

Lecciones americanas y europeas: la interoperabilidad del software

Diego de la Vega

Abogado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL,
INDUSTRIAL Y TECNOLOGÍA

I.	Contexto y antecedentes. Tocqueville y el <i>copyright</i> en la sentencia Google vs. Oracle	80
II.	Un litigio singular: las pretensiones de Oracle contra Google	82
III.	El fondo de la cuestión: el papel del <i>fair use</i> en la interoperabilidad del software	84
IV.	¿Cabe esperar un fallo similar en Europa?	86
V.	A modo de epílogo	88

Índice/

Fecha de recepción: 27 de octubre de 2022

Fecha de aceptación: 21 de noviembre de 2022



Resumen: La sentencia de 5 de abril de 2021 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el caso que enfrentaba a Google frente a Oracle por la copia de la primera de unas líneas de código desarrolladas por la segunda constituye una de las sentencias más relevantes de las últimas décadas en el sector tecnológico, al analizar el papel de la propiedad intelectual y el *fair use* en la interoperabilidad del software. El pasado 14 de septiembre de 2022, el Tribunal General de la Unión Europea hacía pública la sentencia de un caso similar también con la interoperabilidad de fondo. El artículo analiza hasta qué punto la sentencia americana tendría cabida en Europa, en la medida en que la legislación europea es ajena (aunque cada vez menos) a un sistema dinámico como el del *fair use*.

Abstract: : The US Supreme Court judgment of 5 April 2021 in the case between Google and Oracle over Google's copying of lines of code developed by Oracle is one of the most important judgments in the technology sector in recent decades, as it analyses the role of intellectual property and *fair use* in software interoperability. On 14 September 2022, the General Court of the European Union published its judgment in a similar case, also involving interoperability. The article analyses the extent to which the US judgment would have a place in Europe, insofar as European legislation is unfamiliar (although less and less so) with a dynamic system such as that of *fair use*.



Palabras clave: Programas de ordenador, interoperabilidad, uso justo, código, interfaces preexistentes.

Keywords: Software, interoperability, *fair use*, code, preexisting interfaces.

Lecciones americanas y europeas: la interoperabilidad del software

I. Contexto y antecedentes. Tocqueville y el *copyright* en la sentencia Google vs. Oracle

Cuando Alexis de Tocqueville volvió de su gira americana y escribió la que pasa por ser una de las miradas más valiosas al sistema legal y político de Estados Unidos, destacó cómo el pragmatismo impregna el desarrollo técnico en aquel país:

“En América, se cultiva de forma admirable la parte puramente práctica de las ciencias y se ocupan con cuidado de la parte teórica inmediatamente necesaria para su aplicación. En este sentido, los americanos dejan ver un espíritu siempre claro, libre, original y fecundo. En los Estados Unidos, sin embargo, no hay prácticamente nadie que se dedique a la parte esencialmente teórica y abstracta de los conocimientos humanos. Los americanos muestran al respecto el exceso de una tendencia que a mi modo de ver se volverá a encontrar, bien que en un grado menor, en todos los pueblos democráticos”¹.

Su obra, que no pretendía ser más que un análisis del sistema penitenciario de aquel país, resultó ser un análisis muy preciso de contraste entre dos mundos, el europeo y el estadounidense, con una relación compleja, cercana en algunos valores y distante en otros, y sin duda divergente en cuanto a la forma de desarrollar ciertos aspectos de sus sistemas legales y económicos.

La sentencia de 5 de abril de 2021² (la “**Sentencia**”) sobre el caso que enfrentaba a Google frente a Oracle por la copia de la primera de unas líneas de código desarrolladas por la segunda, aparte de resolver la controversia entre las empresas, tiene dos grandes virtudes. Por una parte, deja unas enseñanzas cruciales sobre el papel de la propiedad intelectual y el *fair use* en la interoperabilidad del software, aspecto básico en la industria del software y, por otra, resucita a Tocqueville, que se preguntaría sin duda si dicha sentencia puede tener un correlato en el Viejo Continente, donde el *fair use* no existe. Esta incógnita no ha sido resuelta mediante la sentencia del caso T-604/18, que esta vez enfrentaba a Google con la Comisión Europea ante el Tribunal General de la Unión Europea³, por una cuestión de derecho de la competencia, pero desde luego supone un duro varapalo a las intenciones de ciertas empresas de generar islas de software inaccesibles a terceras empresas, y apunta cuál podría ser el criterio del Tribunal General en un caso similar.

