

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

22 de marzo de 2019

LA DIFERENCIA ENTRE IDEA Y CREACIÓN

Un pleito sobre pirateo de software sirve para refrescar algunos principios básicos en materia de derechos de autor y de los artistas.

No sabemos cómo, pero Microsoft Corporation descubrió que en las oficinas de Dos Monos SA se usaban programas de software instalados ilegalmente y que, por lo tanto, no se pagaban las regalías correspondientes. Entonces reclamó ante la justicia que los programas fueran desinstalados, cesara su utilización y se le restituyeran las ganancias generadas por el uso de su tecnología.

Dos Monos opuso *una excepción*; esto es, una defensa preliminar que normalmente debe ser resuelta antes de que el pleito pueda ir adelante. Su argumento fue que Microsoft *no era la titular de los derechos de propiedad intelectual de los productos informáticos*. El juez resolvió tratar la excepción junto con la cuestión de fondo.

En primera instancia se reconoció la validez del reclamo y se ordenó a Dos Monos a indemnizar a Microsoft.

Las dos partes apelaron. Dos Monos sólo objetó el monto de la indemnización otorgada a Microsoft por privación de ganancias (por lo que, evidentemente, reconoció que su uso de los programas era irregular).

Para resolver no sólo la cuestión referida a la indemnización sino también la relativa a la propiedad de los programas de software, la Cámara de Apelaciones¹ consideró un aspecto —diríamos clásico— en el área de los derechos intelectuales: la diferencia que existe entre *ideas* y *creaciones*.

Los jueces recordaron que el derecho de autor protege *las creaciones formales* y no las ideas. “Las ideas no son obras y, por ende, su uso es libre”, dijeron.

Recordaron también que “no se puede adquirir protección o propiedad alguna” sobre las ideas, *aun cuando sean novedosas*.

El derecho de autor “está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según el género al cual pertenezcan, y a regular su utilización”.

Por eso, “sólo está protegida *la forma sensible* bajo la cual se manifiesta la idea y

¹ In re “Microsoft Corporation c. Dos Monos SA”, CNCiv (K), 3 de diciembre 2018; exp. 33073/2017

no la idea misma, ya se que se encuentre expresada de manera esquemática o bien en una obra”.

Por otra parte, agregaron, “el derecho de autor ampara toda clase de obras intelectuales, destacándose las llamadas obras originales (literarias, musicales, teatrales o dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también los programas de ordenador) y las obras derivadas (adaptaciones, traducciones, compilaciones, anotaciones, comentarios, resúmenes y extractos, arreglos musicales y otras transformaciones) cualquiera sea su modo o forma de expresión, aunque *para ser protegidas deben presentar originalidad*”.

Porque lo que la ley protege es *la creación*, “cualquiera fuere el mérito y el destino de la obra creada”. La idea de creación “lleva implícita la de originalidad”.

Sin embargo, resaltaron los jueces, “no se requiere que se trate de una obra completamente nueva, desprovista de elementos que integren otras del mismo género”, porque “a fin de considerar una obra como original, *sólo es exigible un aporte personal del espíritu*, de carácter intelectual, que distingue a lo creado de los elementos e ideas que se conocían y utilizaban, combinándolos de un modo distinto, aun cuando el enriquecimiento del caudal cultural anterior sea de modesta magnitud”.

Pues “para que la ley ampare a una obra, *basta que no sea copia de otra y que importe un esfuerzo individual de características propias*”.

No olvidaron los magistrados un punto importante: “la normativa jurídica no hace distingo alguno referido al valor técnico o estético de la obra”. En otras palabras, los

jueces no deben ser ni censores ni críticos literarios o artísticos.

Para resolver el caso concreto, recordaron que en 1998 se modificó la antigua ley de propiedad intelectual (de 1933) para agregar que las obras científicas, literarias y artística merecedoras de protección comprenden, además de los escritos de toda naturaleza, *los programas de computación*.

Normalmente, el titular de la propiedad intelectual es una *persona física*, autor de la obra científica, literaria y artística. En el caso de los programas de computación, también pueden serlo *las personas jurídicas* que hubieran contratado a dependientes para elaborarlos como parte del desempeño de sus tareas laborales. (Este aspecto constituye una excepción a la regla según la cual una creación *del espíritu*, como las intelectuales, sólo puede ser llevada a cabo por alguien de carne y hueso).

En este caso, los jueces verificaron que Microsoft había inscripto sus programas en la Dirección Nacional de Derecho de Autor, y que entre los programas inscriptos, *estaban los hallados en las computadoras instaladas en las oficinas de Dos Monos*.

La propia Dirección de Derecho de Autor confirmó ese punto. Y los peritos designados por la justicia informaron que de las veintidós computadoras usadas por Dos Monos, catorce usaban software de Microsoft Corporation, sin pago de las regalías correspondientes.

Más aun: Dos Monos ni siquiera tenía información detallada de su inventario de programas de computación y de productos de software adquiridos por la empresa.

Como Dos Monos no desvirtuó ninguno de los informes periciales, la Cámara no

encontró razón para apartarse de ellos. Sobre este punto, los magistrados recordaron que “los peritajes no revisten el carácter de prueba legal”, por lo que no están exentos de valoración por parte del juez.

Éste, “para apartarse de sus conclusiones, debe tener razones muy fundadas, porque [aquellas] emanan de quien tiene una incumbencia específica en el campo del saber, técnicamente ajeno al hombre de derecho, y para desvirtuarlas es necesario traer elementos de juicio que permitan concluir eficientemente en el error o en el inadecuado uso que el técnico hubiera hecho d los conocimientos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado”.

Esa larga frase no quiere decir otra cosa que, *a menos que se traigan ante el juez argumentos contundentes, lo que dice el perito es así.*

Y en este caso, Dos Monos no probó que sus programas tuvieran la licencia correspondiente.

Al calcular la indemnización adeudada a Microsoft, los jueces aclararon que el lucro cesante *no indemniza la pérdida de una*

mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino “el daño que supone privar al patrimonio del damnificado de la obtención de ganancias a las cuales el titular tenía derecho al tiempo del hecho”.

Ese daño se considera *cierto* (esto es, no una “mera expectativa”) cuando “las ganancias frustradas debían lograrse con suficiente probabilidad”, de no haber ocurrido lo que ocurrió. Los jueces entendieron que se debía aplicar un criterio de *probabilidad objetiva*, “de acuerdo con las circunstancias del caso”.

La Cámara entendió que en la situación planteada, Microsoft tenía derecho a ser indemnizada por una suma de dinero equivalente al precio de sus productos calculada *a la fecha de constatación del perjuicio* (como si Dos Monos hubiera omitido comprarlos).

Pero Dos Monos no sólo no los compró, sino que *los usó*. Los jueces consideraron que la indemnización debía ser igual al precio de los programas. Pero, nos preguntamos nosotros... ¿el tiempo en que los programas fueron usados sin permiso, no debió haber sido indemnizado también?

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**