social, con una duración de 50 minutos, pactándose la producción y realización de 13 programas, debiendo los menores tratarse de niños entre 6 y 11 años de colegios de Madrid, que dirán y opinarán lo que piensan sobre temas que preocupan a los adultos. Se pactó una retribución de 58.663,15 euros por programa IVA excluido, la factura se emitirá a ATOMIS MEDIA S.A. por interés de ambas empresas contratantes con TELEMADRID, las cuales garantizan contar con los necesarios derechos de explotación de la propiedad intelectual o derechos afines en su caso para que TELEMADRID explote los programas en los

términos convenidos, en especial en lo referente al formato sobre este programa.

Igualmente se ceden a TELEMADRID con carácter de exclusiva todos los derechos de Propiedad Intelectual, Industrial e Imagen que le correspondan con respecto a los programas, por un periodo de 18 meses. En los títulos de crédito se pactó figurase: "Producido por ATOMIS MEDIA S.A. Y VIDEOPLANING S.L. PARA TELEMADRID, BASADO EN UN FORMATO ORIGINAL DE WADDEL MEDIA y OUTRIGHT DISTRIBUTION.

El 7 de abril de 2008 se celebra otro contrato entre TVE SAU y ATOMIS MEDIA S.A. para la emisión del programa "YA TE VALE" (f 782 y ss.), el objeto es la colaboración en la producción de una serie de programas con tal título basado en el formato original de WADDELL MEDIA, titulado: "What kids really think", en número de 15 de una duración aproximada de una hora, siendo de cargo de la productora las prestaciones descritas en el apartado 2 de dicho contrato. Se pactó que TVE S.A. en su condición de productora de la serie de programas ostentará en exclusiva, con facultad de cesión a terceros, los derechos de explotación audiovisuales, así como del nombre y marca comercial "YA TE VALE".

Pues bien, se cuestiona la legitimación de ATOMIS S.A., que derivará de los derechos que le sean cedidos por OUTRIGHT, los cuales debemos determinar con base a los contratos suscritos entre ambas entidades a los que antes hicimos referencia. Así las cosas, conforme al expositivo B), del contrato de licencia de formato de 31 de julio de 2006 (por error se tradujo 2006), ATOMIS desea adquirir en licencia, y el licenciante desea conceder en licencia, determinados derechos para producir la Serie basada en el Formato. Los derechos en el idioma y territorio son exclusivos de ATOMIS (cláusula 10, pág. 695).

Los derechos concedidos son para producir la serie en el idioma autorizado, transmitir o emitir la Serie o autorizarlas, con sujeción al número de transmisiones por episodio de la Serie. El licenciario (ATOMIS S.A.) tendrá derecho a

introducir cambios menores en el formato. En caso de cambios importantes requerirá consentimiento del licenciante, y cuando el cambio sea susceptible de cesión, lo cederá al licenciante conforme al art. 2.5 del anexo (f 699). El licenciatarario hará que cualquier ampliación, cambio y modificación importante se cedan por cualquier tercero que participe en el desarrollo o producción de la Serie, junto con la renuncia de derechos morales. Todos los derechos que no se conceden específicamente quedan excluidos del ámbito de la licencia, y se los reserva el licenciante (2.7 anexo, pág. 699). El licenciatarario notificará al licenciante cualquier infracción o vulneración en el Territorio o en otro lugar de derechos establecidos en este contrato que llegue a su conocimiento y prestará su plena colaboración con el licenciante para impedir y retener dichas infracciones (6 e) del anexo). Nada de lo estipulado conferirá al licenciatarario derechos de propiedad intelectual sobre el Formato, con independencia de que tales derechos correspondan a ampliaciones, que son del licenciante, las cuales están y estarán bajo su control (7.1 anexo, pág 702).

ATOMIS S.A. es propietaria de los derechos de propiedad intelectual de la Serie y a cualquier copia en cinta de vídeo u otra copia, reproducción o formato que se incorpore a la Serie (7.2, pág. 703).

Ahora bien, una cosa es la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre el formato y otra bien distinta que el cesionario no esté legitimado activamente frente a las actuaciones de terceros que lesionen su derecho en exclusiva a la explotación de la obra, como aquéllas otras que incidan en su derecho exclusivo como es, por ejemplo, el plagio.

En cualquier caso, el art. 19 de la LCD, con cuya base igualmente se acciona, confiere legitimación activa a Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal".

CUARTO: La Ley no exige que la cesión se otorgue en escritura pública, basta, conforme al art. 45 LPI, que se formule por escrito. La Ley de 1879 no contenía ninguna disposición al respecto. En su art. 6 simplemente se limitaba a permitir, tanto la transmisión inter vivos como mortis causa de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, el Reglamento sí se ocupó de la forma, y así, en su art. 9, normaba: "Toda transmisión de la propiedad intelectual, cualquiera que sea su importancia, deberá hacerse constar en documento público, que se inscribirá en el correspondiente Registro, sin cuyo requisito el adquirente no gozará los beneficios de la Ley".

La protección se basaba en la inscripción, y para ésta se exigía documento público.

Ya desde 1987, como resulta del preámbulo, párrafo 15, de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual: "el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual no está sujeto a requisitos formales de ningún tipo". Con ello la inscripción devino facultativa, como así resulta igualmente del actual art. 145.1 del TRLPI, que señala que: "podrán ser objeto de inscripción en el Registro...", es decir convirtiendo la misma como meramente potestativa.

En definitiva, en la nueva legalidad, constituida por el actual TRLPI, se mantiene tal cambio de orientación. Según resulta de su art. 1 la protección de la Ley no deriva de la inscripción registral, sino de la creación de la obra. Y el art. 45 para la cesión inter vivos sólo exige la formalización escrita, sin requerir el otorgamiento de ninguna clase de documento público. Es por ello, que debemos considerar en tal extremo que el Reglamento no se encuentra vigente, al haber sido sustituida su regulación normativa por lo dispuesto en la nueva ley, ya no sólo posterior en el tiempo, sino lo que es más importante de mayor grado jerárquico normativo (art. 6 de la LOPJ).

QUINTO: Resueltas las cuestiones precedentes, a los efectos decisorios de la presente controversia, hemos de partir de unas consideraciones o premisas previas,

necesarias para la decisión del presente litigio, cuales son las relativas al concepto y susceptibilidad jurídica de los formatos televisivos para su protección por la Legislación de propiedad intelectual, a su distinción con las ideas, carentes de tal tutela, al necesario requisito de la originalidad y a la determinación de la existencia del plagio.