En todo caso, como tiene enseñado Orlando Figes en su colosal obra “Los Europeos”⁴, el desarrollo del sistema de *copyright* a lo largo del siglo XIX impulsó con fuerza una determinada forma de producir cultura, tanto en América como en

1 DE TOCQUEVILLE, A. (2007). *La democracia en América*. Akal, pág. 566.

2 *Opinion of the Court. Google LLC, Petitioner v Oracle America, Inc. On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit. April 5, 2021.*

3 Sentencia de 14 de septiembre de 2022 del asunto T-604/18 del Tribunal General de la Unión Europea.

4 FIGES, O. (2020) *The Europeans: Three Lives and the Making of a Cosmopolitan Culture*. Penguin.

Europa, basada en el retorno económico al autor, que se erige en una figura que empieza a consagrarse a partir de ese momento en las legislaciones sobre propiedad intelectual. No en vano, el nacimiento del concepto de plagio tiene mucho que ver con el hecho de que muchos autores quedaran desprotegidos cuando sus obras empezaban a ser explotadas en países sin un marco legal adecuado, o con un desarrollo pobre, en el que agentes, editores y toda suerte de personas interpuestas manipulaban las obras a su antojo, incluso negando al autor la paternidad de su obra. Esta cuestión se convirtió en grave gracias a la aparición de las incipientes leyes de derecho de autor, puesto que el plagio antes de la era de la propiedad intelectual se encontraba hasta cierto punto normalizado⁵. Así, el plagio emergió como el conflicto por excelencia en el contexto del derecho de autor, y posteriormente se contagió a todas las áreas de la creación literaria, artística y científica. También al software, protegido tanto en Europa⁶ como en Estados Unidos mediante la legislación del derecho de autor de forma preferente sobre otras opciones como las patentes. En Estados Unidos la preocupación por la protección de los programas de ordenador se incrementó radicalmente en la década de 1980, coincidiendo con el inicio de la popularización de la informática, que superaba la época de los ordenadores con funciones únicas y al alcance solo de instituciones gubernamentales o de grandes empresas.

Para la Comisión Europea, el primer pronunciamiento expreso sobre la forma más adecuada de proteger el software es el informe preparativo de 1989 de la futura directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador⁷, que asumía las reflexiones ya plasmadas el año anterior en su Libro verde de la comunidad sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico⁸, en el que se seguía la idea de que la protección por la vía de los derechos de autor era la adecuada. Entre otras razones, porque presenta pocas rigideces y se adapta con facilidad a supuestos muy variados⁹, lo que en ese momento se antojaba ya como una necesidad ante la cada vez más acelerada evolución de la informática. A cambio, daba la puntilla definitivamente a la protección del software por medio del derecho de patentes por ausencia, en la mayoría de los casos, de actividad inventiva en el desarrollo de programas informáticos, ya que esta residiría en los algoritmos del programa, que no son protegibles¹⁰, lo que excluiría de protección a porciones muy relevantes del software comercializado en Europa. También descartó, a los efectos de la protección, la aplicación del derecho de obligaciones¹¹, puesto que la vía contractual no podría evitar el uso y la reproducción de programas de ordenador por parte de terceros. En cualquier caso, no podía ser de otra forma a la luz del Convenio sobre

5 De plagio se ha acusado incluso a grandes autores como Shakespeare, incluso el arte como imitación de la naturaleza es un tema recurrente en el mundo clásico.

6 Artículo 1 Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador: "De conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, los Estados miembros protegerán mediante derechos de autor los programas de ordenador como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas".

7 Propuesta de Directiva del Consejo sobre protección jurídica de programas informáticos COM(88) 816 final — SYN 183 (Presentada por la Comisión el 5 de enero de 1989).

8 Apartado 5.3.4. del Libro Verde de la Comunidad sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico: "These limitations of patent law have emphasized the potential role of copyright in the broad sense, that is, authors' rights and neighbouring rights as the primary means for protecting computer programs both at the Level of Community Member States and at the international level. The scepticism expressed by some in the sixties and seventies in respect of the extension of copyright protection to this new kind of work, gradually and in parallel with an increasing understanding of the similarity between a computer program and a literary and artistic work, has been replaced both at national and international level by a general acknowledgment of the advantages for creators, right holders, users and society as a whole of a copyright solution to the problem of ensuring adequate protection of programs against unauthorized reproduction".

