

CAPÍTULO XVIII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR USO DEL SOFTWARE SIN LICENCIA EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL Y EL TRABAJO A DISTANCIA

Fernando Aragón Pozo

Doctorando de la Universidad Pablo de Olavide

1. EL SOFTWARE EN EL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN EMPRESARIAL

El programa de ordenador, entendido como toda «*serie de instrucciones no activas escritas por un programador y almacenadas en un disco o cinta, [pudiéndose, o no], convertir en una tarea*»¹, es uno de los elementos que las empresas han de utilizar para construir los cimientos de su digitalización². Esta digitalización o transformación digital es un proceso necesario para adaptar las empresas a las características de nuestra realidad económica actual —como por ejemplo, a la creciente importancia de la riqueza inmaterial, la predominancia del *smartphone* como punto de acceso a la red, la accesibilidad prácticamente universal a internet, la llegada del internet de las cosas, la valoración de los datos de carácter personal y la reconfiguración de la privacidad, el nacimiento del concepto de trabajador telemático...³—. Por tanto la correcta implementación de programas de ordenador en la estructura empresarial será necesaria para que las empresas puedan satisfacer las actuales demandas del mercado.

Entre los factores que han de tenerse en consideración para la correcta implementación de cualquier programa de ordenador en el ámbito empresarial se encuentra el respeto al Derecho de Propiedad Intelectual. Siendo relevante a día de hoy destacar, con respecto al proceso de digitalización de las empresas españolas, este respeto al Derecho de Propiedad Intelectual por los siguientes motivos: primero, debido al uso relativamente extendido de software sin licencia en empresas de España⁴; y segundo, por las novedades que la popularización del trabajo a distancia a causa de la crisis del COVID-19 puede traer al régimen de imputación de responsabilidad por uso de programas de ordenador sin licencia.

Además, la instalación de software sin licencia puede provocar efectos muy negativos con respecto al desempeño económico de la empresa —un perjuicio a la reputación y a la imagen de la empresa⁵, la instalación de software malicioso y la exposición a ataques informáticos⁶, riesgos contables y fiscales⁷...—, pero también la posibilidad de que se exija a la empresa responder civil, o incluso penalmente, por la vulneración de los derechos de autor del titular de los derechos de explotación del software que dicha organización haya instalado sin licencia. Por lo tanto, el respeto al Derecho de la Propiedad Intelectual en relación con el software sin licencia para evitar la imputación de una posible responsabilidad por la comisión de ilícitos contra la propiedad intelectual —especialmente la imputación de responsabilidad civil extracontractual, por ser esta posiblemente la consecuencia más común que nuestro ordenamiento jurídico da como respuesta a este tipo de irregularidades— es un factor clave que debe ser considerado por toda empresa que se encuentre en proceso de transformación digital.

Teniendo todo esto en cuenta, y con la intención de dar unos primeros pasos en el estudio del cumplimiento normativo sobre propiedad intelectual en el proceso de

digitalización empresarial actual, el objetivo de esta obra será, en primer lugar, comenzar exponiendo la protección que nuestro ordenamiento jurídico concede a los programas de ordenador; en segundo lugar, estudiar la responsabilidad que podría ser imputable a las empresas que usen software sin licencia, poniendo el foco sobre la responsabilidad civil extracontractual⁸, analizando los presupuestos que deben darse para que concurra, la naturaleza y cuantía de las indemnizaciones relativas a esta, y las herramientas de las que disponen los titulares de los derechos de explotación de los programas de ordenador para detectar la comisión de infracciones a sus derechos por uso de software sin licencia; en tercer lugar, exponer las herramientas de las que disponen las empresas para prevenir este tipo de responsabilidad civil y, finalmente, señalar algunos de los efectos que la implementación del trabajo a distancia podría provocar con respecto a esta responsabilidad civil extracontractual por uso de software sin licencia.

2. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

En nuestro ordenamiento jurídico los programas de ordenador están reconocidos como objeto de propiedad intelectual en el artículo 10.1 de la LPI⁹, que establece que *«son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: [...] i) los programas de ordenador»*. En consecuencia, un programa de ordenador, siempre que sea original y haya sido expresado—entendida la originalidad como la plasmación de la idea personal del autor, que comprende también la novedad de la creación o ausencia de copia y la expresión como la exteriorización formal de la obra a través de cualquier medio o soporte, sea material o inmaterial, que permita a terceros percibir y reconocer la idea creadora—¹⁰, estará protegido por el Derecho de la Propiedad Intelectual.

Este Derecho de la Propiedad Intelectual establece, entre otras instituciones jurídicas, que corresponde en exclusiva al titular de los derechos de explotación del objeto de propiedad intelectual el derecho de reproducción de dicho objeto. En relación al tema que nos ocupa esto implica que una persona que desee utilizar un determinado programa de ordenador solo podrá instalar y utilizar ese programa en sus dispositivos informáticos si cuenta con la autorización del titular de los derechos de explotación de dicho programa de ordenador. Esto se encuentra legalmente reconocido en el artículo 17 de la LPI, que prevé que *«corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción [...]»*, los cuales el artículo 18 de la LPI define como la facultad para controlar *«la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias»*. Adicionalmente, este derecho de reproducción se concreta en relación con los programas de ordenador en el artículo 99 de la LPI, que establece que el titular de los derechos de explotación de un programa de ordenador tiene derecho a controlar *«la reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria»*, y que *«cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho»*.

La inobservancia de esta exigencia de autorización y la realización de cualquier acto de reproducción de un programa de ordenador sin el consentimiento del titular de los

derechos de explotación de este —por ejemplo, mediante la instalación de software sin licencia en una empresa—, constituiría una vulneración del derecho de reproducción del titular de los derechos económicos del mencionado programa de ordenador que podría implicar la obligación de indemnizar al titular de los derechos económicos del software.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL IMPUTABLE A EMPRESAS POR USO DE PROGRAMAS DE ORDENADOR SIN LICENCIA

3.1 Los elementos de la responsabilidad civil extracontractual por uso de programas de ordenador sin licencia

La responsabilidad civil extracontractual *«es la disciplina que estudia los diversos instrumentos de reparación de los que dispone la persona que haya sufrido daños»*, y será exigible al demandado cuando concurren los siguientes elementos: la acción u omisión, la imputación subjetiva, el daño y la relación de causalidad¹¹. En el ordenamiento español este tipo de responsabilidad se encuentra reconocida en el artículo 1902 del CC¹², que impone que *«el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»*, entrando dentro de este concepto la causación de daño por uso de programas de ordenador sin licencia en el ámbito empresarial. Esto es así porque en dicho supuesto concurrirían todos los anteriormente mencionados elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

La acción requerida para apreciar existencia de responsabilidad civil extracontractual es la existencia de una actividad humana que implica control y dominio por parte de quién la realiza —pudiendo esta conducta ser pasiva, siendo entonces una omisión—¹³. En el caso del objeto de estudio de este trabajo la acción sería la realización en el ámbito empresarial de un acto de reproducción de un programa de ordenador sin contar con la autorización del titular de los derechos económicos de dicho programa, es decir, la instalación de un programa de ordenador sin licencia en cualquier equipo informático de esta empresa.

Con respecto a la imputación subjetiva, y asumiendo que nos encontramos ante acciones antijurídicas realizadas por sujetos civilmente imputables¹⁴, en el caso que nos ocupa es posible que la responsabilidad pueda ser directamente imputable a título culposo o negligente a la empresa como persona jurídica si esta utiliza de forma sistemática programas de ordenador sin licencia. Sin embargo, también es posible que la acción de instalación de un software sin licencia haya sido realizada por un empleado de la empresa, en cuyo caso la responsabilidad extracontractual también sería imputable a la empresa —excepto si se da culpa exclusiva del trabajador en el evento dañoso, tal como ocurre, por ejemplo, en la Sentencia 1384/2007, del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre (RJ 2007\9054)¹⁵— dado que nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno. Esto es así porque la imputación subjetiva de dicha acción estará condicionada por lo dispuesto por el artículo 1903 del CC, que establece que son responsables *«los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones»*. En consecuencia, teniendo en cuenta lo dispuesto por este artículo, es posible afirmar que, en el supuesto de instalación de software sin licencia en el ámbito empresarial por obra de una persona dependiente de la empresa, sin perjuicio de que la acción sea imputable a esta persona a título doloso o negligente, la responsabilidad extracontractual será exigible a la empresa

con la que esta persona esté relacionada en forma de culpa *in vigilando* por falta de control de la persona sometida al poder de la empresa, siendo esto así siempre que la persona trabajadora o dependiente de la empresa realizase la acción con ocasión del desempeño de sus obligaciones o funciones en la empresa¹⁶.