5.1 Concepto e importancia del formato televisivo. -

El formato televisivo lo podríamos definir como una obra del ingenio humano, que incorpora una estructura o forma original, constituida por una predeterminada unión o secuencia de elementos, que constituyendo el esqueleto de un programa televisivo, ya sea éste un magazine, un game show, un talk show o un quiz-show, permiten su puesta en escena, así como individualizarlo de otros del mismo género.

Dicho en una expresión gráfica, el formato viene a constituir el manual de instrucciones o receta para la producción de una obra audiovisual. El envoltorio de la idea, como se ha definido por la doctrina.

En el medio televisivo se admiten las dos modalidades a las que se refiere la sentencia apelada, es decir el "paper format" y el "tv program format". El primero es el documento en el que se incluyen elementos necesarios para la producción de un programa, tales como la descripción de la idea en la que se basa, el título, la ordenación general de secuencias, puesta en escena, la duración estimada, los destinatarios del programa, la franja horaria de emisión, decoración, presentadores, presupuesto, merchandising etc. Mientras que el segundo, se refiere al conocimiento y experiencias adquiridas a través de dicha producción, abarcaría guiones, presentadores, parodias ejecutadas, planos, consultoría etc.

Los formatos televisivos son objeto cada vez más de un importante tráfico en el ámbito del sector audiovisual, en el seno del cual proliferan los negocios jurídicos directamente encaminados a obtener los derechos derivados

de su explotación, de manera tal que los autores de los mismos venden o licencian sus derechos a empresas distribuidoras o productoras, que a su vez celebran contratos con las distintas televisiones para su emisión.

Basta la simple observancia de un programa televisivo para comprobar cómo en los títulos de crédito se hace expresa referencia a la persona creadora y titular de dichos formatos.

Y así, por ejemplo, la propia productora demandada CTV S.A. adquirió los derechos del formato de la entidad ZZJ S.A. del programa denominado "MENUA NOCHE", por contrato formalizado en documento privado de 25 de abril de 2006 (doc 6 de la contestación), en cuyo expositivo III se hace constar expresamente que: "Dada la acogida y audiencia por la emisión de "MENUA NOCHE" CTV está interesada en obtener los derechos de propiedad intelectual necesarios para la realización de 13 episodios", siendo el objeto de dicho negocio jurídico la utilización del formato por el programa Pequeño Gran Show, en las condiciones pactadas, ajenas a este proceso. En los propios títulos del referido programa emitido por la TVG expresamente se hacía constar: Basado en el programa MENUA NOCHE, una idea original de ZZJ.

Desde el punto de vista estrictamente patrimonial, y como hemos visto, el formato viene a constituir un producto de indiscutible valor económico, cuya adquisición por parte de una empresa televisiva, directamente o a través de una productora, que cuenta con tales derechos, deviene indiscutible, en tanto en cuanto recoge el esqueleto o estructura de un programa, los elementos necesarios para desarrollarlo, en no pocas ocasiones ya ensayados y, por lo tanto, avalados por el éxito de audiencia.

De esta forma, la empresa televisiva se evita los gastos y riesgos que provienen de la puesta en escena de un nuevo programa que, en no pocas, ocasiones, tiene que ser retirado de antena por su escasa importancia en los índices de audiencia, máxime si se emite en un prime time.

5.2 De la protección jurídica del formato televisivo.-

No existe en el ámbito de la legislación de propiedad intelectual un solo precepto que prevea expresamente la protección del formato televisivo.

Ahora bien, ello no significa que se encuentre huérfano de cualquier clase de tutela jurídica, en tanto en cuanto el formato puede ser considerado como una creación original del ser humano, susceptible de ser expresada a través de un medio o soporte, tangible o intangible, encajando con ello en la definición que contempla el art. 10.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, siendo la enumeración que contiene dicho precepto meramente ejemplificativa, sin constituir una relación cerrada o *numerus clausus*, que vede el ejercicio de las acciones tendentes a la obtención de tutela judicial, cuando se violen o sean desconocidos los derechos de su autor.

No parece coherente que si son susceptibles de generar derechos de propiedad intelectual los bocetos, es decir los esquemas o proyectos en que se bosqueja cualquier obra, el apunte general previo a la ejecución de una obra artística, no quepa dispensar la protección a un formato televisivo, cuando también es objeto de tutela legal el guión y argumento de una obra audiovisual conforme al art. 87.2 de la LPI. Si podemos asimilar el formato al argumento de una obra audiovisual no vemos las razones para excluirlo del manto protector de dicha Disposición General.

5.3 Del imprescindible requisito de la originalidad.-

No obstante, la protección jurídica del formato requiere que concurra el requisito de la originalidad, es decir que sea consecuencia de la inventiva de su autor y que conforme una novedad, una obra del ingenio humano inédita, o dicho en otras palabras una aportación innovativa, que sea reflejo de un esfuerzo creativo. La novedad subjetiva como

manifestación de la originalidad se circunscribe a ámbitos determinados como a los programas de ordenador (Directiva 91/250/CEE).

La Ley protege una obra en la medida que constituya una novedad, ya sea ésta en su concepción como en su ejecución. No obstante, es necesario también que sea relevante, que tenga altura creativa (*gestaltungshöhe*) de la que habla la doctrina alemana, de entidad tal que sea susceptible de protección jurídica y, por lo tanto, de propiedad exclusiva y excluyente de su autor.

En este sentido, se expresa la STS de 24 de junio de 2004 cuando señala: "Según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador. En cualquier caso, es exigible que esa originalidad tenga una relevancia mínima...". En definitiva, la falta de originalidad suficiente priva a una obra de la protección que dispensa la LPI.

No se protege lo que puede ser patrimonio común, que integra el acervo cultural o que está al alcance de todos (en este sentido, STS 20-02-1992, 26-10-1992, 17-10-1997, 26-11-2003).

Sin embargo, tal y como expresa la STS de 26 de noviembre de 2003, "no importa la idea, ni si los datos históricos reflejados eran conocidos, o novedosos; lo relevante es la forma original de la expresión".

Un formato está compuesto por un conjunto de elementos, cuya sucesión, secuencias o combinación, puede constituir un producto de la creatividad humana suficientemente elaborado y original para merecer protección

jurídica. La originalidad, en este caso, no sería predicable a los distintos elementos individuales que lo conforman, sino a la combinación de los mismos, a su organización estructural y siempre, insistimos, que aporten una novedad, que permita su individualización.

