

**Asunto C-159/23**

**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia**

**Fecha de presentación:**

15 de marzo de 2023

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)

**Fecha de la resolución de remisión:**

23 de febrero de 2023

**Parte demandante y recurrente en casación:**

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

**Partes demandadas y recurridas en casación:**

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct Ltd.

JS

---

**Objeto del procedimiento principal**

Propiedad intelectual — Directiva 2009/24/CE — Protección jurídica de programas de ordenador — Alcance — Ampliaciones del equipamiento básico de las consolas de videojuegos — Concepto de «transformación» — Programa informático que modifica el contenido de variables utilizadas en la ejecución de un programa de ordenador protegido

**Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial**

Interpretación del Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE

## Cuestiones prejudiciales

1. ¿Se vulnera la protección de un programa de ordenador a los efectos del artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 2009/24 cuando no se modifica el código objeto o el código fuente de un programa de ordenador o su reproducción, sino que otro programa que se ejecuta al mismo tiempo que el programa de ordenador protegido modifica el contenido de variables que el programa de ordenador protegido ha almacenado en la memoria local y que utiliza en la ejecución del programa?

2. ¿Se produce una transformación en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra b), de la Directiva 2009/24 cuando no se modifica el código objeto o el código fuente de un programa de ordenador o su reproducción, sino que otro programa que se ejecuta al mismo tiempo que el programa de ordenador protegido modifica el contenido de variables que el programa de ordenador protegido ha almacenado en la memoria local y que utiliza en la ejecución del programa?

## Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 2009/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, en particular los artículos 1, apartados 1 a 3, y 4, letra b)

## Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Ley de Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor; en lo sucesivo, «UrhG»), en particular los artículos 69a y 69c

## Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La demandante comercializa, como licenciataria exclusiva para Europa, consolas de videojuegos PlayStation, en particular la PlayStationPortable (PSP), comercializada hasta 2014, así como juegos para dichas consolas (en lo sucesivo, «juegos, software o programa de ordenador de la demandante»), entre ellos el juego «MotorStorm: Arctic Edge». Datel Design and Development Ltd. (en lo sucesivo, «demandada n.º 1») y Datel Direct Ltd. (en lo sucesivo, «demandada n.º 2») forman parte del grupo de sociedades de Datel Holdings Group que desarrolla, produce y distribuye programas informáticos, en particular productos complementarios para las consolas de videojuegos de la demandante, entre ellos el software «Action Replay PSP» y, bajo la denominación «Tilt FX», un aparato de entrada adicional para la consola de videojuegos PSP junto con su programa informático. El aparato «Tilt FX» permite controlar la consola de videojuegos mediante movimientos en el espacio. La demandada n.º 1 desarrolló los programas informáticos «Action Replay PSP» y «Tilt FX». La demandada n.º 2 comercializó

dichos programas. JS (en lo sucesivo, demandado n.º 3) es el «director» de la demandada n.º 2.

