



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Maestría en Derecho Empresario

***¿El régimen legal aplicable al software resulta un
obstáculo para el desarrollo y generalización de la innovación?***

Autor: Rivero, Silvana Cristina

Director/Mentor de Tesis: Vargas, Paula

2015

Universidad de San Andrés

Alumno: Silvana Cristina Rivero



¿El régimen legal aplicable al software resulta un obstáculo para el desarrollo y generalización de la innovación?

Tesina. Maestría en Derecho Empresario

Mentor: Paula Vargas

Firma:

Lugar y fecha:

Contenido

A.	RESUMEN	3
B.	INTRODUCCIÓN.....	4
C.	PASADO Y PRESENTE DEL SOFTWARE	12
I.	Breve reseña histórica de la industria del software.....	12
II.	Definición. Industria actual del software	15
III.	Clasificación.....	21
a.	PROGRAMAS DE BASE Y DE APLICACIÓN	21
b.	PROGRAMAS A MEDIDA Y ENLATADO, EMBEBIDO O EMPOTRADO	21
c.	PROPIETARIO Y LIBRE	22
D.	RÉGIMEN LEGAL DE PROTECCIÓN DEL SOFTWARE.....	23
I.	Régimen internacional e interno.....	23
II.	Protección del software por derecho de autor y otros institutos a nivel mundial	34
a.	DERECHO DE AUTOR Y COPYRIGHT.....	35
b.	SECRETOS Y CONFIDENCIALIDAD	38
c.	PATENTES DE INVENCIÓN	39
d.	MARCAS Y SIGNOS DISTINTIVOS	41
e.	COMPETENCIA DESLEAL.....	42
III.	Derechos exclusivos del autor de una obra intelectual	43
a.	DERECHOS MORALES	43
b.	DERECHOS PATRIMONIALES	45
E.	DICOTOMÍA ENTRE EXPRESIÓN E IDEA	47
F.	LÍMITES A LA PROTECCIÓN DEL SOFTWARE APLICADOS EN EL DERECHO COMPARADO.....	60
I.	Ingeniería inversa	60
II.	Misuse	67
III.	Fair use	78
G.	EXTENSIÓN DEL DERECHO DE AUTOR A TRAVÉS DE LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL.....	81
I.	Cláusula de Propiedad Intelectual.....	86
II.	Cláusula y/o Convenio de Confidencialidad	88
III.	Cláusula de prohibición	90
IV.	Cláusula de terminación.....	92
V.	Cláusula de auditoria y/o facultad de control.....	93
VI.	Medidas de seguridad	94
VII.	Marcas	95

VIII. No Competencia.....	95
IX. Computación en la Nube o Cloud Computing.....	95
H. CONCLUSIONES.....	98
I. BIBLIOGRAFÍA.....	111



Universidad de
San Andrés

A. RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo verificar si el régimen legal aplicable al software resulta un obstáculo o por el contrario, colabora con uno de los principales fines que persigue dicha protección, esto es, el desarrollo de la innovación.

En este sentido, se trata el ámbito de protección del derecho de autor, como así también de otros institutos aplicables.

A su turno, se evalúan las medidas adoptadas, tanto contractuales y/o técnicas, por las empresas desarrolladoras de software a efectos de proteger sus obras y si estas medidas se ajustan al derecho o deben ser objeto de revisión.

Por su parte, se detallan las prácticas adoptadas por quienes pretenden tomar conocimiento de la innovación existente en el mercado como así también las defensas que se han esgrimido en ese sentido.

En base a lo valorado, se ofrecen alternativas para el logro del equilibrio deseado entre quienes reclaman protección del software en carácter de titulares de dichas obras y quienes alegan la necesidad de amparar el dominio público, entendido por tal, el acceso de toda persona a las ideas, métodos de operación, conceptos matemáticos y/o procedimientos utilizados para el desarrollo de software y en términos generales, para alcanzar la innovación que esto implica.

Por último, se proponen incentivos, tanto en el ámbito público como privado, para el avance de la innovación, en consideración a la necesidad concreta del mundo actual.

Para llevar a cabo el análisis expuesto, se estudió la legislación nacional, internacional y el derecho comparado aplicable. Asimismo, se examinó la doctrina que, a nivel interno y externo, se ha pronunciado sobre el objeto de análisis como así también los casos judiciales que han debido expedirse sobre el tema en cuestión, tanto en el ámbito local como extranjero. A su vez, se evaluaron informes sobre las tendencias existentes en el mercado de los programas de computación.

B. INTRODUCCIÓN

En la actualidad nos encontramos ante el fenómeno de la revolución digital, lo que implica una era de cambios radicales provocados por la computación y la tecnología en general, que no sólo ha venido a ampliar y acelerar la comunicación sino que también y sobre la base de ello, ha logrado un significativo avance en la economía así como un acceso sin límites a información tanto pública como privada.

El progreso que posibilitó el software, uno de los elementos caracterizantes de la revolución digital, generó que su uso sea necesario y trascendental a nivel económico, político y social. En efecto, en muchas regiones del mundo ha comenzado a variar la manera en que los particulares, empresas e incluso gobiernos estructuran su labor y sus relaciones.

Este nuevo devenir generó que los programas de computación, parte fundamental del desarrollo tecnológico, resulten objeto de disputas a nivel mundial.

La OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), también conocida como WIPO (World Intellectual Property Organization), ha definido que se entenderá por software indicando que resulta: “un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un “ordenador” –un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones- ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado”.¹

En un primer momento, era de difícil solución fijar un régimen jurídico aplicable al software por lo que existían distintas posturas en cuanto al encuadre jurídico adecuado.

Por un lado, nos encontrábamos con aquellos² que consideraban que el software debía ser protegido según la ley de patentes, entendiendo por patente aquella invención de productos o

¹ World Intellectual Property Organization (WIPO). Sexagesimoprimer Período Ordinario de Sesiones de la Comisión. Régimen común sobre derecho. DECISION 351. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf> 17.12.93. Pág 3.

² Jorge Daniel PÉREZ GRANDI, *A la patentabilidad del Programa de Computación en la Argentina: ¿Por qué adoptamos erróneamente el Convenio de la Patente Europea? ¿Se puede recurrir al ADPIC para dicha protección?*, ED revista del 04/04/2001, ps. 1 y ss. y Fernando MARESCA, *A ¿Hacia el patentamiento del software?*, artículo publicado en la Revista Electrónica de Derecho Informático (RDI),

procedimientos que sean nuevas, entrañen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial y en ciertos casos, variando este último requisito por el de utilidad.

Quienes³ no estaban conformes con tal marco jurídico, afirmaban que el software resultaba un bien intangible, no contando el mismo con un soporte físico, como tampoco era susceptible de ser aplicado al ámbito industrial. Asimismo, advertían que la innovación brindada por los programas de computación tendía a ser incremental, no cumpliendo así con el nivel de innovación requerido por el derecho de patentes.

Por su parte, se esbozaba la teoría de proteger al software bajo las normas aplicables a los derechos de autor. Sin perjuicio de resultar en la actualidad la postura utilizada mayormente por los regímenes legales del mundo, en ese momento y aún a la fecha, se ha cuestionado su aplicación por considerar que existen reglas que resultan de difícil o incluso, de imposible aplicación a los programas de computación, tales como, el derecho a la integridad y duración del plazo de protección de tales prerrogativas.

Asimismo, podemos referirnos a aquella postura⁴ que protegía al software por medio del deber de secreto aplicable a terceros. No obstante el hecho de poder hacer valer dicha protección a los programas de software, la misma perdería vigencia para el supuesto de que el intangible deje de cumplir con aquellos requisitos necesarios para considerarlo secreto comercial. En definitiva, el intentar que el software no deje de ser secreto obstaculizaría la comercialización ya que al licenciar el programa de computación se estaría divulgando, al menos, su código objeto.

N° 23 del mes de junio del 2000 (www.vlex.com/redi). Citado por Moisset de Espanés, Luis e Hiruela de Fernández, María del Pilar. *Protección jurídica del software*. 2002. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artsoftware/at_download/file. Pág. 4

³ Cfr. Moisset de Espanés, Luis e Hiruela de Fernández, María del Pilar. Ob. citado. 2002. Pag. 3 y Correa, Carlos M. *La protección del software. Una perspectiva económica y jurídica*. La ley. 1988. Pag. 6.

⁴ C. APPENDIX, *Sample computer software Trade Secret License*, citado por Michel KESSLER, *Le logiciel, protection juridique*, Ed. Technique et Documentation, Lavoisier, Paris, 1986, p. 95., citado por Moisset de Espanés, Luis e Hiruela de Fernández, María del Pilar. Ob. citado 2002. Pág. 6

Por último, nos encontramos con autores⁵ que consideraron y aún consideran necesaria la construcción de una protección sui generis aplicable específicamente a los sistemas de computación, atento a que son vanos los intentos de encuadrar a tales programas en alguno de los marcos jurídicos existentes.

Entre quienes han estado a favor de este tipo de régimen particular, podemos mencionar a Samuelson y otros⁶, quienes han propuesto dos alternativas de protección sobre el software: (i) esquema de protección organizada en torno a las fuentes de valor del software, a saber, el comportamiento y el know-how aplicado que lo produce y (ii) un esquema de protección basado en los principios de la economía y preservación del mercado.

En nuestro país, se optó en principio por la protección a través del régimen de derecho de autor, el que en muchos aspectos no encuadra con la necesidad de protección y acceso que requieren desde los distintos sectores interesados.

El software como resultado de la innovación, engloba tanto a la idea, procedimientos, conceptos matemáticos y métodos de operación como la expresión de estos, un ejemplo sería la idea de desarrollar un software que permita realizar determinadas operaciones bancarias y la forma en que ese software se expresa literalmente a través de sus códigos (objeto y fuente);

⁵ Podemos identificar en esta tendencia a Miguel Ángel DEVARA RODRIGUEZ, *Manual de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1997, p. 106; Carlos PELAEZ, *Marco Legal de la Protección Jurídica del Software en Bolivia*, Artículo Publicado en la Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI), N° 14 del mes de septiembre de 1999 (www.vlex.com/redi); María José VIEGA RODRIGUEZ, *Software: un bien informático protegido penalmente?*, Artículo publicado en la Revista Electrónica de Derecho Informático 18 (REDI), N° 6 del mes de enero de 1999 (HIPERVÍNCULO <http://www.vlex.com/redi>); Roberto M. BERARDI - María Cristina ACZEL: *La protección jurídica del software y la necesidad de su regulación específica*, en Revista del Derecho Informático, N° 21, Septiembre - Diciembre, Ed. Depalma, Bs. As., 1985, ps. 466/467. Frédérique TOUBOL, *El software: análisis jurídico*, Trad. al castellano de Luis MOISSET DE ESPANÉS, Ed. Zavalía, Bs. As., 1990, p. 11., ps. 249 a 308. Citado por Moisset de Espanés, Luis e Hiruela de Fernandez, María del Pilar. *Ob. citada*. 2002. Pag. 7 y 8.

KINDERMANN, Manfred, *A review of suggested system for the protection of computer software*, en "The legal protection of computer software" compilado por Lawrence Perry y Hugh Brett, ESC Publishing, Oxford, 1981, p. 139. y BERARDI, Roberto y ACZEL, María Cristina, *La protección del software en el derecho positivo argentino y la necesidad de su regulación específica*", en Revista del Derecho Industrial, t. 3, p. 467, Ed. Depalma. Citado por Correa, Carlos M. *Ob. Citada*. La ley. 1988. Pag. 8

⁶ Cfr. Samuelson, Pamela; Davis, Randall; Kapor, Mitchell D. and Reichman, J. H., *A Manifesto concerning the Legal Protection of Computer Programs*, 94 Colum. L. Rev. 2308 (1994). Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1717>. Pag. 2365.

lo protegido por el derecho de autor resulta la expresión, no así la idea como tampoco los procedimientos, conceptos matemáticos y métodos de operación utilizados (art. 1 párrafo 2do Ley 11.723, art. 2 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor –WCT-, art. 9.2. del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – ADPIC, entre otros.) .

El fundamento de la limitación en la protección se vincula con el hecho de considerar que la idea, procedimientos, conceptos matemáticos y métodos de operación en sí mismos, resultan de dominio público y en consecuencia, su uso es libre. Por tal motivo, al evaluar si una obra resultó infringida por plagio, se debe dejar al margen la idea, procedimientos y métodos de operación incluidos en la obra.

Esta determinación sobre lo que es objeto de protección por el régimen de derecho de autor, ha tenido acogida en nuestra legislación por medio de la reforma en el año 1998 de la ley 11.723, incluyéndose en el art. 1 párrafo segundo⁷.

En relación al derecho internacional, el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (Convenio de Berna) no se ha pronunciado sobre tal cuestión, siendo recién tratada en el Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)⁸ y con posterioridad en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)⁹ en el año 1996.

Independientemente de no haber dudas sobre que lo protegido conforme derecho de autor no es la idea, los procedimientos, conceptos matemáticos y métodos de operación en sí, se ha logrado por medio de acuerdos privados traspasar esa barrera, impidiendo que terceros

⁷ Art. 1 Párrafo 2do. Ley 11.723. “... La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.”

⁸ Art. 9.2 Acuerdo ADPIC “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”

⁹ Artículo 2. WCT. Ámbito de la protección del derecho de autor “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

(grandes empresas, emprendedores, pymes, usuarios finales, entre otros) obtengan la idea, procedimientos y/o métodos que dieron origen a la expresión.

Más aún en los tiempos que corren, la posibilidad de obtener el uso del software por medio del nuevo modelo de prestación de servicios conocido como cloud computing, logra una imposibilidad fáctica de obtener el código objeto y fuente, para de este modo no tomar contacto con la idea, los procedimientos, conceptos matemáticos y/o métodos de operación utilizados.

En cuanto a los intereses en juego, existen dos posiciones contrapuestas que reclaman derechos. Por un lado, los titulares del software, quienes alegan la necesidad de proteger sus obras, considerándolo imprescindible para fomentar la innovación. En esa tesitura, exponen que debe existir un régimen de derechos que brinde garantías y estímulos a los titulares de los programas de computación, a efectos de que sus esfuerzos se vean recompensados tanto moral como patrimonialmente y que a la vez, los proteja de todas las formas de piratería que se intentan. En mi opinión esta protección ya ha tenido acogida por medio del derecho de autor.

No obstante ello, los propietarios de obras de software suelen extender la protección prevista por tal derecho por medio de pactar en forma privada la aplicación de regímenes como el deber de confidencialidad, el uso indebido de marcas, competencia desleal, patentes (en ciertas jurisdicciones), como así también la adopción de medidas técnicas de distintos tipos para evitar la ingeniería inversa y/o utilización no autorizada.

Por otro lado, la sociedad en su conjunto y en particular, aquellos emprendedores y/o innovadores que ingresan al mercado con posterioridad al primer desarrollador, pretenden estar facultados, a través de una excepción al derecho de reproducción o una no prohibición en el contrato de licencia, para llevar a cabo una copia de las obras o en caso de no ser necesaria esta última atento a que ya cuenta lícitamente con una, con el fin de poder hacer uso de la obra para la realización de prácticas de ingeniería inversa y de esa forma, obtener la

idea que la obra en su expresión comprende, argumentando que se trata de una condición sine qua non para el avance tecnológico.

Ambas posiciones y principalmente, el objeto que estas pretenden proteger, tienen acogida en nuestra Constitución Nacional. Por un lado, el derecho al acceso y la participación en la cultura, el progreso científico y los beneficios que resulten, establecidos en el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los que resultaron incorporados a nuestra Constitución en la reforma constitucional de 1994 por medio del art. 75 inc. 22.

Por su parte, el derecho de autor es reconocido en el art. 17 de nuestra Constitución Nacional como así también por tratados sobre derechos humanos que fueron adoptados en su reforma de 1994, los cuales son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Respecto de esta cuestión, Villalba y Lipszyc¹⁰ han manifestado que la inclusión del derecho de autor en nuestra constitución importa el reconocimiento de encontrarnos ante un atributo inherente al ser humano, por lo que su protección adecuada y eficaz no debe desconocerse.

Se debe hacer hincapié también en las distintas realidades a nivel de derechos de autor y de acceso a la innovación con las que cuentan países desarrollados y en desarrollo. Los segundos están en una situación de mayor vulnerabilidad respecto del nivel de protección del derecho de autor, además de ser menor el grado de acceso a la innovación. En tal sentido, existe falta de infraestructura, carencia de capacitación técnica, escasez de sistemas de telecomunicación eficientes, falta de políticas públicas y bajo nivel de exigencia en el cumplimiento del derecho; prestándose a la piratería, abusos frecuentes y contingencias de todo tipo.

¹⁰ Cfr. Villalba, Carlos A. y Lipszyc, Delia. *El derecho de autor en la Argentina*. LA LEY. 2009. Pág. 10.

Foucault en su obra “¿Qué es un autor?”¹¹, siguiendo al análisis de Schmitz Vaccaro¹² reconoce implícitamente la existencia de dos tipos de textos: discursivos y científicos, al hablar de “fundadores de discursividad” y “fundadores de científicidad”.

Este autor también indica que “la escritura de hoy se ha liberado del tema de la expresión”, esto se relaciona con la motivación que lleva a un sujeto a crear una obra. Muchas pueden ser las motivaciones que lleven a alguien a producir una creación, siguiendo a Schmitz Vaccaro podemos mencionar el afán por el descubrimiento o crecimiento personal, difusión de conocimiento o exhibición de genialidad – originalidad; en todos los casos pareciera que el motivo común es la aspiración de trascender.¹³

A ello, habría que sumarle motivos menos altruistas, aplicables al software, como el lograr ser primero en el ingreso al mercado con una innovación, lo cual provoca que, por un tiempo se lidere dicho ámbito comercial o al menos, pretenda hacerlo.

A su vez, Foucault habla de cuatro características propias de la función autor, haré hincapié solo en dos de ellas. La primera de estas características es la apropiación. En este campo es donde juega el derecho de autor, protegiendo la exclusividad de uso de la obra a favor del autor. Siguiendo a Schmitz Vaccaro¹⁴ esta vinculación obra – autor a través de un derecho de propiedad conlleva conflictos de intereses entre propietarios y no propietarios, se manifiesta así una contraposición de intereses, entre “propiedad intelectual” y “dominio público de propiedad intelectual”. Verificada dicha contraposición en el caso de software, podemos hablar de “régimen legal de protección de software” y “dominio público de la innovación incorporada al software”.

La segunda característica de la función autor, refiere a que dicha función no se ejerce de una manera universal y constante en todos los discursos. Así, es como diferencia las obras literarias

¹¹ Cfr. Foucault, Michel. *¿Qué es un autor?*. Ed. Litoral. 1998.

¹² Cfr. Schmitz Vaccaro, Christian. *¿Qué es un autor?. Algunas reflexiones sobre un texto de Michel Foucault*. Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile. 26/02/2007. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://www.tecnoiuris.com.ar/publicaciones/Comentario_Que_es_un_autor_2.pdf. Pág. 2.

¹³ Cfr. Schmitz Vaccaro, Christian. *Ob. citado*. Págs. 2 y 3.

¹⁴ Cfr. Schmitz Vaccaro, Christian. *Ob. citado*. Pág. 5.

para las cuales es importante la identificación del autor, de otras obras como los textos científicos (ej. medicina, geografía, cosmología, entre otras) para los cuales la referencia al individuo deja de ser garantía.¹⁵ Analizando dicho punto de vista desde el ámbito del software, podemos verificar que no existe una relación autor – obra similar al supuesto de obras literarias propiamente dichas, más aun, en la generalidad de los casos las innovaciones logradas, al menos a nivel local, resultan inscriptas como obras colectivas, preservándose el anonimato de cada colaborador, entendiéndose a tal aquella obra cuya propiedad no puede dividirse sin alterar la naturaleza de dicha creación. (Art. 17 Ley 11.723).

El análisis del texto de Foucault, lleva a deducir, entre otras cosas, que el software como obra protegida por derecho de autor, cuenta con ciertas particularidades que lo alejan de las características de una obra intelectual tradicional y esa diferencia debe contemplarse al momento de plantear su protección (ej. autores, plazos, derechos morales, etc.) como así también sus excepciones y límites a dicha titularidad (ej. supuestos de interoperabilidad, casos de acreditarse un avance en el estado del arte, investigación, seguridad, control de calidad, enseñanza, entre otros).

En resumen, teniendo en cuenta los incentivos a la innovación existentes en el régimen actual pero a la vez la necesidad de garantizar un avance en la innovación por medio de obtener un equilibrio aún mayor sobre los intereses en juego, en armonía con las exigencias de la era digital, lo que se pretende con este trabajo es confirmar si el régimen legal actual aplicable al software resulta un obstáculo para el desarrollo y generalización de la innovación o por el contrario, beneficia el mismo. En este sentido, se evaluará la extensión en la protección que el sistema legal actual permite y la posibilidad de restringir esa amplitud, ya sea por medio del instituto del abuso del derecho o a través de considerarlo una violación a la ley de defensa de la competencia y en supuestos de contratos de adhesión,

¹⁵ Cfr. Foucault, Michel. *Ob. citado*. Págs. 47 y 48.

alegar la existencia de cláusulas abusivas. Todo ello, con el único fin de encontrar sinergia entre las distintas posiciones y en consecuencia, un mayor avance en la innovación.

Asimismo, se procura proponer incentivos adicionales, ya sea para reemplazar, limitar o incorporarse a los existentes, siendo el objetivo último lograr el progreso de la tecnología.

Finalizo esta introducción citando una frase de Steve Jobs, quien sin perjuicio de crear una empresa basada en un sistema tecnológico cerrado, ha identificado en sus comienzos la función que la tecnología cumple en el mundo actual. Así es que expuso: “Estamos aquí para marcar un punto en el universo. De otro modo, ¿para qué estar aquí? Estamos creando un conocimiento completamente nuevo, como un artista o un poeta. Así es como tienes que pensar esto. Estamos re-escribiendo la historia del pensamiento humano con lo que estamos haciendo.”¹⁶

C. PASADO Y PRESENTE DEL SOFTWARE

I. Breve reseña histórica de la industria del software

A continuación se relatará la evolución que el desarrollo del software ha tenido desde sus comienzos conforme la perspectiva de mercado de esa industria.

El origen de la producción se puede encontrar en 1955, fecha en la cual se funda CUC (Computer Usage Company), la primera empresa de software independiente. Hasta mediados de los años 1950 los programas de computación eran elaborados y distribuidos gratuitamente por los fabricantes de hardware, o bien se producían en las divisiones especializadas de los principales usuarios. Al mismo tiempo, los grupos de usuarios como la asociación SHARE de usuarios de IBM, facilitaban el intercambio gratuito de programas e información.

El software era considerado sólo como un componente más de la computadora, como un programa que, inserto en el hardware, controlaba la máquina y brindaba las instrucciones para su funcionamiento. Esto significó que mientras la industria del hardware estuvo ligada con la

¹⁶ Expresión surgida durante la filmación del famoso comercial televisivo de la computadora Macintosh 128K de Apple en 1984. Piratas de Silicon Valley (1999). escrita y dirigida por Martyn Burke.

del software, no se previó la necesidad de proveer a éste último de una protección jurídica especial. Los componentes físicos eran el bien jurídico que merecía una tutela legal.

A medida que crecían las ventas de computadoras comenzaba a existir una demanda insatisfecha entre los usuarios pequeños y medianos que no contaban con recursos o capacidades tecnológicas para producir software internamente. Empresas como CUC, entre otras, aparecieron en la segunda mitad de los años 1950 y comienzos de 1960 para cubrir estos requerimientos, dando inicio a los servicios profesionales. Estas entidades hacían desarrollos a medida altamente especializados y adaptados a las necesidades de cada cliente.

El segundo gran acontecimiento en la industria del software se sitúa en 1964 cuando ADR (una pequeña firma creada en 1959 por un grupo de programadores) comienza a comercializar de manera Independiente un programa hecho por encargo del fabricante de computadoras RCA Corp, que finalmente había desistido del proyecto, lo que la convirtió en la primera empresa que tuvo como principal negocio el desarrollo y comercialización de productos de software. En ello colaboraron también las acciones legales tendientes a limitar la posición predominante de IBM en el mercado.

El entorno descrito provocó que el elemento intelectual de la industria del software comience a ocupar el primer plano de la escena, generando así un valor independiente del hardware.

El tercer gran suceso en la historia del software fue el desarrollo de soluciones empresariales. Durante este período aparece un número de startups exitosas vinculadas al mercado de bases de datos y a lo que hoy conocemos como Enterprise Resources Planning (ERP), cuya importancia se aceleró con el avance sin límites de las microcomputadoras.

SAP, uno de los pioneros, se funda en 1972 en Alemania con la idea de desarrollar un software estandarizado que pudiera controlar las distintas fases del proceso de negocios. Más adelante, otras empresas como Oracle (1977) entrarían también en este negocio.¹⁷

En esta etapa fueron surgiendo grupos de aficionados con inclinación técnica e informática que recolectaban e intercambiaban partes, circuitos, entre otra información referente a los componentes de software y hardware. Uno de ellos fue el Homebrew Computer Club (Club del Ordenador Casero) de Silicon Valley, siendo uno de los primeros y más influyentes, donde existía acceso a grandes computadoras de compañías locales, dando lugar al intercambio y difusión de ideas, y del cual surgieron varios empresarios destacados, tales como los fundadores de Apple, Steve Jobs y Steve Wozniak.¹⁸

En paralelo, con el crecimiento del mercado de soluciones empresariales, se inicia un período en los laboratorios Bell (que luego pasarían a formar parte de AT&T) a través del desarrollo de UNIX, un sistema operativo multiusuario y multitarea que durante los años 1980 competiría en el mercado corporativo y de grandes usuarios y en los años 1990, en su versión Linux, aparecería como alternativa para el segmento de computadoras personales.

La cuarta etapa se produce en 1981 cuando IBM encarga a Microsoft el desarrollo de un sistema operativo para su nueva línea de computadoras personales. Microsoft adapta un sistema operativo adquirido de una pequeña firma y desarrolla el sistema operativo DOS.

El surgimiento de una plataforma estándar para computadoras personales dio lugar a importantes economías de escala en la producción de productos empaquetados de mercado masivo.

¹⁷ Cfr. Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *El sector de software y servicios informáticos (SSI) en la Argentina: Situación actual y perspectivas de desarrollo*. DT 27/Julio de 2001. Págs. 30 a 34. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <https://trabajoinformacional.files.wordpress.com/2010/12/chudnovsky-daniel-lopez-andrc3a9s-y-melitsko-silvana-2001el-sector-de-software-y-servicios-informc3a1ticos-ssi-ides-cessi.pdf> y Correa, Carlos M. Ob. Citado. La ley. 1988. Pág. 4.

¹⁸ Cfr. Isaacson, Walter. Traducción de David Gonzalez – Iglesias Gonzalez. *Steve Jobs: La Biografía*. Ed. Printing Books. Enero 2012 Pág. 91 a 95.

La variedad de aplicaciones requeridas por un mayor número de computadoras reforzó la especialización de los productores de software independientes, creando nuevas oportunidades y una mayor división del trabajo entre productores de software.¹⁹

II. Definición. Industria actual del software

Ampliando la definición de software brindada en la introducción del presente documento, nos referiremos al concepto propuesto por la OECD (The Organisation for Economic Co-operation and Development), que es similar al empleado por la ISO (International Standardization Organization). En tal sentido, por software se entiende la “producción de un conjunto estructurado de instrucciones, procedimientos, programas, reglas y documentación contenida en distintos tipos de soporte físico (cinta, discos, circuitos eléctricos, etc.) con el objetivo de hacer posible el uso de equipos de procesamiento electrónico de datos”.²⁰

En palabras de Torrisi, el desarrollo de software es una actividad relacionada con la codificación del conocimiento y la información. De acuerdo a la forma en que se provee el resultado del desarrollo, pueden considerarse como productos o servicios.²¹

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado respecto a que entender por software, así ha dicho: “El "software" es una de las obras del intelecto protegidas por la ley 11.723 de propiedad intelectual, por reunir los caracteres de originalidad e integridad que debe exhibir toda obra de esa naturaleza para ubicarse al amparo de la normativa penal citada. El programa de computación reposa sobre la creatividad de una persona que unió los elementos técnicos que posibilitan la utilización del programa como tal, esto es, lo que protege la ley.”²²

Conforme lo indican Daniel Chudnovsky, Andrés López y Silvana Melitsko²³, los ingresos generados por el desarrollo de productos de software provienen, mayoritariamente, de la

¹⁹ Cfr. Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *Ob. citado*. Págs. 33 y 34.