5.4 Las ideas y su expresión.-

Es necesario igualmente tener en cuenta que las ideas consideradas en abstracto no son susceptibles de protección por la LPI, en cuanto constituyen meros planes o disposiciones que se ordenan en la fantasía, o en el pensamiento de un sujeto. No es acreedor de protección jurídica, dentro del ámbito de la propiedad intelectual, el mero pensamiento o una concepción mental no manifestada. Otra cosa es su expresión, es decir su plasmación en la realidad a través de una obra, su concreción o exteriorización. Desde esta perspectiva, los titulares de un formato no venden una mera idea, sino la forma de llevarla a la práctica. Las ideas son libres, monopolizarlas supondría limitar de forma ilícita la libertad de creación. No son, por lo tanto, protegibles las ideas no exteriorizadas, las que son de dominio público, las muy generales, cosa distinta serían las complejas, las originales, las innovadoras y en tanto en cuanto se exteriorizan a través de una forma externa de expresión, es decir cuando sean susceptibles de percepción ajena. En cualquier caso, además, cuando estén debidamente trabajadas o desarrolladas y cuenten con la suficiente originalidad.

En este sentido, la STS de 26 de octubre de 1992 señala que "es opinión común en la doctrina científica que no constituye objeto de la propiedad intelectual ni las ideas que después se plasman en la obra ni el estilo seguido o creado por el autor".

Las ideas son previas a su plasmación en una obra. La misma idea puede ser desarrollada de forma distinta por parte de dos autores diferentes. En este sentido, podríamos decir que las ideas son genéricas y los formatos concretos.

5.5 Concepto de plagio.- En el caso presente, la parte actora atribuye a las entidades demandadas haber plagiado el formato del programa de la BBC WHAT KIDS REALLY THINK, titularidad de WADDEL MEDIA LTD, cuyos derechos fueron cedidos para España a OUTRIGTT, que, a su vez los licenció a ATOMIS S.A. La actora viene a sostener, como fundamento de su demanda, que el programa de la TVG, producido por CTV, carece de originalidad, o potencialidad creativa propia, conteniendo unos valores estéticos e intelectuales hurtados. Ello nos lleva a tratar el tema de lo que entiende la jurisprudencia por plagio, y el proceso comparativo que es necesario seguir para su determinación.

Como señala la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, constituida por las SSTS de 28 de enero de 1995, 17 de octubre de 1997, 23 de marzo de 1999 y 26 de enero de 2003: "por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual. No procede (produce) confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior. Por todo lo cual, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales".

Por su parte, la STS de 18 de diciembre de 2008 señala que: *El sentido general del plagio se centra en la copia sustancial, como actividad material mecanizada y poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad (SSTS de 28 de enero de 1995, 17 de octubre de 1997 y 23 de marzo de 1999) y no constituye plagio cuando son dos obras distintas y diferenciables aunque tengan puntos comunes de exposición (STS de 20 de febrero de 1992) y no se da un pleno calco y copia (STS de 28 de enero de 1995) aunque tengan "múltiples e innegables coincidencias" (STS de 7 de junio de 1995) que se refieran, no a coincidencias estructurales básicas y fundamentales, sino "accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales" (STS de 28 de enero de 1995 y 23 de marzo de 1999).*

O dicho en palabras de la STS de 23 de octubre de 2001, *plagio será la "copia en lo sustancial de una obra ajena".*

En definitiva, para apreciar la existencia de plagio nos debemos centrar, en la siempre difícil función judicial apreciativa de su existencia, en la coincidencia o parasitismo en los elementos básicos o estructurales de la obra original, mediante un análisis comparativo con la que se reputa mera imitación, dado que por plagio se entiende copia en lo sustancial. En tal función no podemos prescindir de la consideración, de que, en tales casos, la obra original es objeto habitual de un proceso deformativo con la finalidad de ocultar la fuerza creativa usurpada. De ahí que la jurisprudencia expuesta se refiera tanto a las situaciones de identidad, como a las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardis y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original.

SEXTO: *Para determinar si una obra encierra o no novedad es necesario recabar la opinión de especialistas. Y, en el caso litigioso, se ha practicado al respecto una pluralidad de pruebas periciales, de reconocidos profesionales en el sector audiovisual, que han llegado al respecto a conclusiones distintas, según la parte que los haya propuesto.*

Todo programa de televisión está montado sobre una estructura ideológica, compuesto por una serie de bloques básicos, que se distribuyen conforme a las necesidades propias del género en el que está inserto. No ofrece duda tampoco que los programas de un mismo género han de contar con un conjunto de elementos coincidentes. En este caso, no nos hallamos ante un magazine, como es el pequeño gran show, sino ante un talk-show, extremo en el que coinciden todos los peritos informantes.

Como su traducción literal apunta, el Talk-show es un programa de conversación, de palabras, que puede comprender tanto entrevistas, como debates. Se puede definir como show o espectáculo hablado. Es habitual que se desarrolle bajo los modelos siguientes: Talk-show, basados fundamentalmente en la entrevista y Talk-show, basados fundamentalmente en los géneros coloquiales y de debate, o incluso a través de la combinación de ambos. Es común a estos géneros televisivos la asistencia de público en el estudio del que se busca que cree un ambiente particular con aplausos, risas y reacciones emotivas. La intervención del presentador deviene fundamental, introduce el tema, identifica a los participantes, incita a la conversación, intenta conseguir lo mejor de cada uno de aquéllos. Desempeña un papel muy importante en la atracción de las audiencias. El programa se estructura básicamente por bloques, que mantienen una cierta unidad temática. Son frecuentes la intervención del público y la incorporación de documentos audiovisuales.

En su dictamen, el profesor Sr. Fernando, señala: "Que las semejanzas o similitudes entre ambos programas (un grupo de niños normalmente sentados por parejas, que expresan su visión del mundo de forma desinhibida, con un presentador que introduce los temas en el plató, donde acuden los invitados, que a su vez son preguntados por los niños) son naturales, tanto porque ambos programas de televisión han partido de una misma idea inicial, talk show infantiles, como por la abundante, y conocida por ambas

compañías, videoteca internacional que existe sobre formatos y adaptaciones televisivas".

Las entrevistas a personajes conocidos por parte de niños es una constante en televisión, uno de los bloques temáticos del "Pequeño gran Show" radicaba precisamente en ello.

Por consiguiente, el conocer la opinión de los niños sobre temas de la actualidad no es una idea apropiable, así como el tratamiento de determinados temas propios de un talk-show, dada su naturaleza general o universal. Desde esta perspectiva no se puede monopolizar un talk-show, que hable sobre el amor, la comida o el deporte. Cosa distinta es que la formalización de tal idea, su plasmación en un formato, su organización en grupos temáticos, la secuencia de sus bloques, revista un grado tal de originalidad, que dada la vía elegida por la parte actora, merezca, por la novedad que aporta, por su originalidad, la condición de creación del espíritu humano, que sea acreedora a una tutela específica en el ámbito de la propiedad intelectual.