- 2 Los programas informáticos de las demandadas funcionan exclusivamente con los juegos originales de la demandante. Para ello, se ha de conectar la PSP a un ordenador e insertar un lápiz de memoria que contiene el programa informático de las demandadas. Tras reiniciar la PSP, el usuario puede acceder a una opción de menú adicional denominada «Action Replay» en la consola de videojuegos, que permite introducir modificaciones en los diferentes juegos de la demandante. En el caso del juego «MotorStorm: Arctic Edge» se trata, por ejemplo, de las opciones «Infinite Turbo» y «All Drivers Available», que permiten la eliminación de las restricciones en la utilización del «turbo» («booster») o la disponibilidad de la parte de los conductores que, de otro modo, solo se liberaría en el momento en el que se alcancen determinadas puntuaciones.
- 3 Con el programa informático «Tilt FX», el comprador recibe un sensor que se ha de conectar a la conexión Headset de la PSP, y permite controlarla mediante movimientos de la consola de videojuegos en el espacio. La utilización del sensor de movimiento requiere también la inserción de un lápiz de memoria en la PSP, que pone a disposición una opción de menú adicional «Tilt FX» con una lista de juegos. También en este caso, dicho programa informático permite que, durante el juego, mediante una combinación de teclas se pueda acceder a un menú adicional que no está previsto en el juego original. Si se elige la opción «FX», desaparecen algunas restricciones. Por ejemplo, en el juego «MotorStorm: Arctic Edge» se puede utilizar el «Turbo» sin limitaciones.
- 4 La demandante alega que, mediante los programas informáticos controvertidos de las demandadas, los usuarios transforman, en vulneración de derechos de autor, el programa informático de sus juegos. Entiende que las demandadas son responsables de ello. La demandante invoca, con carácter subsidiario, derechos basados en las normas sobre competencia y, con carácter subsidiario de segundo grado, en las normas sobre Derecho de daños desde el punto de vista del perjuicio para la creación y explotación de su empresa.
- 5 Finalmente, la demandante solicitó en primera instancia que:
  - I. Se condene a las demandadas, bajo pena de multa, a que se abstengan en la República Federal de Alemania de
    - a. ofrecer, vender, distribuir y/u ofrecer, vender o distribuir por medio de terceros el programa informático «Action Replay PSP», que puede utilizarse en las variantes de hardware PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 y PSP Go, mediante el cual el usuario puede intervenir en los juegos que se ejecutan en la consola de videojuegos PSP y que permite o facilita la transformación de los juegos modificando el programa informático del juego,

- b. ofrecer, vender, distribuir y/u ofrecer, vender o distribuir por medio de terceros el programa informático «Tilt FX» perteneciente a un sensor de movimiento, que puede utilizarse en las variantes de hardware PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000, mediante el cual el usuario puede intervenir en los juegos que se ejecutan en la consola de videojuegos PSP y que permite o facilita la transformación de los juegos modificando el programa informático del juego,
  - c. así como de ofrecer un programa informático como el descrito en las letras a) y b) y/o licencias y/o actualizaciones de dicho programa informático para su descarga;
- II. Se condene a las demandadas a facilitar a la demandante información sobre el origen y las redes de distribución de los productos comercializados en Alemania, tal como se señala en el apartado I, indicando el nombre y la dirección de los productores, suministradores y otros poseedores anteriores, los clientes comerciales y los ordenantes, así como las cantidades y los precios de los productos producidos, entregados, recibidos o encargados, y a presentar los justificantes correspondientes (ofertas, facturas, albaranes y documentos aduaneros) en un listado ordenado cronológicamente, a partir de enero de 2008;
- III. Se declare que las demandadas están obligadas solidariamente a indemnizar a la demandante por cualquier perjuicio que haya sufrido o sufra como consecuencia de que las demandadas cometan o hayan cometido los actos descritos en el punto I.
- 6 Con carácter subsidiario, por lo que respecta a la demandada n.º 1, la demandante solicitó que se prohiba a esta apoyar los actos mencionados en la pretensión principal del punto I. Con carácter subsidiario de segundo grado, solicitó que se condene a las demandadas a abstenerse de permitir o facilitar la elusión de las medidas de protección de la copia de la consola de videojuegos.
- 7 En primera instancia [Landgericht Hamburg (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo), sentencia de 24 de enero de 2012 — 310 0 199/10, juris], las demandadas n.º 2 y n.º 3 fueron condenadas con arreglo a las pretensiones principales, mientras que la demandada n.º 1 solo fue condenada a abstenerse con arreglo a la primera pretensión subsidiaria, desestimándose la demanda en todo lo demás.
- 8 Las partes interpusieron recursos contra dicha sentencia. En el procedimiento de apelación, la demandante insistió en sus pretensiones formuladas en los puntos I y III por lo que respecta a las demandadas n.ºs 2 y 3, y solicitó además que:
- I. Se condene a la demandada n.º 1, bajo pena de multa, a que se abstenga en la República Federal de Alemania de

ofrecer, vender o distribuir el programa informático «Action Replay PSP», que puede utilizarse en las variantes de hardware PSP 1000, 2000, 3000 y PSP Go, así como el programa informático «Tilt FX» comprendido en un sensor de movimiento, mediante el cual el usuario puede intervenir en los juegos que se ejecutan en la consola de videojuegos PSP y que permite o facilita la transformación de los juegos modificando el programa informático del juego u ofrecer actualizaciones de dicho programa informático para su descarga;