El daño provocado por la acción —en este caso, por la instalación de software sin licencia en una empresa— comprenderá tanto el daño emergente, es decir, la pérdida efectivamente sufrida, incluidos los daños morales —sin perjuicio de la dificultad de apreciar daños morales en supuestos como el que aquí analizamos—; como el lucro cesante, que es el beneficio o ganancia dejado de obtener a consecuencia de la instalación del software sin licencia¹⁷. Dicho daño se entenderá infringido desde el momento de la instalación del programa, no siendo necesario constatar que el programa sin licencia se llegó efectivamente a usar para que sea apreciable la responsabilidad extracontractual de la empresa. Ejemplo de esto encontramos en la Sentencia 376/2020, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de febrero (AC 2020\149), en la que se condena a los demandados a una indemnización por daños y perjuicios al considerar que constaba *«la fecha en la que se instalaron los programas, dato suficiente para considerar que se ha producido daño»*.

Finalmente, el nexo causal es la conexión existente entre la acción u omisión y el daño sufrido por otro, la cual debe ser probada ante los tribunales¹⁸.

3.2 La cuantía de la indemnización

Es necesario profundizar un poco más en el previamente expuesto concepto de daño debido a que la cuantificación de este está íntimamente ligada a una cuestión de gran interés: la determinación de la indemnización. En las indemnizaciones por daños a la propiedad intelectual con respecto a programas de ordenador el daño sufrido suele corresponderse con la cuantía a indemnizar. Para cuantificar este daño la jurisprudencia suele basarse en los ingresos dejados de percibir por los titulares de los derechos de explotación de los programas de ordenador, tal como podemos apreciar en la Sentencia 396/2017, de la Audiencia Provincial de Albacete, del 9 de octubre (ARP 2017\1401), en la que se condena al autor de los hechos a pagar a Microsoft Corporation en concepto de indemnización por daños y perjuicios la cantidad de 529,97€, cantidad que la Audiencia también identificó con el perjuicio causado a Microsoft. Y para determinar los ingresos dejados de percibir por el titular de los derechos económicos del programa de ordenador y, en consecuencia, la cuantía de la indemnización, la jurisprudencia utiliza habitualmente como referencia el valor de mercado de los programas sin licencia instalados, tal como ocurre en la Sentencia 80/2020, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de enero (AC 2020\5), en la que se condena al demandado a indemnizar a los demandantes con 214.080€, correspondientes al valor de las seis copias sin licencia que se acreditó que el demandado tenía instaladas en sus dispositivos informáticos.

Asimismo es relevante conocer de qué forma la jurisprudencia más reciente sobre ilícitos contra la propiedad intelectual entiende que se ha de determinar el valor de mercado de un programa de ordenador: se habrán de tomar los datos de la opción de compra más favorecedora para el demandado, es decir, la que le hubiese resultado más lógica de haber adquirido legalmente las licencias de los programas que haya instalado sin licencia, pero sin que tenga derecho a que se le apliquen ningún tipo de descuento. Esto podemos extraerlo de la mencionada Sentencia 80/2020, en la que el órgano

juzgador fija el daño infringido corrigiendo a la primera instancia, que basó el perjuicio en el valor de cuatro licencias flexibles del programa, en lugar de en seis licencias fijas, las cuales serían la opción más barata para obtener lícitamente los programas que el demandado tenía instalados; al tiempo que entiende que «no se pueden aplicar ninguna de las ofertas o de los descuentos que pretende aplicar, ya que no sería lógico hacerlo a un infractor». También, en el caso de que el software no tenga un precio de venta al público, será posible utilizar otras fuentes para determinar la cuantía del daño, como por ejemplo los datos de mercado y la certificación emitida por el consejero delegado de la empresa demandante que se utilizó para valorar los daños en la citada Sentencia 376/2020, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