²⁰ Cfr. Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *Ob. citado*. Pág. 4.

²¹ Torrisi, S. (1998), *Industrial Organization and Innovation. An International Study of the Software Industry*, Edward Elgar, Cheltenham. Citado por Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *Ob. citado*. Pág. 4.

²² C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, GARCÍA, José F..02/02/2001, -

²³ Cfr. Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *Ob. Citado*. Pág. 4.

venta de licencias. A ello, se le debe sumar los ingresos asociados a servicios derivados del software desarrollado, tales como: la implementación, los servicios de consultoría, capacitación, soporte y mantenimiento de productos de software, entre otros.

La producción de software cuenta con etapas. Una primera etapa de desarrollo, es la realmente creativa del proceso productivo, involucrando generalmente un proceso como el siguiente: a) conceptualización; b) análisis de requerimientos; c) diseño, d) codificación, e) testeo y f) soporte técnico. Se trata de una actividad intensiva en trabajo calificado y con requerimientos generalmente no elevados en términos de capital físico.

Una segunda etapa de producción, la cual consiste en la reproducción de los programas desarrollados en la fase previa, en la actualidad se encuentra en descenso al llevarse a cabo la venta por medios electrónicos y no físicos. Esta fase es similar a cualquier otro proceso de producción manufacturero y por lo general, cuenta con mayor capital y menos trabajo calificado-inventivo que la etapa de desarrollo.

El interés cada vez mayor de esta industria se concentra en la primera de las fases descritas.

La producción de software es una actividad innovativa²⁴, ya que se dirige a generar nuevos productos o nuevos procedimientos. El grado de originalidad varía según el tipo de software producido y de acuerdo a las tecnologías utilizadas en su desarrollo. Así es que la innovación abarca desde el desarrollo de un nuevo producto o de nuevos módulos hasta las adaptaciones y cambios menores de los productos de software ya existentes, lo que se relaciona con la customización o el agregado de funcionalidades.

La principal fuente de innovación en el sector de software es la investigación y desarrollo (I&D) organizada por las empresas productoras²⁵, teniendo varias de estas, un área específica de investigación y desarrollo con recursos e insumos destinados en forma directa a esa actividad. De ello se desprende el valor que para las empresas del sector posee la innovación incluida en el producto de software.

²⁴ Cfr. Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *Ob. Citado*. Págs. 6 y 7.

²⁵ Cfr. Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *Ob. citado*. Pág. 7.

Prueba de la importancia que tiene la I&D para el mercado del software lo es la inclusión en la ley 25.922, reformada por ley 26.692, del requisito de gastos anuales efectivamente realizados en el sector que representen como mínimo el TRES POR CIENTO (3%) del gasto total anual de las actividades promovidas conforme el régimen de promoción de software, porcentaje que a partir del año 2016 varía de acuerdo al tipo de empresa (Micro, Pymes y Grandes).

La normativa mencionada en forma previa, en uno de sus artículos establece lo que no se entenderá por I&D a los efectos del régimen²⁶. Lo que pretende la ley en análisis es excluir actividades que no tengan innovación o que no sean innovadoras de manera relevante.

Conforme el razonamiento de Daniel Chudnovsky, Andrés López y Silvana Melitsko²⁷, una cuestión a tener en cuenta en el mercado de la industria del software es la tendencia hacia la concentración, lo que significa que la utilidad que un usuario obtiene del consumo de un bien aumenta con el consumo que del mismo hagan otros usuarios, esto significa que, el consumidor encuentra más provechoso adquirir un producto cuanto más generalizado se encuentre su uso.

Tales autores entienden que en los productos de software se genera este fenómeno por varias razones, entre las que podemos mencionar: a) mayores facilidades para intercambiar información; b) aumento de cantidad de aplicaciones disponibles y c) costos de aprendizaje que reducen los incentivos a cambiar de producto.

En este sentido, se ha pronunciado Bill Gates²⁸: “En realidad no debería decir esto, pero en ciertos aspectos lleva, dentro de una categoría de producto individual, a un monopolio natural:

²⁶ Art. 23 Ley 25.922 “... la solución de problemas técnicos que se hayan superado en proyectos anteriores sobre los mismos sistemas operativos y arquitecturas informáticas. También el mantenimiento, la conversión y/o traducción de lenguajes informáticos, la adición de funciones y/o preparación de documentación para el usuario, garantía o asesoramiento de calidad de los sistemas no repetibles existentes. Quedan también excluidas las actividades de recolección rutinarias de datos, la elaboración de estudios de mercado para la comercialización de software y aquellas otras actividades ligadas a la producción de software que no conlleven un progreso funcional o tecnológico en el área del software.”

²⁷ Cfr. Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *Ob. Citado*. Págs. 9 y 10.

²⁸ Foro Rosen para la Investigación de la Computadora Personal, Actas, mayo de 1981. Citado por Compilación de Lisa Rogak. *El Optimista Impaciente. Bill Gates. En sus propias palabras*. Ed. Aguilar. 2013. Pág. 21.

esto sucede cuando alguien documenta, entrena y promueve apropiadamente un paquete particular y, por medio de la oportunidad, la lealtad del usuario, la reputación, la fuerzas de ventas y el precio, construye una posición fuerte respecto de dicho producto.”

Esta situación de monopolio confiere a los fabricantes de determinados sistemas operativos una posición dominante en el mercado, a la vez que gozan de un amplio margen para imponer las condiciones bajo las cuales extenderán una licencia.

Esta posición dominante a la que se hace referencia puede derivar en casos de abuso. Tal es el supuesto de la multa resuelta por la Comisión Europea en marzo de 2012 contra Microsoft, por entender que esta última no había respetado sus compromisos de ofrecer a los usuarios una pantalla que les permitiera elegir entre varios navegadores. En años anteriores, Microsoft se había comprometido a ofrecer durante 5 años en el espacio económico europeo una pantalla que permitiera, a los usuarios del sistema operativo Windows, elegir los navegadores que pretendan instalar, además del brindado por Microsoft.²⁹

En base a ello, y continuando con las palabras de Daniel Chudnovsky, Andrés López y Silvana Melitsko³⁰ pareciera que en la industria de productos de software el primero en ingresar al mercado gozaría de ventajas dada su posibilidad de definir los estándares que atraerían a más usuarios, creando de esa manera grandes barreras a la entrada para nuevos innovadores. Sin embargo, existen razones que podrían entenderse como excepciones al caso, entre las que se podrían mencionar: a) casos en los que el líder fue desplazado por un competidor exitoso y b) al ser el software una industria en constante evolución se crean continuamente oportunidades para nuevas firmas.

No obstante la existencia de barreras para la entrada en el mercado, más aún en países en desarrollo como la Argentina, la industria de software se ha caracterizado por el surgimiento

²⁹ Cfr. COMISIÓN EUROPEA COMUNICADO DE PRENSA. *Abuso de posición dominante: la Comisión multa a Microsoft por no respetar sus compromisos sobre elección del navegador*. Bruselas, 6 de marzo de 2012. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://ec.europa.eu/spain/pdf/ip-060313-comision-multa-microsoft_es.pdf. Pág. 2.

³⁰ Cfr. Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *Ob. Citado*. Pág. 10.

de nuevas empresas con proyectos que exploran nuevas ideas, usuarios y mercados, impulsando así a todo el sector.

Prueba de nuevos mercados resulta el desarrollo de aplicaciones para teléfonos móviles y/o tabletas con un sinnúmero de alternativas para los usuarios, siendo ejemplos, el acceso a medios de pago, mapas, chats, videoconferencias, juegos, información periodística, redes sociales, entre otras. La posibilidad que brindan las aplicaciones de acceder a la información y comunicación, en todo momento y en todas partes, genera una dependencia tal, que actualmente es difícil encontrar personas que no posean teléfonos inteligentes.

Entre los desarrolladores argentinos que lograron posicionarse en este mercado, podemos mencionar a la empresa creadora de la aplicación Catcha Mouse, Truco, Zombie me, Vial Movil, Happy Places de Coca Cola. Resulta interesante destacar que gran parte de los usuarios de estas aplicaciones corresponden a países como Estados Unidos, Canadá y Europa.

En cuanto a los estudios y/o encuestas a nivel mundial, según la consultora Distimo, en mayo de 2012 existían 980.000 apps únicas, que contando aquellas duplicadas para que estén disponibles en varios sistemas operativos, la cifra llegaría a 1,3 millones. Por su parte, hay un estudio realizado por ABI Research el cual arrojaba que para fines de 2012 cada usuario de smartphone descargaría, en promedio, unas 37 aplicaciones.³¹

La Argentina, con el empuje de su industria de software y el talento local, está emergiendo como un polo de desarrollo con perspectivas globales, según fuentes del mercado.

En otro estudio del año 2013, Information Technology relevó 10 casos de emprendedores argentinos que, con distintas aproximaciones y resultados, lograron hacerse un lugar en este segmento que se volvió uno de los más competitivos en el mercado de software. Desde los que conocieron el éxito con los juegos, como OdaSoft, Etermax y Zupcat, hasta los que prueban suerte en Estados Unidos, como The Social Radio y WeHostels. También los que apuestan a las

³¹ Cfr. Slotnisky, Débora. Publicado en edición impresa La Nación. *Industria Aplicaciones móviles made in Argentina*. 11.08.2012. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.lanacion.com.ar/1497802-aplicaciones-moviles-made-in-argentina>

marcas, como Enye Technologies, así como los que tienen foco en el mercado corporativo, como Quadion.³²

Teniendo en cuenta las alternativas de la industria en análisis, la posibilidad de intercambiar métodos, procedimientos e ideas dentro del área puede ser una de las vías para colaborar en el despliegue de compañías start up en este sector.

En mi profesión de abogada dedicada a empresas del sector de software, he advertido, principalmente entre las pymes, una actividad que se divide entre la venta y prestación de servicios sobre software enlatado de empresas extranjeras y la venta y prestación de servicios sobre software enlatado propio o software a medida. A esta segunda actividad es a la que las pymes apuntan a nivel económico y productivo pero para lograr ese objetivo entienden necesario, al menos en sus inicios, contar con una ayuda económica, en muchas ocasiones, a través de la obtención de subsidios y/o algún otro beneficio fiscal, tales como, presentación de proyectos ante Fontar³³, Fonsoft³⁴, Programa PACC³⁵ o también la incorporación a la Ley de Promoción de Software o el asentamiento en distritos tecnológicos, entre otros.

Muchas de estas empresas en este intento de innovar ofrecen al mercado desarrollos más adecuados a las exigencias locales o se focalizan en aquellos requerimientos o necesidades que no son tenidas en cuenta por el software desarrollado por compañías extranjeras.

³² Cfr. EL CRONISTA. IT BUSINESS. *El boom de las aplicaciones. En su edición de marzo, Information Technology analiza la explosión en el desarrollo de apps. El potencial en la Argentina, los modelos de negocio y las opciones que brindan las tiendas para móviles.* 19.03.2013. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.cronista.com/itbusiness/El-boom-de-lasaplicaciones-20130319-0017.html>.

³³ Fondo Tecnológico Argentino (FONTAR), creado por Decreto 1.660/96, es una organización encargada de la gestión y aplicación de los recursos presupuestarios del Tesoro Nacional, con la finalidad de financiar proyectos dirigidos al mejoramiento de la productividad del sector privado a través de la innovación tecnológica. Mayor información en: <http://www.agencia.mincyt.gob.ar/frontend/agencia/fondo/fontar>. Consultado el 20 de 05 de 2015.

³⁴ El Fondo Fiduciario de Promoción de la Industria del Software (FONSOFT) es el organismo que tiene a cargo la gestión y distribución de los recursos presupuestarios del Tesoro Nacional, y de la cooperación internacional, a través de instrumentos de financiación que acompañan las distintas fases evolutivas en el ciclo de vida del diseño y desarrollo de productos, servicios, sistemas o soluciones en tecnología y telecomunicaciones. Mayor información en: <http://www.agencia.mincyt.gob.ar/frontend/agencia/fondo/fonsoft>. Consultado el 20 de 05 de 2015.

³⁵ Programa de Acceso al Crédito y la Competitividad (PACC) A través de esta modalidad el Gobierno Nacional permite el acceso a las MiPyMES a servicios profesionales de asistencia técnica y al financiamiento de los gastos de capacitación e inversiones asociadas. Para mayor información: <http://www.industria.gob.ar/pacc-empresas/>. Consultado el 20 de 05 de 2015,

Tal es la importancia de esta industria a nivel local que es uno de los sectores del Plan Estratégico 2020. Este Plan comprende la participación de los distintos actores de la sociedad para articular acciones y visiones de los diversos sectores, tanto del sector público (distintos ministerios, secretarías y/o subsecretarías), como privado (áreas empresariales y académicas). Las estrategias sectoriales incluyen promoción de la competitividad, financiamiento, defensa de la competencia desleal, sustitución de importaciones y promoción de las inversiones. En las mesas llevadas a cabo por el sector de software y servicios informáticos, cuyos informes surgen de la página del Ministerio de Industria, parte de las conclusiones apuntaban a la necesidad del aumento de las exportaciones, generación de más recursos calificados que en la actualidad constituye un déficit y la falta de financiación.³⁶

III. Clasificación

Entre las clasificaciones de software existentes, se pueden mencionar las siguientes:

a. PROGRAMAS DE BASE Y DE APLICACIÓN

Toubol³⁷ realiza esta clasificación indicando que el programa base es aquel que permite la utilización de manera óptima de la computadora y sus periféricos (Ej. sistema operativo), mientras el software de aplicación resuelve los problemas propios del usuario de la computadora (Ej. Procesador de texto).

b. PROGRAMAS A MEDIDA Y ENLATADO, EMBEBIDO O EMPOTRADO

El software a medida es aquel que se desarrolla para un usuario en particular en base a especificaciones técnicas elaboradas teniendo en cuenta sus requerimientos específicos, mientras que el software enlatado o empaquetado es aquel desarrollado para un número indefinido de usuarios, siendo las modificaciones que en su caso se realicen mínimas adaptaciones a las necesidades del usuario, en otras palabras, se trata de realizar una customización del software.

³⁶ Plan Estratégico 2020. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.industria.gob.ar/plan-estrategico-2020/>

³⁷ Toubol, F. *El Software. Análisis jurídico*. (Buenos Aires, 1990). Pag. 281. Citado por Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Propiedad Intelectual sobre programas de computación*. Ed. Heliasta. 2001. Pág. 37.

En el caso de este último tipo de software, el usuario entra en conocimiento de las características técnicas y especificaciones sobre sus prestaciones por medio de folletos y otros elementos publicitarios del proveedor. El servicio posterior a su desarrollo efectuado sobre este software resulta de un mínimo grado de valor agregado si es que se puede considerar que éste existe al customizar y/o adicionar funcionalidades.

El software embebido o empotrado es aquel instalado en otros productos industriales, un ejemplo es el sistema informático instalado e integrado a una caja de seguridad.

c. PROPIETARIO Y LIBRE

De acuerdo a lo indicado por Carranza Torres y Bruera³⁸, al hablar de software propietario y software libre hay que tener presente que el tema se plantea únicamente desde el punto de vista de los derechos de propiedad intelectual, encuadrando ambas categorías dentro del dominio privado. El software libre no trata de obras respecto de las cuales los autores han renunciado a la titularidad de los derechos de propiedad intelectual y las han puesto a disposición de la comunidad, sino, por el contrario, se está ante obras que, lo mismo que en el caso del software propietario, tienen uno o varios propietarios perfectamente determinados y que a los usuarios se les autoriza a realizar ciertas acciones.

El software libre u open source, se distribuye bajo condiciones de libre disponibilidad, esto es, gratuidad o distribución a costo nominal, y con libre capacidad de acceder y modificar el código fuente de los programas y sistemas así distribuidos.³⁹

El software libre o el código abierto cuenta con dos principales especies de licenciamiento. Por un lado, la General Public License (GPL), consagra lo que se conoce como viralidad: toda distribución de un software originalmente licenciado bajo la GPL debe ser hecha bajo la GPL, de manera que los términos de la licencia original se extienden a toda distribución de ese software o de cualquier distribución de versiones derivadas de él. La viralidad no implica

³⁸ Cfr. Carranza Torres, Martín y Bruera, Horacio. *Software propietario y software libre ¿opciones compatibles o posiciones irreductibles?.* Sup. Act. 14/10/2008 - La Ley. Pág. 2.

³⁹ Cfr. Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *Ob. citado.* Pág. 8.

obligación de distribuir el software, sino de hacerlo bajo GPL si el autor decide distribuirlo, alcanzando incluso a obras distintas de la versión original, así es como abarca la totalidad de distribuciones que tienen que ver con el software originalmente licenciado bajo GPL ej. Obras derivadas.

En igual sentido, este tipo de licencias establecen la inaplicabilidad del artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WTC) a las obras licenciadas en sus términos y la correspondiente renuncia al ejercicio del derecho que confiere ese tratado para perseguir a quienes eluden ese tipo de medidas.

La otra especie de licenciamiento es el tipo BSD (Berkeley Software Distribution), proveniente del ámbito académico y que da amplia libertad a los licenciarios para redistribuir el software bajo el licenciamiento que prefieran, sea éste libre o propietario, respetando así realmente los derechos de propiedad intelectual de los autores de obras derivadas.⁴⁰

En palabras de José Luis Baro Ríos⁴¹, el llamado software no libre o propietario, cuyo código fuente no se encuentra disponible, resultando necesario obtener autorización expresa del titular de los derechos sobre el software para estudiarlo y trabajar en él, es donde la aplicación de técnicas de ingeniería inversa toma sentido.

D. RÉGIMEN LEGAL DE PROTECCIÓN DEL SOFTWARE

I. Régimen internacional e interno

A nivel internacional, podemos mencionar el Convenio de Berna, ratificado por ley argentina 17.251, a través del que los países que se han adherido al mismo “están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”.

⁴⁰ Cfr. Carranza Torres, Martín y Bruera, Horacio. *Ob. citado*. Pág. 3.

⁴¹ World Intellectual Property Organization. Silva, Alberto Cerda . Director de Estudios. *Acceso a la cultura y derechos de autor. Excepciones y limitaciones al derecho de autor*. ONG Derechos Digitales. 2008. Baro Ríos, José Luis. *Derribando algunos mitos en torno a la ingeniería inversa de software*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/libro-acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor.pdf>. Pág. 140.

Dicho Convenio prevé la regla de los tres pasos, la que se entiende como una de las disposiciones más importantes en relación a las limitaciones y excepciones al derecho de autor. Esta regla comprende el cumplimiento de las siguientes condiciones acumulativas a efectos de considerar si cierto actuar puede ser tomado como excepción a la protección prevista por el derecho de autor, así indica:

- a. Estar circunscripta a determinados casos especiales;
- b. Que no afecte la explotación normal de la obra;
- c. Que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Se ha discutido si normas como la del Convenio que prevé la regla de los tres pasos puede ser considerada como operativa a nivel local. Quienes están a favor de esta postura esgrimen los siguientes argumentos:

- a. El Convenio fue ratificado por ley argentina;
- b. Conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes;
- c. Lo resuelto por la Corte Suprema al pronunciarse sobre la operatividad de las normas previstas en tratados y/o convenios, así estableció: “cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.”⁴²

⁴² Corte Sup., 07/07/1992 - Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros.

En este sentido, ha dicho Emery que lo sostenido por la Corte Suprema en el caso “Ekmekdjian” y luego en “Petric c/Diario Página 12”⁴³, donde el tribunal reiteró que el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica es operativo, resulta de aplicación mutatis mutandi para los tratados internacionales en materia de derechos intelectuales. Esta doctrina resultó incorporada en 1994, a través del inc. 22 del art. 75 de la Const. Nac. al disponer que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.⁴⁴

Por su parte, quienes se pronuncian en contra, tal es el caso de Horacio Delpech, al hablar de las cláusulas que contemplan las medidas tecnológicas de protección, entienden que de la redacción no se permite afirmar su inmediata operatividad en la Argentina, por tratarse de normas programáticas, que requieren del dictado nacional de una norma expresa.⁴⁵

Considero que esta última postura que hace referencia al tipo de redacción, es la que corresponde aplicar a la regla de los tres pasos, por lo que pareciera que únicamente puede ser considerada en base a las limitaciones previstas expresamente a nivel local siendo que las mismas resultan taxativas, y de esta manera, usarla como guía para el análisis que los jueces hagan de una determinada conducta a efectos de medir si se ajusta a los fines perseguidos con las excepciones previstas expresamente por el derecho de autor.

En tal sentido, cabe referirnos a los términos utilizados por el Convenio de Berna, el que en su art. 9.2. dice: “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

⁴³ CSJN, 16/4/98, LL, 1998-C-284.

⁴⁴ Cfr. Emery, Miguel Ángel. *Propiedad Intelectual. Ley 11.723*. Ed. Astrea. 1999. Págs. 128 y 129.

⁴⁵ Cfr. Fernández Delpech, Horacio. *La Protección contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección y los tratados internet de la Ompi*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/TOMOIX-MEMORIAS.doc>. Pág. 12.

Del texto transcrito en forma previa se desprende el establecimiento del alcance de las excepciones y/o restricciones previstas internamente pero no así la aplicación directa como límite al derecho de autor.

Teniendo en cuenta ello, pareciera que la regla de los tres pasos resulta aplicable como el fair dealing de países como Inglaterra, por medio del cual se evalúa el uso justo pero sin resultar una limitación al derecho de autor en sí mismo ya que es necesario que tal análisis se haga en base a limitaciones previstas expresamente, tal como el sistema cerrado que prevé nuestro derecho interno.

También es de aplicación la Convención Universal sobre Derecho de Autor (CUDA) celebrada en Ginebra el día 6 de septiembre de 1952, ratificada en nuestro país por decreto - ley 12.088/57, por la que los Estados contratantes se comprometen "... a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquier otro titular de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas".

Asimismo, resulta aplicable el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), ratificado por ley argentina 24.425. El ADPIC confirmó la solución por la que se adopta al derecho de autor como el sistema de protección más conveniente para los programas de computación, estableciendo que esa protección debía ser la misma que la prevista en el Convenio de Berna para las obras literarias.

Tal es así que en su art. 10 señala que los programas de computación, sean programas fuente como objeto, serán protegidos como obras literarias.

Este último, establece el ámbito de protección del derecho de autor, indicando expresamente lo que no abarca la protección que allí se prevé, así es que dispone en su art. 9.2 "La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí." (lo subrayado me pertenece)

Por su parte, se debe mencionar el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) junto con el Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas, ambos ratificados por ley argentina 25.140, los que surgieron por la necesidad de actualizar los derechos de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en la sociedad de la información.

Estos últimos tratados son producto de la Conferencia Diplomática convocada por la OMPI en diciembre del año 1996. En el artículo 4 del WCT, se repite la aclaración ya contenida en el ADPIC respecto a que los programas de computación y las bases de datos están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Art. 2 del Convenio de Berna y que dicha protección se aplica "...cualquiera que sea su modo o forma de expresión".

El WCT tal como en el caso del ADPIC, copió su fórmula en relación al ámbito de protección y bajo el título "Ámbito de la protección del derecho de autor" dispone "La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí". (el subrayado me pertenece)

Al respecto, es importante destacar que lo que protege el derecho de autor es a la obra literaria y en ese orden de ideas, es amparado el software, en su aspecto literario, conformado por su código fuente y código objeto, excluyendo de su protección a las ideas, conceptos matemáticos, métodos de operación y procedimientos inmersos en este.

Por otra parte, este tratado prevé expresamente la obligación de los estados miembros de proteger jurídicamente las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de sistemas informáticos.⁴⁶ Esta disposición pareciera ir contra lo que se pretende proteger en cuanto al derecho de autor, ya que a través de estas medidas se impide técnicamente la realización de prácticas de ingeniería inversa.

⁴⁶ Artículo 11. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. "Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas. Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley."

El gran número de tratados internacionales aprobados a la fecha es uno de los fundamentos que se esgrime al momento de defender que el mejor régimen para la protección del software resulta el derecho de autor. Prueba de ello, son los tratados enunciados en forma previa.

De acuerdo a lo ya puntualizado, nuestro país adoptó la tendencia a nivel mundial, que es la de encuadrar al software dentro de la legislación aplicable a los derechos de autor.

Una primera aproximación a dicha postura resultó ser el decreto 165/94, el cual proporcionó definiciones sobre lo que se entenderá por software⁴⁷ y en relación a ello, cuando es considerada una obra de software inédita o publicada, para la aplicación de la ley 11.723 (LPI) y demás normas vigentes en la materia. Tal normativa fue cuestionada por entenderse que violaba el principio de legalidad previsto en nuestra Constitución Nacional reglando asuntos propios del poder legislativo y por haberse utilizado una técnica legislativa imperfecta que en supuestos provocó una interpretación contraria a la tutela de los programas de computación a través de la Ley de Propiedad Intelectual⁴⁸.

En el año 1998 por ley 25.036, se superan los problemas planteados por medio del decreto mencionado en forma previa, ampliándose la definición de propiedad intelectual establecida en la Ley de Propiedad Intelectual incluyendo en esta a los programas de computación.

Actualmente, el artículo define a la propiedad Intelectual en los siguientes términos: “las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura,

⁴⁷ Decreto 165/94 de la República Argentina. artículo 1º — A los efectos de la aplicación del presente decreto y de la demás normativa vigente en la materia: a) Se entenderá por obras de software, incluidas entre las obras del artículo 1º de la ley 11.723, a las producciones constituidas por una o varias de las siguientes expresiones: I. Los diseños, tanto generales como detallados, del flujo lógico de los datos en un sistema de computación; II. Los programas de computación, tanto en su versión "fuente", principalmente destinada al lector humano, como en su versión "objeto", principalmente destinada a ser ejecutada por el computador; III. La documentación técnica, con fines tales como explicación, soporte o entrenamiento, para el desarrollo, uso o mantenimiento de software.

⁴⁸ Autodesk, Inc. de la Cam. Nac. Cas. Penal, Sala I, 19/7/1995.

arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.” (Lo subrayado me pertenece)

Teniendo en cuenta la redacción dada a la incorporación prevista por ley 25.036 del año 1998, se aclara que la protección establecida para el software comprende tanto su forma legible por el hombre (programa fuente) como aquella legible únicamente por la maquina (programa objeto). En este sentido, se reitera el hecho de que lo protegido a través del derecho de autor es el software como obra literaria, así es como se justifica el objeto de protección, esto es, sus códigos. Similar criterio es seguido por el ADPIC conforme su artículo 10.1.

Se debe hacer mención de lo previsto en el art. 1 luego de enumerar las obras protegidas donde indica: “La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”. (lo subrayado me pertenece). La norma es clara en no proteger la idea en sí como así tampoco los procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos sino la forma en que éstos se expresan, delimitando de esta forma la materia protegible por el derecho de autor y excluyendo todo aquello que no integra esa categoría.

A su vez, la reforma de la ley 11.723, por medio de ley 25.036, incorporó un nuevo inciso d) al artículo 4° y un agregado al art. 9°, los que prevén supuestos especiales para el software. En el primero de los casos, se dispone la titularidad de la obra sobre aquella persona física o jurídica que contrata a un dependiente para el desarrollo de un programa de ordenador, en el segundo de los supuestos se regula la excepción de una copia de salvaguardia del ejemplar original de un programa de computación.⁴⁹

⁴⁹ Ley 25.036. Artículo 4°:... d) Las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario.