Pues bien, en el caso presente, carecemos, dado que la parte actora no los aportó al proceso, el "paper format", ni la "production bible", a las que se refiere en sus contratos, por lo que hemos de deducir su estructura a través de la proyección de los programas elaborados.

SÉPTIMO: El problema del presente litigio cabalga, como uno de sus puntos fundamentales, en el aspecto de la constatación de la originalidad, es decir determinar si las semejanzas que presenta el formato de la actora con el programa de las demandadas, que existen y ya las destacábamos en los autos dictados en el proceso cautelar, tienen su origen en otros programas anteriores, de formato similar, que pudieran servir de fuente común de inspiración, con exclusión igualmente de aquéllos otros elementos técnicos que son comúnmente utilizados en el sector, de manera tal que formen parte del acervo cultural común, es decir los que son propios del género del programa de que se trata: un talk show, con las características indicadas.

Para ello efectuaremos un examen comparativo de los formatos en conflicto.

7.1 Análisis del formato británico Wat kids Really Think.-

Pues bien, al carecer del formato documentado de la entidad actora, el Tribunal ha procedido al examen del programa de la BBC WHAT KIDS REALLY THINK, de WADDEL MEDIA LTD, cuya grabación en CD y traducción fue aportada al proceso (f 1020 y ss, doc 30 de la actora). Fácilmente podemos comprobar que nos encontramos ante un Talk Show con niños.

La idea básica, como se deduce del propio título del programa, es lo que piensan los niños sobre temas de interés social. El destinatario del programa no son sólo los niños, a pesar de ser sus protagonistas, sino un público familiar.

La disposición del escenario es en círculo, de frente pantalla, a los lados grada con niños y cerrando el círculo nueva grada invitados adultos. En el centro un set redondo, en el que se hacen las preguntas al invitado.

De lo observado, a través de la mentada grabación, podíamos concluir que el programa se estructura en una serie de secuencias:

Un primer bloque, organizado sobre la siguiente combinación de elementos: alternancia de estadísticas, con respuestas grabadas de los niños/as (a veces solos, otras veces por parejas). Existe conexión entre los datos facilitados por el programa, es decir las estadísticas con las preguntas, que se formulan a los niños. Así, por ejemplo, ¿qué piensas de la comida del Colegio?, con el dato: "sólo 1 de cada 10 chicos creen que la comida del colegio es deliciosa"; dato: un 8% de los chicos de 11 a 18 años aclaman ser vegetarianos", con la pregunta: ¿por qué alguna gente es vegetariana?; dato: "1 de cada 5 británicos, dicen beber de modo habitual para liberar el Stress", con la pregunta ¿por qué beben alcohol los adultos?; o "los problemas de hígado motivados por el alcohol son causa de 30000 ingresos en el Hospital cada año", con ¿beberás alcohol cuando seas mayor?.

Otro Bloque, intercalado en el anterior, de escasa duración, consiste en el reconocimiento, a través de un pai-pai en el que figura la imagen de su rostro, de un personaje conocido.

Tercero: Entrevista de los niños/as del plató a personaje conocido. El papel del presentador es secundario, son los menores los protagonistas, son éstos lo que formulan la mayoría de preguntas.

Género: Talk-show, con las características indicadas.

Idea: La opinión de los niños sobre un tema monográfico de interés general.

Destinatarios: Familias, no sólo menores.
Duración del programa: 28,33 minutos.

Las grabaciones de los niños se hacen en colegios.

La edad aparente de los niños entre 6 y 12 años, contestan por sí solos o en parejas a las preguntas, no todos van uniformados.

El presentador, en ocasiones, está en el medio del plató, en otras sentado en las gradas laterales con los niños. Se utiliza la técnica de la cámara partida.

Este es el formato adquirido por la productora actora ATOMIS S.A. con cuya base se realizaron los programas de TV3, TVE y TELEMADRID.

7.2 Análisis programa TV3 "No em ratllis" sobre la comida.-

Igualmente la organización del escenario coincide con el formato inglés, pantalla central, gradas laterales con niños, en el centro set para entrevistas invitados, la misma edad de los niños, grabaciones exteriores en el Colegio; utilización de estadísticas, los datos de éstas, los temas tratados en la entrevista con los invitados, o la presentadora van introduciendo las preguntas formuladas a los niños, contestando a las distintas cuestiones varios

menores por cada pregunta, lo que da lugar a una serie de secuencias con las correspondientes grabaciones, que se van alternando en el programa de la forma indicada. Igualmente se entrevistan a personajes, con respecto al tema monográfico, objeto del programa, si bien con un mayor protagonismo de la presentadora que en el formato inglés. Alguno de los niños/as que contestan a las preguntas, en programa, acuden al plató, en que se comenta su respuesta en diálogo con la presentadora.

Hay bloques definidos: opinión de niños en plató, opinión de niños grabadas en Colegio, identificación de un personaje conocido o invitados y entrevistas a invitados, proyección de gráficos con datos.

7.3. Análisis del formato del "País dos ananos".

Procedemos ahora a analizar, a través de las grabaciones obrantes en autos la estructura del programa de la televisión gallega: "O país dos ananos", cuya denominación actual es el "O País dos pequenos".

En este caso, además contamos con que la demandada CTV aportó el formato del programa, inscrito en el Registro de Propiedad Intelectual.

La duración del programa supera los 50 minutos. La disposición del escenario es semejante a la versión inglesa, aunque la decoración es distinta: pantalla central, gradas niños laterales más numerosa, set central presentadora e invitados.

Da más la impresión de trapecio, que de disposición en círculo.

En el formato escrito en gallego del programa de CTV: "O país dos Ananos", presentado al Registro Territorial de la Propiedad Intelectual de Galicia, el 28 de febrero de 2008 (doc 12 contestación a la demanda por CTV S.A.), traducido al castellano consta:

Filosofía: "El país de los enanos de hoy será la Galicia del mañana... temas de adultos vistos por los niños... el mundo como ellos lo ven".

Sipnosis: "Programa dirigido a un público familiar. Los protagonistas son los niños... A través de entrevistas en varios colegios, el programa selecciona a aquéllos que destacan por su expresividad y simpatía. En cada programa se les propone un tema. El otro elemento fundamental son las entrevistas... dos o tres invitados por programa, personas gallegas conocidas por el público o relevantes... relacionados con el tema. Las entrevistas las hará la presentadora, con la ayuda de los niños, que harán preguntas previamente preparadas por la redacción del programa.