II. Se condene a las demandadas n.ºs 1, 2 y 3 a facilitar a la demandante información sobre el alcance de los actos mencionados en el punto I, mediante la presentación de un listado en el que se indique:

- a) el nombre y dirección de los productores, suministradores y otros poseedores anteriores,
- b) las cantidades entregadas, las designaciones de tipo, los números de artículo, así como los plazos y precios de entrega,
- c) el precio de coste, incluidos todos los factores, así como el beneficio obtenido,
- d) las ofertas individuales, precisando las cantidades ofrecidas, las designaciones de tipo, los números de artículo, así como las fechas y precios de oferta,
- e) la naturaleza y el alcance de la publicidad realizada, desglosada por soporte publicitario, tirada, tiempo de aparición y área de difusión, y
- f) los nombres y direcciones de los clientes y destinatarios comerciales de las ofertas;

III. Se declare que la demandada n.º 1, solidariamente con las demandadas n.ºs 2 y 3, está obligada a indemnizar a la demandante por cualquier perjuicio que haya sufrido o pueda sufrir como consecuencia de que la demandada n.º 1 cometa o haya cometido los actos descritos en el apartado I.

9 El órgano jurisdiccional de apelación [Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo), GRUR 2022, p. 483] desestimó el recurso de apelación de la demandante y, estimando las pretensiones de las demandadas, modificó la sentencia dictada en primera instancia y desestimó la demanda en su totalidad.

10 El órgano jurisdiccional de apelación consideró que la demanda basada en la vulneración de los derechos de autor era admisible, pero infundada. A su juicio, no le asisten a la demandante las acciones de cesación basadas en los artículos 97, apartado 1, primera frase, y 69c, punto 2, de la UrhG. La utilización del programa informático de las demandadas no supone una transformación de los programas de

ordenador en los que se basan los juegos originales de la demandante. Es cierto que los juegos de la demandante cumplen los requisitos de un programa de ordenador de conformidad con el artículo 69a de la UrhG. Sin embargo, el objeto de protección de los derechos de autor de un programa de ordenador en virtud de los artículos 69a y 69c de la UrhG son los datos de programa del código objeto y del código fuente, así como la estructura y la organización internas del programa de ordenador, pero no su ejecución conforme al programa. El programa informático de las demandadas no modifica ni los propios programas ni las copias cargadas en la memoria local de la PSP. Sus instrucciones paralelas solo alteran los datos variables almacenados por el juego de ordenador en la memoria local, lo que supone una modificación del resultado del juego. El enfoque funcional defendido por la demandante, según el cual, con independencia de la influencia sobre el código del programa o de su copia modificada, debe considerarse que también existe una transformación cuando se interfiere de otro modo en la ejecución del programa, es incompatible con el objeto de protección de un programa de ordenador con arreglo al artículo 69a de la UrhG. La ejecución de un programa de ordenador conforme a su programa no está cubierto por el derecho exclusivo de transformación previsto en el artículo 69c, punto 2, de la UrhG. Por lo tanto, el autor de un programa de ordenador no dispone de un derecho, derivado de los artículos 69a y 69c de la UrhG, a que su programa solo se utilice de la manera inicialmente prevista en la secuencia cronológica, siempre que el juego se desarrolle, como ocurre en el presente caso, de conformidad con el programa incluso en caso de intervención de terceros y que las distintas situaciones de juego estén previstas en el propio programa informático del juego.

- 11 Mediante su recurso de casación, admitido a trámite por el tribunal de apelación y cuya desestimación solicitan las demandadas, la demandante insiste en sus pretensiones formuladas en apelación.