Sobre esta última incorporación (copia de salvaguardia), cabe advertir que resulta la única excepción prevista referente al software, no contando nuestro derecho local con excepciones abiertas, tales como, el fair use o mayores excepciones cerradas como el supuesto de restricción al derecho de reproducción en casos de activación del programa.

Asimismo, el art. 55 de la ley 11.723 prevé las formas de contratación en supuestos de uso de software y el art. 57 de la LPI indica el depósito a realizarse en supuestos de software para la obtención de su registro.

A nivel más amplio, la ley 11.723 prevé, entre otras cuestiones, aquellos derechos del titular de la obra de propiedad intelectual, de sus herederos o derechohabientes, de sus colaboradores y/o intérpretes, como así también las obligaciones a cargo de los mismos.

Siguiendo con el análisis del régimen jurídico aplicable al software a nivel nacional, es importante advertir que atento a considerar el software una obra intelectual, sus derechos adquieren rango constitucional conforme surge del art. 17 de nuestra Constitución Nacional, el cual indica en su parte pertinente: "... todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley".

De acuerdo a lo previamente comentado en este documento, resulta también de aplicación la ley 24.766 (LCI) la cual extendió la protección del secreto al ámbito comercial, sancionando la violación de la confidencialidad⁵⁰ sobre información de esa naturaleza con la pena establecida para la violación de secretos del código penal. En tal sentido y para el supuesto que el

Ley 25.036. Artículo 9°:... Quien haya recibido de los autores o de sus derecho-habientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguardia de los ejemplares originales del mismo.

Dicha copia deberá estar debidamente identificada, con indicación del licenciado que realizó la copia y la fecha de la misma. La copia de salvaguardia no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si ese original se pierde o deviene inútil para su utilización.

⁵⁰ Ley 24.766. Artículo 3. Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información que reúna las condiciones enumeradas en el artículo 1° y sobre cuya confidencialidad se los haya prevenido, deberá abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado.

software, entendiendo que sólo parte de este, pueda encuadrar como información confidencial conforme LCI, se podrá considerar protegida la misma por dicha normativa.

Tal legislación establece que se entenderá por secreto comercial, indicando cuales son las condiciones que deberá reunir una información para entenderla confidencial. Las mismas son: (i) secreta, (ii) valor comercial, (iii) objeto de medidas razonables.

La condición de ser secreta se relaciona con que solamente puede ser conocida por un número limitado de personas, circunstancia que implica que no debe ser de conocimiento general entre los expertos o competidores del área pertinente. Es importante remarcar que en el supuesto del software que ya ha sido difundido ampliamente a través de su venta, resulta discutible la consideración del cumplimiento de este requisito a efectos de hacer valer la ley en análisis, por lo que su protección resulta débil.

En cuanto al valor comercial, tal condición implica que la información para ser tutelada debe reunir suficiente entidad que le confiera a su poseedor una ventaja económica actual o potencial sobre otros competidores que carecen de acceso a ella.

Respecto de las medidas de preservación, se trata de verificar la voluntad del dueño de la información de no querer permitir que sus conocimientos alcancen divulgación. Esta voluntad se exterioriza a través del establecimiento de precauciones, restricciones u obstáculos al acceso a la información que se desea amparar.

El art. 156 del código penal argentino sanciona al que teniendo noticia en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa. El secreto industrial y específicamente la información sobre un programa de computación y el programa mismo pueden ser objeto de este delito. No obstante ello, se debe tener en cuenta que el delito habla de revelar el secreto, por lo que la utilización o reproducción sin transmitirla a otra persona no configuraría dicho acto delictivo.

Asimismo, podemos mencionar la ley 22.362 la cual regula todo lo relacionado con la registraci3n de marcas⁵¹. Dicha normativa es tenida en cuenta, atento a ser la marca distintiva de un producto de software otra de las formas en que se protegen tales programas.

Deteni3ndonos en la protecci3n penal, nos encontramos con la ley 26.388 “Ley de delitos inform3ticos” (LDI) esta norma tipifica dos clases de delitos, aquellos cuya comisi3n se produce por medio del uso de las nuevas tecnolog3as y aquellos cuya comisi3n tiene por objeto a las nuevas tecnolog3as. Esta legislaci3n tuvo como fin la tipificaci3n por medio de la incorporaci3n, modificaci3n y/o sustituci3n de ciertos actos delictivos al C3d. Penal vigente.

Ello, sin perjuicio de los tipos consagradas en leyes anteriores, tales como la ley 11.723 (art. 71 y 72), la cual consagra los delitos contra el derecho de autor, consum3ndose los mismos cuando un tercero ejerce sobre una obra literaria o art3stica un derecho reservado por la ley al autor o sus derechohabientes, siendo la pena, aquella establecida en el art. 172 y la ley 24.766. A nivel laboral, se puede mencionar a la ley 20.744 – Ley de Contrato de Trabajo (LCT) en su art3culo 83 y 85. El primero⁵² de los art3culos referidos dispone en su segunda parte, el deber de guardar secreto ante nuevas invenciones o descubrimientos logrados, mientras que el art3culo 85⁵³ establece un deber de fidelidad por parte del empleado, guardando reserva o secreto de las informaciones a las que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte.

Al respecto, cabe indicar que la Ley de Propiedad Intelectual en su art. 4 inc. d) establece como titulares de los derechos de propiedad intelectual a aquellas personas cuyos

⁵¹ Art3culo 1 Ley 22.362 ... una o m3s palabras con o sin contenido conceptual; los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; los sellos; las im3genes; las bandas; las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases; los envoltorios; los envases; las combinaciones de letras y de n3meros; las letras y n3meros por su dibujo especial; las frases publicitarias; los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad.

⁵² Art3culo 82 Ley 20.744 - ... Las partes est3n obligadas a guardar secreto sobre las invenciones o descubrimientos logrados en cualquiera de aquellas formas.

⁵³ Art3culo 85 Ley 20.744. Deber de fidelidad. El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la 3ndole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte.

dependientes contratados para realizar un programa de computación hayan producido un software en el desempeño de sus funciones laborales.

Lo indicado en la Ley 11.723 es diverso a lo establecido en el art. 82 de la Ley de Contrato de Trabajo, en el que se establece la propiedad por parte de la firma de las invenciones o descubrimientos, fórmulas, materiales y combinaciones, pero cuando el trabajador fue contratado para ese objeto, esto es, para investigar o desarrollar una obra determinada. La Ley de Propiedad Intelectual otorga la titularidad a la empresa cuando el trabajador fue contratado para elaborar un programa y también en el caso de que el programa producido por el empleado no sea específicamente aquel para el cual fue contratado.

Continuando con la legislación nacional aplicable al ámbito del software, se debe indicar que en el año 2004, se sancionó la ley 25.922 reformada por ley 26.692, mencionada al hablar de la actividad de investigación y desarrollo y que haciendo un análisis más amplio, estipula ciertos beneficios impositivos a favor de aquellas empresas desarrolladoras de software y/o prestadoras de servicios informáticos. Para el entendimiento de esta normativa, es fundamental determinar el objeto de la misma, el cual se basa en promover en forma directa la competitividad a nivel nacional e internacional de la industria del software y los servicios informáticos, e indirectamente está enfocada a lograr las siguientes finalidades: (i) regularizar las relaciones laborales; (ii) incrementar las inversiones en investigación y desarrollo; (iii) lograr calidad internacional en el desarrollo de software mediante la certificación de normas de calidad; (iv) ingresar divisas por exportaciones de productos argentinos de software; (v) generar conducta fiscal en los contribuyentes del sector, (vi) promover el desarrollo de software y la producción de servicios informáticos de valor agregado, entre otras consecuencias secundarias.

II. Protección del software por derecho de autor y otros institutos a nivel mundial

En la actualidad, los programas de computación cuentan con un amplio conjunto de reglas que son aplicables a efectos de lograr su protección frente al acceso de terceros. Dicho amparo legal amplía la custodia brindada por el derecho de autor a otros institutos y herramientas, con el fin de cubrir aquellas cuestiones no incluidas en el ámbito de aquel régimen.

Se ha considerado que esta tendencia se debe, en palabras de Samuelson y otros⁵⁴, a que el derecho de autor no protege aspectos fundamentales de los programas de computación, tal como su comportamiento y diseño que refieren más al aspecto funcional que posee el software.

Por su parte, la normativa que protege la información confidencialidad o secreto deja de proteger el software desde el momento que no resulta más secreto por lo que su protección es débil. A la vez, el derecho de patentes no puede proteger el incremento en la innovación, en nuestro derecho incluso está expresamente excluido.

A su turno, la competencia desleal solo actúa si existe confusión en el consumidor, siendo la misma, al menos en lo que al diseño corresponde, difícil de probar ya que es algo que, en la mayoría de los casos, el usuario no llega a acceder y en consecuencia, a verificar. En cuanto al derecho marcario, solo se limita a impedir el uso indebido de la marca, no inmiscuyéndose en el interior de dicha creación.

El derecho de autor excluye, la idea, métodos de operación, procedimientos y conceptos matemáticos en sí, de la protección ya que se pretende no crear derechos exclusivos sobre una tecnología o características funcionales. No obstante ello, es importante remarcar que en la industria del software la diferenciación entre idea y expresión resulta en supuestos compleja de dilucidar.

⁵⁴ Cfr. Samuelson, Pamela; Davis, Randall; Kapur, Mitchell D. and Reichman, J. H., *Ob. Citado*. Págs. 2406 y 2365.

Esta tendencia aplicable a los programas de computación pone de manifiesto irregularidades, excesos en el ámbito de la defensa del software y distorsiones a las reglas aplicables, lo que genera un marco de incertidumbre en relación a lo permitido y lo prohibido, que concluye en un ambiente de inseguridad jurídica para quien pretende innovar en el desarrollo de tales programas.

A continuación, me detendré en cada uno de los institutos por los que a nivel mundial se intenta proteger al software:

a. DERECHO DE AUTOR Y COPYRIGHT

El sistema del derecho de autor, legislado en países de Europa continental y Latinoamérica, le reconoce a su titular dos clases de prerrogativas. Por un lado, los derechos morales, los que pretenden garantizar intereses intelectuales y por el otro, los derechos patrimoniales, los que conciernen a la explotación de la obra. Por su parte, el sistema de copyright, legislado en países como Estados Unidos de América e Inglaterra, se encarga únicamente de proteger estos últimos derechos.

Centrando el análisis en el sistema de derecho de autor de países latinoamericanos y europeos, Villalba y Lipszyc⁵⁵, en base a nuestro derecho interno, establecen las características propias de ambos derechos. El derecho moral se caracteriza por ser esencial, extrapatrimonial, inherente, absoluto, irrenunciable, imprescriptible, insubrogable e inalienable, de este último se deriva el carácter de inembargable, inejecutable e inexpropiable. Tal derecho tiene duración ilimitada.

Por su parte, el derecho patrimonial es aquel que posibilita que el autor efectúe la explotación de su obra, como así también que autorice a otros a realizarla y que obtenga un beneficio económico. Este derecho se caracteriza por ser absoluto, oponible erga omnes, transmisible y su duración es limitada.

⁵⁵ Cfr. Villalba, Carlos A. y Lipszyc, Delia. *Ob. citada*. Págs. 141, 142, 154 y 155.

Como ya se ha expuesto, lo que el derecho de autor protege es la expresión adoptada por el creador de la obra dejando fuera del alcance de la protección a lo relacionado con los procedimientos, métodos de operación, conceptos matemáticos e ideas contenidas en dicha creación.

En cuanto a los programas de computación, Samuelson y otros⁵⁶ han dicho que el derecho de autor provee protección apropiada para ciertos aspectos de los programas de computación y no cubriría otros, como su comportamiento útil. De esta manera indican que, conforme fue mencionado en forma previa, lo más valioso del software es su comportamiento. Siguiendo esta línea, agregan que el derecho de autor no resulta apropiado como protección del software, porque no se enfoca en la principal fuente de valor del programa.

En línea con lo expuesto por Correa⁵⁷, las principales observaciones respecto de la aplicación de los principios y reglas del derecho de autor al software, conforme el sistema adoptado por la República Argentina y otros países latinoamericanos y europeos, pueden identificarse en las expuestas a continuación:

a. Obra protegible. El derecho de autor protege las obras literarias, artísticas o científicas que constituyen una expresión original del autor. Dada la naturaleza instrumental del software resulta difícil incluirlo en alguna de las categorías previstas en la ley, el fundamento que se vierte es que su inclusión se debe a que resulta una obra literaria siendo el objeto de protección su lenguaje, código objeto y código fuente. No obstante ello, podemos interpretar que dicha inclusión resulta forzada.

b. Derechos morales del autor. Estos derechos comprenden el derecho a la paternidad sobre su obra, al inédito si no quiere publicarla, a la individualización de la obra, a la integridad de la misma y en algunas legislaciones al retracto. El principio de la integridad de la obra no se condice con la naturaleza de un bien que debe ser modificado constantemente. La especial

⁵⁶ Cfr. Samuelson, Pamela; Davis, Randall; Kapor, Mitchell D. and Reichman, J. H., *Ob. Citado*. Pág. 2350 y 2406.

⁵⁷ Cfr. Correa, Carlos M. *Ob. Citado*. Pág. 7.

naturaleza del software impone la necesidad de hacer adecuaciones y modificaciones que atentan contra la integridad de la creación. Asimismo, el derecho de retractarse, le permite al autor modificar sus acuerdos con los cesionarios, lo que en el caso del software puede ocasionar daños industriales y económicos graves.

En mi opinión, los derechos morales no resultan adecuados al software, ya que este último no tiene una relación tal con el autor que genere una necesidad de proteger su identificación e integridad. En efecto, no debemos olvidar que el software tiene un fin utilitario.

c. Plazo de protección. Es característica del régimen de derecho de autor la amplitud del plazo de protección de los derechos patrimoniales reconocidos al autor. En el caso argentino se contempla para la persona física, la vida y setenta (70) años luego de la muerte y en caso de persona jurídica, cincuenta (50) años contados desde la publicación. La vigencia prolongada del derecho resulta antifuncional para una obra de software cuyo ciclo útil es muy inferior al tiempo previsto por ley. Lo ha dicho Bill Gates en alguna oportunidad “Hoy, existe una sola línea de código que tenga valor en, digamos, cuatro o cinco años. Los sistemas operativos de hoy serán obsoletos cinco años después”.⁵⁸

Por su parte, Moisset de Espanés y Hiruela de Fernández⁵⁹ indican que se ha justificado la preferencia de este sistema de protección por las siguientes razones: (i) se evita la dispersión legal por la creación de nuevos instrumentos jurídicos, eludiéndose así la inseguridad jurídica que esto provoca, (ii) se garantiza la aplicación de un ordenamiento legal conocido, las leyes y principios del derecho de autor son bien conocidas a escala mundial, esto se relaciona con el tiempo en que este derecho tiene acogida, sin ir más lejos nuestra ley 11.723 data de 1933 ; (iii) se asegura la tutela internacional del programa ya que estará amparado por varios tratados internacionales ratificados por gran cantidad de países y (iv) se da acabada protección a la forma o manifestación de la idea expresada en el programa tutelado y no se monopoliza el fondo de la misma.

⁵⁸ Maestros de la Empresa, 1999. Citado por Compilación de Lisa Rogak. *Ob. citado*. Pág. 103.

⁵⁹ Cfr. Moisset de Espanés, Luis e Hiruela de Fernandez, María del Pilar. *Ob. citado*. 2002. Pág. 5.

b. SECRETOS Y CONFIDENCIALIDAD

Por medio del secreto comercial se protege la confidencialidad y se reprocha jurídicamente todo ataque que se pueda realizar contra el deber de guardar secreto, el que se encuentra relacionado con el actuar de buena fe. Moisset de Espanés y Hiruela de Fernández⁶⁰ manifiestan que se pretende cubrir de manera amplia todo ataque dirigido a apoderarse de las conquistas que la empresa ha realizado para la elaboración de un software, sea que el ataque provenga de la deslealtad de empleados o funcionarios, sea que provenga de un adquirente del programa vinculado mediante un contrato con la empresa, sea que provenga de maniobras de espionaje realizadas por competidores o de cualquier otro tipo de conducta que haya provocado la apropiación indebida del secreto industrial.

En la Argentina, el régimen de confidencialidad no se encuentra previsto sólo en una normativa sino que resulta de aplicación un plexo de reglas que comprende, principalmente, el código penal, la ley de contrato de trabajo y la ley 24.766 (ley de confidencialidad).

Esta protección, tal como ya fuera indicado al hablar del derecho interno, para que resulte efectiva exige el cumplimiento de ciertos requisitos por parte de la información: a) secreto, b) protegido a través de medidas razonables y c) valor comercial.

Se ha cuestionado el grado de confidencialidad respecto de programas, en especial el software enlatado, ya que resultan ampliamente comercializados y por lo tanto, la información contenida ha sido objeto de revelación por medio de su comunicación pública. Ello lleva a que uno de los requisitos indispensables no se cumpla.

En palabras de Cabanellas de las Cuevas⁶¹, los derechos que brindan la protección en examen no implican la exclusividad sobre ella, ya que lo que se pretende es impedir que se acceda de manera ilícita a la información que se encuentra bajo reserva y que se la divulgue sin autorización del titular pero no puede impedirse que cualquier persona desarrolle la tecnología de manera independiente. Más aún, aunque su divulgación resulte ilícita, ello no

⁶⁰ Cfr. Moisset de Espanés, Luis e Hiruela de Fernandez, María del Pilar. *Ob. citado*. 2002. Pág. 6.

⁶¹ Cfr. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Ob. Citado*. Pág. 65.

implica que pueda alegar derechos contra terceros de buena fe que han accedido a la tecnología en cuestión.

Por su parte, Samuelson y otros⁶² han dicho que una vez en el comercio, los programas de computación, son vulnerables a obtener su composición. En este sentido, gran parte del know how contenido en el software resulta accesible con la sola ejecución del programa al identificar las funcionalidades que el mismo puede llevar a cabo. Así, han expuesto que ciertas características del software pueden ser copiadas rápidamente porque el conocimiento necesario para construir un sistema equivalente está en la superficie del producto que es puesto a la venta.

c. PATENTES DE INVENCION

Existen dos posturas a nivel mundial. Una de ellas tiende a aplicar a los programas de computación las normas del derecho de patentes, mientras que la postura contraria, considera no aplicable dicho régimen a los productos de software.

Entre quienes entienden no aplicable el derecho de patentes, exponen que no se cumple con la aplicabilidad industrial pretendida, considerando que los programas de computación cuentan con un método intelectual, comprendiendo instrucciones, denominadas algoritmos.

Asimismo, se expone a favor de esta postura que la novedad lograda por medio de los programas de computación no es tal, ya que se trata de un resultado previsible, por lo que no puede garantizarse que el método o esquema mental que caracteriza al software no haya sido antes imaginado por otro sujeto.

Por su parte, en cuanto a la altura inventiva se considera que lo que se logra en el ámbito de los programas de computación es un proceso de mejoras continuas, es incremental, lo que se pretende a través de la altura inventiva es que la solución otorgada a un problema específico no implique sólo la unión de ideas o métodos ya contenidos en el estado de la técnica y el

⁶² Cfr. Samuelson, Pamela; Davis, Randall; Kapor, Mitchell D. and Reichman, J. H., *Ob. Citado*. Pág.2430.

software se caracteriza por ser eso, la combinación de operaciones mentales ya conocidas y manejadas en el mundo de la técnica.⁶³

Las leyes de Francia, Italia, Reino Unido, Suecia, Dinamarca y Finlandia incorporaron expresamente la exclusión de los programas de computación del campo de las invenciones patentables. Asimismo, la patentabilidad de los programas de computación está excluida por las leyes de México, Tailandia y Costa Rica.⁶⁴ La Convención de Munich sobre la Patente Europea (1973) también excluyó expresamente a los programas de computación del campo de las invenciones patentables.⁶⁵

En algunos países como EE.UU, Francia y Japón, la jurisprudencia ha admitido el patentamiento en ciertas circunstancias aunque su postura ha ido variando a lo largo del tiempo ampliando o reduciendo en casos la aplicación del derecho de patentes cuando de software se trata.⁶⁶ Lo que actualmente es acogido como materia de protección dentro del derecho de patentes es el software incluido en ciertos dispositivos. En estos casos, el objeto patentable es la invención en su conjunto y no el software en sí mismo.

Estados Unidos de América, ha sido uno de los países que ha permitido, cumplidas ciertas condiciones, aplicar el derecho de patentes. De todos modos, cabe advertir que esta opinión ha ido variando a lo largo del tiempo por la jurisprudencia⁶⁷. Este país, a efectos de permitir en

⁶³ Cfr. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Ob. Citado*. Pág. 76, 77 y 78.

⁶⁴ Cfr. Correa, Carlos M. *Ob. citado*. La ley. 1988. Pág. 6. y Moisset de Espanés, Luis e Hiruela de Fernández, María del Pilar. *Ob. citado*. Pág. 4.

⁶⁵ Cfr. Moisset de Espanés, Luis e Hiruela de Fernández, María del Pilar. *Ob. citado*. 2002. Pág. 4.

⁶⁶ Uno de los casos donde los tribunales de Estados Unidos se pronunciaron sobre la patentabilidad del software fue "*In re Alappat*. U.S. Court of Appeals Federal Circuit. July 29, 1994 33 F.3d 1526, 31 USPQ2d 1545" donde se indicó: "Un Programa de computación puede representar materia patentable, siempre, por supuesto, que la reivindicación cumpla con todos los demás requisitos del Título 35."

⁶⁷ La Oficina de Patentes y secretos comerciales de los Estados Unidos de América se ha pronunciado sobre los casos en que resulta patentable un software. Actualmente, se conocen disputas de patentes en relación a celulares inteligentes, tabletas, consolas de juegos, entre otros. En estos casos se trata de dispositivos que incluyen un desarrollo de software. La Oficina en cuestión ha dicho que lo que se pretende al permitir la patente del software es la calidad del mismo. Para mayor información ver: United States Patent and Trademark Office. *An Examination of Software Patents*. 20 de noviembre de 2012. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://www.uspto.gov/about-us/news-updates/examination-software-patents?goback=.gde_3984511_member_187946894. En este sentido, en cuanto a permitir el patentamiento cuando existe en el software un alto nivel de desarrollo, se pronunció la Corte Suprema en el caso KSR INTERNATIONAL CO. v. TELEFLEX INC. ET AL.

ciertos supuestos la aplicación del derecho de patentes, tiene a favor que además de no estar expresamente excluido en la ley que regula el derecho de patentes, en su derecho no se exige la aplicación industrial como uno de los requisitos para considerar una invención susceptible de patentamiento, reemplazando tal requisito con la necesidad de que resulte de utilidad.

En Argentina, desde 1975, la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial había establecido que en las solicitudes de patente de un programa de computación, no se aceptará una caracterización del objeto principal que comprenda el programa.⁶⁸

El art. 6 de la Ley Nacional de Patentes e Invenciones (N° 24.481) de la República Argentina al detallar las actividades que no constituyen una invención patentable, expresamente incluye a los programas de computación. De este modo y conforme nuestra legislación interna, el software no puede ser protegido por el derecho de patentes.

d. MARCAS Y SIGNOS DISTINTIVOS

El derecho marcario protege los signos distintivos de un determinado producto y/o servicio, no creando derechos sobre aspectos operativos o funcionales del producto de software.

Sin perjuicio de ello, se ha utilizado el derecho marcario para lograr protección en lo que respecta a la apariencia del programa frente al usuario o en supuestos de uso no autorizado de marca. En relación a ello, se ha desarrollado el concepto de uso atípico de la marca, el cual puede llegar a generar confusión en el consumidor en cuanto a la relación existente entre el titular de la marca y quien hace un uso atípico de ella y además, puede llegar a provocar efectos ilícitos cuando resulta falso o engañoso para los usuarios.

Ejemplos sobre uso atípico de marca resulta el supuesto en que se publicita que determinado sistema resulta compatible con otro software cuya marca se encuentra registrada o que cumple con determinados estándares de una marca registrada.⁶⁹ El supuesto típico es cuando se incluye la marca en el software, de manera tal que cuando se ejecuta el software aparece la

⁶⁸ Cfr. Correa, Carlos M. *Ob. Citado*. La ley. 1988. Pág. 6.

⁶⁹ Cfr. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Ob. citado*. Págs. 89 a 93.

marca, si hay reproducción de software ilegítima, también se está vulnerando el derecho marcario.

En un informe de la OMPI titulado “La Propiedad Intelectual en las pequeñas y medianas empresas”⁷⁰, se ha analizado el caso de la empresa argentina Calipso, cuyos directivos destacaron la importancia de la marca para instalar el nombre de la firma en el mercado local, fortaleciendo el impacto de la publicidad de sus productos. En base a ello, es que Calipso inicia en 1994 un juicio al descubrir la utilización de la marca "Calipso" en la comercialización de un producto de Siemens. El juicio concluyó en un acuerdo relativamente ventajoso para Calipso, ya que la firma percibió una indemnización y la autorización para utilizar la marca Calipso en los 32 países en los que Siemens vendía su producto.

e. COMPETENCIA DESLEAL

El régimen de competencia desleal como bien indica su denominación pretende proteger ciertas formas de competencia. La doctrina ha entendido que los programas de computación se encuentran protegidos por este régimen en supuestos de confusión generada por la similitud en la imagen y apariencia de la expresión en pantalla de un software con otro. Si tales similitudes derivan de necesidades funcionales se entiende que no resulta posible alegar la protección por medio de competencia desleal.⁷¹

Se justifica como complemento a la protección otorgada por medio de las reglas de confidencialidad y los secretos. El complemento se vislumbra al tender a reforzar el argumento de preservar los secretos y confidencialidad de la información a la cual una persona tuviera acceso ya que además de generar una infracción al deber de confidencialidad podría llegar a infringir el régimen de competencia desleal si con su actividad se provoca confusión en el usuario.

⁷⁰ Cfr. OMPI. *La Propiedad Intelectual en las pequeñas y medianas empresas: El caso Argentino*. Informe preparado por Andrés López, Germán Pupato, Ariana Sacroisky; para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Abril 2005. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/sme/899/wipo_pub_899.pdf. Págs. 114 y 115.

⁷¹ Cfr. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Ob. citado*. Págs. 97 a 100.

Otro supuesto de protección se puede llegar a invocar en casos de imitación pero se debe tener en cuenta que la regla general en tales circunstancias es que si no existe una violación a los derechos de propiedad intelectual, la imitación resulta lícita. Para invocar el régimen de competencia desleal, habrá que probar el riesgo de que se cree confusión en el mercado.⁷²

III. Derechos exclusivos del autor de una obra intelectual

En primer lugar y como ya fuera manifestado, es importante reconocer cuál es el objeto de protección del derecho de autor que no es otro que la obra literaria, artística o científica en su expresión no así las ideas, métodos de operación, conceptos matemáticos y procedimientos en sí.

Delimitado el objeto de protección, cabe mencionar los derechos que comprende nuestra legislación interna, la que cuenta con un criterio similar al seguido por otros países de Latinoamérica y Europa.

Los tipos de derechos dentro del sistema de derecho de autor son dos: por un lado, los derechos patrimoniales, que son los que permiten que el titular obtenga retribución económica por el uso de su obra por terceros y por el otro, los derechos morales, que permiten que el autor pueda proteger tanto la paternidad como la integridad de la obra.

Por el contrario, en países como Estados Unidos de América, donde cuentan con un sistema de copyright, los derechos previstos se circunscriben a los patrimoniales.

a. DERECHOS MORALES

Los derechos morales previstos por nuestra ley 11.723 se encuentran distribuidos a lo largo de su texto, no siendo enunciados siguiendo un orden. Entre los derechos morales que se pueden identificar en nuestra normativa, podemos mencionar:

⁷² Cfr. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Ob. citado*. Pág. 102.