3.3 La obtención de pruebas de la comisión de infracciones por uso de programas de ordenador sin licencia

En los supuestos de vulneración de los derechos de los titulares de los derechos de explotación de programas de ordenador por uso sin licencia de los mismos en el ámbito empresarial, la demanda que requiere a los infractores una indemnización por los daños y perjuicios sufridos suele fundarse en un informe pericial sobre el contenido de los dispositivos informáticos de la empresa demandada, llevado a cabo sobre la base de los datos recogidos mediante una diligencia de entrada y registro en las instalaciones de dicha empresa demandada. Ejemplo de esto podemos encontrar en la Sentencia 396/2017, de la Audiencia Provincial de Albacete, de 9 de octubre. Ahora bien, los datos aportados para justificar esta medida cautelar pueden provenir de diferentes fuentes.

Una de las más populares es la denuncia o aportación de evidencias de uso de software sin licencia por parte de personas vinculadas de alguna forma a la empresa¹⁹. Sin embargo tal vez la vía más eficiente pero controvertida para obtener datos con los que justificar la mencionada medida cautelar sean los programas «anti-piratería» o de detección de software sin licencia. Estos son programas que se instalan junto a las versiones con licencia de los programas de ordenador y que permiten detectar la existencia de reproducciones no consentidas de ese programa en el dispositivo o servidor en cuestión. Y son susceptibles de provocar controversia debido al posible conflicto en el que estos podrían entrar con derechos fundamentales como la intimidad o la protección de datos²⁰ al captar para realizar la detección de software sin licencia datos como la IP de los equipos informáticos en los que hay copias sin licencia del programa de ordenador controvertido o el nombre de dominio de la red a la que se encuentra conectado dicho equipo.

Sin embargo, el debate sobre si el uso de programas de detección para obtener información sobre las empresas que utilizan software sin licencia para la posterior promoción de una entrada y registro es lícito o, en cambio, es contrario al derecho a la intimidad o la protección de datos ya está superado. Y es que la jurisprudencia ha aceptado en múltiples ocasiones el uso de este tipo de programas, estimando bastantes los datos proporcionados por ellos para dar la orden de registro de una empresa. Dando como argumento para esto, por ejemplo, la citada Sentencia 80/2020, que los datos utilizados por este tipo de programas son datos relativos a una persona jurídica, por lo que no entrarían dentro del ámbito de aplicación material del Derecho de Protección de Datos; y que tampoco se vulneraría la intimidad personal de los trabajadores, dado que los ordenadores de empresa son de uso profesional, por lo que no se consideran protegidos por unas expectativas razonables de privacidad.

4. LA PREVENCIÓN DEL USO DE SOFTWARE SIN LICENCIA

No solo para no sufrir infecciones de malware e imprecisiones contables y financieras, sino para no soportar la imposición de las cuantiosas sanciones que pueden derivarse de la comisión de ilícitos contra la propiedad intelectual y el daño a la imagen pública y a la reputación empresarial que podrían ir ligados a estas, las organizaciones deben evitar la utilización en su seno de software sin licencia. Para ello, el primer paso, obvio aunque imprescindible, es que la empresa esté informada, concienciada y decidida a no utilizar software sin licencia y rechace incluirlo de forma estructural en los procesos que realice. De esta forma la empresa en cuestión estaría evitando utilizar conscientemente software sin licencia, por lo que no le sería imputable responsabilidad civil alguna por actos propios culposos.

Sin embargo, como ya se expuso en el apartado anterior de este trabajo, también es posible que una empresa pueda ser condenada a indemnizar los daños y perjuicios causados a los titulares de los derechos de explotación de un determinado software incluso si el software sin licencia es instalado por algún empleado o persona dependiente de esta, ya ocurra este hecho habitualmente o de forma puntual. Para evitar este tipo de responsabilidad las empresas deben implementar todas las medidas de prevención que estén a su alcance y actuar de la forma más diligente posible, cumpliendo así un doble objetivo: evitar que las personas trabajadoras o dependientes de la empresa utilicen software sin licencia, evadiendo de esta forma la comisión del ilícito y, en el caso de que alguna persona trabajadora o dependiente llegue a utilizar en su seno software sin licencia, eximirse de responsabilidad.