Los niños conformarán el público del plató, pero también salen para mostrarnos el país a su entender.

Son los reportajes del programa, hechos o protagonizados por los niños.

Edades de los niños de primaria (6-11 años).

Esquema de los contenidos: Entrevistas a convidados en el plató y los vídeos de los niños hablando de lo que se les propone. Se complementa con reportajes en exteriores sobre como es la vida de los niños gallegos, o la de los adultos a la vista de ellos, o sobre temas de actualidad. Cada programa tendrá un tema principal que sirva de guía para los contenidos y a los invitados, aunque no marcará estrictamente todo el contenido del programa... los invitados no tendrán que ser siempre expertos en la materia, ni los reportajes o actuaciones estar ligadas a él de manera evidente.

Estructura:

INTRODUCCIÓN, con varios vídeos del colegio y volviendo al plató para comentarlos.

CONVERSACIÓN CON LOS INVITADOS sobre el tema del día: los niños participan.

REPORTAJE 1.

LOS NIÑOS ENTREVISTAN A LOS INVITADOS. Al final del bloque los niños tienen que retar a los invitados a que hagan alguna cosa mejor que ellos.

REPORTAJE 2.

¿A QUÉ ANDAMOS? a lo que se dedican los gallegos del s. XXI.

Y posibles píldoras de contenido; NANOPEDIA: selección de frases y definiciones absurdas o hipersabias de los niños, remarcadas con grafismo. A SABICHONA: Una niña listilla reta al invitado a hacer una cosa en el plató.

A Continuación se indican temas e invitados, vídeos y reportajes.

No hemos visto, ni los peritos hacen referencia, a la sabichona, ni a los supuestos retos de habilidades de los niños a los invitados.

Ahora bien, el formato del programa gallego, es más flexible.

Así, por ejemplo, en el referente a las Letras Gallegas, se incluyen tres entrevistas, uno de los invitados además cuenta un cuento, hay actuaciones musicales proyectadas en pantalla relativas a canciones con letras de autores gallegos, incluso un joven que rapea con poemas de Celso Emilio Ferreiro.

En el relativo al amor hay hasta tres bloques distintos. En el concerniente al mar, reportaje a hermanos surfistas, de distintas edades, que luego son entrevistados en plató.

Los peritos Francisco y Abel analizan comparativamente el programa sobre el medio rural (págs. 13 y ss. de su informe), y así señalan: "Tras ver el programa pueblo/ciudad producido por Atomis Media, parece claro que los dos programas sólo se parecen en el título o tema. Ni las preguntas coinciden, ni coincide la estructura: en el que emitió TV3 hay una única entrevista a dos invitados, mientras en el que emitió TVG cuenta con dos entrevistas a

tres personajes en total. Y podemos contar también con entrevistas asociadas a los vídeos reportajes. El programa catalán cuenta con una sección titulada: "la mochila" que en el gallego no existe".

En cuanto a los protagonistas del programa, no son sólo niños de 6 a 11 años, sino también, en la primera etapa del programa O PAÍS DOS ANANOS, se presentan a jóvenes de 12 años que hacen parkour (programa 1), chicos de 15 años, campeones de Surf en Galicia (programa 9), chicas de 16 años que tienen fotologs (programa 8) o jóvenes de secundaria que hacen cortos en internet (programa 7) entre otros ejemplos.

OCTAVO: Los programas en los que se conocían las opiniones de los niños forman parte de la videoteca mundial, con respecto a los cuales ya existían antecedentes numerosos en España. En este sentido, el perito, Claudio, en su dictamen, señala: "en los programas de entretenimiento televisivo se ha recurrido con cierta frecuencia a los menores, en funciones más o menos protagonistas, bajo la forma de concursos, programas de actuaciones o debates sobre la actualidad (pág 10 de su informe, aportado al proceso por la actora). Con respecto a Menuda Noche señala que "los niños protagonizan el programa a través de chistes, canciones, bailes y también con declaraciones sobre temas de la actualidad y conversación con invitados...". Y añade, después, "en concreto, las declaraciones de los niños, sus palabras y modos de expresarse, se han empleado como elemento de atracción del público en todo tipo de producciones televisivas, así como la demostración de sus habilidades artísticas o su capacidad para contar chistes".

El perito de la parte demandada D. Fernando, Catedrático de Comunicación Audiovisual y Publicidad de la Universidad Complutense de Madrid, hace referencia como antecedente, al programa a Superpartes Galicia, en el que se incluían niños en colegios, desde el programa 320 (emitido el 27 de abril de 1999) hasta el programa 474 (emitido el 27 de agosto de 2002).

Igualmente el perito de la parte demandada, D. Francisco, Consejero y Director General de la compañía Media Research & Consultancy Spain, con objeto social desarrollar trabajos de consultoría y asesoramiento para la industria audiovisual, y profesor asociado de Ciencias de la Información de la Universidad de Navarra y Abel, Director General de Arena Audiovisual, empresa especializada en el desarrollo de proyectos audiovisuales y estrategias para empresas del sector, hace referencia a que, durante los meses de octubre y noviembre de 2002, CTV produce para Canal Sur, a través de su asociada SURCO, el programa Supermartes Sur, que tiene una sección titulada: "Quién te ha visto y quién te ve", en la que aparecen en pantalla parejas de niños manifestando sus opiniones sobre diferentes temas, haciendo igualmente referencia a la utilización de niños en el programa Supermartes producido para TVG por CTV.

Igualmente CTV, tras un programa piloto en 2005, basado en un formato de ZZJ S.A., produjo el programa "Pequeno Gran Show", que emitió la TVG, desde diciembre de 2006, que si bien no era un programa de talk show, sino un magazine con diversas secciones, contenía una estructura en la que figuraban entrevistas de niños a invitados, un espacio denominado cara a cara, en el que la presentadora pregunta a menores de unos cinco años, actuaciones de artistas consagrados y niños, debate con niños sobre diversos temas, y el denominado "merengazo". La edad aparente de los niños podría ser de 5 a 12 años.

Dicho programa cuenta con dos etapas. La primera a la que corresponde el programa 14, en el que las coincidencias con el formato inglés son muy escasas. Nos encontramos ante un claro magazine, con distintas y plurales secciones: entrevista a un personaje famoso por los niños, entrevista a niños en plató por la presentadora, actuaciones musicales de invitados, actuaciones artísticas de niños, mesa de debate con niños sobre diversos temas, imágenes de personas famosas para que los niños adivinen, sección del "merengazo": presentación de tres familias en las que los

padres responden a preguntas formuladas previamente a sus hijos y, de no coincidir las respuestas dadas con las de los menores, los niños dan un merengazo a aquéllos. La escenografía no es igual e intervienen dos presentadores: Lina y Laureano. La primera ocupando un papel principal.