- i. el derecho a la paternidad (art. 52 Ley 11.723⁷³);
- ii. el derecho a la integridad de la obra (art. 52 Ley 11.723⁷⁴);
- iii. el derecho de divulgación (art. 2 Ley 11.723⁷⁵).

Entiendo que el derecho a la paternidad en obras como los programas de computación es relativo, ya que al tratarse de una obra resultado del intelecto y con una función utilitaria, la vinculación entre la obra y el autor no es tal, difiriendo de otras obras tradicionales en donde ese vínculo es más estrecho, lo que justifica la mención de quien es el creador.

Por su destino funcional, el software resulta una obra destinada a recibir modificaciones y/o actualizaciones en el curso de su vida útil. En palabras de Correa⁷⁶, el principio de integridad de la obra no se condice con la naturaleza de un bien que debe ser modificado constantemente. La especial naturaleza del software impone la necesidad de hacer adecuaciones y/o modificaciones que atentan contra la integridad de la obra. El derecho de integridad intenta que la obra no resulte objeto de modificación alguna.

El derecho moral a la integridad de la obra, del que gozan los autores, habilita a éstos –en ausencia de licencias expresas- a negarse a permitir que los usuarios realicen por sí mismos modificaciones al software. En este sentido, en los acuerdos celebrados al momento de otorgar la licencia, ciertos usuarios prevén la posibilidad que ante determinadas necesidades, ej. cambio de normativa, actualizaciones, quiebra del proveedor, cambio de destino de la actividad desplegada, entre otros; puedan obtener el código fuente y llevar a cabo las modificaciones y/o actualizaciones que resulten necesarias.

⁷³ Art, 52 Ley 11.723. — “Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor.” (EL SUBRAYADO ME PERTENECE)

⁷⁴ Art, 52 Ley 11.723. — “Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor.” (EL SUBRAYADO ME PERTENECE)

⁷⁵ Art. 2 Ley 11.723, “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.” Este derecho se encuentra consagrado en la norma de manera indirecta.

⁷⁶ Correa, Carlos M. *Ob. citado*. Pág. 7.

Estas diferencias identificadas respecto a los derechos morales y su aplicación a los programas de computación, tienen relación directa con la constante evolución que estos programas requieren y que son objeto de demanda.

En la misma línea argumental se encuentra Emery⁷⁷ quien entiende que por el propio carácter utilitario del programa de computación, ciertos derechos morales como la paternidad de los colaboradores que permanecen anónimos, o la integridad frente a las modificaciones del usuario, no son aplicables.

b. DERECHOS PATRIMONIALES

En cuanto a la otra categoría de derechos patrimoniales, la ley 11.723 establece en su artículo 2 una enumeración respecto de tales derechos, así indica: “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.”

La enumeración prevista en este artículo resulta abierta, lo que da lugar a considerar incluidos derechos patrimoniales que no han sido expresamente consagrados.

Entre los principales derechos que abarca el derecho patrimonial, siguiendo a Villalba y Lipszyc⁷⁸, se pueden mencionar los siguientes:

i. Derecho a disponer de la obra: es el derecho de ejercer facultades de dominio, resulta la expresión más amplia del derecho patrimonial. La facultad de disponer abarca todas las modalidades de transmisión de la obra, tanto la cesión que implica la transferencia de la titularidad del derecho patrimonial, sea total o parcial como así también el licenciamiento, exclusivo o no, de determinados derechos de explotación.

ii. Derecho a enajenar: El término adecuado es el de ceder, se trata de la cesión de derechos de autor, resulta la modalidad más extrema de disposición de la obra, pero esta

⁷⁷ Cfr. Emery, Miguel Angel. *Ob. citado*. Ed. Astrea. 1999. Pág. 56.

⁷⁸ Cfr. Villalba, Carlos A. y Lipszyc, Delia. *Ob. citado*. Págs. 162 a 169.

cesión nunca abarca la totalidad del derecho de autor, los derechos morales quedan en poder del autor atento su carácter inalienable.

iii. Derecho a publicar la obra: es el derecho a poner la obra a disposición del público.

iv. Derecho de comunicación pública: Se considera que este derecho comprende todo acto por el cual una pluralidad de personas pueden conocerla en su totalidad o parcialmente, en su forma original o transformada.

v. Derecho de reproducción: En base a tal derecho el titular puede explotar la obra en su forma original o transformada. La reproducción existe cuando se realizan uno o más ejemplares de una obra o partes de ella en cualquier forma material. Este derecho cubre no sólo la confección de ejemplares de las obras, sino también la determinación del destino de ellas, tanto respecto de la forma de circulación como del tipo de uso. De todos modos, aun actualmente se discute que se entiende por reproducción y en base a eso, el alcance.

En relación a dicho derecho, conforme lo argumentado por Emery⁷⁹ si bien el software se protege como una obra literaria por su expresión escrita, no es posible su asimilación total a las obras literarias clásicas.

En esta línea de pensamiento, este derecho al ser aplicado a las obras de software ha planteado ciertas particularidades. En efecto, gran parte del software licenciado es ofrecido en soportes que resultan vulnerables al paso del tiempo como así a determinados acontecimientos provocados por el clima. Ello, ha generado la necesidad de contar con una copia de respaldo (back up) del software licenciado.

Como ya fuera indicado, nuestra Ley de Propiedad Intelectual con su reforma por medio de ley 25.036 incluyó una excepción a este derecho otorgando la facultad de efectuar una copia de seguridad por quien obtiene licencia sobre un programa de computación, textualmente el agregado efectuado al Art. 9 dice: "... Quien haya recibido de los autores o de sus derechohabientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una

⁷⁹ Cfr. Emery, Miguel Angel. *Ob. citado*. Págs. 55 y 56

única copia de salvaguardia de los ejemplares originales del mismo. (Párrafo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998). Dicha copia deberá estar debidamente identificada, con indicación del licenciado que realizó la copia y la fecha de la misma. La copia de salvaguardia no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si ese original se pierde o deviene inútil para su utilización. (Párrafo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998).”

Más allá de que actualmente se discute que comprende la reproducción, considero que este derecho abarca el derecho de utilización de la obra. En el caso del software, la amplitud del derecho de utilización suele fijarse contractualmente. Así es como se prevé, la duración de ese uso (perpetuo o temporario), la exclusividad (exclusiva o no exclusiva), la finalidad, la extensión (cantidad de computadoras, usuarios y/o credenciales), esto es, la cantidad de usuarios y/o computadoras que contengan el mismo.

A su turno, usualmente para ejecutar en una computadora un programa se debe copiar previamente en la memoria de procesamiento del equipo. En algunas legislaciones⁸⁰ se estableció expresamente que esta copia para su posterior ejecución, no constituye un acto de reproducción en el sentido de la ley de copyright. Se advierte que esta excepción no se encuentra prevista en nuestro derecho.

E. DICOTOMÍA ENTRE EXPRESIÓN E IDEA

Como ya fuera enunciado a lo largo de este documento, la idea que subyace al programa de computación no resulta protegida por el derecho de autor. Este límite respecto a lo que se protege por derecho de autor ha sido expresamente previsto a efectos de evitar un monopolio

⁸⁰ Title 17 of the U.S. Code – Copyright § 117 - Limitations on exclusive rights: “Computer programs. (a) Making of Additional Copy or Adaptation by Owner of Copy. — Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided:

(1) that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner, or...” (EL SUBRAYADO ME PERTENECE)

sobre el bien inmaterial indicado, el cual resulta propiedad de toda la comunidad. La ley también prevé que los métodos de operación como los procedimientos y conceptos matemáticos en sí no se encuentran protegidos.

Desde el análisis económico del derecho, la justificación de la protección de la expresión y no de la idea, se relaciona con la circunstancia de que proteger las ideas incrementaría el costo de crear nuevas obras y reduciría el número de obras creadas.⁸¹

En efecto, en muchas legislaciones impera el principio de la no protección de las ideas. Estados Unidos lo codificó en su reforma del año 1976, receptando la jurisprudencia. En la última década, influenciados por el ADPIC y el WCT, numerosos países también lo han codificado en sus normas de derecho de autor. Tal el caso de Argentina, Armenia, Ecuador, Estonia, Hungría, Camerún, República Checa, Croacia, Guatemala, México, Bolivia, Irlanda, Eslovenia, entre otros. Algunos otros en cambio lo han reconocido para supuestos específicos y en acuerdos regionales como hizo la Unión Europea en su Directiva 91/250/EEC⁸² sobre programas de ordenador.

Asimismo, lo prevé la Decisión 351⁸³, régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos, celebrada por los países andinos donde se reconoce como principio que queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas son descriptas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras pero no son objeto de protección las ideas contenidas en

⁸¹ Cfr. Universidad de San Andrés. Palazzi. Pablo A. *La exclusión del régimen de Derecho de Autor de las ideas, sistemas, métodos, aplicaciones prácticas y planes de comercialización. Centro de tecnología y sociedad.* Documento de trabajo n°6. 20/07/2009. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://www.udes.edu.ar/files/AdmTecySociedad/06derecho_de_autor_pp.pdf. Pág. 26.

⁸² Artículo 1. Inc. 2. Directiva 91/250/EEC. La protección prevista en la presente Directiva se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador. 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 presente Directiva.

⁸³ Artículo 7. DECISIÓN 351, RÉGIMEN COMÚN SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.- Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

ellas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.⁸⁴

Por su parte, existe una doctrina que se ha esgrimido como excepción a la protección del derecho de autor. Por medio de esta doctrina, *merger doctrine*, se considera que ciertas ideas solamente pueden expresarse de una o muy pocas maneras, por lo que si la protección de la expresión fuera completa, en la práctica nadie, a excepción del autor, podría utilizarlas.

Con el fin de evitarlo, en estos casos, la protección que el derecho concede al autor se interpreta de forma restringida. Un ejemplo es el caso de los programas de computación donde existen limitadas formas de expresar esa idea, y por lo tanto la idea se funde con la obra y ésta última no es protegible. Por otra parte, tal obra si fuera protegible en su idea se estaría monopolizando el algoritmo que sirvió para permitir el desarrollo de obras en competencia, basadas en la misma idea pero que constituirían expresiones diferentes de esa idea.⁸⁵ En resumen, en los supuestos en que hay una o pocas formas de expresar una idea, se genera una fusión entre las mismas, excluyendo así de protección a la expresión objeto de disputa.

Haciendo un análisis de la jurisprudencia existente en relación a la dicotomía en estudio, el primero de los casos que se pronunció respecto de la idea, fue *Baker c. Selden*⁸⁶. Los hechos relatados fueron que Baker confeccionó un libro cuyo objetivo era exhibir y explicar conceptos contables recopilados de otros libros. Selden, uno de los titulares cuyos conceptos fueron recopilados por Baker, alegó que se estaba infringiendo su derecho de copyright. La defensa negó que el objeto de infracción esté sujeto a la protección de copyright.

Los jueces al resolver dijeron que la verdad de la ciencia o los métodos de una determinada arte son propiedad del mundo entero y los autores tienen el derecho de expresarlo de una determinada forma. Selden explicó el sistema de una manera particular. Se reconoce que

⁸⁴ Cfr. Universidad de San Andrés. Palazzi. Pablo A. *Ob. citado*. Págs. 6 y 7.

⁸⁵ Cfr. Universidad de San Andrés. Palazzi. Pablo A. *Ob. citado*. Págs., 6 y 7.

⁸⁶ *Baker v. Selden*. Supreme Court of the United States. 101 U.S. 99. 1879.

Baker confeccionó y usó los libros contables en base al mismo sistema, pero se había fallado en probar que Baker había violado el copyright de los libros de Selden.

La pregunta que se hicieron los jueces fue si puede ser reclamada una exclusiva propiedad sobre los sistemas insertos en los libros contables. Los jueces, indicaron que el uso del mismo método (forma) por otro, ya sea a través de palabras o ilustraciones, en un libro publicado para enseñar un determinado arte, sin duda sería una infracción al derecho de autor.

Concluyen indicando que la descripción que de un arte hace un libro, aunque titular de los beneficios de copyright, no es fundamento de un reclamo de exclusividad del arte incluido en el mismo. El objeto del primero es la explicación, lo que puede ser objeto de copyright; mientras que el objeto del segundo es el uso, lo que sólo se puede asegurar, si es que se puede, por medio del derecho de patentes.

Asimismo, en el caso *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*⁸⁷, los jueces rechazaron los argumentos de la defensa relacionados con que los sistemas operativos son per se no protegidos por copyright porque el sistema operativo es un método de operación. Es así como hicieron foco en que si la idea es capaz de contar con varios modos de expresión, esto es, si otros programas pueden escribir o crear la misma función, entonces ese sistema es una expresión de una idea y por lo tanto, objeto de protección por copyright.

Por su parte, en el caso *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*,⁸⁸ se debatía si Altai con su programa de computación OSCAR 3.4. había infringido el copyright del programa de computación CA-SCHEDLER de titularidad de Computer Associates.

Los jueces han dicho que se encuentra bien establecido que los elementos literarios de los programas de computación, es decir, el código fuente y objeto, son los que se encuentran sujetos a la protección de copyright.

⁸⁷ *Apple Computer, Inc. V. Franklin Computer Corp.*, U.S. Court of Appeals Third Circuit. 714 F.2d 1240, 219 USPQ 113. August 30, 1983.

⁸⁸ *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.* United States Court of Appeals for the Second Circuit. January 9, 1992, Argued. December 17, 1992, Filed. Docket Nos. 91-7893, 91-7935.

A efectos de determinar que resultaba objeto de protección, utilizaron un test en la estructura del programa de computación: abstracción, filtración y comparación. A través de dicho test se pretendió tratar el hecho de que los programas de computación protegidos por copyright como obras literarias, pueden ser objeto de infracción por medio de copias no literales lo que se relaciona con la estructura de un programa de computación que comprende componentes no literales tales como diagramas de flujo generales, así como la organización más específica de los módulos, entre otros.

En este sentido, esbozan que si la estructura no literal de las obras literarias está protegida por derechos de autor; y si los programas de ordenador son obras literarias; entonces las estructuras no literales de los programas de ordenador están protegidos por derechos de autor.

En esa línea continuaron expresando que en supuestos de copias no literales, los jueces deben determinar si las similitudes son debidas al hecho de que los dos trabajos comparten la misma idea subyacente o si el segundo autor copio la expresión del primero.

Concluyen que los elementos no literales son protegidos en la extensión en que su expresión es protegida.

A su vez, en el caso Lotus⁸⁹, se trató de verificar si el copyright del programa de computación Lotus 1-2-3 perteneciente a Lotus Development Corporation fue violado por Borland International, Inc., al copiar el menú comando en su programa de computación denominado Quattro.

Los jueces del caso sostuvieron que el menu comando de Lotus es un método de operación no protegido por copyright. Los jueces no consideraron que los métodos de operación estén limitados a la abstracción, más bien ellos son el significado por los que el usuario opera algo.

Continuaron argumentando que el hecho de que existan varias formas de operar un programa de computación o aún muchas formas distintas de operar un programa de computación

⁸⁹ Lotus Development Corp. v. Borland International Inc., 49 F. 3d 807 (1st Cir. 1995). Before TORRUELLA, Chief Judge, BOUDIN and STAHL, Circuit Judges.

usando términos comando, no hace que el actual método de operación resulte protegido por copyright, ya que funciona como un método de operación y por eso, no es protegido por copyright.

No consideran que el copyright que asegura a los autores el derecho a la expresión original, indique que todas las expresiones sean necesariamente objeto de protección por copyright.

Conforme sus argumentos, los jueces sostienen que el menú comando de Lotus no resulta protegido por copyright, por lo que concluyen que Borland no infringió el copyright por copiar dicho menú.

En el caso Oracle America, Inc. vs Google, Inc.⁹⁰, los jueces han dicho que la discusión sobre si los elementos no literales son protegidos depende de si conforme los hechos del caso, los componentes en cuestión califican como la expresión de la idea o son la idea en sí misma. En el juicio, Oracle reclama protección por copyright respecto a 1) elementos literales de los paquetes API (comprende 7.000 líneas de código fuente), 2) elementos no literales – estructura, secuencia y organización de 37 paquetes Java API, 3) líneas de código del RangeCheck y 4) líneas de seguridad.

En relación a la resolución del juez inferior que fue objeto de apelación, el tribunal superior indicó que comparte con Oracle que el juez de la instancia inferior se equivocó cuando: 1) concluye que cada línea de código (7.000) no es protegida por derecho de autor porque la idea y la expresión se fusionan (merger doctrine); en cuanto a los paquetes API 2) encuentra que el código no es protegido porque se emplearon frases cortas; 3) considera a todos los aspectos de la estructura, secuencia y organización desprovistos de protección en consideración a que se trata de un método de operación bajo 17 U.S.C. 102 y 4) invoca la interoperabilidad de Google al analizar la posibilidad de protección bajo copyright.

⁹⁰ Oracle America, Inc., v. Google Inc.. United States Court of Appeals for the Federal Circuit. 2013-1021, -1022. 09/05/2014.

En cuanto al primer punto, los jueces entienden que la doctrina, merger doctrine, no puede ser límite para la protección de ninguna línea de código fuente a menos que Sun/Oracle tuviera una sola forma, o un limitado número de formas, para escribir eso. Así es como indican que las evidencias muestran que Oracle tenía opciones ilimitadas de selección y arreglo de las 7.000 líneas copiadas por Google. En este sentido, entienden que nada impedía que Google escriba su propio código de declaración junto con su código de implementación y llegar al mismo resultado. En estas circunstancias, la elección de la expresión no se fusiona con la idea que es expresada. En efecto, rechazan la aplicación de la doctrina (merger doctrine) en el caso.

En consideración al segundo punto, establecen que los jueces de la instancia inferior fallan en reconocer que la pregunta relevante para los propósitos de protección del copyright no es si el trabajo contiene frases cortas sino si esas frases son creativas. También entienden que los jueces se equivocan en no reconocer que una combinación original de elementos puede ser objeto de protección por copyright. Continúan indicando que la pregunta no es si las frases cortas o series de frases cortas pueden ser extraídas de un trabajo, sino si la manera en que esas son usadas o combinadas juntas exhiben creatividad.

Al respecto, alegan que Oracle ejerció creatividad en la selección y arreglo de los métodos de declaración cuando creó los paquetes API y exhibió el código, por lo que estos contienen expresión sujeta a protección en términos de copyright. En este sentido, los jueces entienden que se equivocan en aplicar la doctrina de las frases cortas para entender al código no protegido por derecho de autor.

El punto tres, en contrario con lo decidido en la instancia anterior, los jueces aplicando la Ninth Circuit Law, encontraron que el copyright protege la expresión de un proceso o método. La Sección 102 no niega automáticamente protección a elementos de los programas de computación que son funcionales. La historia legislativa de esa sección fue un intento de dejar claro que la expresión adoptada por el programador es el elemento objeto de copyright en los programas de computación. Aún si el elemento dirige a la computadora para ejecutar

operaciones, los jueces deben determinar si eso contiene alguna expresión objeto de protección por copyright.

Oracle reclamó protección sólo respecto de su particular forma de nombrar y organizar cada uno de los 37 paquetes Java API. Atento ello, concluyen que los jueces inferiores encontraron la estructura, secuencia y organización original y creativa y que el código podría haber sido escrito y organizado en cualquier número de formas y aun así, alcanzar las mismas funcionalidades, se concluye que la Sección 102 no limita la protección de copyright de los paquetes solo por el hecho de ejecutar funciones.

Sobre el cuarto punto, los jueces están de acuerdo con Oracle en cuanto a que los argumentos de interoperabilidad son sólo relevantes, si lo son, en cuanto a la teoría del fair use, no para la pregunta de si los paquetes API son protegidos por copyright. Concluyen que los jueces inferiores fallan en hacer foco en el análisis de la interoperabilidad respecto de los deseos de Google en cuanto a su software, Android. En este sentido, tiene en cuenta que conforme evidencias, Google diseñó Android para que este no sea compatible con la plataforma Java por lo que los argumentos de Google sobre la interoperabilidad son confusos.

Por su parte, Google en su apelación sostiene que su copia del RangeCheck y las líneas de seguridad descompiladas fueron cuestiones menores “de minimis” y que ello, no infringe el copyright de Oracle. Concluyen los jueces superiores en el mismo sentido que los inferiores que las copias que Google realizó respecto de las líneas no eran cuestiones menores. En este sentido, alegan que los testimonios revelan que tanto el RangeCheck como las filas de seguridad descompiladas eran significativos para ambos, Oracle y Google.

Atento el análisis previo, los jueces de la instancia superior, concluyen su fallo haciendo lugar a la apelación de Oracle. En este sentido, entienden que tanto las líneas de código como la estructura, secuencia y organización de los 37 paquetes de java API son objeto de protección por copyright., revocando la sentencia de los jueces inferiores. En cuanto a la apelación de Google, confirman la sentencia apelada en cuanto a la copia de RangeCheck y de las líneas de

seguridad descompiladas. Actualmente, luego de la apelación de Google ante la Corte Suprema, esta última solicitó que el Procurador General expida su opinión a efectos de verificar la existencia de interés público para el tratamiento del caso en dicha instancia.

Como resumen de lo resuelto por los fallos explicados en forma previa y específicamente en relación a la dicotomía en análisis, es importante remarcar que lo debatido fue la amplitud en que se debe proteger la expresión dada tanto a la idea, como a los métodos, conceptos matemáticos y/o procedimientos utilizados. En tal sentido, en el caso “Altai” los jueces se expresaron respecto a que las copias no literales pueden ser objeto de copyright. Asimismo, se resolvió respecto de si los elementos funcionales atento el fin utilitario que persiguen, deben o no ser protegidos, en el caso “Lotus” se consideró que no debían protegerse por más que contengan expresión, mientras que en “Oracle vs. Google” los jueces consideraron que los paquetes de Java, objeto de disputa, no resultaban desprovistos de protección bajo copyright por el simple hecho de que estos ejecutaban funciones, se debe verificar la creatividad y originalidad de su forma de escribirse y organizarse para considerar si los mismos son o no objeto de protección por copyright.

En nuestra jurisprudencia ha habido dos casos en que se han pronunciado a favor de proteger la idea. El primero de ellos fue “Pantano v. Jockey Club de Buenos Aires”⁹¹ y el segundo, “Torbey v. Telecom Personal S.A.”⁹². En el primero, el actor había depositado como obra inédita un proyecto que incluía el “placé” en la apuesta triple que ya se conocía en los hipódromos, propuesta que había elevado al director de Lotería Nacional quien la giró a la demandada. Luego de un tiempo, esta propuesta fue implementada por Jockey Club, lo que motivó un reclamo por el uso de la obra. El actor obtuvo sentencia favorable en ambas instancias.

⁹¹ CNCiv., Sala C, 18/4/1974, Pantano, Juan c/ Jockey Club de Buenos Aires, LL 155-82.

⁹² CNCiv., Sala K, 19/2/2009, Torbey, Salid H. c/Telecom Personal S.A. IJ-XXXII-702.

En palabras de Chaloupka⁹³, el fallo se basa en la aceptación como principio de que las ideas no tienen protección en el ámbito de la legislación autoral pero terminan concluyendo que en el tema en análisis se trataba de un caso particular de aprovechamiento indebido de un esfuerzo ajeno, o bien que la idea de aplicar el “placé” a la apuesta triple -al quedar volcada en el texto de la propuesta depositada como obra inédita- se fusionaba con el texto de la obra para dar lugar a alguna especie de todo inescindible a los fines de su tratamiento en derecho. Sin perjuicio de este antecedente, se debe tener en cuenta, tal como sostiene Palazzi⁹⁴ que este fallo fue tomado con posterioridad para resolver el rechazo de la protección de las ideas.

Por su parte, en el Caso “Torbey v. Telecom Personal S.A.” en el que se disputaba la propiedad de una idea, los hechos del caso fueron que el actor era empleado de la empresa Telecom Personal S.A., durante su relación laboral propuso una idea a la empresa tendiente a incrementar las ventas y ganancias de este último, la invención fue denominada como “LAIAL”, cuyo motivo fue un plan de incentivos para empleados lanzado por la misma compañía. Esta propuesta en una primera instancia fue rechazada pero finalmente fue adoptada.

En el caso, el actor en su demanda manifestó que el “Plan Grupo Familiar”, utilizado luego por Telecom Personal S.A., era una burda imitación de su propia invención y en consecuencia, se consideraba con derecho a reclamar una compensación económica. El fallo de primera instancia hace lugar a la demanda y la cámara lo confirma. Se funda en que existía una obra, que fue elaborada por el actor y propuesta a la empresa, que puso en práctica un sistema de ventas y facturación muy similar al propuesto por el actor. La idea consistía en bonificar llamadas entre personas del mismo grupo familiar o amigos y de esa forma aumentar las ventas de teléfonos y de minutos de comunicación. El tribunal resolvió que el demandado se apropió del proyecto del actor, siendo esta una obra intelectual original y protegible y que la copia de dicha obra constituía un plagio. En este sentido, entienden que se evidencia la

⁹³ Chaloupka, Pedro. *La propiedad de las ideas, Derechos intelectuales n. 3*. Pág. 49. Citado por Universidad de San Andrés. Palazzi. Pablo A. *Ob. citado*. Págs. 11 y 12.

⁹⁴ Cfr. Universidad de San Andrés. Palazzi. Pablo A. *Ob. citado*. Pág., 12.

imitación entre el producto comercializado por Telecom Personal y el proyecto presentado por el actor.

En consideración al caso Torbey y conforme lo que se desprende del texto del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, entiendo que una defensa para el caso debiera haber sido la doctrina de la fusión (merger doctrine) atento a que la expresión utilizada para llevar a cabo la idea, es probable que sea la única forma de expresar la idea y/o existan mínimas formas. Ello, sin perjuicio de considerar que el empleado tenga derecho a reclamar. No obstante ello, entiendo que no ha sido la mejor opción invocar la protección del derecho de autor para el caso por considerar que lo que se pretendió exigir es la protección sobre la idea.

Quizás el obrar de Telecom Personal podría haber sido justa causa para considerarse indirectamente despedido y así, exigir indemnización en relación a las condiciones laborales convenidas y no cumplidas o reclamar daños y perjuicios respecto del enriquecimiento sin causa de Telecom Personal S.A. sobre la apropiación del esfuerzo ajeno, pero de ningún modo fundar el reclamo en base al derecho de autor cuando lo que se intentaba proteger era la idea propuesta.

Estos dos casos, Pantano y Torbey, que hacen lugar a la protección de la idea, aunque excepcionales en nuestra jurisprudencia, pareciera que han tenido en cuenta los límites de la protección del derecho de autor pero que aun así, resolvieron en contra del fin tenido en consideración por el derecho de autor que no es otro que el de proteger la expresión y no así la idea contenida en ella.

A su turno, la doctrina argentina es unánime en proponer la no protección de las ideas. Borda ha sido quien manifestó una visión especial al entender que era irrelevante la distinción entre idea y obra, considerando que la obra no es otra cosa que la idea exteriorizada, concluyendo

que es erróneo decir que el derecho no protege las ideas, las protege siempre que entren en el mundo de lo concreto y sensible en que se desenvuelve el derecho.⁹⁵

Por su parte, la gran mayoría de la jurisprudencia, incluso antes de incorporarse expresamente la no inclusión de las ideas, métodos de operación, conceptos matemáticos y procedimientos en sí como objeto del derecho de autor por medio de la ley 25.036, se han pronunciado sobre su exclusión.