Esta exención de la responsabilidad por hecho ajeno deviene del propio artículo 1903 del CC, el cual establece que *«la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»*. Y para poder invocar esta exención la empresa deberá, no solo haber implementado todas las medidas necesarias para evitar la comisión de dichas infracciones, sino que deberá ser capaz de probar que efectivamente llevó a cabo dichas medidas²¹. ¿Pero cuáles son estas medidas?

En la norma no existe enumeración alguna. La naturaleza de estas medidas y la forma de probar su efectiva implementación variará según múltiples factores: el tipo de acción que la empresa pretenda proteger, la actividad económica que la empresa realice, el tamaño de la empresa..., siendo solamente posible apuntar a rasgos genéricos que para otorgar la exención de responsabilidad extracontractual la jurisprudencia suele atender a factores como que la empresa eleve su nivel de diligencia más allá de lo meramente reglamentario, que se adecue a los requisitos de la *lex artis* de su sector, o que haya actuado conforme a la previsibilidad de la realización del daño²².

Sin embargo, a modo de ejemplo, como medidas específicas para evitar el uso de software sin licencia dentro de una empresa que podrían evidenciar su diligencia, podrían ser destacables la elaboración e implementación de una Política de Propiedad Intelectual —entendiendo por Política de Propiedad Intelectual la elaboración de un documento a modo de *compliance* que recoja todas las normas sobre respeto a la propiedad intelectual que deben ser cumplidas por las personas que actúen en el seno de la empresa— y la llevanza de controles de uso de software sin licencia —entendiendo por llevanza de controles de uso de software sin licencia la realización de comprobaciones

frecuentes de la existencia de software sin licencia en los dispositivos informáticos de la empresa—.

Por último, es relevante comentar que, si finalmente la empresa no consigue evadir la imputación de responsabilidad y se ve obligada a abonar una indemnización por los daños y perjuicios causados al titular de los derechos económicos de un programa de ordenador por la instalación de una versión sin licencia de dicho programa realizada por alguno de sus empleados, la empresa seguirá teniendo la posibilidad de repetirse contra la persona que realizó la instalación ilícita tal como establece el artículo 1904 del CC, según el cual «*el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho*».

5. EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR USO DE SOFTWARE SIN LICENCIA

5.1 El trabajo a distancia, la responsabilidad civil extracontractual y la dotación de medios electrónicos

Según los artículos 2 a) y b) del RDLTD²³, el trabajo a distancia es aquella «*forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular*», y el teletrabajo es «*aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*». Y, como ya se expuso anteriormente, estas figuras son susceptibles de provocar grandes alteraciones tanto en el sistema de imputación de la responsabilidad civil extracontractual por uso de software sin licencia como en las vías de evasión de dicha responsabilidad. Esto se debe a que, al pasar a ser el domicilio del trabajador el lugar desde el que se realiza la actividad laboral, el preexistente equilibrio de intereses con respecto a la responsabilidad extracontractual por uso de software sin licencia que permitía la realización de determinadas prácticas se ve alterado, abriéndose así nuevas cuestiones merecedoras de ser objeto de estudio.

Para determinar hasta qué punto es profunda la mencionada alteración del *status quo* provocada por la adopción de un régimen de trabajo a distancia es necesario estudiar la titularidad de los dispositivos electrónicos utilizados para desempeñar el trabajo a distancia. El artículo 11.1 del RDLTD reconoce el derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas estableciendo que «*las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo referido en el artículo 7 y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación*»; incluyéndose dentro de esta dotación los dispositivos informáticos necesarios para la realización de la actividad laboral y la instalación y mantenimiento de los mismos; y siendo consecuencia práctica de esto que las empresas no puedan obligar al trabajador a utilizar sus propios dispositivos para realizar el trabajo a distancia, ni a instalar programas o aplicaciones de la empresa en ellos²⁴. Dicha consecuencia se concreta en el artículo 17.2 del RDLTD, que impone que «*la empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia*», lo que, en principio, no sería óbice para que el trabajador y el empresario

puedan llegar a un acuerdo en este sentido, siendo posible pues que en algunos casos la actividad laboral se lleve a cabo desde dispositivos personales del trabajador^{25 26}.