9 Apartado 3.6 de la propuesta de Directiva: "Así, los derechos de autor constituirían la mejor solución para garantizar una protección adecuada contra la apropiación indebida y, en concreto, contra la reproducción no autorizada. Este método ya reveló en el pasado su capacidad para adaptarse a las nuevas tecnologías, como la cinematográfica y la radiotelevisiva. Los derechos de autor no ofrecen un monopolio que obstaculice toda manifestación de independencia, sino que protegen sólo la expresión de una obra pero no las ideas que la inspiran. Por consiguiente, esta protección no bloquea el progreso técnico ni impide a las personas que hayan creado de forma independiente un programa informático disfrutar de los resultados de su trabajo e inversión".

10 *Ídem. vid.* Apartado 3.2.

11 *Ídem. vid.* Apartado 3.4.

12 Artículo 52 del Convenio sobre Concesión de Patentes Europeas, hecho en Munich el 5 de octubre de 1973: "(2) *The following in particular shall not be regarded as inventions within the meaning of paragraph 1: [...] (c) schemes, rules and methods for performing mental acts, playing games or doing business, and programs for computers*".

13 Sixty-Eighth Annual Report of the Register of Copyrights for the Fiscal Year ending June 30, 1965. El documento ilustra bien los tímidos inicios de la protección del software. P. 4: "*When the Office announced the registrability of computer programs in April 1964, neither the volume of applications nor the most common type of deposit could be predicted. As in other new areas of copyright protection, experience indicates that it takes some time for an industry to become aware of the possibilities of protection and to adopt routine procedures for taking advantage of it. Only 16 claims covering computer programs were registered during fiscal 1965, and 12 of them were made in the last 3 months of the year. In 13 of the registrations the deposit copies consisted of print-outs only, indicating that this was the form of first publication. In two cases punched cards (including a printout at the top) constituted the form of first publication*".

14 National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU), Final Report on the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, 3 Computer L.J. 53 (1981). *Vid.* especialmente *Chapter 1*.

15 *Ibid.*, "Foundation for the Recommendations".

concesión de Patentes Europeas, cuyo artículo 52 ya excluía la patentabilidad de los programas de ordenador¹².

En Estados Unidos, tras unos inicios vacilantes, el camino dirigió rápidamente, como en Europa, a la protección por la vía del *copyright*. Ya en 1964, la Copyright Office empezó a aceptar inscripciones de programas de ordenador¹³ y, en 1981, la comisión creada al efecto¹⁴ recomendó la reforma de la *Copyright Act* de 1976 para incluir expresamente el software como objeto de protección, siempre que fuera una creación original, y regular ciertos usos derivados. La Comisión reconocía que los programas de ordenador suponían una forma de expresión totalmente desconocida solo dos décadas antes. En un momento en el que la informática de consumo se abarataba a pasos agigantados, con prestaciones cada vez mejores, ya profetizaba que el hecho que los programas empezaran a ser desarrollados por personas que no necesariamente desarrollaban el hardware sobre el que se apoyaban iba a suponer un nuevo mercado, ligado al hecho de que "escribir" software requería inversiones económicas mucho menores¹⁵.

En este contexto, las controversias sobre software entre empresas deben leerse bajo la óptica del derecho de autor, lo que no quita que las patentes estén ganando una cierta importancia complementaria¹⁶ y, por supuesto, con una clara línea divisoria entre el sistema europeo continental y el estadounidense. O lo que es lo mismo, desde una visión más teórica o una más pragmática. Estados Unidos sigue claramente esta última y Tocqueville no hubiera sido ajeno a ello.

II. Un litigio singular: las pretensiones de Oracle contra Google

Aunque la sentencia de la Corte Suprema resuelve el caso definitivamente, honrando el dicho de "venceréis, pero no convenceréis", existen importantes discrepancias sobre la conclusión: la Corte Suprema determinó que la copia de determinadas líneas de código por parte de Google se encuadra en el *fair use* establecido por el *Copyright Act* de Estados Unidos. Sin embargo, el duro alegato de Justice Thomas¹⁷, en su voto particular que sigue a la sentencia, supone una dura enmienda a la decisión tomada por la mayoría y cataliza con toda crudeza las opiniones contrarias al fallo. Cabe precisar que tanto la sentencia como el voto particular de Thomas aportan una visión jurídica y económica de los razonamientos seguidos, no solo en línea con los vaticinios de Tocqueville, sino porque el concepto de *fair use* propicia un análisis con mayor componente económico gracias que supone un sistema menos rígido que el europeo.