Así es como en el caso *Argentores c Telearte S.A.*⁹⁶ el Dr. Calatayud, vocal preopinante, señaló en su voto: “[...] Es que, conforme lo pusiera de resalto esta sala en anterior composición, a través del ilustrado voto de mi estimado antecesor, Dr. Marcelo Padilla (Ver LL 1981-D-378, en esp. pág. 381), “... Es bien sabido que, en el orden de la tutela de los derechos de autor, la simple idea, como tal, no constituye aún la obra objeto del resguardo legal, toda vez que falta la realización, la forma concreta, la estructura, sólo la “obra”, es decir, la idea en cierto modo encarnada, es protegible desde el punto de vista de nuestro régimen imperante (ley 11.723). La idea en sí, sin una representación sensible, no posee una forma definida, no es suficientemente individualizable ni identificable para poder ser vinculada a pretensiones de carácter legal ... Por tanto, quedan fuera de la tutela de los derechos de autor las creaciones que no tienen un destino representativo. La obra es pensamiento formado y pensamiento exteriorizado. La obra, insisto, debe constituir un producto concreto, que pueda vivir con vida autónoma y sea idónea para ser hecha pública y reproducida ... Una abstracta ideación que no sea traducida en forma concreta y determinada no puede ser objeto de tutela. Es necesario que el requisito de la concreción de la expresión deba manifestarse también en las obras inéditas (conf. De Sanctis, voz “Autore”, en *Enciclopedia del Diritto*”, t. IV, pag. 383) ... En suma, no es tutelable la realidad material en la cual se ha inspirado o de la cual el autor ha hecho objeto de su expresión, porque esa realidad no ha sido creada por él. En una oportunidad anterior sostuve, a este propósito, que el legislador protege sólo el modo de

⁹⁵ Cfr. Universidad de San Andrés. Palazzi. Pablo A. *Ob. Citado*. Págs., 11 a 15.

⁹⁶ *Argentores c. Telearte S.A.*, CN CIV, Sala E, junio 20-2001.

expresión, dejando dentro del dominio público la idea, la cual sí integra el fondo común de la humanidad (confr. Mi voto publ. en J.A. T. 12-971, P 291, concordante con el fallo publ. En J.A. 1954-II, p. 124)⁹⁷.

Es fundamental reconocer, como ya lo hemos expuesto, que de lo que se encarga el derecho de autor, es de proteger la expresión de esa idea, que en cuanto al software se refiere, esta última se expresa a través de su código objeto y código fuente. En definitiva, esa protección a la expresión es la que justifica que el software sea tutelado por el derecho de autor, en su carácter de obra literaria. En tal sentido, este derecho se encarga de proteger la reproducción no autorizada del texto, de disponer de la obra, de llevar a cabo la comunicación pública de la misma, además de otras prerrogativas comprendidas en el conjunto de derechos inherentes al derecho de autor.

Ahora bien, si terceros desarrollan la misma idea pero expresándola de un modo que difiere sustancialmente del software existente, tener en cuenta lo resulto en “Altai” en cuanto a la protección de las copias no literales, ese desarrollo no viola el derecho de autor que tutela ese software. Esto tiene relación con que la idea y el texto son independientes entre sí y en esa independencia es que son objeto de una distinta protección a favor de distintos actores. El límite en la protección permite a usuarios, emprendedores, pymes y/o grandes empresas desarrollar la idea, procedimientos, conceptos matemáticos y/o métodos en tanto estos se expresen a través de otros resultados.

Lo indicado en forma previa, demuestra la delimitación prevista para el derecho de autor. Desde el punto de vista de quien generó la idea, métodos, conceptos matemáticos o procedimientos, y desarrolló los mismos, puede resultar injusto el no ser protegido bajo la normativa aplicable atento a que esa idea, métodos, conceptos matemáticos o procedimientos y las funcionalidades que de ellos derivan son de importancia en el mercado, son lo que a un consumidor lo hace decidir al momento de adquirir un producto y/o servicio. Sin embargo,

⁹⁷ Cfr. Villalba, Carlos A. y Lipszyc, Delia. *Ob. citado*. LA LEY. 2009. Pág. 53. Nota al pie n. 71. Ver más fallos citados en pags. 54, 55, 56 y 57, nota a pie n. 71.

desde el punto de vista del bien público, esta protección limitada se justifica en el hecho de no permitir la apropiación de ideas, métodos, conceptos matemáticos y/o procedimientos y así entorpecer el desarrollo de la innovación.

Esto último, es lo que justifica que gran parte del esfuerzo desplegado para el desarrollo de los programas de computación pueda ser utilizado por terceros (usuarios, emprendedores, pymes y/o grandes empresas) a efectos de lograr programas en competencia y/o derivados del programa de su titularidad, siempre que estos últimos expresen sus desarrollos de forma diferente a lo que el titular del software ya existente en el mercado lo hizo.

En atención a lo indicado, expertos en la materia se han expresado en cuanto a lo que resulta valorable del software, en términos económicos, así ha dicho Samuelson y otros⁹⁸ que el mayor valor del programa lo comprende su diseño, los usuarios pagan por lo que los programas de computación hacen y por cómo lo hacen, es decir, su comportamiento. El software con similar comportamiento resulta sustituto en el mercado sin importar la expresión de los mismos, esto es, su texto (código objeto y fuente).

F. LÍMITES A LA PROTECCIÓN DEL SOFTWARE APLICADOS EN EL DERECHO COMPARADO

En este apartado se intentará brindar una perspectiva sobre los límites aplicados por el derecho comparado a la protección legal del software objeto de análisis en este documento.

I. Ingeniería inversa

La ingeniería inversa se entiende el desarmado y análisis del producto a efectos de verificar su composición y funcionalidades. La descompilación que resulta una de las formas de llevar a cabo dicha práctica, implica traducir el código objeto (alfabeto binario ininteligible para el ser humano), diseñado para ser leído por un ordenador, a código fuente, lenguaje que puede ser analizado por el ser humano.

⁹⁸ Cfr. Samuelson, Pamela; Davis, Randall; Kapor, Mitchell D. and Reichman, J. H., *Ob. citado*. Pág. 2318.

La dicotomía entre expresión e idea es la que genera la discusión sobre si la Ingeniería inversa del software llevada a cabo por terceros distintos al titular de esa obra, resultan actos lícitos o no.

Lo que es necesario analizar sobre el caso, es si la práctica de ingeniería inversa resulta una infracción a nuestro derecho de autor.

Teniendo en cuenta lo que conlleva tal actividad, en muchos casos implica realizar una copia del software infringiendo el derecho de reproducción o en el supuesto de no ser necesario esta última atento a que ya cuenta lícitamente con una, tal actividad se encuentra prohibida contractualmente a efectos de no poder hacer uso de la obra con el fin de realizar ingeniería inversa.

En efecto, esta práctica en nuestra legislación actual resulta ilegal, toda vez que realizar esa actividad implicaría violar el derecho de reproducción y/o en caso de acuerdo privado, incumplir con una de las cláusulas previstas en el mismo.

En otras regiones, como en Europa a través de la Directiva Europea 2009/24, se ha previsto expresamente la práctica de la Ingeniería inversa como excepción al derecho de autor, siempre que la misma cuente con un fin legítimo, como los supuestos de interoperabilidad.

En este sentido, la Directiva Europea 2009/24 autoriza llevar a cabo esta actividad bajo determinados supuestos. Así es como en su artículo 5 párrafo 3 establece la posibilidad de que una persona con derecho al uso de una copia de un programa de computación pueda, sin autorización del titular del derecho de autor, observar, estudiar o probar el funcionamiento del programa a efectos de identificar las ideas y principios inmersos en tal producto.⁹⁹

Por su parte, el artículo 6 de la Directiva mencionada en forma previa, autoriza la descompilación siempre que la misma se lleve a cabo por quien se encuentra autorizado al uso

⁹⁹ Artículo 5 inc. 3. Directiva 2009/24. ... El usuario legítimo de la copia de un programa de ordenador estará facultado para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa, que tiene derecho a hacer.

del software y con el fin de obtener información que resulte indispensable para la interoperabilidad de un programa de computación.¹⁰⁰

El artículo 6 continúa su texto detallando conductas que se prohíben, entre las que se pueden mencionar: uso con fines distintos a la interoperabilidad que se pretende, se comunique a terceros salvo que sea necesario para la interoperabilidad que se busca, se utilice para el desarrollo y comercialización de un programa similar en su expresión al programa que se espera descompilar y que perjudique de manera injustificada legítimos intereses del titular del derecho o de su normal explotación.¹⁰¹

Esta última postura considera que a efectos de poder obtener la idea, métodos, conceptos matemáticos y/o procedimientos que no son objeto de protección es necesario acceder al código objeto y/o fuente que si son protegidos por el derecho de autor. Así es como por medio de tales acciones, terceros pueden obtener los algoritmos, métodos, procedimientos incluidos en el sistema, los que no resultan protegidos bajo tal régimen.

Según Luis Moisset de Espanés y María del Pilar Hiruela de Fernández¹⁰², el programa de computación se elabora basándose en un algoritmo, el cual en esencia es una mera elaboración intelectual matemática y que, por tanto, pertenece al ámbito de las ideas de la

¹⁰⁰ Artículo 6. Directiva 2009/24. Descompilación. 1. 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 licenciatarario 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.

¹⁰¹ Artículo 6. Directiva 2009/24. ... 2. La aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 no permitirá que la información así obtenida: a) se utilice para fines distintos de la consecución de la interoperabilidad del programa de ordenador creado de forma independiente; b) se comunique a terceros, salvo cuando sea necesario a efectos de interoperabilidad del programa de ordenador creado de forma independiente, o c) se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa de ordenador sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor. 3. De acuerdo con las disposiciones del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, las disposiciones del presente artículo no podrán interpretarse de manera que permita que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa de ordenador.

¹⁰² Cfr. Moisset de Espanés, Luis e Hiruela de Fernández, María del Pilar. *Ob. citado*. Págs. 3 y 5.

humanidad. La idea inserta en el software es patrimonio de toda la humanidad y por tanto su titularidad no puede ser otorgada con exclusividad a una persona.

No es inusual que los desarrolladores de software lleven a cabo actividad de ingeniería inversa sobre los programas de la competencia cuando ellos necesitan acceder al know how incluido en los códigos. Por medio de esta práctica, un tercero puede identificar el cómo y con que está realizado el software.

Sin perjuicio de ello, existe en la industria del software una idea generalizada en cuanto a que la ingeniería inversa es una actividad que, o bien es considerada ilegal o bien altamente antiética, equiparándola a una especie de espionaje industrial. Además de los límites a nivel legislativo, contractual y/o técnico existentes en los distintos países, esos resultan los motivos que limitan la realización de dicha actividad.

Tal práctica sobre obras de software, podría tender a que tanto grandes empresas, pymes, emprendedores como usuarios obtengan adaptaciones, actualizaciones, programas derivados además de ser utilizada con fines educativos y/o de investigación entre otras formas de innovar y desarrollar sistemas informáticos. No obstante ello, cabe advertir que ciertas empresas consideran que la ingeniería inversa no es una práctica que lleve a la innovación sino que ayuda en la mejora de procesos.

Contrariamente a la postura que permite la realización de ingeniería inversa, existe una tendencia hacia la protección del uso de medidas técnicas para mantener la reserva de la información contenida en los productos de software a través de imposibilitar técnicamente dicha práctica. En este sentido y como ya fuera enunciado, se ha establecido en el derecho internacional por medio del Art. 11 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (WCT) y a través de normas de derecho interno, tal el caso de la Ley de Derecho de Autor para el Milenio Digital de EEUU.

Esta situación lleva a la incertidumbre de, por un lado, entender que podría ser lícita la ingeniería inversa (sin considerar nuestro derecho interno atento el sistema de excepciones

cerrado) ya que la misma pretende obtener conocimiento respecto de las ideas, procedimientos, conceptos matemáticos y/o métodos utilizados en los sistemas, lo que no es objeto de protección por el derecho de autor y más aún, considerando que no es el fin del sistema de protección lograr un monopolio tal que impida la transmisión de las ideas y funcionalidades del software y, por el otro lado, se interpreta que al encontrarse previsto a nivel internacional la protección jurídica de medidas adoptadas para evitar la ingeniería inversa y/o descompilación del producto de software, esta práctica resultaría ilícita porque para llevarse a cabo deberían vulnerarse las medidas adoptadas.

La diferencia con nuestro derecho y todo aquel sistema que se basa en excepciones expresamente fijadas donde no se contempla la práctica de la ingeniería inversa como límite a la protección, es que dicha actividad, implicaría llevar a cabo una copia de la obra infringiendo el derecho de reproducción y/o en caso de no ser necesaria esta última atento a que ya cuenta lícitamente con una, esa actividad se encuentra prohibida en el contrato de licencia a efectos de no poder hacer uso de la obra con el fin de realizar acciones en ese sentido. Al respecto, advierto que al consultar con técnicos en la materia, me han explicado que en ocasiones ni siquiera es necesario realizar una copia del software para llevar a cabo la práctica de ingeniería inversa.

La situación descrita en forma previa provoca que el usuario final como así también las grandes compañías, los distribuidores, pymes o pequeños emprendedores se vean limitados y/o al menos contrariados en cuanto a la posibilidad de realizar ingeniería inversa con el fin de acceder al conocimiento y tecnología existente en el mercado y así crear mayores innovaciones, ya que los límites de aquella actividad resultan difusos.

Tal como ya fuera esgrimido en la introducción del presente, en palabras de Daniel Chudnovsky, Andrés López y Silvana Melitsko¹⁰³, existen fuertes debates en cuanto el alcance que debería tener la protección legal del software, considerando que un nivel de protección

¹⁰³ Chudnovsky, Daniel; López Andres y Melitsko, Silvana. *Ob. citado*. Pág. 8.

demasiado amplio termine deteriorando la capacidad innovativa del sector al consolidar las posiciones monopólicas de aquellas firmas que han creado estándares en diversos mercados o al restringir las posibilidades de realizar ingeniería inversa cuando esta tiene fines, tales como, generar productos compatibles con el software existente, de investigación, de seguridad o educativos.

Por otra parte, se entiende que brindar un ámbito de absoluta libertad de acceso a la información y tecnología producida por otros, generaría un desinterés por quienes invierten actualmente en desarrollo de nuevos productos y/o innovan en mejoras a lo ya existente. En este sentido, se ha entendido que las copias realizadas para llevar a cabo tales prácticas, generan infracciones a la ley de copyright y al deber de secreto.

En Estados Unidos de América, los jueces se han pronunciado a favor de la práctica de ingeniería inversa ante ciertas condiciones. Así es como en el caso *Sega Enterprises v. Accolade, Inc.*¹⁰⁴ los tribunales reconocieron que no obstante las copias realizadas sobre el código objeto pueden considerarse una infracción al derecho de copyright del titular del software (en el caso, Sega), es un uso justo (fair use) descompilar el código objeto cuando esta práctica es la manera de acceder a elementos del código que no se encuentran protegidos por copyright y quien descompila tiene una razón legítima por llevar a cabo tal acceso.

En igual sentido, en el caso *Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix, Corp.*¹⁰⁵ los jueces entendieron que la ingeniería inversa y copias realizadas sobre el programa de software de titularidad de Sony fueron un uso justo (fair use) en cuanto a que su propósito fue el de conseguir acceso a los elementos no protegidos del software de propiedad de Sony. Los jueces explicaron que el programa de software de Sony contenía elementos funcionales no protegidos por copyright y que la demandada solo podría acceder a esos elementos a través de la ingeniería inversa. Además, se consideró el hecho de que Connectix, Corp. utilizara dicha

¹⁰⁴ *Sega Enterprises V. Accolade, INC.*, U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit October 20, 1992. 977 F.2d 1510, 24 USPQ2d 1561.

¹⁰⁵ *Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix, Corp.* Ninth Circuit Court of Appeals. 2000. 203 F.3d 596.

información para crear un programa de software que permitiera a los usuarios jugar a juegos diseñados para la consola Playstation de Sony en otras computadoras, remarcando que el programa de computación realizado por la demandada en autos no contenía material protegido por copyright.

El debate, al que se hizo mención en este apartado, se agrava con la nueva modalidad adoptada para la provisión del uso de software, denominada cloud computing, por medio de la cual, el usuario se encuentra imposibilitado físicamente de acceder al código objeto ya que el mismo se encuentra en los servidores del productor de software, contando el licenciatario con la sola posibilidad de hacer uso de tal sistema por medio del acceso a través de internet. Antes de que se generalice la modalidad de software como servicio, más conocido como SaaS, los desarrolladores distribuían el código objeto de software instalándolo en los servidores y/o equipos de propiedad de los usuarios y en circunstancias, el usuario exigía la entrega y/o depósito del código fuente, (siendo usual la firma de un contrato de escrow) para ser utilizado en determinados supuestos, tal como, quiebra de la empresa, cambio de actividad de la compañía, necesidades de actualización, entre otros.

Pamela Samuelson y otros¹⁰⁶, han desarrollado en uno de sus estudios estrategias a efectos de regular la ingeniería inversa, así ha indicado como algunas opciones: (i) permitir expresamente la ingeniería inversa para ciertos propósitos y no para otros; (ii) regular herramientas que se van a poder utilizar a efectos de llevar a cabo la ingeniería inversa y (iii) restringir la difusión de información derivada de la ingeniería inversa.

Cabe advertir que la ingeniería inversa sirvió como herramienta para el desarrollo de la base tecnológica de economías como la japonesa, que actualmente es una potencia en la producción y exportación de dicha clase de bienes, tangibles e intangibles.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Cfr. Samuelson, Pamela and Scotchmer, Suzanne. *The Law and Economics of Reverse Engineering*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/l&e%20reveng3.pdf>. Pág. 1581

¹⁰⁷ Cfr. World Intellectual Property Organization. Silva, Alberto Cerda. Director de estudios. . Barrio Ríos, José Luis. *Ob citado*. Pág. 154.

II. Misuse

Teniendo en cuenta la posición esgrimida en cuanto a que ciertas prácticas, tal como proteger en exceso las prerrogativas otorgadas por medio del derecho de autor, podrían llegar a objetarse configurando abuso de derecho o encontrándolas violatorias del derecho de defensa de la competencia o incluso cláusulas abusivas de un contrato, se debe mencionar a la doctrina “misuse” que ha sido objeto de análisis en países como Estados Unidos de América y que también fue incluida en tratados internacionales, algunos de los cuales fueron ratificados por nuestra República Argentina, tal el caso del art. 40.2 del ADPIC.

Según los dichos de Troy Paredes¹⁰⁸ esta doctrina es una variante de la doctrina equitativa de las manos sucias (unclean hands), desarrollada originariamente como defensa de un reclamo de infracción al derecho de patentes. Este instituto considera que si el titular del derecho de autor usa su derecho de una manera que quebranta la política del derecho de autor, los tribunales deben negar la protección contra la infracción.

Lo que se ha discutido es como se define el tipo de conducta que se entiende abuso del derecho. Existen dos posturas sobre el supuesto. Una primer posición denominada “scope of the grant” (ámbito de aplicación de la concesión) que entiende que la conducta indebida del titular del derecho no debe alcanzar un nivel de abuso que llegue a una violación del derecho de defensa de la competencia para constituir abuso del derecho (misuse). Por su parte, el otro punto de vista, argumenta que el titular del derecho de autor debe alcanzar el nivel de violación al derecho de defensa a la competencia para constituir abuso del derecho.

Es importante considerar que previo al desarrollo de la doctrina del abuso del derecho (misuse), los tribunales rechazaban la posición de quienes alegaban, como defensa afirmativa contra las demandas por infracciones esgrimidas, violación del derecho de defensa de la competencia por parte del titular del derecho.

¹⁰⁸ Cfr. Troy Paredes. Comment . Belkeley Technology Law Journal. University of California, Berkeley. Boalt Hall School of Law. *Copyright misuse and tying: Will Courts stop misusing misuse?..* Volume 9 | Issue 2 Article 4. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1122&context=btlj> Pág. 1.

Esos tribunales dividían los asuntos del derecho de defensa de la competencia y la infracción por dos vías principales de razonamiento. Así es que los tribunales argumentaban, por un lado, que los remedios de la ley de defensa de la competencia son exclusivos y que la violación de ese derecho por el reclamante, no puede ser invocada como una defensa afirmativa a efectos de exonerar a un infractor de sus responsabilidades y segundo, que aquella parte que viola el derecho de defensa de la competencia no queda despojada de su propiedad y sus derechos.¹⁰⁹

El primer caso que trató la doctrina fue Morton Salt Co. v. G. S. Suppiger Co.¹¹⁰ Los hechos del caso comprenden un reclamo realizado por Suppiger Co. al entender infringida su patente, la invención patentada consistía en una máquina para depositar tabletas de sal, útil en la industria conservera para la adición de cantidades predeterminadas de sal al contenido de las latas. El negocio principal de Suppiger Co. era la venta de tabletas de sal. En conexión con este negocio, esta última licenciaba la maquina patentada a los comerciantes de conservas, bajo la condición de usar la máquina solamente con las tabletas de sal de su subsidiaria.

La pregunta que pretendió responder la Corte, en el marco de la equidad, fue si debía protegerse el monopolio que implicaba el derecho de patentes cuando quien resulta demandado mantiene una competencia de ventas de artículos que no se encuentran patentados.

Indican también en su fallo que la política pública excluye del monopolio brindado por medio de una patente, todo aquello que no conforma la patente. De igual forma, resulta prohibido hacer uso de una patente para asegurar un derecho exclusivo o un limitado monopolio no otorgado por la oficina de patentes y el cual es contrario a la política pública. Entendieron que es un principio general aplicable por los tribunales, en especial en supuestos de equidad, donde pueden no hacer lugar a la protección derivada del derecho de patentes cuando el demandante está utilizándolo contrariamente al interés público.

¹⁰⁹ Cfr. Troy Paredes. Comment . *Ob. citado*. Pág. 21.

¹¹⁰ Morton Salt Co. v. G. S. Suppiger Co., U.S. Supreme Court. 314 U.S. 488 (1942)

Los jueces en el caso argumentaron que en base a la equidad no se debe dar lugar a protección y en consecuencia, se debía rechazar el reclamo de infracción, hasta tanto la práctica inapropiada sea abandonada y las consecuencias del abuso del derecho se hayan disipado. Así es que concluyeron, que la conducta era contraria al orden público y por eso el tribunal razonablemente desestimó la denuncia por falta de equidad.

Siguiendo el razonamiento de Troy Paredes, la doctrina del abuso del derecho representa los esfuerzos de los jueces por asegurar que la política pública inmersa en el derecho de propiedad intelectual sea preservada y promovida. Eso crea, por un lado, incentivos para quienes infringen el derecho de autor respecto a alegar el abuso del derecho y por el otro, incentivos para los titulares de derecho de autor a efectos de hacer cumplir sus derechos armonizando su conducta a la política de derecho de autor.¹¹¹

Con posterioridad al caso Morton Salt Co., los jueces se pronunciaron sobre la doctrina del abuso del derecho en relación al derecho de autor en los autos M. Witmark & Sons v. Jensen¹¹². En este caso el actor alegaba daños por infringir el demandado ciertos derechos de autor de su titularidad y a su vez, solicitaba una medida para no violar tales derechos en el futuro. El accionante refiere que el demandado, quien operó ciertos teatros, ejecutó películas sin primero obtener del accionante una licencia de uso. Por su parte, la defensa advierte que el actor no tiene derecho para solicitar compensación ya que este pretende ilegalmente extender su derecho de autor y que el método de hacer negocios de quien reclama en autos, resulta una violación al Sherman Anti Trust Act, esto es, la ley de defensa de la competencia de Estados Unidos de América.

En cuanto a las particularidades del caso, se indica que los accionantes son miembros de la Sociedad Americana de compositores, autores y publicistas, mejor conocida como Ascap. Así es como se sostiene que las licencias para llevar a cabo la ejecución de la música sujeta a

¹¹¹ Cfr. Troy Paredes. Comment . *Ob. citado*. Pág. 3.

¹¹² M. Witmark & Sons v. Jensen. Santley –Joy, Inc. v. Hastings Theatre Corporation. Harms, Inc. v. Grand Theatre Corporation. M. Witmark & Sons et al. v. Berger Amusement Co., Inc. United States District Court, District of Minnesota, Fourth Division. September 9, 1948.

derecho de autor en las películas sonoras son manejadas exclusivamente por Ascap en relación al actor y demás miembros de la organización. En tal sentido, todos los montos obtenidos respecto a las licencias de los miembros de Ascap son abonados a esta última, quien distribuye los importes entre dichos miembros, de acuerdo a la fórmula prevista por la organización.

Los jueces remarcaron sobre el caso que el actor como sus asociados han adoptado, conscientemente o inconscientemente, un método o plan de otorgamiento de licencias para la ejecución pública de música en el campo de las películas sonoras, que ha otorgado un monopolio del 80% de toda la música ejecutada en las películas sonoras. Teniendo en cuenta ello, los miembros de Ascap han obtenido una ventaja económica que excede lo otorgado al titular del derecho. Así es como, a través de Ascap, los actores y sus asociados rechazan el otorgamiento de licencias o imponen un monto de licencia exorbitante.

Continuaron indicando que la libre competencia de los miembros de Ascap para licenciar en forma individual su música, efectivamente se frena si no es completamente destruida por el esquema de operación que los miembros de Ascap han adoptado, ya que todas las licencias son otorgadas por medio de Ascap bajo su control y dominio.

En base a ello, los jueces entendieron que además de extender el monopolio brindado por el derecho de autor, el método utilizado por Ascap infringe el derecho de defensa de la competencia (Sections 1 - 2 of the Sherman Anti-Trust Act), ya que a través de fijar los precios se genera un control del mercado y de la competencia.

Asimismo, los jueces remarcaron que el actor no debe usar los privilegios otorgados por el derecho de autor contra los intereses públicos. El tribunal concluye el fallo resolviendo que los intereses públicos trascienden los derechos del actor, tanto en relación al reclamo de daños pasados como respecto de la protección que se pretende a futuro y donde el otorgamiento de una compensación sirviera para continuar una práctica ilegal, esa condena debiera ser retenida.

Cuando la protección tiende a servir al actor en su plan de extender su derecho de autor en un control monopolizado más allá del apropiado alcance, se debe denegar el reclamo. Finalizan indicando que en vista a encontrar que el monopolio del derecho de autor ha sido extendido, no era necesario determinar si las violaciones del derecho de defensa de la competencia privaban por sí mismo al actor del derecho de indemnización.

En el caso en análisis, también se identificó tal como en Morton Salt, Co. que el bien a proteger es el interés público por sobre el derecho de autor pero en este último, se remarcó que en supuestos de abuso de derecho, no es necesario determinar una violación al derecho de defensa de la competencia, esto tiene relación con las dos posturas esgrimidas al comienzo de este apartado.

Un caso particular referido al software fue Lasercomb America, Inc. v. Reynolds¹¹³. En cuanto a los hechos se relata que Holiday y Lasercomb eran competidores en la industria del troquel de acero utilizado para marcar papel y cartón. Lasercomb desarrolló un programa de software que fue el objeto de la disputa. Usando este programa, se crea el diseño que se pretende realizar en el cartón y/o papel para luego ejecutarlo en forma mecánica.

En 1983, Lasercomb le otorga licencia a Holiday Steel sobre cuatro copias del software. Esta última, eludió la protección realizada por Lasercomb y efectuó 3 copias más no autorizadas del software en cuestión. Con posterioridad, Holiday Steel crea un programa de software llamado “PDS-1000”, que resulta una copia íntegra del software de Lasercomb.

En base a ello, Lasercomb reclamó por infracción del derecho de autor, incumplir el contrato, apropiación indebida de secretos comerciales, falsa designación de origen, competencia desleal y fraude.

Por su parte, la defensa alegó que asumiendo que Lasercomb contaba con un derecho de autor, hacía abuso del mismo. Esta afirmación sobre el abuso del derecho se basó en las condiciones plasmadas en el acuerdo de licencia estándar del actor, por medio del cual se

¹¹³ Lasercomb America Inc. v. Reynolds. U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit. August 16, 1990.

restringe a los licenciatarios la participación, cualquiera sea la forma, en la producción de un software que cumpla similares funcionalidades al suyo. Esta cláusula refiere a un término de no competencia utilizado en el mercado a efectos de evitar el desarrollo de productos similares que compitan con el del licenciante. Es importante remarcar que la defensa no fue obligada por ese contrato de licencia ya que se reusó a firmarlo.