Así, nos encontramos con un panorama cambiante, en el que los trabajadores a distancia no solo realizan sus funciones laborales desde sus domicilios utilizando redes y conexiones domésticas, sino que es posible que realicen estas funciones no solo desde dispositivos informáticos proporcionados por la empresa para fines exclusivamente profesionales, sino desde dispositivos proporcionados por la empresa en los que podría permitirse funciones privadas²⁷, y desde dispositivos informáticos privados del trabajador. Estas realidades serían las que incidirían en el sistema de responsabilidad civil extracontractual por uso de software sin licencia, afectando principalmente a dos temas diferenciados: la detección de los ilícitos contra la propiedad intelectual por parte de terceros y la obtención de pruebas que justifiquen medidas cautelares, y la facultad de control del empresario.

5.2 La detección y obtención de pruebas de uso de software sin licencia y el trabajo a distancia

Como ya se expuso anteriormente, una de las vías mediante las que los titulares de los derechos de explotación de los programas de ordenador pueden detectar la comisión de infracciones a su derecho de reproducción y obtener pruebas que justifiquen la adopción de medidas cautelares es la utilización de programas de detección de software sin licencia. Sin embargo, a causa de la mayor exposición de los derechos de las personas trabajadoras en el trabajo a distancia, no quedaría claro si sería posible utilizar los programas de detección de software sin licencia a los que previamente se ha hecho referencia en esta obra debido a los conflictos que estos podrían provocar con el derecho a la protección de datos y el derecho a la intimidad de la persona trabajadora.

Y es que, al no encontrarnos ya ante un tratamiento de unos datos exclusivamente relativos a la empresa —puesto que incluso en el caso de que el trabajador actúe desde un dispositivo proporcionado por la empresa solo para fines laborales estaría operando con la IP pública correspondiente a la conexión a internet de su domicilio privado²⁸—, no parece que el argumento esgrimido por la Sentencia 80/2020 sobre la no sujeción de los datos captados por los programas de detección de software sin licencia al Derecho de Protección de Datos —por ser datos relativos a una persona jurídica y quedar fuera del ámbito de aplicación material previsto en el artículo 2 del RGPD²⁹— pueda sostenerse en este supuesto. De la misma forma, no parece tampoco aceptable el argumento que esta misma sentencia utiliza para argumentar que no se vulnera el derecho a la intimidad de la persona trabajadora sobre la no protección de los terminales de trabajo por expectativas razonables de privacidad—especialmente en aquellos casos en los que la persona trabajadora utilice para trabajar dispositivos informáticos proporcionados por la empresa con otros fines, además de los laborales o dispositivos informáticos propios—.

En consecuencia, sería necesario determinar si las empresas que utilicen los programas de detección de uso de software sin licencia estarían legitimadas, dentro del Derecho de Protección de Datos, para realizar los tratamientos necesarios para detectar y obtener pruebas de la comisión de una infracción de sus derechos de autor por parte de un empleado en régimen de teletrabajo, y si dichos tratamientos serían o no respetuosos con el derecho a la intimidad personal de los trabajadores. En este debate podría

utilizarse como argumento a favor del uso de los programas de detección de software sin licencia, por ejemplo, la apreciación de un posible interés legítimo del responsable del tratamiento, del artículo 6.1 f) del RGPD, consistente en el interés del titular de los derechos de explotación de un determinado software en conocer y controlar posibles vulneraciones de sus derechos de autor, como base legitimadora del tratamiento de datos consistente en la captación de determinados datos del dispositivo informático y de la conexión utilizados por el empleado en régimen de trabajo a distancia para la detección de software sin licencia. Sin embargo, existirían argumentos de peso en contra de la utilización de dichos programas para captar datos sobre empleados en régimen de teletrabajo, tales como una posible vulneración del principio de minimización de datos del artículo 5.1 c) del RGPD o una inobservancia del principio de proporcionalidad con respecto a la limitación del derecho a la protección de datos y a la intimidad de los trabajadores en régimen de trabajo a distancia³⁰.