### **Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial**

- 12 El éxito del recurso de casación depende, en lo que respecta a las pretensiones principales de la demandante, de si el uso del programa informático de las demandadas vulnera el derecho exclusivo de transformación de un programa de ordenador en el sentido del artículo 69c, punto 2, de la UrhG, invocado por la demandante. La aplicación de esta disposición suscita cuestiones relativas a la interpretación de los artículos 1, apartados 1 a 3, y 4, apartado 1, letra b), de la Directiva 2009/24.
- 13 La demandante denuncia la vulneración del derecho exclusivo de transformación del programa de ordenador que invoca en virtud del artículo 69c, punto 2, de la UrhG.
- 14 Sobre la primera cuestión prejudicial: Es dudoso que el artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 2009/24 deba interpretarse en el sentido de que se menoscaba el ámbito de protección de un programa de ordenador previsto en el artículo 1,

apartados 1 a 3, de la citada Directiva cuando no se modifica el código objeto o el código fuente de un programa de ordenador o su reproducción, sino que otro programa que se ejecuta al mismo tiempo que el programa de ordenador protegido modifica el contenido de variables que el programa de ordenador protegido ha almacenado en la memoria local y que utiliza en la ejecución del programa.

- 15 Según las apreciaciones del órgano jurisdiccional de apelación, que no han sido impugnadas por la recurrente en casación, los productos informáticos de las demandadas producen sus efectos dejando intacta la carga del programa en la memoria local, pero influyen en la ejecución de los programas mediante la modificación de variables pertenecientes al juego. No se modifican las instrucciones en la propia memoria local, sino únicamente los datos (variables) que el programa informático del juego almacena durante su ejecución en la memoria local. Las instrucciones del programa informático del juego de la demandante siguen igualmente activas y su estructura interna no se ve comprometida. Solo se modifican los datos generados por el juego en desarrollo en la memoria local. De este modo, las instrucciones del juego se ejecutan sobre la base de valores distintos de los que se habrían obtenido en caso de una ejecución normal del juego en ese momento. Incluso utilizando el programa informático de las demandadas, los juegos se ejecutan siempre según lo programado. No obstante, algunos datos generados por el juego (por ejemplo, el consumo del «Turbo») son sustituidos en la memoria local por los programas informáticos de las demandadas por valores que el propio juego conoce y puede interpretar. De este modo, al programa se le simula una situación que, si bien puede producirse en el desarrollo normal del juego y que es inherente al programa, no se produce en el estado concreto del juego. Por ejemplo, el programa informático de las demandadas no añade una instrucción al juego que provoque una «colisión con un guardarraíl»; solo influye en el momento y la frecuencia con la que el juego ejecuta esa instrucción inicialmente incluida en el programa.
- 16 Por lo tanto, lo determinante en el presente litigio es saber si el contenido de las variables almacenadas y utilizadas por el programa de ordenador en la memoria local de la consola de videojuegos sigue estando comprendido en el ámbito de protección del derecho sobre el programa de ordenador. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la categoría de variables está efectivamente prevista en el programa informático del juego de la demandante y que solo el contenido de dichas variables se ve modificado por la intervención del programa informático de las demandadas durante el juego, lo que modifica, por ejemplo, el momento o la frecuencia de la ejecución de una instrucción que depende del valor de las variables. Es dudoso que tal influencia sobre los datos variables de la memoria local generados durante el juego interfiera en un programa de ordenador en el sentido de los derechos de autor.
- 17 De conformidad con el artículo 1, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2009/24 (véase el artículo 69a, apartado 4, de la UrhG), 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 (en lo sucesivo, «Convenio de Berna»). Según el artículo 1, apartado 1, segunda frase, de la Directiva 2009/24 y el artículo 69a, apartado 1, de la UrhG, la expresión «programas de ordenador» comprenderá su documentación preparatoria. Con arreglo al artículo 1, apartado 2, primera frase, de la Directiva 2009/24 y al artículo 69a, apartado 2, primera frase, de la UrhG, la protección prevista se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador. A tenor del artículo 1, apartado 2, segunda frase, de la Directiva 2009/24 y del artículo 69a, apartado 2, segunda frase, de la UrhG, las ideas y principios en los que se base un elemento de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces, no estarán protegidos mediante derechos de autor. En virtud del artículo 1, apartado 3, primera frase, de la Directiva 2009/24 y del artículo 69a, apartado 3, primera frase, de la UrhG, el programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. Con arreglo a la segunda frase de este apartado, no se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección.