16 MURPHY, H. (18 de enero, 2022). Facebook patents reveal how it intends to cash in on metaverse. *The New York Ledger*. Disponible en <https://www.ft.com/content/76d40aac-034e-4e0b-95eb-c5d34146f647> (última consulta: 25 de octubre de 2022).

17 Clarence Thomas (*Associate Justice*).

Lo que admite poca discusión es el supuesto de hecho, a partir del cual se desató una cruenta batalla en los tribunales, en los que se discutió no solo si la conducta de Google era acorde al *Copyright Act*, sino si suponía también una infracción de patentes de Oracle. O, dicho de otro modo, cuál es el encaje jurídico de las denominadas API y el papel de la propiedad intelectual e industrial en su regulación.

Qué es una API y por qué es relevante en este litigio

La discusión jurídica bascula sobre un concepto avanzado de programa de ordenador, entendido también como concepto propio del derecho de autor. No se trata de un mero software, sino de una *Application Programming Interface*, programas que permiten la interoperabilidad de sistemas a través del reconocimiento de instrucciones y de la comunicación con el usuario¹⁸. De hecho, la propia sentencia dedica un largo pasaje a explicar que una API permite a los programadores utilizar un código preexistente para crear nuevas funciones en sus propios programas en lugar de tener que crearlo nuevo¹⁹. Ahora bien, dentro de estas funciones hay dos grandes grupos, al menos desde el punto de vista del objeto del litigio. Por una parte, y en esencia, se encuentra el *implementing code*, que indica cómo se debe hacer una determinada operación o función en un ordenador, y por otra, el *declaring code*, que otorga un nombre concreto a cada operación, de forma que cada pieza de *implementing code* pueda ser utilizada de forma efectiva. Por eso el *declaring code* cumple una función de carácter organizativo, que en este caso concreto servía para sistematizar todas las funciones diseñadas por Oracle, pero siempre ligado a su correspondiente *implementing code*. El uno más el otro es lo que hace que la API funcione, como se verá más adelante.

Qué hizo Google en relación con el código preexistente de Oracle

En el año 2005 Google se encontraba en pleno desarrollo de sus sistemas para teléfonos móviles, un mercado en el que aún no se encontraba presente de forma relevante y en el que gobernaban sistemas como Windows Mobile (de Microsoft) o Symbian (auspiciado por varias empresas tecnológicas para hacer frente a los anteriores) y posteriormente iOS (de Apple). Para potenciar su crecimiento, Google decidió comprar la sociedad Android Inc., que acababa de empezar a desarrollar un sistema operativo para smartphones tras dejar atrás un proyecto anterior para un sistema operativo de cámaras digitales²⁰, entonces en plena expansión comercial. Su proyecto se basaba en una plataforma gratuita y abierta que los desarrolladores pudieran utilizar con la mayor libertad, para potenciar la expansión del sistema y generar, se entiende, una mayor penetración en el mercado y dependencia tecnológica de su propio sistema. Para esta suerte de proyecto coral era necesario contar con muchos desarrolladores, y para ello era necesario contar antes con una plataforma de uso simplificado.

18 Vid. MUÑOZ PÉREZ, A. (2021) Algunas consideraciones sobre el derecho de autor del software de las Application Programming Interface APIs. contenido y límite del derecho. La sentencia Oracle Inc. vs. Google Inc. *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, págs. 25-58.

19 Sentencia, pág. 3.

20 Britannica, The Editors of Encyclopedia Britannica. Android. *Encyclopedia Britannica*, Recuperado el 25 de octubre, 2022, de: <https://www.britannica.com/technology/Android-operating-system>.

21 Vid. PREGER, R. (2012) *The Oracle Story*, Part 1: 1977-1986. *IEEE Annals of the History of Computing*, Vol. 34. P. 51.

22 A todos los efectos procesales el litigio es entre Google LLC y Oracle America, Inc.

23 Vid. MUÑOZ FERRANDIS, C. (2021) *Google v Oracle: copyright, APIs e interoperabilidad*. Recuperado el 25 de octubre, 2022 en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3861156, pág. 5.