5.3 La facultad de control del empresario y el trabajo a distancia

La facultad de control del empresario, reconocida en el artículo 20 del ET³¹, permite a la empresa, entre otras muchas funciones, prevenir y combatir la instalación de software sin licencia en su seno mediante el establecimiento de diferentes mecanismos de prevención como las Políticas de Propiedad Intelectual y los controles de software sin licencia, tal como se expuso en el apartado anterior, evitando así responder por la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno que podría implicar dicha instalación.

Esta facultad de control podría verse limitada a causa del régimen de trabajo a distancia, lo que podría afectar a las medidas de prevención de instalación de software sin licencia que la empresa podría implementar, y, en consecuencia la forma de evaluar el comportamiento diligente requerido por la exención de responsabilidad del artículo 1903 del CC. Esta limitación devendrá de la obligación del empleador de respetar los derechos fundamentales de sus empleados en régimen de teletrabajo —siendo para el caso que nos ocupa los derechos merecedores de mayor atención el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos—, la cual podemos encontrar legalmente reconocida en el artículo 17.1 del RDLTD, que establece que «*la utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados*».

Es cierto que *per se* no es nada nuevo que las facultades de control del empresario estén limitadas por los derechos fundamentales de sus empleados, ya que también supondrán un límite para la realización de controles en el trabajo tradicional como podemos apreciar en los artículos 20.3 y 20 bis del ET. Pero la novedad radica en que al pasar a un régimen de trabajo a distancia las mismas medidas de control que se consideraban apropiadas en el trabajo tradicional podrían pasar a ser abusivas, por lo que podría ser necesario redefinir el alcance de estas. Motivo por el que para la implementación de medidas de control en el ámbito del trabajo a distancia será necesario realizar una valoración de cada medida concreta de organización y control empresarial desde la óptica de cada uno de los derechos fundamentales que podrían verse afectados³².

Esto se debería a que la existencia de un régimen de trabajo a distancia podría suponer una mayor exposición de los derechos fundamentales de los trabajadores, lo que justificaría una cierta limitación de la facultad de control del empresario. No obstante, en absoluto implicaría la desaparición de la misma. Esta facultad de control, en relación con el trabajo a distancia, se concreta en los artículos 20, 21 y 22 del RDLTD. Los artículos 20 y 21 del RDLTD imponen que las personas trabajadoras deben de seguir las instrucciones establecidas por la empresa con respecto a la protección de datos, a la seguridad de la información, y al uso y conservación de los equipos o útiles informáticos, lo que permitiría la utilización por parte de la empresa de Políticas de Propiedad Intelectual. De la misma forma, los empresarios también tendrían la capacidad de realizar controles de utilización de software sin licencia sobre la base del artículo 22 del RDLTD, que establece que *«la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad»*. Sin embargo, es relevante destacar que esta actividad de control se tornaría especialmente compleja con respecto a aquellos dispositivos cedidos a las personas trabajadoras por la empresa con fines de uso personal además de laboral; y, aún más, con respecto a aquellos dispositivos personales del trabajador utilizados para el desempeño de la actividad laboral, cuya inspección en búsqueda de software sin licencia podría ser contraria al derecho a la intimidad de la persona trabajadora.

Por lo tanto, en el trabajo a distancia sería posible implementar, entre otros, los mecanismos de prevención de uso de software sin licencia ya expuestos. Pero para ello sería necesario, por un lado, estudiar cómo afectaría a los derechos de los trabajadores la implementación de cada medida y adecuar su alcance a la nueva situación de trabajo a distancia; y por otro, cumplir con las exigencias para la implementación de medidas de control que el propio RD 28/2020 establece, como la observación a los estándares mínimos de protección de la intimidad de los trabajadores en los criterios de utilización de los dispositivos electrónicos, la participación de la representación legal de los trabajadores en la elaboración de dichos criterios, el deber de informar a los trabajadores de la adopción de estas medidas, o la obligación de respetar lo establecido en los convenios o acuerdos colectivos en relación con los términos en los que las personas trabajadoras puedan hacer un uso personal de los medios electrónicos cedidos por la empresa³³.