En la segunda etapa del programa, que se inicia en febrero de 2007, cambia el formato. El presentador principal va a ser ahora Obdulio, continúa Laureano. Se varía el escenario. Los niños en grada preguntan a invitados famosos y se ofrecen grabaciones de escolares, que opinan sobre los invitados y otros temas relacionados con los mismos. En el caso del deporte, los entrevistados fueron el ciclista Sergio y el futbolista Jose Ángel (ver grabación del programa relativo al Deporte, nº 32, documento 8 de la contestación de la demanda de CTV S.A.).

Ahora bien, el programa sigue siendo un magazine, con actuaciones musicales en directo, niño que canta ópera, una nueva sección "xogo das definiciones", en las que profesoras intentan acertar las definiciones que dan sus alumnos en vídeos grabados, entrevista a un niño mago, que actúa en el programa, debate en una mesa del presentador con tres niños sobre diversos temas, con grabaciones de niños en el Colegio (opinando sobre el carnet por puntos, amor...), "pequenos reporteiros", en el caso del mentado programa, unas niñas hacen un reportaje sobre la preocupación de los mayores por el cuerpo, las niñas ya en el plató comentan reportaje con los presentadores, más actuaciones musicales, otro reportaje de un niño sobre el pueblo Sobrado dos Monxes, y, por último, el "merengazo".

En el programa 40 sobre la salud (doc 8 de la contestación de CTV S.A.) de nuevo se sigue el mismo formato. Ya con preguntas impresas, grabaciones de niños en los colegios, con opinión sobre el tema tratado con el invitado, en esta ocasión el Dr. Agapito, jefe del servicio de trasplantes del Hospital Universitario de A Coruña (con empleo de técnica de pantalla partida), con una dedicación de unos 18

minutos a tal bloque, siendo la duración total del programa de unos 100 minutos. Se puede considerar este bloque como germen del formato de O PAÍS DOS ANANOS, en cuanto contiene sus elementos.

A esta segunda etapa se refieren, en su informe, los peritos D. Francisco y D. Abel, cuando señalan:

El decorado se transformó para adaptarse al nuevo giro. Dos colegios participaban cada semana: El set principal se transforma en una grada doble en medio de la cual hay instaladas varias pantallas para ver los videos de los programas. En cada edición se cuenta con un mínimo de cuarenta niños por programa. Se incorporan otras secciones como los pequeños reporteros, en la que los niños actuaban como periodistas, la mesa de actualidad en la que se debatía sobre su visión de los temas del momento y se mantienen las actuaciones, el talk-show y el "merengazo". Esta última sección desaparece a lo largo de la temporada, finalizando la emisión en mayo de 2007" (f 8 de dicho dictamen).

Para dichos peritos, suprimiendo los apartados musicales y los niños artistas, nace "O PAÍS DOS ANANOS", en el que participan dos colegios como en la etapa anterior, a los que previamente se les realiza un casting, y los programas son temáticos.

El profesor Fernando igualmente considera al PAÍS DOS ANANOS, fruto de la evolución de PEQUENO GRAN SHOW (f 30 de su dictamen). El decorado, la iluminación, la música, el grafismo son propios.

Es verdad que la segunda etapa del programa PEQUENO GRAN SHOW se inicia en febrero de 2007 y el formato de ATOMIS se emite el 15 de noviembre de 2006 sobre el tema relativo a la monarquía. Se considera por ello, por la parte actora, que Pequeño Gran Show ya plagió el mentado formato, en cuanto a las entrevistas a invitados y opinión de los menores en colegios. Ahora bien, parece difícil que, en tan escaso periodo de tiempo, realizar

un plagio, con selección de los niños en colegios y casting correspondiente.

Para los peritos de la parte demandada Francisco y Abel. el formato "es un concepto que ofrece una COMBINACIÓN ÚNICA de elementos de forma ORIGINAL. La definición del concepto de programa WHAT KIDS REALLY THINK adaptado por ATOMIS en España... brilla por su ausencia un elemento que aporte ORIGINALIDAD Y LO HAGA GENUINO. El protagonismo de niños de determinada edad, la presentadora dialogante e introductora de temas, la entrevista a invitados, las declaraciones a cámara, son todos ellos elementos comunes a programas del talk show, cuando se trata con programas con niños, resultan ser modelos ya experimentados hace muchos años".

La coincidencia en temas tratados en el programa, al ser universales, no pueden ser objeto de propiedad intelectual. Por otra parte, señalan dichos peritos, no parece procedente comparar la coincidencia de temas entre 11 programas de "O PAÍS DOS ANANOS" con 43 de "NO EM RATLLIS".

Por otra parte, el formato de CTV S.A. introduce otros bloques tales como: vídeo reportajes protagonizados por niños, vídeos sobre adolescentes y sus actividades, nanoreportero, entrevista a niños y a adolescentes en plató, nanopedia, que no existen en el formato de las actoras.

El formato inglés, de tan sólo 24-28 minutos, hace girar el programa sobre datos estadísticos, como resulta del análisis de la grabación antes efectuada, también el programa NO EM RATLLIS las contiene en menor número, e incluso así se pacta en el contrato con TV3, dichas estadísticas no existen en el programa gallego, que no se construye sobre la base de las mismas.

La circunstancia de tratarse de un talk-show igualmente determina las similitudes propias de tal género, remitiéndonos a las mismas, precedentemente expuestas. Determinados elementos empleados en el programa forman

parte del acervo técnico común. La idea de recoger las opiniones de los menores, amén de no ser una aportación original, tampoco es objeto de protección legal. La decisión de hacer programas temáticos, señalan los peritos Francisco y Abel, no pueden ser patrimonio de nadie, al igual que se considera que, una vez elegida esta opción, los temas, al ser universales, es inevitable la coincidencia en alguno de ellos.

En definitiva, no negamos similitudes, como igualmente existen y son frecuentes en el sector audiovisual: los noticiarios son todos parecidos, los programas deportivos, con invitados, opiniones de árbitros retirados, proyección de imágenes de resúmenes de los partidos, con entrevistas a deportistas y entrenadores, coincidentes, los de cocina muy parejos, o incluso los denominados programas "del corazón".

Un cierto parasitismo artístico es inherente al mundo televisivo, en el que los programas se parecen entre sí, radicando en ello la libre competitividad, como puede existir, por ejemplo, en el sector de la moda.