24 *Brief in opposition*. pág. 3.

25 Aunque el fondo de esta aseveración es dudoso, lo cierto es que cita al fundador de Android declarando que se dirigía al mismo público: "... *targeting the same industry with similar products*".

26 Texto original de la sentencia: *"That new definition eviscerates copyright. A movie studio that converts a book into a film without permission not only creates a new product (the film) but enables others to "create products"—film reviews, merchandise, YouTube highlight reels, late night television interviews, and the like. Nearly every computer program, once copied, can be used to create new products. Surely the majority would not say that an author can pirate the next version of Microsoft Word simply because he can use it to create new manuscripts."*

Por su parte, Oracle, un gigante tecnológico presente en el mercado desde 1977, gracias especialmente a sus sistemas de bases de datos²¹, adquirió la empresa Sun Microsystems²² en el año 2010 y, con ella, la plataforma Java SE²³, a la que la propia Oracle se refiere en su contestación como "una de las más populares y revolucionarias obras de software"²⁴, cuya ventaja se encontraría en la posibilidad de que los desarrolladores pudieran escribir en distintos sistemas sin tener que escribir un código nuevo partiendo de la nada. "*Write once, run anywhere*". Así se publicitaba Java, describiendo una filosofía que ha hecho fortuna en la industria informática.

No es un detalle menor que poco después de adquirir Android, Google comenzara negociaciones con Oracle (entonces Sun Microsystems) para obtener acceso y poder facilitar el conjunto de la plataforma Java que, sin embargo, incluía ciertas restricciones que chocaban con la política aperturista que Google había elegido para Android y que fueron el argumento último de la ruptura entre las dos empresas. Por eso Google decidió emprender el desarrollo de su propia plataforma adaptada a los incipientes *smartphones*, no sin antes copiar 11.500 líneas de código (*declaring code*) relativo a 37 paquetes de programación que eran parte de una API propiedad de Oracle (Java SE). Esta última, además, consideraba que Google había copiado la estructura de la API (o "**SSO**", *Single Sign-on* en la jerga). Este es el origen de un conflicto que, trasladado al ámbito del derecho de autor, se ha convertido en una discusión acerca de si esa copia fuera lícita bajo el paraguas del *fair use*.

El escrito de contestación de Oracle ante la Corte Suprema hace un relato algo más duro. Reconoce que existieron negociaciones entre las compañías, pero acusaba a Google de negarse a que Android fuera compatible e interoperable con el entorno Java, por lo que Google habría optado por la vía siempre rápida de copiar las mencionadas líneas de código, además de haber diseñado Android de forma definitivamente incompatible con Java, de forma que las *apps* de Android solo serían compatibles con terminales compatibles, mientras que las *apps* basadas en Java nunca funcionarían en entornos Android. Oracle destaca en su escrito cómo el fundador de Android testificó que Oracle se había convertido, efectivamente, en un competidor²⁵.

III. El fondo de la cuestión: el papel del *fair use* en la interoperabilidad del software

"Esta nueva definición destruye los derechos de autor. Un estudio cinematográfico que convierte un libro en una película sin permiso no sólo crea un nuevo producto (la película), sino que permite a otros "crear productos": críticas de películas, productos, vídeos de YouTube, entrevistas televisivas nocturnas, etc. Casi todos los programas informáticos, una vez copiados, pueden utilizarse para crear nuevos productos. Seguramente la mayoría no diría que un autor puede piratear la siguiente versión de

Microsoft Word simplemente porque puede utilizarlo para crear nuevos manuscritos²⁶.”

La sentencia da la razón a Google. En definitiva, la Corte Suprema decidió que la copia por parte de Google era conforme a la doctrina del *fair use* y su tradicional desarrollo jurisprudencial. La anterior cita parte de la dura respuesta del disidente Justice Thomas contra la decisión de la mayoría, y describe con ironía y precisión las contradicciones que ciertos sectores han querido encontrar en la adaptación del *fair use* al caso concreto y no del caso concreto al *fair use*.

Justice Thomas advierte, además, de que los efectos de la copia por parte de Google tuvieron unos efectos dramáticos sobre terceros que en modo alguno eran parte del procedimiento. Por ejemplo, cita una pérdida correlativa del 97,5% del valor del acuerdo que Oracle mantenía con Amazon²⁷ y asegura que la copia sirvió a la compañía para afianzarse como una de las grandes empresas tecnológicas del mundo.