Los jueces del caso, al analizar la defensa del abuso del derecho (misuse), establecieron que la misma es inherente a la ley de derecho de autor como el abuso del derecho de patentes es inherente a la ley de patentes. En este sentido, los jueces entendieron que desde que el derecho de autor como el derecho de patentes sirve en forma paralela para los intereses públicos, el abuso del derecho como defensa debería aplicar para las acciones que infringen cada uno de esos derechos. Ambos, buscan aumentar el conocimiento humano y las artes a través de recompensar a los investigadores y autores con derechos exclusivos sobre sus trabajos por un periodo limitado de tiempo. A la vez, la garantía del poder monopólico no extiende su propiedad a obras no cubiertas por derecho de autor o patente.

Por su parte, los jueces al hablar de si es necesaria la infracción del derecho de defensa de la competencia para entender que existe abuso de derecho, indican que mientras la violación del derecho de defensa de la competencia probablemente alcance el abuso del derecho de autor, lo inverso no es necesariamente verdad. Por tal motivo, el abuso del derecho no necesita de la violación del derecho de defensa de la competencia para resultar una defensa equitativa contra la acción infringida.

Continúan diciendo los jueces que Lasercomb sin duda tiene derecho a protegerse contra las copias que se realicen de su software. No obstante, su licencia de uso va más allá y tiende a suprimir cualquier intento de los licenciatarios de implementar independientemente la idea que el software expresa. Así es que consideran que no puede negarse que Lasercomb tiende a usar su derecho de autor en una forma adversa a la política pública inmersa en ese derecho.

El abuso del derecho surge del intento de Lasercomb de hacer uso del derecho de autor en su expresión particular, el software, para controlar la competencia en áreas que se encuentran fuera del derecho de autor, un ejemplo, su idea. El hecho de que los demandados no sean parte del acuerdo de licencia que contenía la cláusula de no competencia, no se opone a su defensa de abuso del derecho de autor.

La pregunta que se hacen es si Lasercomb hace uso de su derecho de autor de una manera contraria a la política pública, siendo la respuesta a esa pregunta afirmativa. Finalizan el fallo, resolviendo revocar la medida cautelar y la concesión de daños y perjuicios por infracción al derecho de autor.

Troy Paredes considera que a una persona que infringe el derecho exclusivo de quien demanda se le debe requerir prueba de que el acuerdo de licencia perjudica el bienestar público. La presunción de abuso de derecho no debe valorarse en favor del infractor como se pretende en la posición tradicional. Más bien, la presunción debe pesar alrededor de proteger los derechos de propiedad intelectual como se pretende con la postura que entiende necesario alcanzar una violación del derecho de defensa de la competencia.

Que el abuso del derecho pueda perjudicar la competencia y la política de derecho de autor es una razón suficiente para tomar consciencia de como los tribunales definen el abuso del derecho.¹¹⁴

Atento a que el abuso del derecho de autor provee un riesgo real para el titular del derecho en cuanto a que él será incapaz de exigir el derecho exclusivo cuando el potencial beneficio depende de la defensa, baja las ventajas esperadas por el otorgamiento del derecho de autor, lo cual devalúa este derecho. Si este baja, la demanda por ese derecho disminuye. Y si esa demanda se reduce, los esfuerzos individuales y corporativos para crear trabajos protegidos por derecho de autor se acortan. El resultado es menor innovación y creatividad.

¹¹⁴ Cfr. Troy Paredes. Comment . *Ob. Citado*. Pág. 9.

Lo que aumenta la probabilidad de que el tribunal exonere a un infractor, debilita la política de derechos de autor mediante el fomento de la infracción. Primero, por disminuir los costos relativos para los infractores de derecho de autor en comparación con el precio del producto, la defensa alienta a los consumidores a infringir más que a comprar. En segundo lugar, por bajar los costos relacionados a la infracción en comparación con la innovación y la creación, la defensa perjudica los incentivos de potenciales competidores en cuanto a crear nuevos trabajos que compitan con los trabajos protegidos por derecho de autor existentes.¹¹⁵

En consideración al razonamiento seguido por Troy Paredes, entiendo que por un lado, el abuso del derecho puede resultar un instituto de importancia para limitar los excesos del titular de la obra de software, pero a la vez, se debe tener en cuenta que dar lugar a la teoría del abuso del derecho sin un análisis probatorio a cargo del infractor que resulta demandado, puede generar el efecto contrario al que se pretende, esto es, desincentivar la innovación. Por eso, es necesario que se determine en qué supuestos es de aplicación la defensa esgrimida y que la carga de la prueba esté a cargo de quien pretende hacer valer la defensa y así, impedir la aplicación del reclamo de daños.

Ello, sin perjuicio de considerar que esa defensa debe lograr un efecto suspensivo o dilatorio, hasta tanto quien realiza abuso del derecho y/o viola las leyes de defensa de la competencia deje de llevar a cabo esa práctica. Lo contrario implicaría extenderse del límite que por medio de alegar el abuso se pretende lograr, el que no es otro que delimitar el monopolio existente a favor del titular del derecho de autor.

En resumen, los casos expuestos tratan el tema del abuso del derecho, definiendo a este como un acto que debe alcanzar la violación del derecho de defensa de la competencia, mientras que en ciertos supuestos se entendió que no es necesario alcanzar tal nivel. Esta cuestión aún no definida resulta de gran interés a efectos de no generar una vaguedad en cuanto a los límites del instituto que se pretende hacer valer. Por su parte, es importante remarcar que en

¹¹⁵ Cfr. Troy Paredes. Comment . *Ob. Citado*. Págs. 19 y 20.

estos casos se ha resuelto a favor del abuso del derecho en consideración a la extensión del monopolio previsto por el derecho de autor, haciendo primar el interés público por sobre el derecho individual otorgado por la legislación de propiedad intelectual.

En cuanto a nuestro país, el instituto del abuso del derecho se encuentra previsto en el art. 1071 del Código Civil y art. 10¹¹⁶ del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con vigencia desde agosto del corriente año.

En palabras de Jorge Joaquín Llambías¹¹⁷, entiende que el abuso del derecho resulta un principio regulador de los derechos subjetivos. En efecto, considera que no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos y por el contrario, se utilicen como armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación además de incluir las condiciones previstas en nuestro ordenamiento anterior, agrega lo relacionado a la actividad desplegada por el juez. En este sentido, establece que el juez deberá ordenar medidas que sean necesarias para evitar los efectos del ejercicio abusivo o situación jurídica abusiva y/o procurar la reposición al estado anterior e incluso, indemnización en relación a los daños causados.

Por medio de este instituto se busca determinar y en su caso, sancionar la intención de perjudicar, el ejercicio del derecho con culpa del titular, sin interés o utilidad y/o contrario al fin económico o social del derecho como así también en supuestos de ejercicio contrario al fin de su institución o a la moral.

En el ámbito internacional, el ADPIC habla en su art. 8 párrafo 2 donde se refiere a la adopción de medidas apropiadas para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por

¹¹⁶ ARTICULO 10 CCCN.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

¹¹⁷ Cfr. Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo II*. Ed. Abeledo. Perrot, 1. 2001. Págs. 156 a 158.

sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.

Por su parte, para entender cuando estamos ante una violación del derecho de defensa de la competencia en nuestro país, acogido por ley 25.156, se hará hincapié a la figura del abuso de posición dominante. La doctrina tiene dicho que el abuso de posición dominante se puede dar de dos maneras: “abuso exclusorio” que sería aquella conducta por medio de la que una empresa que detenta posición dominante se aprovecha de dicho poder para excluir a sus competidores actuales o potenciales, ejemplos de este tipo de abusos lo constituyen los precios predatorios, negativa de ventas, imposición de condiciones abusivas de contratación a competidores, las ventas atadas, etc.

Por su parte, la otra manera resulta el “abuso explotativo” que comprendería aquella conducta por medio de la cual la empresa que detenta posición dominante se sirve de ella para fijar precios superiores a los competitivos sin que ello implique ninguna restricción al régimen de competencia.¹¹⁸

La jurisprudencia argentina ha definido al abuso de posición dominante en el siguiente sentido: “El abuso de la posición dominante al que alude la ley 25.156, es aquella situación en que se coloca una persona, cuando para un determinado tipo de producto o servicio, es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado.”¹¹⁹

¹¹⁸ Cfr. Faull, J. & Nikpay, A., "The EC Law of Competition", p. 189, Oxford, 1999. Citado por Bouzat, Gabriel. *El abuso de posición dominante. Un comentario al fallo Y.P.F. S.A.* Fallo comentado. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2002/07/02 ~ Y.P.F. S. A. LA LEY2003-B, 228. Pág. 1.

¹¹⁹ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 3. Mar-tra S.A. c. Carrefour Argentina S.A. 08/07/2010. La Ley Online. AR/JUR/75486/2009.

Nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, prevé el supuesto de abuso de posición dominante en su art. 11¹²⁰, así indica: “... Lo dispuesto en los arts. 9° y 10° se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”. El código anterior no contaba con normas referidas específicamente al abuso de posición dominante. En definitiva, este instituto es una especie del género abuso de derecho.

Por último, también se debe tener en cuenta lo incorporado en el Libro III Sección 2ª donde trata los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas. Especial mención se debe hacer de lo previsto en el art. 988 donde refiere a las cláusulas abusivas¹²¹. Este artículo contempla lo estipulado en su oportunidad en la ley de defensa del consumidor (art. 37 ley 24.240).

Entiendo que en los casos donde se estipulan prohibiciones más allá de lo previsto en el derecho de autor y/o que amplíen lo que por medio de tal derecho se pretende proteger, podrían llegar a ser objeto de un reclamo alegando la existencia de una cláusula abusiva conforme art. 988 inc. b, dando lugar a declarar la ineficacia de tal cláusula y los daños que en su caso correspondan.

Considero que la inclusión del artículo en análisis en el nuevo código pretende ampliar aquellos sujetos que podrán hacer valer la inclusión de cláusulas abusivas en un contrato de adhesión, ya que no sólo resulta previsto a favor de los consumidores.

En cuanto a la industria del software, se deben considerar ciertas prácticas comunes en el mercado, como las ventas atadas, por medio de las cuales se liga el otorgamiento de una determinada licencia a la venta de los servicios de soporte y mantenimiento. Este esquema de

¹²⁰ Art. 11 CCCN.- Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los arts. 9° y 10° se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

¹²¹ ARTICULO 988 CCCN.- Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

hacer negocios es habitual en el mercado del software, ya que por este medio el titular trata de obtener los beneficios deseados en base a los costos invertidos. En estos supuestos, no consideramos aplicable el abuso del derecho ya que resulta una práctica generalizada y tiene una razón de ser en el mercado.

Ahora bien, analizando otro tipo de prácticas contractuales como resulta ser la extensión de la protección del derecho de autor a cuestiones que no son protegidas como es la idea, conceptos matemáticos, métodos de operación o procedimientos, a través de definirlos como secretos comerciales y/o prohibiendo prácticas de ingeniería inversa y alegar en juicio tales incumplimientos, puede llegar a dar lugar a la defensa del abuso del derecho en favor del bien público que se pretende proteger, que no es más que el acceso a la innovación.

III. Fair use

En países donde el sistema de limitaciones del derecho de autor es amplio, un ejemplo claro es el fair use del derecho anglosajón, es posible llevar a cabo una actividad de ingeniería inversa cuando la misma cumple con las condiciones exigidas por el fair use: (i) objetivo y características del uso, (ii) naturaleza de la obra copiada, (iii) grado de utilización de la obra y (iv) repercusión en el mercado de la obra original. Ello, sin perjuicio de resultar en casos objeto de críticas por la incertidumbre que puede generar.

Asimismo, es importante advertir que por lo general los supuestos de infracción de software tienden a tener repercusión en el mercado, lo que provoca que una de las condiciones del fair use no sea favorable a la utilización sin autorización en ciertos supuestos.

Pareciera que el sistema del fair use indicado en forma previa se asemeja a la regla de los tres pasos del Convenio de Berna, la cual prevé: i) se trate de casos especiales, ii) que no atenten contra la normal explotación de la obra y iii) que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Sin perjuicio de dicha regla ser aplicable a nuestro derecho positivo, siendo que el Convenio de Berna ha sido ratificado por nuestro país, el texto del artículo 9.2 que refiere a la regla de los

tres pasos lo entiendo no operativo, por lo que su aplicación depende de que una norma interna establezca ese tipo de limitación amplia en forma expresa, sirviendo de uso como criterio de apreciación en base a las limitaciones que en forma expresa se prevén en nuestro derecho local, conforme el particular sistema de limitaciones cerrado con el que contamos.

La teoría del fair use del derecho estadounidense, siguiendo a la corte del caso “Oracle vs Google”, cuenta con factores a cumplir. El primero de ellos habla de “el propósito y carácter del uso”, incluyendo si ese uso tiene propósitos comerciales o educativos. Este factor tiene dos elementos que lo integran:

a. sí y con qué extensión el nuevo trabajo es transformador, esto es, si se le adhiere algo nuevo y con un propósito adicional o carácter diferente, alterando el artículo utilizado con una nueva expresión, significado o mensaje. La jurisprudencia en el caso *Elvis Presley Enters. Inc, v. Passport Video*¹²² ha dicho que un nuevo trabajo es transformador cuando utiliza material sujeto a copyright para propósitos distintos que el perseguido por el material original.

b. si el uso cuenta con propósitos comerciales.

El segundo factor se relaciona a “La naturaleza del trabajo sujeto a copyright”. Este factor se centra en considerar si la obra sujeta a copyright es informativa o creativa. La expresión creativa se encuentra dentro del núcleo de los propósitos de protección que se persiguen con el copyright. Los sistemas informáticos cuentan tanto con componentes funcionales como expresivos, donde los elementos funcionales están de por sí desprovistos de protección por el derecho de copyright, estos elementos deben recibir un menor grado de protección que los trabajos literarios tradicionales. Así es que cuando la naturaleza del trabajo comprende puramente elementos funcionales y ese trabajo necesita ser copiado en sus elementos expresivos para realizar esas funcionalidades, en base al factor en análisis se entiende que el uso es justo.

¹²² *Elvis Presley Enters., Inc. v. Passport Video*, 349 F.3d 622, 629. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 06/11/2003.

El tercer factor se refiere a “la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación a la totalidad del trabajo sujeto a copyright” se trata de establecer el volumen utilizado tomando como base el trabajo en su totalidad.

El cuarto y último factor hace foco en “el efecto que el uso genera sobre el potencial mercado para aquella obra sujeta a copyright o el valor del tal obra”. La Suprema Corte¹²³ se ha manifestado en el sentido de entender que este factor es sin duda el más importante elemento del fair use. En relación al análisis de este factor se requiere que los tribunales consideren no solo el grado de daño al mercado causado por las acciones particulares del presunto infractor, sino también si en caso de no restringirse daría lugar a un impacto sustancialmente adverso sobre el potencial mercado de quien ingresa en primer lugar al comercio.

El fair use, como sistema de excepción abierto, permite, en determinadas situaciones, el uso de una obra protegida por copyright sin la autorización del titular del derecho, y sin que este uso constituya una infracción. En la actualidad, el fair use se prevé en la sección 107 del Copyright Act de 1976. No obstante, la ayuda que puede brindar ante la necesidad de limitar la protección al derecho de autor, ha sido cuestionada atento a que su aplicación ha dado lugar a posturas diversas, lo que no colabora con el logro de esa seguridad jurídica que se pretende.

A su vez, es importante destacar, a efectos de diferenciar nuestro derecho del aplicable a Estados Unidos de América (derecho objeto de análisis a lo largo de este apartado) lo que indica la constitución de los Estados de Unidos de América en cuanto a los fines perseguidos al proteger los derechos de los autores, indicando que se pretende promover el progreso de la ciencia y el uso de las artes. Mientras que en nuestro derecho no se establece el fin principal, así es que indica nuestra Constitución en el art. 17 “...Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. ...”.

¹²³ Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., U.S. Supreme Court. 471 U.S. 539, 549. 20/05/1985.

Más allá de entender de importancia la diferencia aludida, considero que resulta implícito que para nuestro derecho uno de los principales fines del derecho de autor es el acceso y participación en la cultura como al progreso científico, siendo esto incluido al incorporar en la reforma de 1994 tratados con jerarquía constitucional que incluyen tales previsiones.

G. EXTENSIÓN DEL DERECHO DE AUTOR A TRAVÉS DE LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL

Las estipulaciones previstas por las empresas desarrolladoras de software en los contratos a firmarse con sus proveedores, empleados, distribuidores y/o usuarios brindan protección, en ocasiones, complementaria a la prevista por la ley de derecho de autor y en supuestos, a la legislación aplicable en general.

Cabanellas de las Cuevas¹²⁴, al hablar de la ley de defensa de la competencia (LDC) y su relación con las licencias otorgadas sobre patentes, lo que considero aplicable a supuestos de derecho de autor, ha dicho que las cláusulas incluidas en los contratos de licencia pueden tener efectos negativos sobre la libre competencia en infracción al art. 1° de la LDC. Continúa indicando que la conducta del licenciante debe juzgarse teniendo en consideración la posibilidad de que configure un abuso de posición dominante. Asimismo, indica que la obstaculización del otorgamiento de licencias, mediante la imposición de condiciones estrictas, puede llevar a la explotación de los avances técnicos solamente por aquellas firmas que le den origen, lo que es contrario a la apertura y competitividad de los mercados, además de impedir efectos favorables para el interés económico general que se genera con la difusión de nuevos conocimientos.

A continuación, se exponen, por medio de un cuadro, un resumen de algunas de las cláusulas que pueden preverse en los contratos a firmar por los titulares de los programas de computación. Debajo del cuadro se ampliará la explicación de cada cláusula en particular.

¹²⁴ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *“Derecho antimonopólico y de Defensa de la Competencia”*. Tomo 1. Editorial Eliasta S.R.L. Buenos Aires, 2005. Págs. 302 a 304.

PARTES CLÁUSULAS	Usuarios / Clientes	Proveedores	Empleados	Partners y/o distribuidores
Cláusula de PI	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento de la titularidad del SW. - Se establecen las limitaciones y/o prohibiciones que tal licencia comprende. 	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento de quien resultará propietario de los resultados alcanzados en el desempeño de sus servicios. - Renuncia de derechos por el tercero proveedor. - Se estipulan facultades a favor de quien contrata al proveedor. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se prevé que todos los resultados consecuencia de las tareas desplegadas en ejercicio de sus funciones serán de titularidad del empleador. - Se estipulan las facultades a favor del empleador. 	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento de la propiedad intelectual del software de la empresa productora. - Inclusión de modelo de contrato de licencia para usuarios finales o un listado en el que se indiquen aquellas cláusulas que deberán ser incorporadas al contrato de licencia a celebrar con el usuario final.
Cláusula y/o Convenio de Confidencialidad	<ul style="list-style-type: none"> - Se estipula que se entiende por información confidencial a los efectos del contrato, los derechos y obligaciones de la parte informante, como así también de la parte receptora de la información. - Se define la información confidencial. En ese sentido, las empresas informáticas suelen comprender a todo aquel producto de software y/o documentación relacionada con el mismo, incluyendo la idea, método de operación y procedimiento contenido en la obra. - Casos de eximición de cumplir con el 	<ul style="list-style-type: none"> - Se prevé cláusula que contempla el deber de confidencialidad a cargo del proveedor en relación a la información a la que tendrá acceso para el desempeño de sus tareas. (basado en lo previsto en el art. 3 de la Ley 24.766 - LCI) - Se suele prever que se entenderá por información confidencial como en el caso de los empleados. 	<ul style="list-style-type: none"> - Es común suscribir con los empleados un acuerdo de confidencialidad y/o estipular una cláusula en el reglamento interno a firmar, generalmente haciéndose hincapié en lo normado por la ley de contrato de trabajo art. 83 (deber de secreto) y art. 85 (deber de fidelidad) de la LCT, art. 3 de la LPI y artículo 157 bis del Código Penal. 	<ul style="list-style-type: none"> - El fabricante y/o desarrollador suele prever cláusulas que establecen un deber de confidencialidad a cargo de ambas partes en relación a aquella información que se proporcionaron y/o proporcionarán mutuamente. - Se suele incluir a modo ejemplificativo, el tipo de información y/o documentación que las partes entenderán por confidencial, previéndose aquella que sea accesible a través de los códigos objeto y fuente, de los documentos de análisis que permiten la realización del software, aquella documentación de puesta en marcha, entre otras.

	<p>deber de confidencialidad.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Amplitud en su vigencia. 			
Cláusula de Prohibición	<ul style="list-style-type: none"> - Se suelen limitar los usos permitidos respecto del código fuente en los supuestos de entrega. - Se prevén prohibiciones relacionadas con llevar a cabo actos de disposición, como así también desarrollos adicionales y/o modificaciones sobre el software existente. 	-	-	<ul style="list-style-type: none"> - Se suele prever una cláusula de prohibición, en la que se fijan determinadas circunstancias que no están permitidas para el distribuidor, entre las que podemos mencionar: (i) ofrecer productos de software a terceros que quieran revender; (ii) copiar o descifrar los códigos fuentes u otros elementos del software para su posterior desarrollo; (iii) realizar ingeniería inversa, descomprimir, descompilar, modificar el producto de software; (iv) desarrollar programas derivados que utilicen el software en forma parcial o total, entre otros.
Cláusulas de terminación	<p>Las partes podrán pactar que para el caso que el cliente no cumpla con las restricciones y limitaciones en el uso del software; podrá optar la empresa de software por resolver el contrato, lo que genera como efecto el cumplir con el deber de devolución del software y documentación complementaria a cargo del cliente.</p>	<p>Es usual estipular que al momento de la terminación del acuerdo, sea devuelta toda aquella documentación relacionada con el software junto con la información complementaria.</p>	<p>En reglamentos internos o contratos firmados con el personal se estila estipular una cláusula contemplando aquellas obligaciones que el empleado tendrá al momento de finalizar la relación laboral con la firma, entre las que se encuentra la devolución de toda documentación que constituya información confidencial, particularmente</p>	<p>Es común una cláusula de terminación de contrato en la que se establece que para al supuesto de terminación del mismo, de acuerdo a determinadas causas que podrán establecerse según considere la empresa; quien resulte distribuidor y/o agente devolverá en un plazo determinado todos aquellos materiales, componentes y cualquier otra información relacionada con el software de la compañía.</p>

			lo relacionado con el software de titularidad de la empresa.	
Cláusula de auditoria y/o facultad de control	<ul style="list-style-type: none"> - Con el fin de asegurar el fiel cumplimiento con lo pactado en el contrato de licencia, se puede prever la facultad de la empresa de realizar auditoria/s en las oficinas del usuario. - Para el caso que no se esté cumpliendo con lo dispuesto en el contrato, la compañía podrá estipular un derecho al pago de una multa o a la rescisión de la relación contractual, sin deber de indemnización alguna de la empresa desarrolladora. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se suele estipular una entrega de un informe periódico por el cual se provee información sobre ventas, servicios prestados y también es posible que se pacte la facultad de auditar las ventas y servicios realizados por el proveedor como así también sus instalaciones, lo que puede tener por objetivo controlar las restricciones y/o prohibiciones a las que se obligó. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se estila prever en el reglamento y/o contrato a suscribir, aquel derecho del empleador, propietario de productos de software, a monitorear, acceder, investigar las computadoras, archivos digitales, mensajes de correo electrónico y demás herramientas informáticas puestas a disposición del trabajador para la prestación de los servicios a su cargo. Todo ello, con el fin de verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad y/o políticas que para el desempeño de sus tareas fueron impuestas por la empresa. 	Idem Proveedor
Medidas de seguridad	<ul style="list-style-type: none"> - Se trata de exigir al usuario el cumplimiento de medidas a efectos de evitar que cualquier persona ajena acceda y disponga del software licenciado 	<ul style="list-style-type: none"> - Al utilizar herramientas informáticas pertenecientes a la compañía para el desempeño de sus funciones, se pretende prever aquellas medidas de seguridad eficaces para la protección de los bienes tangibles como intangibles de 	Idem Proveedores	Idem Usuarios / clientes

	- Se suele determinar que el no cumplimiento de dichas medidas, dará lugar a la finalización de la relación contractual por parte de la empresa.	propiedad de la firma. Entre algunas de las medidas que se podrán adoptar se encuentran aquellas implementadas para evitar las copias ilegales, un ejemplo es un sistema de protección interno que utiliza información propia del servidor donde será instalado para alimentar un algoritmo secreto de control de copias ilegales, si se pretende copiar en otra computadora dicha copia no funciona.		
Marcas	Se acuerda el uso recíproco de las marcas con el único fin de promocionar sus productos y/o servicios.	-	-	Se deja constancia que la autorización otorgada respecto de las marcas de los productos y/ o servicios a distribuir, se limita a los fines previstos en el contrato. Asimismo, se prevé que sólo esas marcas podrán ser utilizadas respecto de los productos y servicios a comercializar según lo indicado en el contrato.
No competencia	Se suele establecer prohibición de contratar por cuenta propia o a través de terceros personal de la empresa. Indicando una cláusula penal para el supuesto de incumplir con tal condición.	Se suelen prever cláusulas, por las que se prohíbe: 1) desarrollar, investigar, vender y/o cualquier otra actividad que la empresa realice en relación a productos y/o servicios en competencia con los de la empresa , tanto por cuenta propia o de terceros; 2) a emplear, por cuenta propia o a través de terceros, a personal de la empresa que	Idem Proveedores	Idem Usuarios / Clientes

		<p>haya prestado servicios para la compañía. En caso de incumplimiento de estas prohibiciones se establece una cláusula penal a cargo del infractor que por lo general tiene relación con lo percibido por dicho empleado y/o contratado.</p>		
--	--	---	--	--

I. Cláusula de Propiedad Intelectual

a. Usuarios. Por medio de esta cláusula se reconoce la titularidad del software cuya licencia, ya sea software enlatado, embebido o a medida, se esté otorgando; como así también las limitaciones y/o prohibiciones que tal licencia comprende. Entre las limitaciones y/o prohibiciones, se suele estipular que el licenciataria no podrá explotar, enajenar, alquilar o de cualquier otro modo ejercer la disposición y/o administración, bajo el título que fuere, total o parcialmente, del software.

b. Proveedores. Aplicable al supuesto de servicios de desarrollo de software provistos por terceros contratados, ya sea servicios de desarrollo aplicado a software existente o en el supuesto de servicios de desarrollo a medida, en el que el titular del software tiende a prever en el contrato de locación de servicios a suscribirse con tal colaborador el reconocimiento por este último de quien resultará propietario de los resultados alcanzados en el desempeño de sus servicios. En tal sentido, se deja constancia de la renuncia del tercero proveedor a cualquier derecho que le pudiera corresponder sobre los resultados consecuencia de las tareas realizadas.

Como complemento, se podrán ejemplificar los tipos de actos a los que se encuentra facultado el titular del software sobre tales resultados, entre los que podemos nombrar a la comercialización, modificación, traducción, cesión, registro, entre otros.

c. Empleados. Es común que las empresas titulares de sistemas informáticos suscriban con el trabajador un reglamento interno por el que se deje constancia que todos los resultados consecuencia de las tareas desplegadas en ejercicio de sus funciones, sea cual sea la forma de tales resultados, serán de titularidad del empleador, atento resultar de su dirección y gerenciamiento. En igual sentido, se estipulan las facultades de registración, comercialización, modificación, traducción, cesión, entre otros, que se tendrán respecto de los resultados alcanzados.

d. Partners y/o distribuidores. Este tipo de relaciones con terceros son implementadas por la empresa con el fin de lograr la expansión de sus mercados, siendo adecuada como modalidad a la que recurre el empresario para colocar en forma indirecta y/o por medio de esfuerzos compartidos, sus productos de software y servicios derivados en el comercio, ya que se vale de un tercero para que realice la venta al público y/o de sus esfuerzos para lograr tal expansión.