En este sentido, señalan los peritos de la parte demandada: "En el mundo de la televisión hay muchas similitudes, que evolucionan según las modas y los tiempos. Y no es el único sector: el automóvil, las publicaciones, el arte y otros muchos, evolucionan según las líneas de moda dominante en cada momento... Hoy en día los automóviles, según las gamas, tienen "semejanzas de línea incuestionables... Hay un ejemplo paradigmático en los modelos narrativos del Talk show en su versión late night: la mesa dispuesta al lado de un asiento cómodo en el centro un set, y ante el público, con presentador a invitado/a.

Estos elementos iconográficos que definen este modelo no son propiedad de nadie.

Ni José, ni Mauricio, ni Primitivo se atribuyen la creación de este género, aunque todos ellos contribuyeron a su utilización y pasan a ser patrimonio de la TV como elementos que "funcionan" en un esquema de TV moderna.

En definitiva, no consideramos que el formato litigioso contenga un grado de concreción y originalidad bastante, una altura creativa suficiente, o suponga una compleja elaboración, que más allá del esfuerzo inherente a la producción de cualquier programa de dicha clase: selección de niños, invitados, guiones etc., merezca la protección reclamada en el seno de la propiedad intelectual televisiva, de manera tal que cupiera atribuirle la exclusividad y monopolio en su puesta en escena, pues las entrevistas de menores a invitados y la opinión de niños, por parejas, grabadas en el exterior, tras casting en colegios, son constantes en diversos programas de televisión y conocidos suficientemente en el sector, permitiendo su asociación como antecedentes con los programas en conflicto. Por otra parte, las características del género Talk-Show no son apropiables, y los temas a tratar universales.

Por último, señalar que el formato tv, es decir el conjunto de conocimientos adquiridos por el desarrollo de los programas anteriores, el know how, no se puede considerar plagado por la parte demandada, que ya tenía una sólida y extensa experiencia en la selección y elaboración de programas con menores desde hacía muchos años.

NOVENO: Descartada la lesión de los derechos de propiedad intelectual, es necesario determinar, ahora, si se ha producido infracción de los preceptos de la Ley de Competencia Desleal, pues si bien, conforme a su art. 11.1, la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, el párrafo segundo de dicho precepto señala que no obstante la imitación de las mismas se reputará desleal "cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno".

Por todo ello, al no ser el formato protegible por la LPI, por las razones antes expuestas, no gozando, por consiguientes, las actoras de un derecho de exclusiva, sus pretensiones condenatorias podrían encontrar apoyo tuitivo en la LCD.

En este sentido, es pronunciamiento jurisprudencial reiterado el que proclama que, de haber existido derecho de exclusiva, es decir, protección específica en otra Ley, es a ella a la que hay que acudir (art. 11.1, inciso segundo LCD), y ello no obsta a que en otro caso (ausencia de derecho de exclusiva por no haberse obtenido la protección específica, o haber caducado el derecho) se pueda acudir al amparo de la normativa de competencia desleal ex art. 11.2 y 3 LCD (SSTS de art.11.2 EDL 1991/12648 art.11.3 EDL 1991/12648 7 de junio de 2000, 13 de mayo de 2002, 1 de abril y 11 de mayo de 2004, 4 de septiembre de 2006, 17 de julio y 8 de octubre de 2007, 7 de julio de 2009).

9.1 Alegación de la violación del art. 11 de la LCD. A tales efectos, debemos destacar que la imitación de un formato no original, de producirse, no es en principio ilegítima. En definitiva, el Legislador ha partido de una posición liberal, en el sentido de reconocer la libertad de imitar las prestaciones e iniciativas ajenas, salvo que lo prohíba otra legislación protectora, como la de propiedad industrial o intelectual, es decir si no existe un derecho de exclusiva, normativamente proclamado, la Ley protege el desarrollo de la economía a través de la libre competitividad de las empresas que concurren en el mercado y, por lo tanto, valora el esfuerzo de mejorar las prestaciones ya existentes.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley explica que la finalidad buscada por el Legislador es evitar qué prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales, así como tratar de hacer tipificaciones muy restrictivas de las conductas desleales, partiendo de una posición liberalizadora.

En este sentido, es pronunciamiento de la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal, que la deslealtad sancionada en la norma debe ser objeto de interpretación restrictiva (SSTS 13 de mayo 2.002, 30 de mayo de 2.007 y 15 de diciembre de 2008) porque si bien las creaciones empresariales deben ser protegidas

por el interés de sus creadores o titulares, de los consumidores y el interés en general, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico establece como principio general el de libre imitabilidad (art. 11.1 LCD) que se halla integrado en el de libre competencia (STS de 17 de julio de 2.007 y 15 de diciembre de 2008).

La imitación legítima vendría a consistir, por lo tanto, en la realización de una actividad o prestación propia partiendo de otra ajena, sin incurrir en las conductas desleales a las que haremos referencia.

En efecto, en el párrafo segundo del art. 11, se reputan como tales, cuando produzcan asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporten un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

En el primer caso, se produciría cuando un telespectador medio confunda un formato con otro, considerando proceden del mismo productor, o dicho en otros términos implica la apropiación del origen empresarial de una prestación. Ahora bien, si partimos del principio de la libertad de imitación un cierto grado de asociación resulta inevitable, en tanto en cuanto es inherente que se asocie como algo similar.

Es por ello, que la protección dispensada por la LCD requiere la concurrencia de otro elemento adicional, constituido por el mérito competitivo, o dicho de otra forma por la necesidad de que la prestación original ostente un grado de singularidad tal, que sus características la diferencien de otras habituales en el sector concurrencial, y de tal forma le permitan al destinatario identificar su origen. No es de extrañar entonces que se excluyan las formas estandarizadas del sector (STS de 5 de junio de 1997).

Ya hemos visto, como en este caso, la asociación no se produce entre los programas en conflicto, sino éstos con los estándares de programas propios del sector audiovisual en el que los protagonistas son los niños. Por otra

parte, el idioma del programa, la variación del título, la música, la presentadora, permiten al telespectador denotar un origen empresarial distinto, amén de la distinción propia de los créditos del programa, así como la difusión de los mismos en diversas comunidades autónomas. Igualmente hemos observado, como el programa de la CTV incorpora elementos diferenciadores que le hacen propio y distinguible de otros ajenos.