En todo caso, la sentencia se centra realmente en analizar si efectivamente la copia de esas líneas de código, toda vez que se suponen protegidas por la vía del *copyright*, es conforme a dicha teoría del *fair use*, y para ello analiza cada uno de los cuatro requisitos que, de forma cumulativa, se han de producir para que se entienda que el uso de la obra por parte de un tercero queda amparado por el *fair use*.

Se trata de un terreno resbaladizo. Hay voces que alertan de que la concreción del *fair use* genera más confusión de la que disipa y de que carece de una regulación legal a la altura de los supuestos sobre los que se aplica²⁸. Su virtud puede ser su mayor desventaja, ya que la flexibilidad permite unos márgenes interpretativos peligrosamente amplios. Los factores que se toman en consideración en el análisis del *fair use* son cuatro, si bien la apreciación de cada uno de ellos, y su importancia en el caso concreto, queda a discreción del juez o del tribunal. Estos cuatro factores son: (i) el propósito y carácter del uso (si es de naturaleza comercial o si responde a fines educativos sin ánimo de lucro); (ii) la naturaleza de la obra protegida por derechos de autor; (iii) la cantidad y naturaleza de la parte utilizada en relación con el total de la obra protegida por derechos de autor; y (iv) el efecto del uso en el valor o en el mercado potencial de la obra protegida por derechos de autor.

La sentencia analiza dichos factores de forma individualizada, aunque en orden alterado. De hecho, esta cuestión fue también criticada por Justice Thomas, que llama la atención sobre este particular proceder por considerar que desvirtúa gravemente las conclusiones obtenidas junto con el hecho de haber concluido, prácticamente sin análisis, que el *declaring code* copiado es protegible por medio del *copyright*. Así pues, la Sentencia empieza un minucioso análisis que, eso sí, acaba siendo favorable a Google en prácticamente todos los aspectos.

27 El voto particular explica que Amazon venía pagando una licencia para sus productos Kindle, pero que la libre disponibilidad de Android le permitió un generoso descuento por parte de Oracle, que se quedó sin argumentos para poder sostener su relación jurídica en los términos en los que lo venía haciendo hasta ese momento.

28 A este respecto, como señala la Harvard Law Review, “the application of fair use under the Copyright Act of 1976 — a four-factor statutory defense to copyright infringement claims - has been left largely to the speculation of scholars. This has been particularly troublesome in software, where developers have long been forced to rely on a confusing thicket of interpretations and assumptions lacking concrete legal assurances”. Vid. VV.AA. Google LLC v Oracle America, Inc. Harvard Law Review, 2021. - 1 : Vol. 135.

29 Pág. 26 de la sentencia.

En primer lugar, la sentencia analiza la naturaleza de la obra protegida por *copyright*²⁹, es decir, las líneas de código de Oracle. Llega a la conclusión de que la naturaleza es netamente funcional y asociada a ideas no protegibles por *copyright* (lo que no quiere decir que el código en sí mismo no lo sea) y de que su valor reside no solo en su valor intrínseco, sino también en que quienes no son licenciarios lo pueden aprender de forma fácil para trabajar con él y acceder a nuevas creaciones, lo que sin duda levantaría todas las suspicacias de un Tocqueville acostumbrado a un sistema continental mucho menos generoso en este sentido.

En cuanto al propósito y carácter del uso, segundo de los requisitos analizados, el razonamiento de la Corte Suprema es que Google copió partes de la API de Sun Microsystems precisamente haciendo uso de la propia naturaleza del código, es decir, permitir a otros desarrolladores utilizar métodos comunes para arrancar ciertas tareas, ahora bien, de forma limitada únicamente a las funcionalidades necesarias para el sistema operativo integrado en los *smartphones*. Alega además que Sun Microsystems también había utilizado en el desarrollo de esas líneas de código interfaces preexistentes.

En cuanto al tercero de los factores, la cantidad y sustancialidad de la parte copiada, resalta que se trata únicamente del 0,4% del total del sistema Sun Java API, por mucho que la cifra en bruto (11.500 líneas) pudiera parecer injustificada en sí misma. De nuevo utiliza un argumento que parece más subjetivo que basado en parámetros objetivos como es que ese *declaring code* copiado era el necesario para desatar las “energías creativas” de otros programadores.