6. CONCLUSIONES

El uso de programas de ordenador sin licencia en el ámbito empresarial podría suponer la comisión de una violación del derecho de reproducción del titular de los derechos de explotación del programa de ordenador que, entre otras consecuencias negativas, podría implicar la imputación a la empresa infractora de la obligación a indemnizar al perjudicado. Esta responsabilidad civil extracontractual deberá ser asumida por la empresa tanto si la acción dañosa se realizó a título culposo o negligente como si la acción fue realizada por una persona dependiente de la empresa —en cuyo caso nos encontraríamos ante un supuesto de culpa *in vigilando*—, surgirá desde el momento de la instalación del programa sin licencia e implicará la obligación de hacer frente a indemnizaciones por daños y perjuicios cuya cuantía estará íntimamente ligada a los ingresos dejados de percibir por el titular de los derechos de explotación del programa

a causa del uso del software sin licencia.

Por tanto, el respeto a la propiedad intelectual de terceros y la prevención del uso de programas de ordenador sin licencia deberían ser elementos clave en el proceso de digitalización de cualquier empresa. Más aún si la empresa en cuestión tiene personas trabajadoras en régimen de trabajo a distancia, ya que las medidas de control de uso de software sin licencia y los programas de detección deberán reestructurar su alcance a fin de ser respetuosos con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en régimen de trabajo a distancia —debiendo hacer lo propio aquellas empresas que utilicen programas de detección de software sin licencia en empresas que tengan empleados en régimen de trabajo a distancia—.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, es posible concluir que para lograr la correcta implementación de estos elementos será necesario tanto un estudio pormenorizado por parte de la empresa de cada una de las medidas que se pretendan llevar a cabo con respecto al trabajo a distancia y la lucha contra el uso de software sin licencia, como un más profundo esfuerzo doctrinal por aclarar las cuestiones aún opacas sobre el trabajo a distancia y las medidas de responsabilidad civil extracontractual por uso de software sin licencia.

BIBLIOGRAFÍA

- A. FOROUZAN, Behrouz, col. CHUNG FEGAN, Sophia, *Introducción a las Ciencias de la Computación: de la manipulación de datos a la teoría de la computación*, Thomson, Ciudad de México, México, 2015, pág. 1-204.
- BLANCO PÉREZ, Manuel, MORENO GONZÁLEZ, Juan Jesús y SILVA ARDANUY, Francisco Manuel, *Marco jurídico para la digitalización de las empresas de la economía social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2018, pp. 1-151.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial y Violación de Secretos de Empresa», en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, España, 2018, pp. 327-366.
- FAYOS GARDÓ, Antonio, *Derecho Civil: Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, España, 2019, pp. 1-109.
- GANTZ, John F., SOPER, Pavel, VAVRA, Thomas, SMITH, Lars, LIM, Victor y MINTON, Stephen, «El software sin licencia y las amenazas a la seguridad informática», *Libro Blanco IDC*, Framingham, Estados Unidos de América, 2015, pp. 1-11.
- GARCÍA SEDANO, Tania, «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense de las Universidades Carlos III y Pontificia de Comillas*, Madrid, España, 2016, pp. 251-274.
- GODINO REYES, Martin; HERRERA DUQUE, María Jesús, *Claves prácticas: la nueva regulación del Trabajo a Distancia y el Teletrabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, España, 2020, pp. 1-144.
- INFANTE RUIZ, Francisco, «La responsabilidad civil extracontractual», en *Manual de Derecho Civil Patrimonial I*, ed. 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2019, pp. 291-333.
- PEDREÑO MUÑOZ, Andrés, «La digitalización y la economía global. Visión general», *ICE*:

Revista de Economía, núm. 897, Alicante, España, 2017, pág. 9-22.

RIBAS RODRÍGUEZ, Javier, «Riesgos fiscales y contables derivados del uso de software sin licencia», *Partida Doble*, núm. 221, Valencia, España, 2010, pp. 84-91

SALA FRANCO, Tomás, «El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia», en *El Teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2020, pp. 167-204.

SOLÉ FELIU, Josep, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Reus, Madrid, España, 2012, pp. 1-192