En cuanto, al aprovechamiento indebido de la reputación ajena es necesario, que concurra igualmente el mérito competitivo, al que antes hicimos referencia, y hemos descartado, además de que la prestación de la parte actora posea una calidad superior a la media del sector en el que concurren las prestaciones en conflicto, de forma que suponga un aprovechamiento ilícito de la fama ajena. No consideramos tampoco, ni pruebas tenemos para ello, que la productora ATOMIS S.A. goce de un mayor prestigio en el sector audiovisual que la entidad CTV S.A., ni que sus productos sean de mayor calidad, y como tal sean reconocidos, de manera que las demandadas se pretendan aprovechar de los mismos.

Tampoco consideramos concurriese el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, forma de fractura de la "par conditio concurrentium", cuando el imitador a través de su conducta desleal eluda los costes necesarios de la creación y comercialización de la prestación, ya que el programa "O PAÍS DOS ANANOS" se llevó a efecto con base al know how adquirido por la demandada CTV S.A. a través de su larga experiencia durante años en la producción de programas con niños, constando en autos como asumió los gastos inherentes a la contratación de guiones y decorado, sin que, por lo tanto, se hubiera de algún modo usurpado el esfuerzo de las recurrentes, ahorrando costes sustanciales en la producción. Amén de que el programa de las demandadas cabe reputarlo como manifestación de la evolución del Pequeño Gran Show.

9.2 Alegación de la violación de los arts. 6 y 12 de la LCD. No es de aplicación el art. 6º LCD,

que se refiere, en síntesis, a los signos distintivos, presentación de productos, creaciones formales, mientras que el art. 11 lo hace a las prestaciones, características propias de los productos, a las creaciones materiales (SSTS de 9 de junio de 2003; 11 de mayo de 2004; 7 de julio y 24 de noviembre de 2006; 30 de mayo, 12 de junio, 17 de julio y 10 de octubre de 2007; 5 de febrero de 2008; 15 de enero y 25 de febrero de 2009 entre otras).

De igual forma tampoco cabe buscar protección jurídica al amparo del art. 12 de la LCD, dado que el ámbito propio de tal precepto es el de los signos distintivos, las denominaciones de origen y expresiones como las que el propio precepto menciona a título de ejemplo, y más especialmente la protección de la marca renombrada frente a terceros que la usan sin pretender un acceso al Registro, supliendo así las insuficiencias de la Ley de Marcas de 1988 (SSTS de 23 de septiembre de 2003 y 30 de mayo de 2007), pero no el de las creaciones materiales o productos.

9.3 Alegación de la violación del art. 5 de la LCD. En relación con la alegación de violación del art. 5, en su anterior redacción, podemos citar la doctrina sentada por la STS de 15 de diciembre de 2008, conforme a la cual: El art. 5 de la Ley de Competencia Desleal establece, bajo la rúbrica "Cláusula general", que "se reputa desleal todo comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe". Y la jurisprudencia de esta Sala viene declarando en su interpretación y aplicación: 1º. Que el precepto está reservado a comportamientos que merezcan la calificación de desleales no contemplados en los arts. 6 a 17 de la propia Ley (arts. 23 de mayo de 2.005; 24 de noviembre y 29 de diciembre de 2.006; 10 de octubre y 28 de noviembre de 2.007; 19, 28 y 29 mayo de 2.008); 2º. Que no establece un principio abstracto objeto de desarrollo en los artículos siguientes (SSTS 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007), sino un supuesto de ilicitud con sustantividad propia (SSTS 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007), que entraña una norma completa (STS de 29 de diciembre de 2.006 EDJ), por lo que no

cabe su alegación si los actos se contemplan en otra norma (SSTS 7 de junio de 2.000, 23 de junio y 28 de septiembre de 2.005). Su plena autonomía se manifiesta en que no puede valorarse en relación con los actos típicos de los arts. 6 a 17, pues no tiene carácter integrativo o complementario de los mismos (SSTS 20 de febrero y 4 de septiembre de 2.006 y 23 de noviembre de 2.007), de ahí que quepa rechazar de plano todo planteamiento que pretenda configurar el ilícito general como una versión de los tipos específicos modalizados por un comportamiento contrario a la buena fe objetiva (SSTS 22 de febrero y 11 de julio de 2.006; 19 y 29 de mayo y 8 de julio de 2.008); 3º. El precepto comprende los actos realizados en el mercado (trascendencia externa) con fines concurrenciales (idóneos para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero) que, no estando tipificado, suponga una deslealtad por ser objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe objetiva, la cual actúa como un estándar o patrón de comportamiento justo y honrado reconocido en el tráfico a las circunstancias concretas, es decir, conforme a los valores de la honradez, lealtad y justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (SSTS 16 de junio de 2.000; 15 de junio de 2.001; 19 de febrero de 2.002; 14 de julio de 2.003; 21 de octubre de 2.005; 14 de marzo de 2.007). Se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no "mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan la estructura competitiva del mercado o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado" (SSTS de 24 de noviembre de 2.006 y 23 de marzo de 2.007); y, 4º. La infracción del art. 5 LCD obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta (S. 24 de noviembre de 2.006), sin que baste citar el precepto en los fundamentos de derecho de la demanda (S. 19 de mayo de 2.008).

En este mismo sentido, si la conducta enjuiciada se corresponde por entero con la

tipificada en particular en otro precepto de la LCD no cabe examinarla a la luz de la cláusula general, esto es, impide que pueda considerarse asimismo contraria a ella (SSTS de 23 de mayo de 2.005, 20 y 22 de febrero, 11 de julio y 24 de noviembre de 2.006, 15 de enero y 2 de marzo de 2.009).

Pues bien, en el presente caso las circunstancias fácticas con las que se pretende fundamentar el ilícito de competencia desleal del art. 5 LCD vienen a ser las mismas ya tomadas en cuenta para rechazar la existencia de acto de confusión y de acto de imitación ilegítima de los arts. 6, 11 y 12, por lo que, al estar agotadas en el juicio emitido a propósito de dichos ilícitos, no permiten su invocación por la mentada vía.

DÉCIMO: *El Tribunal considera que, dada la complejidad fáctica, antes expuesta, y jurídica de este litigio, y teniendo en cuenta que la postulada revocación íntegra de la sentencia de instancia, incluido, por lo tanto el pronunciamiento en costas, así nos lo permite, consideramos que no procede hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas devengadas en ambas instancias (arts. 394 y 398 LEC).*

FALLAMOS

Que debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, salvo en el particular relativo a las costas, con respecto a las cuales

no se hace especial imposición con relación a las devengadas en ambas instancias.

Se decreta la devolución del depósito para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, si se cumplen los requisitos legales y así se justifican al preparar, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, dicho recurso, y en tal caso igualmente el extraordinario por infracción procesal a preparar de igual forma.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- *Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.*

PUBLICACIÓN: *En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.*

DILIGENCIA: *Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.*