- 18 Cabe suponer que el tenor de las disposiciones de la Directiva 2009/24 como el contexto y sus antecedentes legislativos abogan por una interpretación de la expresión «programa de ordenador» que se inspira en el código fuente y en el código objeto como forma de expresión de la obra personal creada por el desarrollador del programa (autor) y que, por tanto, no abarca una simple alteración de los datos variables generados durante un juego en la memoria local del ordenador.
- 19 A tenor del artículo 1, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2009/24, los programas de ordenador están protegidos mediante derechos de autor como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna. Un programa de ordenador está redactado inicialmente en forma de «código fuente» en un lenguaje de programación inteligible para el ser humano, antes de ser transcrito en forma ejecutable por un ordenador, a saber, en forma de «código objeto», mediante un programa denominado «compilador» (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021, *Top System*, C-13/20, EU:C:2021:811, apartado 35). El artículo 10, apartado 1, del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna. El código fuente y el código objeto de un programa de ordenador son formas de expresión de este, que merecen por tanto la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador. El objeto de la protección conferida por la Directiva 2009/24 abarca el programa de ordenador en todas sus formas de expresión, que permiten reproducirlo en diferentes lenguajes informáticos, tales como el código fuente y el código objeto (sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09, EU:C:2010:816, apartados 33 a 35, y de 6 de octubre de 2021, *Top System*, C-13/20, EU:C:2021:811, apartado 36). La anterior conclusión se ve respaldada también por el considerando 15 de la Directiva 2009/24, según el cual la reproducción, traducción, adaptación o transformación no autorizadas de la forma del código en el que se suministra la copia del programa de ordenador constituyen una infracción de los derechos del autor.

- 20 Los antecedentes legislativos de las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la protección de los programas de ordenador mediante el derecho de autor también parecen abogar por una interpretación orientada a la incorporación del resultado del programa. Así, en los trabajos preparatorios de la Directiva 91/250/CEE, que fue sustituida por la Directiva 2009/24, la Comisión Europea consideró que por programa informático debe entenderse un conjunto de instrucciones cuyo objeto es ejecutar una función o tarea determinada [Propuesta de Directiva de la Comisión sobre protección jurídica de programas informáticos, COM(88) 816 final, DO 1989, C 91/4, pp. 5 y 9; véase también la Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 Microsoft, C(2004) 900 final, apartado 21]. Esto se corresponde con el artículo 1, apartado 1, de las Disposiciones tipo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, «OMPI») para la protección del soporte lógico (GRUR Int. 1978, p. 286). Según esta disposición, un programa de ordenador es un conjunto de instrucciones que, una vez incorporado a un dispositivo de lectura automatizada, puede hacer que una máquina capaz de procesar información indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico.
- 21 Sobre la base de estos principios, en el presente caso no se ha vulnerado el ámbito de protección del artículo 1 de la Directiva 2009/24. Así, el órgano jurisdiccional de apelación constató, sin que las partes lo hayan rebatido, que el programa informático utilizado por la demandante en la PSP cumplía los requisitos de un programa de ordenador, pero que el programa informático de las demandadas no modificaba los datos de programa del código objeto y del código fuente, ni la estructura y organización internas del programa informático del juego o del programa informático del sistema operativo de los juegos comercializados por la demandante.
- 22 En cambio, la recurrente en casación considera que tanto el tenor como la génesis legislativa de la Directiva 2009/24 abogan por la inclusión de los contenidos de las variables controvertidas almacenados en la memoria local en el ámbito de protección del programa de ordenador en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2009/24. Alega que, de la definición del programa de ordenador, tal como figura en el artículo 1, apartado 1, de las Disposiciones tipo de la OMPI, como un conjunto de instrucciones que, una vez incorporado a un dispositivo de lectura automatizada, puede hacer que una máquina capaz de procesar información indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico, se desprende que lo fundamental es la existencia de una finalidad de las estructuras de control del programa. Así, a su juicio, el concepto de «programa de ordenador» engloba también todas las partes de la secuencia de instrucciones que contribuyen a alcanzar los resultados previstos o que permiten determinadas funciones. La función de los juegos de ordenador controvertidos es proporcionar una experiencia de juego entretenida y estimulante mediante un desarrollo dinámico del juego. Este desarrollo dinámico es el resultado de la interacción entre las instrucciones del programa y los datos variables que influyen en dichas instrucciones. El desarrollo de los juegos depende de los datos variables almacenados en la memoria local, que el programa informático de los juegos modifica