Por la información a la que tendrá acceso tal distribuidor y/o partner, la empresa titular del software tiende a estipular en el contrato a suscribirse una cláusula de propiedad intelectual por la que se reconozca dicha propiedad del software respecto de esa compañía.

Es propio de estos contratos incluir como anexo del contrato de distribución un modelo de contrato de licencia para usuarios finales o un listado en el que se indiquen aquellas cláusulas que deberán ser incorporadas al contrato de licencia a celebrar con el usuario final. En ambos casos, se suele estipular una cláusula de propiedad intelectual por la que se deja constancia que la empresa resulta titular del software y en consecuencia, se hace reserva de todos los derechos sobre el mismo. Complementariamente, se suele enunciar aquellas actividades que no podrán ser realizadas por el usuario final, tales como la divulgación, enajenación, alquiler o cualquier otro acto de disposición y/o administración bajo el título que fuere.

II. Cláusula y/o Convenio de Confidencialidad

Cumpliendo con las medidas exigidas por el régimen de confidencialidad a efectos de considerar cumplido uno de los requisitos previstos, los titulares de software tienden a prever cláusulas de confidencialidad en los contratos a celebrarse con terceros, tales como usuarios, proveedores, empleados, partners y/o distribuidores.

a. Cientes. Se utilizan tanto convenios de confidencialidad como cláusulas de confidencialidad en el contrato principal a celebrarse.

En este tipo de cláusulas se suele estipular que se entiende por información confidencial a los efectos del contrato, los derechos y obligaciones de la parte informante, como así también de la parte receptora de la información.

En cuanto a lo que las partes estipulan que entienden por información confidencial, las empresas informáticas suelen comprender a todo aquel producto de software y/o documentación relacionada con el mismo, **incluyendo la idea, método de operación y/o procedimiento contenido en la obra**. A modo ejemplificativo, las partes suelen prever confidencialidad sobre cuestiones relacionadas a las condiciones comerciales de contratación, ideas, procedimientos, rutinas, algoritmos, códigos fuente, códigos objeto, manuales y toda otra información y/o documentación recibida como consecuencia de la celebración del contrato. **Esta definición amplia que se realiza sobre lo que se entenderá por información confidencial implica proteger al software y sus componentes más allá de lo que ampara el derecho de autor.**

Sobre las obligaciones a cargo de la parte receptora de la información, es costumbre prever la obligación de abstenerse de divulgar, publicar, comercializar y en general, utilizar la información con fines distintos al del contrato principal.

Por su parte y conforme se desprende de la legislación aplicable, se suele eximir del deber de confidencialidad a aquella información confidencial que: (i) fuera conocida previamente por la parte receptora; (ii) sea o se haya vuelto de conocimiento público, sin que esto sea el resultado

de un acto ilícito de la parte receptora; (iii) sea revelada a la parte receptora por un tercero quien no se encuentra en violación de un convenio de confidencialidad; (iv) su transmisión haya sido autorizada por la parte informante; (v) sea revelada en respuesta a un requerimiento emitido por un órgano judicial competente, debiendo en tal caso informar a la parte informante de tal requerimiento.

Este tipo de cláusulas y/o convenios suelen establecer una vigencia que supera el plazo del contrato a efectos de mantener los deberes de confidencialidad y evitar que ante la resolución, cualquiera sea el motivo, se deje sin efecto este tipo de deberes que de incumplirse generan un perjuicio que va más allá del acuerdo oportunamente suscripto.

b. Proveedores. En cuanto a los proveedores, también es habitual insertar en el contrato de prestación de servicios a celebrarse, una cláusula que contemple el deber de confidencialidad a cargo del proveedor en relación a la información a la que tendrá acceso para el desempeño de sus tareas. Se suelen prever estipulaciones como las indicadas en el punto precedente.

Esta cláusula en contratos a celebrarse con proveedores tiene su razón de ser en lo previsto en el art. 3 de la LCI en cuanto dispone que aquella persona que con motivo de su trabajo o profesión tenga acceso a información confidencial, deberá abstenerse de usarla y revelarla sin causa justificada o consentimiento de aquél que guarda tal información.

c. Empleados. Sin perjuicio de la legislación aplicable sobre el caso, analizada al momento de referirnos a la legislación interna (art. 83 y 85 de la Ley 20.744 – art. 3 de La Ley de Confidencialidad de la Información y Art. 157 bis del Código Penal), es común suscribir con los empleados un acuerdo de confidencialidad y/o estipular una cláusula en el reglamento interno a firmar, en el que se prevean estipulaciones como las ya mencionadas para el supuesto de clientes.

d. Partners y/o distribuidores. En cuanto a las relaciones concluidas con distribuidores y/o agentes, se debe tener en cuenta que aquellos a efectos de promocionar y/o vender el

software de propiedad de la compañía, necesitan contar con información relevante sobre la obra de propiedad intelectual para prestar aquellas actividades a su cargo.

Teniendo en cuenta eso, es que el fabricante y/o desarrollador suele prever cláusulas que establecen un deber de confidencialidad a cargo de ambas partes en referencia a aquella información que se proporcionaron y/o proporcionarán mutuamente. Se suele incluir a modo ejemplificativo, el tipo de información y/o documentación que las partes entenderán por confidencial, previéndose como información de ese carácter, aquella que sea accesible a través de los códigos objeto y fuente, de los documentos de análisis que permiten la realización del software, aquella documentación de puesta en marcha, entre otras.

Estas estipulaciones resultan de gran utilidad para el titular de la obra de software a efectos de mantener bajo confidencialidad lo relacionado con las funcionalidades que el software provee pero, al mismo tiempo, genera una limitación al acceso a la innovación de quienes resultan distribuidores locales de software de terceros. Estos últimos, en ciertos casos entienden limitada su tarea de distribuidor al de mero vendedor sin lograr que sus servicios tengan un valor agregado tal que los posicione a nivel local e internacional.

Sin perjuicio de la realidad descrita en forma previa, a veces esta situación da lugar a que tales distribuidores conozcan otras necesidades concretas de sus clientes o potenciales clientes que no resultan contempladas y/o alcanzadas por el producto de software extranjero que ofrecen y en ocasiones, provoca que brinden soluciones alternativas de elaboración propia, adecuadas para los requerimientos del usuario. Esta última situación, genera un incentivo para el desarrollo de nuevos productos y/o servicios.

III. Cláusula de prohibición

Este tipo de cláusula es una de las más cuestionadas, se suele prever en supuestos de entrega del código fuente del software, como así también en los casos en que la otra parte contratante cuenta con información que revele cuestiones atinentes a la composición y funcionalidades del software.

a. Clientes. Entre los ejemplos sobre la utilización de dicha cláusula, están aquellos contratos suscriptos con usuarios finales en los que se acuerda la entrega del código fuente. Este tipo de provisiones suele limitar en cuanto a los usos permitidos respecto de lo entregado, generalmente se autoriza su uso para supuestos de actualizaciones y/o mantenimiento sobre el software o en casos en que la empresa desarrolladora quiebra o deja de llevar a cabo la actividad de desarrollo y servicios relacionados.

Este pacto en relación a la entrega del código fuente, que en muchas oportunidades se instrumenta a través de un contrato de escrow, suele contar con prohibiciones basadas en llevar a cabo actos de disposición, como así también desarrollos adicionales y/o modificaciones sobre el software existente.

b. Partners y/o distribuidores. Con el fin de proteger aquel programa de computación objeto de distribución, se suele prever una cláusula de prohibición, en la que se fijan determinadas circunstancias que no están permitidas para el distribuidor, entre las que podemos mencionar: (i) ofrecer productos de software a terceros que quieran revender; **(ii) copiar o descifrar los códigos fuentes u otros elementos del software para su posterior desarrollo; (iii) realizar ingeniería inversa, descomprimir, descompilar, modificar el producto de software; (iv) desarrollar programas derivados que utilicen el software en forma parcial o total**, entre otros.

Estas provisiones suelen ser de gran utilidad para el titular del software, quien se garantiza que en base a su producto de software no se desarrollarán programas que compitan con el propio y/o derivados que resulten compatibles con el mismo. No obstante, por el otro lado, puede llegar a generar una traba a la innovación al privar la salida al mercado de empresas con un producto derivado del que venden como distribuidores y/u obtener un software con mejoras técnicas.

IV. Cláusula de terminación

Esta cláusula suele determinar supuestos en que el titular del programa de computación, podrá optar por resolver el contrato y en los que se prevén aquellas obligaciones que tendrán las partes al momento de finalizar el vínculo.

Este tipo de previsión se acostumbra incluir tanto en los acuerdos a firmar con clientes, como aquellos suscritos con proveedores, partners y empleados.

a. Clientes. Las partes podrán pactar que para el caso que el cliente no cumpla con las restricciones y limitaciones en el uso del software, tales como: (i) utilización indebida del software, (ii) reproducción del software en servidores no autorizados, (iii) divulgación, transmisión y/o copia a terceros de todo o parte del software como así también de su documentación relacionada, (iv) alteración del software, (v) descompilación o ingeniería inversa, entre otras; podrá optar la empresa desarrolladora por resolver el contrato, con el efecto de cumplir con el deber de devolución del software y documentación complementaria a cargo del cliente.

b. Proveedores. En el vínculo contractual de la empresa con el proveedor y atento la información otorgada para la prestación de los servicios contratados a este último, es usual estipular que al momento de la terminación del acuerdo, sea devuelta toda aquella documentación relacionada con el software junto con la información complementaria.

c. Empleados. En reglamentos internos o contratos firmados con el personal se acostumbra estipular una cláusula contemplando aquellas obligaciones que el empleado tendrá al momento de finalizar la relación laboral con la firma, entre las que se encuentra la devolución de toda documentación que constituya información confidencial, particularmente lo relacionado con el software de titularidad de la empresa.

d. Partners y/o distribuidores. En contratos con partners y/o distribuidores, es común una cláusula de terminación de contrato en la que se establece que para al supuesto de terminación del mismo, ya sea por rescisión mutua o unilateral, resolución a causa de

incumplimiento, quiebra, disolución, escisión o fusión del distribuidor, entre otras causas que podrán establecerse según considere la empresa; quien resulte distribuidor y/o agente devolverá en un plazo determinado todos aquellos materiales, componentes y cualquier otra información relacionada con el software de la compañía.

V. Cláusula de auditoria y/o facultad de control

Esta facultad es prevista a efectos de lograr un control adecuado sobre el uso del software por los terceros que tienen acceso al mismo. Son ejemplos de ello, aquellas estipulaciones acordadas en los convenios con clientes como con empleados y/o proveedores.

a. Cientes. Al momento de conceder una licencia a un usuario, en la que se suelen establecer determinadas limitaciones y/o condiciones a cumplir en relación al código objeto y fuente, como así también la permanencia de las medidas técnicas impuestas por el titular y con el fin de asegurar el fiel cumplimiento con lo pactado en el contrato de licencia, se puede prever la facultad de la empresa de realizar auditoria/s en las oficinas del usuario. En virtud de ello, y para el caso que no se esté cumpliendo con lo dispuesto en el contrato, la compañía podrá estipular un derecho al pago de una multa o a la rescisión de la relación contractual, sin deber de indemnización alguna por parte de la empresa desarrolladora.

b. Empleado y/o distribuidor y/o partner. Se prevé en el reglamento y/o contrato a suscribirse, aquel derecho del empleador, propietario de productos de software, a monitorear, acceder, investigar las computadoras, archivos digitales, mensajes de correo electrónico y demás herramientas informáticas puestas a disposición del trabajador para la prestación de los servicios a su cargo. Todo ello, con el fin de verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad y/o políticas que para el desempeño de sus tareas fueron impuestas por la empresa. En cuanto al proveedor y/o partner, se conviene estipular una entrega de informe periódico por el cual se provee información sobre ventas, servicios prestados y también es posible que se pacte la facultad de auditar las ventas y servicios realizados por el distribuidor y/o proveedor

como así también sus instalaciones, lo que puede tener por objetivo controlar las restricciones y/o prohibiciones a las que se obligó.

VI. Medidas de seguridad

Las empresas de IT suelen establecer determinadas medidas de seguridad en relación al software de su propiedad. En ciertos casos, estas medidas podrán ser impuestas a las distintas personas con las que se esté contratando. A continuación se brindan ciertos ejemplos:

a. Clientes. Se tiende a exigir al usuario el cumplimiento de **medidas a efectos de evitar que cualquier persona ajena acceda y disponga del software licenciado, en los supuestos de entrega de los códigos**. A su respecto, se suele determinar que el no cumplimiento de dichas medidas, dará lugar a la finalización de la relación contractual por parte de la empresa.

Estas medidas, que resultan objeto de cuestionamiento desde el punto de vista de la protección brindada por medio del derecho de autor, como ya se ha manifestado, han sido avaladas en tratados internacionales, en los que se prevé que las partes firmantes garanticen la protección jurídica en relación a acciones que eludan medidas tecnológicas aplicadas por los titulares del derecho. En tal sentido, países como Estados Unidos han establecido normas especiales para implementar en apoyo de las medidas técnicas adoptadas en protección al software por parte de los titulares.

b. Empleados y/o proveedores. Distribuidores y/o Partners. En relación a los empleados y/o proveedores, al utilizar herramientas informáticas pertenecientes a la compañía para el desempeño de sus funciones, se pretende prever aquellas **medidas de seguridad eficaces para la protección de los bienes tangibles como intangibles de propiedad de la firma**. Entre algunas de las medidas que se podrán adoptar se encuentran aquellas implementadas para evitar las copias ilegales, un ejemplo es un sistema de protección interno que utiliza información propia del servidor donde será instalado para alimentar un algoritmo secreto de control de copias ilegales, si se pretende copiar en otra computadora dicha copia no funciona.

VII. Marcas

- a. Clientes. Respecto de los clientes hay casos en que se acuerda el uso recíproco de las marcas con el único fin de promocionar sus productos y/o servicios.
- b. Distribuidores y/o Partners. Tal es el supuesto del acuerdo con distribuidores en el que se podrá dejar constancia que la autorización otorgada respecto de las marcas de los productos y/ o servicios a distribuir se limita a los fines previstos en el contrato. Asimismo, se suele prever que sólo esas marcas podrán ser utilizadas respecto de los productos y servicios a comercializar según lo indicado en el convenio.

VIII. No Competencia

- a. Clientes y/o Usuarios. Distribuidores y/o Partners. Se suele establecer prohibición de contratar por cuenta propia o a través de terceros a personal de la empresa. Indicando una cláusula penal para el supuesto de incumplir con tal condición.
- b. Proveedores y/o Empleados. Se suelen prever cláusulas, por las que se **prohíbe: 1) desarrollar, investigar, vender y/o cualquier otra actividad que la empresa realice en relación a productos y/o servicios en competencia con los de la empresa, tanto por cuenta propia o de terceros y 2) emplear por cuenta propia o a través de terceros, a personal de la empresa que hayan prestado servicios para la firma.** En caso de incumplimiento de estas prohibiciones se establece una cláusula penal a cargo del infractor que por lo general tiene relación con lo percibido o a percibir por dicho empleado y/o contratado.¹²⁵

IX. Computación en la Nube o Cloud Computing

Un apartado particular merece esta nueva modalidad de prestación de servicios relacionada con el software. Actualmente los usuarios eligen los servicios de computación en la nube, por motivos tales como, desaparición de soportes físicos, portabilidad de la información, fácil y

¹²⁵ Cfr. Rivero, Silvana Cristina. Ensayo "Políticas de protección del software en las empresas informáticas de la Argentina". 4ta Edición del Concurso IP "Mentes Innovadoras para el Desarrollo 2010" organizado por Amcham. 2010. Págs. 9 a 13.

rápido acceso a los recursos, posibilidad de aprovechamiento de últimas tecnologías, ahorro de dinero, entre otros.

La computación en la nube se trata de un servicio cuyas características son: (i) autoservicio por demanda (on demand), lo que significa que el usuario consume el servicio conforme los volúmenes que requiera, (ii) amplio acceso a través de la red, generalmente por medio de internet (iii) puesta en común de recursos, lo que genera una disminución en los costos, (iv) rápida elasticidad, lo que significa capacidad de aumentar o disminuir el funcionamiento en base a la demanda del usuario.

La computación en la nube brinda tres modelos de negocio propios:

- a. Software como servicio (Software as a service - SaaS): Se trata de la provisión de software a través de una red.
- b. Plataforma como servicio (Platform as a service – PaaS): Se trata de la provisión de acceso a una plataforma que crea el ambiente para la ejecución de otros programas.
- c. Infraestructura como servicio (Infrastructure as a service – IaaS): Se provee el acceso a una infraestructura a través de la red, utilizado para complementar recursos locales.

En lo que respecta a nuestro análisis, este primer acercamiento a lo que comprenden los servicios de cloud computing, tiene el objetivo de identificar que a través de esta nueva modalidad, **el usuario se encuentra aún con menor acceso a la información del software no protegida**, por lo que la limitación deja de ser legal y/o convencional pasando a ser física, ya que fácticamente el usuario no cuenta con la posibilidad de acceder a información sobre el software porque este se almacena en los servidores del proveedor del servicio y no en los servidores del usuario.

En el estudio llevado a cabo por la Business Software Alliance (BSA) de junio de 2014¹²⁶ se ha efectuado un análisis de esta nueva modalidad de prestación de servicios de software en

¹²⁶ Business Software Alliance. (Junio 2014). The Compliance Gap. BSA Global Software Survey. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://globalstudy.bsa.org/2013/downloads/studies/2013GlobalSurvey_Study_en.pdf. Págs. 5 y 6.

apartado aparte. El título de ese análisis es “El impacto del Cloud Computing en el uso licenciado o no del software”. De la investigación efectuada se desprende que esta modalidad brinda nuevos beneficios de escala, eficiencia y poder de los consumidores y los usuarios empresariales de todos los tamaños. En tal sentido, consideran que la computación en la nube ayuda a incentivar la innovación, manejar el crecimiento económico, crear trabajos y que además, desde sus inicios se ha cambiado la discusión sobre el uso o no de software licenciado. Ello, al llegar a la conclusión de que el cloud computing, especialmente aquel que brinda software por medio de un acceso en línea, disminuye el uso de software no licenciado. Sin perjuicio de esta conclusión, advierten que el mercado de SaaS es aun joven. También se ha remarcado que la modalidad en análisis tiende a bajar el software no licenciado pero en países que ya cuentan con un bajo porcentaje de software no licenciado.

Haciendo foco en el resultado arrojado por la encuesta, cuanto mayor es el crecimiento de los servicios en la nube, menor es el uso de software sin licencia. La causa de esto es que esta modalidad le brinda al productor y/o vendedor de software un mayor control de la distribución del software y de su continuo uso y al mismo tiempo, baja los costos de los consumidores, proveyendo servicios y mejoras continuas.

Se ha notado también que los vendedores han ofrecido especiales incentivos y precios para estimular la adopción de esta modalidad. No obstante, se entiende que los servicios en la nube introducen una nueva potencial forma de abuso por medio de compartir credenciales, se trata de una credencial de uso que generalmente cuenta con un usuario y contraseña. En principio, se supone que los usuarios no pueden compartir las credenciales para el inicio de sesión y en varios supuestos, ese uso compartido de las credenciales se encuentra prohibido expresamente en los términos de la licencia pero, conforme el estudio en análisis, en los hechos se comparten las credenciales.

El estudio también concluye, a través de un intercambio realizado con los gerentes de TI, que existe una correlación moderada entre quienes comparten credenciales y el nivel promedio de

los países que cuentan con uso de software sin licencia. Esta interpretación lleva a deducir que la penetración de servicios de cloud computing en mercados emergentes, generará que el incidente de compartir credenciales se incremente.

En base a ello, se preguntan si el compartir credenciales es lo mismo que el uso de software no licenciado o la piratería. La respuesta se encuentra en considerar que es una cuestión similar a las sublicencias, se trata de la circunstancia por la cual una empresa paga por un determinado número de copias de software pero se utiliza más que las que se pagó. En el supuesto de cloud computing, una empresa paga por un determinado número de usuarios de servicios de nube y, a través del intercambio de credenciales, más personas tienen acceso a su uso. En este caso, se está incumplimiento con lo pactado conforme licencia, excediendo la cantidad de personas que pueden utilizar el software en relación a las credenciales adquiridas, no se trataría de una violación directa del derecho de autor como resulta el caso de la piratería.

H. CONCLUSIONES

I. A lo largo de este trabajo, se analizó el régimen legal aplicable al software y la vinculación de este con la necesidad de innovar, a efectos de definir si dicho régimen resulta un obstáculo o por el contrario, es de suma ayuda para alcanzar la innovación deseada en el campo del desarrollo de software.

En primer lugar, lo que se intentó remarcar fue que el objeto protegido por derecho de autor y/o copyright es la expresión dada a la idea, métodos de operación, conceptos matemáticos, procedimientos y no estos últimos en sí. El software es protegido por derecho de autor y/o copyright en su carácter de obra literaria. En efecto, lo resguardado en este ámbito es el código fuente, lenguaje legible por el ser humano y el código objeto, lenguaje legible por la computadora.

En palabras de Samuelson y otros¹²⁷, no se debe perder de vista la dificultosa tarea de crear un software. La innovación incorporada en este, generalmente se encuentra en su concepción y diseño, lo que comprende: determinar cómo piensa respecto a una determinada tarea y definir la capacidad que el programa debería tener. El interior del programa es una parte importante del valor del programa de computación porque es ello lo que contribuye a la innovación y eficiencia del comportamiento.

El régimen legal existente pareciera no ser adecuado para la protección de la innovación del software ya que no se está protegiendo la principal fuente de valor de un programa, su idea, su estructura y funcionamiento, por lo que tampoco se estaría protegiendo el incremento a la innovación producido en este ámbito.

De acuerdo al análisis realizado a través de este documento, los desarrolladores, considerando el valor que conlleva la idea inmersa en el software, intentan proteger tales programas de computación, no sólo por derecho de autor sino también amparándose en el deber de confidencialidad, patentes de invención (no aplicable a nuestra normativa argentina), derecho marcario y competencia desleal.

A ello, se le debe sumar todas aquellas prohibiciones, limitaciones, indemnizaciones, controles y demás previsiones adoptadas contractualmente en favor del productor de software con el fin de ampliar la protección que respecto al software comprende el derecho de autor.

Asimismo, la nueva modalidad conocida como cloud computing resulta ser una novedosa forma de proteger el software y en particular su idea, métodos de operación, conceptos matemáticos y/o procedimientos, ya que, como fuera advertido previamente en este documento, al acceder al sistema por medio del ingreso a un sitio web, el usuario no tiene acceso físico al código, teniendo el vendedor y/o productor mayor control sobre la distribución del software que efectivamente se realiza y más aún, sobre la continuidad del uso del mismo.

¹²⁷ Cfr. Samuelson, Pamela; Davis, Randall; Kapor, Mitchell D. and Reichman, J. H., *Ob. citado*. Págs. 2335 y 2365.

Ello, sin perjuicio de reconocer los beneficios que tales servicios en la nube generan en relación a la piratería de software y al uso sin licencia del mismo.

Así también, se deben mencionar las medidas a nivel técnico adoptadas por los productores de software a efectos de no permitir el acceso al interior del programa de computación. Como ya fuera expuesto, dichas prácticas han sido consentidas a nivel internacional e interno.

De acuerdo a lo indicado en el apartado anterior, pareciera que se autoriza el actuar llevado a cabo por los productores de software relacionado a la incorporación de medidas técnicas con el objetivo de prohibir prácticas tendientes a verificar el interior del sistema.

Esta protección amplia que acabo de esbozar sintéticamente y ha sido objeto de análisis a lo largo de este estudio, como fue mencionado en forma previa, se relaciona con el hecho de que, en principio, el derecho de autor y/o copyright no protege las ideas, métodos de operación, conceptos matemáticos y/o procedimientos sino la expresión con que estos se manifiestan.

Esta limitación en la protección tiene un sentido y es que esa idea como los conceptos matemáticos, métodos de operación y/o procedimientos insertos en las obras de propiedad intelectual deben pertenecer a toda la humanidad y no ser objeto de monopolio en favor de un particular, ya que se pretende que pueda ser utilizado por cualquier individuo.

En atención a la protección que se procura, considero que, al menos a nivel local, este tipo de prácticas por medio de las que se extiende en demasía la protección de la obra de software, pueden ser cuestionadas a través del instituto del abuso del derecho o a través de alegar violación al derecho de defensa de la competencia como así también al considerar la existencia de cláusulas abusivas en contratos de adhesión; siempre que estos institutos sean probados en juicio a través de criterios objetivos de apreciación, encontrándose la carga de la prueba en aquel que pretende defenderse por medio de dichos principios y más aún, que sus efectos tengan lugar de manera suspensiva, esto es, mientras quien lleve a cabo el abuso cese ese actuar .

En cuanto al supuesto de abuso del derecho, se puede alegar bajo la fundamentación que si el derecho de autor no protege la idea incorporada en el software, no deberían existir medidas que prohíban llegar a la misma idea. En efecto, se considera que la extensión del derecho resulta una actitud irrazonable a la lealtad, siendo anormal y excesivo el daño causado, toda vez que dicho perjuicio afecta al interés público y en este sentido, a la innovación como patrimonio de toda la humanidad.

El segundo caso, violación al derecho de defensa de la competencia, se puede esgrimir toda vez que se haga abuso de posición dominante, entendiendo que resulta aplicable al identificado como abuso exclusorio, el que comprende supuestos en que existe un aprovechamiento de la posición dominante tal, que provoca la exclusión de competidores actuales o futuros, los casos de imposición de condiciones abusivas a competidores, supuestos de no competencia, entre otros.

La tercera defensa, por medio de la que se esboza la existencia de cláusulas abusivas en contratos de adhesión que no pueden ser objeto de modificaciones, siendo un ejemplo de ello los supuestos en que se amplía el derecho del titular de la obra de software.

II. Como ya fuera esgrimido en la introducción de este trabajo, encontramos aquellos que están de acuerdo con la protección que en la actualidad se crea a favor de los sistemas informáticos, esbozando que sin dicha protección los incentivos de quienes producen software se desvanecen y por el contrario, quienes consideran que una protección al software como la actual, implica generar un monopolio amplio sobre el mismo, impidiendo que nuevos actores ingresen al mercado y compitan con los desarrolladores ya inmersos en este.

Desde mi punto de vista, ninguna de las dos posturas, en su visión más extrema, colaboran con el avance de la innovación. Ello, toda vez que se debe contemplar tanto el derecho de quien invierte en desarrollo y luego lo ofrece al mercado y al mismo tiempo, se debe lograr incentivar a aquellos que alcanzan con posterioridad dicho mercado y pretenden innovar en base a lo ya existente. Ambos deben poder convivir en el comercio y para ello es necesario

lograr un equilibrio entre las necesidades que estos alegan, estableciendo claramente las acciones permitidas y las que no lo están, a efectos de que no existan dudas o al menos, que la incertidumbre tienda a ser cada vez menor.

Defender una de las posiciones de manera extrema, llevaría probablemente al efecto contrario al que se pretende arribar, es decir, desincentivar el desarrollo y avance en la innovación.

En definitiva, no hay que perder de vista que tanto quienes contribuyen como quienes pretenden beneficiarse colaboran en el progreso de la innovación, esto se debe a entender que ninguna obra comprende una novedad absoluta, por eso se debe considerar que la creación e innovación se retroalimenta en sí misma, con sus continuas expresiones que terminan siendo fuentes inspiradoras de futuras creaciones. Se debe lograr un equilibrio de intereses tal que provoque una conciliación entre el bien individual protegido a través de los derechos intelectuales y el bien común que deriva del dominio público. Llegar a ese equilibrio, el cual debe ser objeto de constante revisión y control, es el que va a permitir el bienestar social y desarrollo económico.