Por último, en cuanto a los efectos en el mercado³⁰, la Corte Suprema llega al convencimiento de que Oracle no estaba bien posicionada en el emergente mercado de los *smartphones* y que, en consecuencia, las posiciones de Google y Oracle no guardaban ningún tipo de relación de proporcionalidad. En este sentido advierte, asumiendo la postura de Google, de que Android no era un sustituto de Java³¹.

La desestimación de la postura de Oracle en cada uno de estos puntos supuso la desestimación final de sus pretensiones y la estimación de las tesis mantenidas por Google a lo largo de todo el litigio en todas sus instancias.

30 *Ibid.* P. 31-32.

31 “The uncertain nature of Sun’s ability to compete in Android’s market place, the sources of its lost revenue, and the risk of creativity-related harms to the public, when taken together, convince that this fourth factor—market effects—also weighs in favor of fair use”. pág. 35.

IV. ¿Cabe esperar un fallo similar en Europa?

El Tocqueville de 2021, año de la sentencia, sin duda alguna se hubiera formulado esta pregunta. Europa aún contiene el aliento ante un pronunciamiento similar, pero la sentencia del Tribunal General antes citada, de 14 de septiembre de 2022, da algunas pistas aunque resuelva un caso de derecho de la competencia y no uno de propiedad intelectual.

Se comparta o no el razonamiento de la Corte Suprema, en el caso de la sentencia, el análisis está hecho conforme una teoría propia del derecho estadounidense

que carece de correlato en Europa, con la excepción de Reino Unido. La rigidez del sistema de límites, cada vez más oscuros debido al sistemático parcheo de cada reforma legal, parece que impediría hacer un análisis en términos similares, con independencia de cuál fuera el resultado.

Con todo, parece existir en Europa una cierta tendencia a justificar un “uso justo” en determinados supuestos y un debate sobre la compatibilidad del sistema de límites al derecho de autor con una normativa sobre tales usos³². De hecho, la cuestión lleva varios años en el aire en ciertos ambientes académicos e institucionales europeos conscientes de que el sistema de límites empieza a presentar francas insuficiencias para adaptarse a un mundo muy cambiante a causa de los desarrollos tecnológicos³³. La reciente sentencia del Tribunal General tiene cierto valor para este análisis, en el sentido de que se puede interpretar como un aviso a navegantes de que el derecho europeo exige (siempre lo ha hecho) que el mercado solo funciona cuando las empresas que mantienen posiciones dominantes facilitan el desarrollo de competidores, lo que tiene mala conciliación con la incompatibilidad, por ejemplo, entre sistemas operativos. Así, Google habría conseguido una posición dominante en el mercado de los servicios generales de búsqueda mientras evitaba o frenaba la existencia de ofertas alternativas al condicionar los servicios de Google que los desarrolladores independientes podían incorporar en sus productos desarrollados a partir de Android, el sistema operativo de Google. De nuevo, la interoperabilidad en la picota.

En términos estrictos, por tanto, bajo derecho europeo, el *fair use* sencillamente no existe y nos debemos remitir a los límites clásicos reconocidos al derecho de autor. En el ámbito de los programas de ordenador es clásica la excepción para permitir la interoperabilidad de sistemas en el marco de las actividades de descompilación³⁴, si bien se antoja como una regulación claramente insuficiente para dilucidar el supuesto de hecho analizado en la sentencia. El resto de los límites, por su falta de especificidad en relación con el software o, al menos, a un caso tan singular, dificultarían hipotéticamente su aplicación. Tampoco la “regla de los tres pasos” del Convenio de Berna³⁵ parece suficiente para ofrecer una solución.

Como referente cercano se puede tomar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de mayo de 2012³⁶, que concluyó que “ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de ese programa y, por ello,

32 *Op. cit.* MUÑOZ PÉREZ, A. (2021) Revista de Privacidad y Derecho Digital, pág. 42.

33 *Vid.* HUGENHOLTZ, P. B., & SENFTLEBEN, M. R. F. (2011). *Fair Use in Europe*. In *Search of Flexibilities*. Institute for Information Law/VU Centre for Law and Governance, pág. 4

34 Este derecho, reconocido por medio del artículo 6 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador, establece que “no se exigirá la autorización del titular del derecho cuando la reproducción del código y la traducción de su forma a efectos del artículo 4, apartado 1, letras a) y b), sea indispensable para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa de ordenador creado de forma independiente con otros programas, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) que tales actos sean realizados por el licenciatario o por cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa, o en su nombre por parte de una persona debidamente autorizada;

b) que la información necesaria para conseguir la interoperabilidad no haya sido puesta previamente, y de manera fácil y rápida, a disposición de las personas a las que se hace referencia en la letra a), y

c) que dichos actos se limiten estrictamente a aquellas partes del programa original que resulten necesarias para conseguir la interoperabilidad”.