constantemente en función del desarrollo del juego. Por tanto, la ejecución del programa depende de la creación, durante el juego, de determinados parámetros a los que el programa recurre posteriormente. Para obtener un resultado concreto definido por el autor (por ejemplo, la imposibilidad de utilizar un «booster») como producto de esa ejecución dinámica del programa, es imprescindible recurrir a las variables que, según la voluntad del autor, se almacenan precisamente para este proceso en la memoria local. Por tanto, los valores almacenados en la memoria local no son meramente productos aleatorios y técnicamente inevitables de la ejecución del juego. El objetivo asignado al programa, a saber, una determinada experiencia de juego, presupone que determinados datos variables puedan recuperarse de la memoria local. Si se introducen otros datos en el curso posterior del programa contraviniendo las reglas del juego, la experiencia de juego cambiaría y no se alcanza —concluye la recurrente en casación— el objetivo perseguido por el programa.

- 23 En opinión del órgano jurisdiccional remitente, es dudoso que la voluntad del programador, caracterizada por el objetivo de concebir un desarrollo entretenido del juego, de tomar como base para las instrucciones del programa solo los datos variables generados de conformidad con el juego durante la ejecución del programa puedan tenerse en cuenta a efectos de determinar el ámbito de aplicación de la protección del programa de ordenador. Con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2009/24, la protección prevista en dicha Directiva se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador (primera frase), y las ideas y principios en los que se base cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces, no estarán protegidos mediante derechos de autor con arreglo a la Directiva (segunda frase, véase también el considerando 11 de la Directiva 2009/24). En Derecho internacional, tanto el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor como el artículo 9, apartado 2, del Acuerdo sobre los ADPIC establecen que la protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. 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 tal programa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250. Admitir que el derecho de autor pudiera proteger la funcionalidad de un programa de ordenador supondría ofrecer la posibilidad de monopolizar las ideas, en perjuicio del progreso técnico y del desarrollo industrial (sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de mayo de 2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, apartados 35 a 40). Por lo tanto, el resultado de la utilización de un programa de ordenador que surge en la ejecución de ese programa no estará amparado por la protección del programa de ordenador.
- 24 La recurrente en casación alega que, de conformidad con el artículo 1, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2009/24, los Estados miembros protegerán mediante derechos de autor los programas de ordenador como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna. No solo la versión concreta del texto y, por

tanto, la plasmación directa de la idea puede estar protegida por el derecho de autor, sino también los elementos individuales y los constitutivos de la forma de la obra que pueden encontrarse, por ejemplo, en el desarrollo de la acción y la configuración de las escenas. Por lo que respecta a los programas de ordenador, de ello resulta que, además del código de lectura mecánica, el diseño también puede ser protegido como elemento individual del programa, es decir, también los datos variables almacenados en la memoria local.