III. En cuanto a la primera de las inquietudes planteadas, entendemos que el régimen legal actual, en principio, no resulta un obstáculo para la innovación pero el abuso que de este se produce, ya sea por medio del abuso del derecho, el abuso de la posición dominante o la incorporación de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, puede generar una sobreprotección tal que impida el avance en invenciones, generando, en definitiva, el efecto contrario al que se pretende por medio de tal normativa.

Asimismo, en referencia a la necesidad que advertimos sobre procurar incentivos adicionales, ya sea para reemplazar, limitar o incorporarse a los existentes, siendo el objetivo último lograr el desarrollo en innovación, se entiende que, por un lado, se debe limitar el abuso en los incentivos que hoy por medio del régimen legal existente se procuran y por el otro lado, sería

conveniente la incorporación de otros no tenidos en cuenta hasta la actualidad o que se han adoptado pero en menor medida.

En los tiempos que corren, no hay duda de la necesidad de incentivar el desarrollo de software, tanto a nivel público como privado. Ese estímulo considero que se debe lograr desde el régimen legal de protección, a través de establecer reglas claras de convivencia, esto es, determinar en forma precisa si ciertas acciones, tales como, la ingeniería inversa resultan legales o no y en su caso, bajo qué circunstancias se entiende tal actuar lícito. Ello, a efectos de lograr preventivamente un límite al ejercicio abusivo del derecho de autor, violación a la ley de defensa de la competencia y/o nulidad de cláusulas abusivas y en consecuencia, evitar el uso desmedido de trabas para que terceros innoven en el desarrollo de software.

Asimismo, se deberían contemplar doctrinas tales como la merger doctrine donde se prevé el supuesto en que la idea se fusiona con la expresión, es decir, que la idea solo puede ser expresada en un solo sentido, siendo en ese caso no aplicable el derecho de autor. Esta doctrina puede sostenerse en supuestos de programas de computación cuya expresión a través de sus códigos sea la única forma o cuente con mínimas formas de manifestarse.

Como ya lo he mencionado, siendo abogada asesora de empresas que producen software, he tenido la oportunidad de apreciar lo que opinaban las compañías sobre la ingeniería inversa, resultando que dicha práctica es entendida por el sector como ilegal o al menos antiética. Otras han llegado a esgrimir que la ingeniería inversa no es considerada una práctica de innovación sino de mejora de algunos procesos.

Si analizamos a la ingeniería inversa y/o descompilación desde nuestro derecho de autor interno, existen actuales restricciones a dicha práctica. Solo pensar en el derecho de reproducción, que conforme nuestra normativa resulta aquel derecho que tiene el titular de impedir que terceros hagan copias de su obra sin su autorización y que también comprende el uso que del mismo se autoriza, resulta un impedimento para la realización de tales acciones.

En efecto, conforme lo indicado por expertos en la materia, la descompilación en ciertos casos requiere que el programa descompuesto sea copiado una vez en el disco del sistema empleado para llevar a cabo la práctica, lo que genera que se haga un uso sin autorización, en exceso de los fines para el que fue autorizado y/o incumpliendo expresas prohibiciones.

La ingeniería inversa de software, entre otros fines, puede resultar una herramienta que posibilite la identificación e incorporación de aquellos elementos que permitan la obtención de compatibilidad operativa entre las aplicaciones que se pretenden crear con dicha práctica y el software existente en el mercado. Esto último, en favor del desarrollo de la industria y la innovación. En tal sentido, puede llegar a fortalecer la competitividad de los mercados, mejorar las opciones de los consumidores y permitir el desarrollo de una industria a nivel local e internacional.

Más aún, esta práctica también puede tener por fin la enseñanza, investigación, entre otros.

En casos *Sega Enterprises v. Accolade, Inc.* y *Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix, Corp.*, ya analizados en apartados anteriores, se decidió a favor de la descompilación y/o ingeniería inversa alegando la teoría del fair use, atento a que la práctica en análisis fue la manera de acceder a elementos del código que no se encontraban protegidos por copyright y quien llevó a cabo ese actuar tenía una razón legítima para ingresar al contenido del sistema informático.

Atento no resultar incorporada la teoría del fair use a nuestra legislación argentina y siendo este un sistema abierto que permite contemplar situaciones como las esgrimidas en forma previa (ingeniería inversa para obtener interoperabilidad, enseñanza, investigación), se podría pensar si la regla de los tres pasos prevista por el Convenio de Berna, del cual nuestro país resulta miembro, podría permitir evaluar excepciones a la aplicación del derecho de autor, tales como la ingeniería inversa y/o descompilación.

Entiendo que lo esbozado en forma previa no resulta posible actualmente, toda vez que del artículo 9.2. que contempla la regla de los tres pasos no sería operativo per se y sólo podría

ser tomado como criterio de apreciación en base a las limitaciones expresamente contempladas en nuestro derecho.

De acuerdo a esta conclusión, reflexiono que es necesario contar con mayores limitaciones expresamente estipuladas por el derecho interno, contemplando estas situaciones planteadas en cuanto al software y/o establecer un cambio más radical, por medio del reemplazo del sistema de excepciones por uno más abierto que permita adecuarse al paso del tiempo y así a las necesidades concretas que deben ser objeto de contemplación y solución.

IV. En concordancia con lo indicado en el apartado anterior y retomando la cuestión de los incentivos y el equilibrio entre ambos intereses, es importante remarcar que desde la perspectiva del derecho de autor el primer productor de software que ingresa al mercado no cuenta con protección sobre la idea, métodos de operación y/o procedimientos que este propone, lo que para muchos resulta lo más valorable del software. **Teniendo en cuenta ello, podrían plantearse opciones para estimular a aquellos productores que llegan primero al mercado con su innovación, ofreciéndoles beneficios tales como:**

a. **Tiempo acotado y suficiente para liderar el mercado y así, recuperar los costos de lo invertido en su innovación.** Samuelson¹²⁸ habló de periodo de preservación del mercado, se trata de brindarle un tiempo suficiente y acotado para evitar las fallas del mercado y restablecer la competencia que lo caracteriza. En este periodo, el innovador que ingresó primero al mercado obtendría el tiempo preciso para liderar y así solventar y justificar la inversión que realizó. Luego de este lapso reducido, actuaría la libertad de competencia, Bill Gates se ha pronunciado respecto a los beneficios de la competencia, indicando que “Ya se trate de Apple, de Google o de un software gratuito, tenemos fantásticos competidores y eso nos mantiene en forma”¹²⁹ “Todas las empresas capitalistas de calidad se despiertan cada

¹²⁸ Cfr. Samuelson, Pamela; Davis, Randall; Kapor, Mitchell D. and Reichman, J. H.. *Ob. citado*. Págs. 2417 y 2418.

¹²⁹ Telegraph, 11 de febrero de 2010. Citado por Compilación de Lisa Rogak. *Ob. citado*. Pág. 28.

mañana y piensan “¿Cómo puedo lograr un mejor producto? ¿Qué está haciendo bien la competencia? Nosotros lo haremos más barato, mejor, más simple y más rápido”¹³⁰

b. Siguiendo también en esta propuesta a Samuelson¹³¹, **el pago de licencias para llevar a cabo ingeniería inversa y/o descompilación para fines determinados**, lo que se podría lograr por medio de un registro de invenciones por un periodo reducido de tiempo que generaría una compensación adecuada y limitada por el uso de la innovación por parte de quienes quieran innovar en base a la obra obtenida, lo que llevaría a que estos últimos contribuyan con los gastos de investigación y desarrollo incurridos por el titular de la obra.

Estas dos propuestas que surgen en forma previa, no tienen correspondencia con lo que hasta la fecha ha sido objeto de protección y con los tiempos que se han manejado, que para los supuestos en análisis deberían ser mínimos e indispensables para la obtención del beneficio a la innovación que se pretende.

V. Por su parte, en cuanto a **aquellos que quieren alcanzar el mercado en segundo lugar, se podría plantear:**

a. **Permitir la práctica de ingeniería inversa y/o descompilación siempre que sea utilizada para fines tales como investigación, enseñanza, interoperabilidad, evaluación de la calidad, seguridad, entre otros.** Ello, con la convicción de que la existencia de monopolios sobre las ideas podría provocar pérdida de bienestar para la sociedad.

b. **Permitir la ingeniería inversa y/o descompilación siempre que tenga como resultado un trabajo que innove y transforme lo ya existente.** Se debería cumplir con ciertos requisitos de originalidad, esto es, avanzar en el estado del arte.

c. **No utilizar la información obtenida por un proceso de descompilación para el desarrollo de una obra derivada o bien una obra substancialmente similar.**

¹³⁰ CNN, 5 de octubre de 2008. Citado por Compilación de Lisa Rogak. *Ob. citado*. Pág. 28.

¹³¹ Cfr. Samuelson, Pamela; Davis, Randall; Kapor, Mitchell D. and Reichman, J. H.. *Ob. citado*. Págs. 2417 y 2418.

VI. Otro incentivo que favorece la innovación resulta el mejorar la exigencia en el cumplimiento (enforcement) de las leyes de propiedad intelectual. Un país como Argentina en donde las tasas de piratería son muy altas, no es atractivo ni para inversores extranjeros ni para el innovador local. Según una encuesta de la Business Software Alliance (BSA) de junio de 2014 que analizó el mercado del 2013, arrojó como resultado que Argentina cuenta con un porcentaje del 69% de software sin licencia, siendo el porcentaje promedio a nivel regional de 59%.¹³²

VII. Se ha dicho que el sector de software no ha alcanzado aún la etapa de madurez tecnológica por lo que sus mercados continúan en proceso de permanente redefinición, lo que genera la apertura de nuevas oportunidades de negocios en forma constante. Prueba de esto, resultan los casos en que, aunque excepcionales, compañías de países que han hecho ingresos tardíos al mercado del software han sido capaces de generar innovaciones destinadas a aprovechar determinados nichos de mercado a nivel nacional e internacional, un ejemplo de ello, es el desarrollo de las aplicaciones móviles.

En cuanto a las empresas locales existen aún falencias relacionadas a: (i) falta de información respecto de las costumbres, necesidades y exigencias de los clientes de los países desarrollados; ii) debilidad de la infraestructura tecnológica y de comunicación local; iii) poco incentivo en la implementación de estándares de calidad en el mercado interno; iv) poca inversión en investigación y desarrollo, (v) trabas para las exportaciones, entre otros.

Muchas compañías locales han tendido a prestar servicios generalmente asociados a operaciones de relativamente bajo nivel de complejidad, tales como aquellas empresas que tienden a prestar servicios de customización y/o soporte de software extranjero (nivel 1 y 2), dejando en manos de las compañías del exterior aquella producción y servicios que brindan valor agregado.

¹³² Fuente. BUSINNES SOFTWARE ALLIANCE. *The Compliance Gap. BSA GLOBAL SOFTWARE SURVEY. JUNE 2014.* Recuperado el 20.05.15 en http://globalstudy.bsa.org/2013/downloads/studies/2013GlobalSurvey_Study_en.pdf. Pág. 8.

En atención a las posibilidades existentes y/o futuras a nivel local, se debe tener en cuenta que es de importancia lograr otros atractivos, tales como:

a. Financiación¹³³: Fondos de financiación, en nuestro país se crearon el FONTAR (Decreto 1.660/96), FONSOFT (Ley 25.922) o Programa PACC por medio de los cuales se financian proyectos, muchos de ellos relacionados a I&D. En una de las reuniones del Plan Estratégico se ha hablado de incentivar a través de instrumentos provistos por el Mercado de Capitales (emisión de títulos de deuda, apertura de capital y descuento de cheques) y del FONDEAR, constituido este último con un Fondo Fiduciario Público, fideicomiso financiero y de administración cuya autoridad de aplicación es el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

b. Exigencias de clientes públicos y privados: Clientes con exigencias en niveles de calidad, plazos de cumplimiento (SLA – Service Level Agreement – Acuerdo de nivel de servicio), entre otras.

c. Beneficios impositivos: Actualmente existen ciertas leyes a nivel local que han logrado un incentivo para el desarrollo de las empresas locales. En este sentido, la ley 25.922 reformada por ley 26.692, la que, entre otros cambios, establece una vigencia del régimen de promoción hasta el 2019. Esta norma establece beneficios fiscales en la medida que se cumpla con determinados requisitos relacionados con el porcentaje de desarrollo de software y servicios informáticos con que cuenta la entidad y requisitos secundarios de calidad, exportaciones e I&D. Otros beneficios son los otorgados en relación a la radicación de la empresa en determinado distrito tecnológico. Ej. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires se establece exención de ingresos brutos y del impuesto de sellos a tales compañías.

¹³³ Conforme reporte semestral sobre el Sector de Software y Servicios Informáticos de la República Argentina de Agosto de 2014 de la Cessi, casi la mitad de las empresas manifestó haber requerido financiamiento para solventar su capital de trabajo en general. En segundo lugar aparecen el financiamiento para actualización tecnológica (23%) y para desarrollo de mercados (17%). Más información en: Reporte semestral sobre el Sector de Software y Servicios Informáticos de la República Argentina. Cessi. Opssi. Agosto 2014 (Información a diciembre 2013) Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.cessi.org.ar/descarga-institucionales-1676/documento2-af8690177391702ac25c76c0a5682e17>

d. Ámbito educativo: La educación destinada a formar a desarrolladores con las exigencias a nivel internacional, así como fomentar la realización de actividades de I&D.

Durante el 2013, conforme el Plan Estratégico, se han realizado acciones para la formación de recursos humanos, entre las que se pueden mencionar Empleartec, el Plan Estratégico para la Formación de Ingenieros, el Proyecto “La empresa va a la Universidad”, el desarrollo de la primer Computadora Industrial Abierta Argentina (CIAA), entre otros.

Deben existir incentivos en el nivel primario, terciario y universitario a efectos de revertir la tendencia a la baja cantidad de estudiantes en el sector y bajo número de graduados.

Asimismo, se podría plantear la extensión del periodo de pasantías que conforme la legislación actual es máximo de 18 meses y mayor plan de becas para las carreras afines con el sector.

Por último, debe considerarse adaptar los programas a las actuales necesidades del sector, incluyendo carreras más cortas.

e. Inversión extranjera: Se trata de obtener inversión extranjera en la producción local de software, ya sea por la instalación de la empresa a nivel local o por la atracción que determinado proyecto genere para el exterior por ej. a través de resultados que arrojen el armado de un laboratorio a nivel nacional.

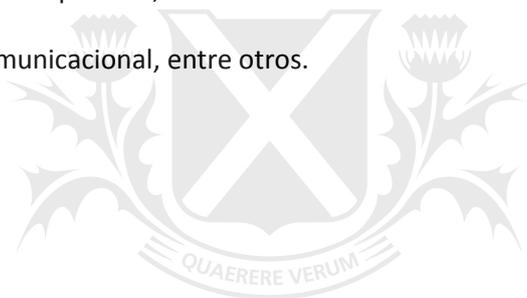
f. Incentivar las exportaciones: La mayor orientación hacia la exportación y así, el acceso a mercados más amplios podría colaborar en el proceso de aprendizaje en innovación generada por la interacción con firmas extranjeras como así también por las exigencias que estas firman imponen. La ley 25.922 prevé como uno de los requisitos alternativos, el cumplimiento con un porcentaje de exportaciones calculado en base a las ventas de actividad promovida.

g. Procurar la actividad de I&D: El objetivo es que las firmas desarrollen localmente actividades de I&D y un entorno que favorezca el surgimiento de emprendedores, facilitando, entre otros factores, el acceso al financiamiento y reduciendo las barreras burocráticas e impositivas que hoy enfrentan los potenciales emprendedores. También resulta una cuestión a

implementar la puesta en marcha de observatorios del sector de alcance territorial a efectos de incentivar la actividad de I+D desde los sectores educativos.

h. Expansión del desarrollo al interior del país: Se trata de focalizar el desarrollo del sector software y servicios informáticos también al interior del país. En oportunidad de asesorar a empresas del interior del país, estas me han manifestado la carencia de recursos especializados a nivel local.

i. Necesidad de tecnología apropiada para innovar: Para poder competir y desarrollarse tanto al interior como exterior del país es necesario contar con tecnología apropiada a los desafíos que vienen, así es que resulta necesario internet con una velocidad acorde a los servicios que se pretenden proveer, un servicio de telefónica móvil que cumpla con las expectativas de la era comunicacional, entre otros.



Universidad de
San Andrés

I. BIBLIOGRAFÍA

- (ADPIC), A. s. (15 de 04 de 1994). firmado en Marrakech, Marruecos.
- (FONSOFT), F. F. (s.f.). Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.agencia.mincyt.gob.ar/frontend/agencia/fondo/fonsoft>
- (FONTAR), Fondo Tecnológico Argentino. (s.f.). Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.agencia.mincyt.gob.ar/frontend/agencia/fondo/fontar>
- (PACC), P. d. (s.f.). Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.industria.gob.ar/pacc-empresas/>
- (WCT), T. d. (20 de 12 de 1996). Ginebra.
- AMCHAM. RIVERO, S. C. (2010). *Ensayo "Políticas de protección del software en las empresas informáticas de la Argentina"*. 4ta Edición del Concurso IP "Mentes Innovadoras para el Desarrollo 2010" organizado por Amcham. , Buenos Aires.
- APPLE COMPUTER, INC. V. FRANKLIN COMPUTER CORP., 714 F.2d 1240, 219 USPQ 113 (U.S. Court of Appeals Third Circuit 30 de 08 de 1983).
- ARGENTORES c. TELEARTE S.A. (CN CIV, Sala E, 20 de junio de 2001).
- AUTODESK, Inc. (Cam. Nac. Cas. Penal, Sala I, 19 de 07 de 1995).
- BAKER v. SELDEN, 101 U.S. 99 (Supreme Court of the United States 1879).
- BOUZAT, G. (2003). El abuso de posición dominante. Un comentario al fallo Y.P.F. S.A. *Fallo comentado. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2002/07/02 ~ Y.P.F. S. A. LA LEY2003-B, 228.*
- BURKE, M. (Dirección). (1999). *Piratas de Silicon Valley* [Película].
- BUSINNES SOFTWARE ALLIANCE. (Junio 2014). *The Compliance Gap. BSA Global Software Survey*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://globalstudy.bsa.org/2013/downloads/studies/2013GlobalSurvey_Study_en.pdf.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (2001). *Propiedad Intelectual sobre programas de computación*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (2005). *Derecho antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- CARRANZA TORRES, Martín y BRUERA, Horacio. (14 de 10 de 2008). *Software propietario y software libre ¿opciones compatibles o posiciones irreductibles?* Obtenido de Sup. Act. 14/10/2008 - La Ley.
- CENTER FOR AMERICAN PROGRESS. (20 de 11 de 2012). *An Examination of Software Patents*. Obtenido de Under Secretary of Commerce for IP & Director of the USPTO David

Kappos.: http://www.uspto.gov/about-us/news-updates/examination-software-patents?goback=.gde_3984511_member_187946894

CESSI ARGENTINA. OPSSI. (Agosto 2014). *Reporte semestral sobre el Sector de Software y Servicios Informáticos de la República Argentina*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.cessi.org.ar/descarga-institucionales-1400/documento2-75ad97c41997737b5f6a1381db34170d>

CHUDNOVSKY, Daniel; LÓPEZ, Andres y MELITSKO, Silvana. (06 de 2001). *El sector de software y servicios informáticos (SSI) en la Argentina: Situación actual y perspectivas de desarrollo*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <https://trabajoinformacional.files.wordpress.com/2010/12/chudnovsky-daniel-lopez-andrc3a9s-y-melitsko-silvana-2001el-sector-de-software-y-servicios-informc3a1ticos-ssi-ides-cessi.pdf>

Código Civil y Comercial de la Nación - Ley Argentina 26.994. (s.f.).

COMPUTER ASSOCIATES INTERNATIONAL, INC. v. ALTAI, INC. , Docket Nos. 91-7893, 91-7935 (United States Court of Appeals for the Second Circuit. 17 de 12 de 1992).

Copyright, Title 17 of the U.S. Code –. (30 de 07 de 1947). United States of America.

CORREA, C. M. (1988). *La protección del software. Una perspectiva económica y jurídica. La ley*.

Decreto Argentino 165/94. (03 de 02 de 1994). República Argentina. Obtenido de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/9729/norma.htm>

Directiva Unión Europea 2009/24. (23 de 04 de 2009).

Directiva Unión Europea 91/250/EEC. (s.f.).

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel v. SOFOVICH, Gerardo y otros (Corte Suprema de Justicia de la Nación 07 de 07 de 1992).

EL CRONISTA. IT BUSINESS. (2013 de 03 de 19). *El boom de las aplicaciones. En su edición de marzo, Information Technology analiza la explosión en el desarrollo de apps. El potencial en la Argentina, los modelos de negocio y las opciones que brindan las tiendas para móviles*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.cronista.com/itbusiness/El-boom-de-lasaplicaciones-20130319-0017.html>

ELVIS PRESLEY ENTERS., INC. v. PASSPORT VIDEO, 349 F.3d 622, 629 (United States Court of Appeals,Ninth Circuit. 06 de 11 de 2003).

EMERY, M. A. (1999). *Propiedad Intelectual. Ley 11.723*. Buenos Aires: Astrea.

FERNANDEZ DELPECH, H. (s.f.). *La Protección contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección y los tratados internet de la Ompi*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/TOMOIX-MEMORIAS.doc>

- FOUCAULT, M. (1998). *¿Qué es un autor?* Litoral .
- GRANDI, J. D. (2001). A la patentabilidad del Programa de Computación en la Argentina: ¿Por qué adoptamos erróneamente el Convenio de la Patente Europea? ¿Se puede recurrir al ADPIC para dicha protección? 1 y sgtes.
- HARPER & ROW PUBLISHERS, INC. v. NATION ENTERS., 471 U.S. 539, 549 (U.S. Supreme Court 20 de 05 de 1985).
- IN RE ALAPPAT, 33 F.3d 1526, 31 USPQ2d 1545 (U.S. Court of Appeals Federal Circuit 29 de 07 de 1994).
- ISAACSON, W. (2012). *Steve Jobs: La Biografía*. Printing Books.
- LASERCOMB AMERICA INC. v. REYNOLDS. (U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit 16 de 08 de 1990).
- Ley Argentina 11.723. Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. (26 de 09 de 1933). República Argentina.
- Ley Argentina 20.744. Ley de Contrato de Trabajo. (05 de 09 de 1974).
- Ley Argentina 22.362. Marcas y Designaciones. (02 de 12 de 1981). República Argentina.
- Ley Argentina 24.766. Ley de confidencialidad sobre información. (18 de 12 de 1996). República Argentina.
- Ley Argentina 25.036 - modificación Ley N° 11.723. Régimen legal de Propiedad Intelectual. (14 de 10 de 1998).
- Ley Argentina 25.922. Ley de Promoción de Software. (2004).
- Ley Argentina 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. (s.f.).
- LLAMBÍAS, J. J. (2001). *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo II*. Abeledo Perrot.
- LOTUS DEVELOPMENT CORP. v. BORLAND INTERNATIONAL, INC., 49 F. 3d 807 (1st Cir. 1995 1995).
- M. WITMARK & SONS v. JENSEN. SANTLEY –JOY, INC. v. HASTINGS THEATRE CORPORATION. HARMS, INC. v. GRAND THEATRE CORPORATION. M. WITMARK & SONS ET AL. v. BERGER AMUSEMENT CO., INC (United States District Court, District of Minnesota, Fourth Division 1948 de 09 de 09).
- MARESCA, F. A. (2001). ¿Hacia el patentamiento del software? *Revista Electrónica de Derecho Informático (RDI)*.
- MAR-TRA S.A. c. CARREFOUR ARGENTINA S.A., AR/JUR/75486/2009. La Ley Online. (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 3. 08 de 07 de 2010).

- MOISSET DE ESPANÉS, L. e. (s.f.). *Protección jurídica del software*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artsoftware/at_download/file
- MORTON SALT CO. v. G. S. SUPPIGER CO., 314 U.S. 488 (U.S. Supreme Court 1942).
- ORACLE AMERICA, INC., v. GOOGLE INC., 2013-1021, -1022 (United States Court of Appeals for the Federal Circuit 09 de 05 de 2014).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). Informe preparado por Andrés López, G. P. (04 de 2005). *La Propiedad Intelectual en las pequeñas y medianas empresas: El caso Argentino*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/sme/899/wipo_pub_899.pdf
- PANTANO, JUAN c/ JOCKEY CLUB DE BUENOS AIRES , LL 155-82 (Cámara Nacional en lo Civil, Sala C 18 de 04 de 1974).
- PAREDES, Troy. *Belkeley Technology Law Journal*. University of California, Berkeley. Boalt Hall School of Law. Volume 9 | Issue 2 Article 4. (Septiembre de 1994). *Comment . Copyright misuse and tying: Will Courts stop misusing misuse?* Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1122&context=btlj>
- Petric c/Diario Página 12, LL, 1998-C-284. (CSJN 16 de 04 de 1998).
- Plan Estratégico 2020*. (s.f.). Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.industria.gob.ar/plan-estrategico-2020/>
- PRENSA, C. E. (06 de 03 de 2012). *Abuso de posición dominante: la Comisión multa a Microsoft por no respetar sus compromisos sobre elección del navegador*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://ec.europa.eu/spain/pdf/ip-060313-comision-multa-microsoft_es.pdf
- ROGAK, L. (2013). *El Optimista Impaciente. Bill Gates. En sus propias palabras*. Buenos Aires: Aguilar.
- SAMUELSON, P., DAVIS, R., & KAPOR, M. D. (1994). *A Manifesto concerning the Legal Protection of Computer Programs*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1717>
- SAMUELSON, Pamela and SCOTCHMER, Suzanne. (s.f.). *The Law and Economics of Reverse Engineering*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/l&e%20reveng3.pdf>
- SCHMITZ VACCARO, C. U. (26 de 02 de 2007). *¿Qué es un autor?. Algunas reflexiones sobre un texto de Michel Foucault*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://www.tecnoiruris.com.ar/publicaciones/Comentario_Que_es_un_autor_2.pdf.
- SEGA ENTERPRISES V. ACCOLADE, INC., 977 F.2d 1510, 24 USPQ2d 1561 (U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit 20 de 10 de 1992).

- SLOTNISKY, D. (11 de 08 de 2012). *Industria Aplicaciones móviles made in Argentina*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.lanacion.com.ar/1497802-aplicaciones-moviles-made-in-argentina>
- SONY COMPUTER ENTERTAINMENT v. CONNECTIX CORPORATION, 203 F.3d 596 (Ninth Circuit Court of Appeals 2000).
- TORBAY, SALID H. c/ TELECOM PERSONAL S.A., IJ-XXXII-702 (Cámara Nacional en lo Civil, Sala K 19 de 02 de 2009).
- UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE. (20 de 11 de 2012). *An Examination of Software Patents*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de http://www.uspto.gov/about-us/news-updates/examination-software-patents?goback=.gde_3984511_member_187946894.
- UNIVERSIDAD DE SAN ANDRES. PALAZZI, Pablo. (20 de 07 de 2009). *La exclusión del régimen de Derecho de Autor de las ideas, sistemas, métodos, aplicaciones prácticas y planes de comercialización. Centro de tecnología y sociedad*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de Documento de trabajo n°6.: http://www.udesa.edu.ar/files/AdmTecySociedad/06derecho_de_autor_pp.pdf
- VILLALBA, Carlos A. y LIPSZYC, Delia. (2009). *El derecho de autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). (17 de 12 de 1993). *Sexagesimoprimer Período Ordinario de Sesiones de la Comisión. DECISION 351. Régimen Común sobre Derecho*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf>
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. SILVA, Alberto Cerda . Director de Estudios. BARO RÍOS, José Luis. (s.f.). *Acceso a la cultura y derechos de autor. Excepciones y limitaciones al derecho de autor. Derribando algunos mitos en torno a la ingeniería inversa de software*. Recuperado el 20 de 05 de 2015, de <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/libro-acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor.pdf>