35 Artículo 9.2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas: “se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

36 *Vid.* *SAS Institute Inc. vs. World Programming Ltd.* [Caso judicial]. - Luxemburgo: TJUE, 2012.

carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de esa Directiva”. Se podrían formular hipótesis sobre la protegibilidad del *declaring code*, por una parte, y del *implementing code* por otra, pero lo cierto es que los parámetros nunca podrían ser equivalentes a los empleados por la Corte Suprema. Quizás el debate en Europa tendría más peso en la fase de considerar qué es protegible y qué no lo es, o, dicho de otro modo, qué se considera funcional y qué creativo, conjugando toda suerte de criterios, ya que como sostuvo el Abogado General en el mismo caso, “admitir la posibilidad de proteger una funcionalidad de un programa como tal llevaría a admitir la posibilidad de monopolizar ideas en perjuicio del progreso técnico y del desarrollo industrial”³⁷.

El entusiasmo en la aplicación del *fair use* es más fácil de encajar en casos como el del software, en los que el valor creativo innegablemente convive con un factor meramente funcional y que evoluciona a una gran velocidad. De hecho, en el *amicus curiae* presentado por Microsoft en el marco del litigio ante la Corte Suprema, enfatizaba que el *fair use* destaca por ser flexible y adaptable, y que ha sido muy útil para los tribunales en aquellos casos en los que el carácter funcional sugería su aplicación para asegurar la interoperabilidad de sistemas³⁸.

Esto sin duda conduce a subrayar un concepto mucho más líquido de lo que es la protección por *copyright* o por derecho de autor. Mientras que en el caso del derecho de autor los contornos aparecen bien definidos, en el caso del *copyright*, como se ha visto en la sentencia, el concepto se amolda a cada caso cuando es necesario, destacando que el carácter funcional permite a los tribunales desplegar un catálogo de argumentos mucho mayor de lo que, sin duda, sucedería en Europa. Por tanto, aunque es una cuestión difícil de responder, lo que sí es una realidad es que el camino recorrido en Europa sería necesariamente distinto, puesto que los elementos de juicio a disposición de la Corte Suprema de Estados Unidos son distintos a los mecanismos previstos en la legislación europea.

V. A modo de epílogo

Si Tocqueville hubiera viajado a Estados Unidos en el año 2022, sin duda hubiera observado la notable diferencia que existe con Europa en la protección de los programas de ordenador y hubiera dedicado un capítulo generoso a estudiar el *fair use*. Aunque nadie tiene la respuesta a lo que podría pasar en Europa en un caso similar, sí es fácilmente imaginable que el litigio se hubiera desarrollado bajo unos parámetros muy distintos, en la medida en que la legislación europea es ajena (aunque cada vez menos) a un sistema dinámico como el del *fair use*. Así, los límites tradicionales al derecho de autor parecen condicionar en gran medida el análisis de la parte funcional del software, al menos en lo que respecta al alcance de su protección en el ámbito de la interoperabilidad de sistemas.

El caso analizado es, por méritos propios, uno de los más relevantes de las últimas décadas en el sector tecnológico y, aunque no sea directamente exportable a otras jurisdicciones como la europea, contiene unos razonamientos ineludibles

37 Inciso 57. Conclusiones del Abogado General (Asunto C-406/10) [Caso judicial]. Bot Yves. - Luxemburgo: TJUE, 2011.

38 *Brief of Microsoft Corporation as Amicus Curiae in Support of Petitioner*, pág. 10.

en el estudio de la protección de los programas de ordenador. Además, supone un precedente ineludible. Ningún análisis futuro, esté condicionado o no por esta importante sentencia, podrá desconocer o eludir el análisis no solo jurídico sino incluso de mercado.

La gran cuestión es, quizás, si el *fair use* acabará abriéndose un hueco definitivo en la legislación europea y si el sistema de límites resistirá el imparable rodillo de la digitalización.