- 25 No parece que pueda acogerse este punto de vista. El desarrollo de la acción y la configuración de las escenas pueden expresarse en los datos de programa del código objeto y del código fuente. Cabe suponer que sucede lo mismo con las variables establecidas por el desarrollador como categoría que participan en el desarrollo de la acción. Pues bien, según las apreciaciones efectuadas por el órgano jurisdiccional de apelación, el programa informático de las demandadas no interfiere precisamente en estos elementos determinantes de la acción del programa creados por el programador, sino que simplemente modifica el contenido de las variables generado por el usuario durante el juego. Pero estos contenidos, en sí mismos, no son la expresión de una concepción personal del autor, sino que se refieren a la concreta ejecución del programa en función del comportamiento del usuario. El programa informático de las demandadas no modifica el desarrollo de la acción ni la configuración de las escenas, sino únicamente el orden o la frecuencia de la reproducción de las secuencias de acciones o escenas. La protección por el Derecho de autor del desarrollo de la acción y de la configuración de las escenas, invocada por la recurrente en casación, se refiere, por tanto, a una protección no prevista por la Directiva 2009/24 de la idea, la ejecución y la funcionalidad del programa.
- 26 Sobre la segunda cuestión prejudicial: También debe aclararse si existe una transformación en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra b), de la Directiva 2009/24 cuando no se modifica el código objeto o el código fuente de un programa de ordenador o su reproducción, sino que otro programa que se ejecuta al mismo tiempo que el programa de ordenador protegido modifica el contenido de variables que el programa de ordenador protegido ha almacenado en la memoria local y que utiliza en la ejecución del programa.
- 27 Partiendo de su apreciación de que, en el presente asunto, el programa informático de las demandadas no vulnera el objeto de protección del programa de ordenador en el sentido del artículo 69a de la UrhG debido a la falta de modificación del código objeto, del código fuente o de la estructura interna del programa de ordenador de la demandante, el órgano jurisdiccional de apelación consideró que no se había producido una transformación en el sentido del artículo 69c, punto 2, de la UrhG. Un enfoque funcional según el cual, independientemente de la incidencia en el código programa o con independencia de la reproducción modificada de dicho código, podría considerarse que existe una transformación incluso en caso de una intervención diferente en la ejecución del programa sería incompatible con el objeto de protección del artículo 69a de la UrhG. En efecto, el desarrollo conforme al programa no forma parte del objeto de protección de un

programa de ordenador y, por tanto, no está protegido por los derechos exclusivos previstos en el artículo 69c de la UrhG contra las influencias externas. Ni la protección del programa de ordenador se extiende a la funcionalidad de un programa ni la mera utilización de una obra, a diferencia de los derechos de uso técnicos, se considera una forma de uso protegida por los derechos de autor. Por lo tanto, a juicio del órgano jurisdiccional de apelación, al autor de un programa de ordenador no le asiste un derecho, derivado de los artículos 69a y 69c de la UrhG, a que su programa solo se utilice de la manera prevista por él, siempre que el juego se desarrolle de conformidad con el programa incluso en caso de intervención de terceros y las diferentes situaciones de juego estén previstas en el propio juego.

- 28 En cambio, la recurrente en casación parte del principio de que una transformación no requiere una intervención en la esencia del programa. El elemento determinante a este respecto es que, en una situación de juego determinada, la ejecución del programa prevea el almacenamiento y posterior uso de contenidos de variables muy concretos y que otros contenidos de variables solo se almacenen en otras condiciones. La utilización de contenidos falsos de variables constituye ya una intervención.
- 29 Resulta controvertido si es necesario, para admitir una transformación en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra b), de la Directiva 2009/24 y del artículo 69c, punto 2, de la UrhG, que se modifique la esencia del programa de ordenador en forma de código fuente o código objeto. Según una concepción, para que exista una transformación basta con que se intervenga en la ejecución del programa de ordenador sin intervenir en la esencia del programa [Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo), GRUR-RR 2013, p. 13 (juris, apartado 62)]. Según otra tesis, una transformación siempre requiere una intervención en el código fuente o el código objeto y, en este sentido, en la esencia del programa de ordenador [Landgericht München I (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Múnich I), MMR 2015, p. 660 (juris, apartados 288 y 289); Landgericht Hamburg (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo), CR 2016, p. 782 (juris, apartado 28); Landgericht Hamburg, auto de 22 de julio de 2016 — 308 O 244/16, BeckRS 2016, 137325 (juris, apartado 11), y Landgericht Hamburg, GRUR-RR 2022, p. 253 (juris, apartado 52)]. El órgano jurisdiccional remitente se decanta por este último punto de vista. La expresión «transformaciones» apunta, al igual que el término «alteration» utilizado en la versión inglesa [de la Directiva 2009/24], a que se requiere una intervención en el código fuente o el código objeto y que no basta una mera influencia en los resultados funcionales variables generados durante la ejecución del programa. No obstante, la situación sería distinta si el Tribunal de Justicia considerara, a la luz de la primera cuestión prejudicial, que tales resultados funcionales forman parte de la protección mediante el derecho de autor del programa de ordenador. En tal caso, la influencia sobre el contenido de las variables controvertidas en el presente asunto constituiría también una intervención modificativa en el programa de ordenador.