PERSPECTIVAS EN PROPIEDAD INTELECTUAL Y TECNOLOGÍA

Frene, Lisandro

Publicado en: RDCO 292 , 609

Sumario: I. Regulación de nuevos actores.— II. Aumento de los quantums indemnizatorios por infracciones a la propiedad intelectual.— III. Medidas cautelares rápidas y efectivas.— IV. Actualización de sistemas registrales.— V. Nuevos derechos y derechos conexos.

Cita Online: AP/DOC/706/2018

(*)

Adaptar el abordaje integral de la propiedad intelectual como tal (su regulación, el modo de interpretar y ejecutar sus normas, y hasta la forma de pensar la finalidad de este derecho) a las nuevas tecnologías es sin duda el desafío excluyente por delante en esta materia. Más que un desafío es casi una necesidad, a nivel global y más especialmente en Argentina, donde la legislación —o en ciertos aspectos la carencia de ella— vetusta, en algunos casos antediluviana, reclama a gritos una actualización.

Antes de adentrarnos en los aspectos intrínsecos de la propiedad intelectual, deberíamos tomar conciencia del rol que la tecnología desempeña en este campo y sus consecuencias en la faz jurídica.

A nivel del individuo, el hecho de que cualquier persona en un segundo, sin inversión alguna, con un dispositivo móvil pueda distribuir o hacer accesible una obra protegida a literalmente millones de personas es la más clara evidencia de la necesidad de renovar leyes y criterios pensados en época en que en Argentina ni siquiera existía la televisión.

A nivel corporativo, deberíamos entender que actualmente cualquier compañía es una compañía de tecnología, sin importar qué tipo de bienes o servicios brinde (1). Hoy, ninguna empresa puede realizar, distribuir o comercializar ningún producto eficientemente sin tecnología. Este concepto, fácil de entender cuando las compañías venden productos tecnológicos, también alcanza a entidades que venden soja, construyen edificios o brindan servicios jurídicos. Sin entender que la tecnología es más que un *commodity* (*laptops*, servidores y programas de *software*) difícilmente podamos evolucionar en la manera jurídica de tratar los derechos de propiedad intelectual ahora y menos aún en los años que vienen.

Regulatoriamente, Argentina puede ponerse al día —por así decirlo— con reformas concretas, esenciales pero plausibles. El desafío pasa también por sentar criterios doctrinarios y —fundamentalmente— jurisprudenciales que sustenten el modo de encarar esta materia, particularmente en casos de relaciones o conflictos donde los hechos van cada vez más por delante del derecho. Claro que estos criterios pueden diferir y es saludable que ello ocurra; lo esencial es que consideren el escenario determinado por las nuevas tecnologías, algo que el régimen jurídico argentino actual en

materia de propiedad intelectual prácticamente ignora. Leyes como las de Derecho de Autor, la de Marcas o la de Diseños Industriales fueron sancionadas hace cuarenta, cincuenta o más años (piénsese el contexto a la época en que fueron sancionada, las infracciones a la propiedad intelectual o industrial en ese contexto versus el contexto actual), con mínimas o nulas modificaciones desde su sanción.

En el ámbito doméstico, entonces, vale señalar a modo meramente ejemplificativo algunos de los muchos aspectos en materia de propiedad intelectual en los que deberíamos enfocarnos para producir cambios conducentes.

I. Regulación de nuevos actores

En la distribución, comercialización e infracción a los derechos de propiedad intelectual, intervienen en la actualidad actores impensados décadas atrás. El caso más arquetípico es el de los proveedores de servicios de internet (ISP) en sus distintas variantes (2). Mientras que en los países más avanzados (por ejemplo, Estados Unidos y la Unión Europea, por citar solo un par de casos) la responsabilidad de tales actores se encuentra explícitamente legislada desde hace ya veinte años, incluso discriminando la regulación para la responsabilidad general y la aplicable a la responsabilidad particular derivada de infracciones a los derechos de propiedad intelectual, Argentina insólitamente carece de regulación alguna al respecto. Desde los primeros casos jurisprudenciales contra "buscadores de internet" a principios de este siglo, hubo ya cientos de fallos sobre el tema, dos de ellos emanados de nuestro máximo tribunal (3); decenas de opiniones doctrinarias y de proyectos de ley, el último de ellos consensuado por los dos principales partidos políticos del país y aprobado unánimemente en el Senado de la Nación (4). Con todo eso, a la fecha Argentina continúa sin legislación alguna al respecto. Contar con una norma que siquiera establezca conceptos básicos —y en este sentido el proyecto antes referido con media sanción del Congreso está razonablemente bien encaminado— contribuiría en mucho a despejar la incertidumbre jurídica hoy vigente.

II. Aumento de los *quantums* indemnizatorios por infracciones a la propiedad intelectual

Infringir los derechos de propiedad intelectual es mucho —muchísimo— más fácil, rápido y barato hoy que hace treinta años. Sin embargo, las normas son las mismas que hace treinta años, y los criterios interpretativos de tales normas prácticamente también. Resultan paradójicamente actuales conceptos vertidos hace décadas por el distinguido Miguel Ángel Emery en cuanto a que "la reparación del daño debe cumplir con otro objetivo, consistente en una condena cuyo monto sea tal que tenga un efecto disuasivo... de manera que se mantenga un equilibrio entre la norma y la conducta social" (5). Institutos como daños punitivos por violación de derechos intelectuales (que deberían ser establecidos por legislación especial) o condenar al infractor al pago de los frutos ilícitamente obtenidos por su infracción servirían como factores disuasivos contra el plagio y la piratería intelectual.

Entendemos que puede parecer difícil para los jueces, en nuestro sistema legal, establecer indemnizaciones por encima del "valor de mercado" —por así decirlo— de la obra infringida ante la falta de legislación punitiva específica al respecto. Sin embargo, el incremento de los resarcimientos por infracciones a la propiedad intelectual puede

incluso determinarse en base a la normativa hoy existente (6). De hecho así se ha hecho en algunos fallos vanguardistas en la materia, en uno de los cuales —ilustrativo en este aspecto— se sostuvo que "el monto del resarcimiento debido al autor de la obra reproducida en violación a las disposiciones que protegen la propiedad intelectual no puede limitarse al valor actual de los elementos utilizados de manera ilegítima"; que a la actora (titular de los derechos de autor sobre la obra ilícitamente utilizada) "le corresponde, sin duda, el beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita, o bien la más alta retribución en caso de haber autorizado la explotación". Ello, toda vez que la infracción de los derechos intelectuales "mal podría beneficiar al infractor limitando su deuda al solo pago del precio de mercado de los productos ilícitamente habidos"; en razón de lo cual el infractor demandado "está obligado a devolver los frutos producidos o que pudo producir, tanto sean ganancias o ahorros...es tan de sentido común la pertinencia de la protección amplia de la propiedad intelectual que negar la restitución de las ganancias ilícitas cohonestaría una conducta inmoral y contraria a la ética" (7). En suma, uno de los desafíos en el campo de los derechos intelectuales pasará por generar los incentivos necesarios para desalentar violaciones a estos (8).

III. Medidas cautelares rápidas y efectivas

Sin perjuicio de la necesidad de indemnizaciones adecuadas antes señalada, y como correlato de ello, el mejor remedio cuando se infringen derechos intelectuales es hacer cesar la infracción cuanto antes. Máxime cuando las nuevas tecnologías permiten, como se dijo, aumentar exponencialmente la infracción y con ello el daño causado, muchas veces de difícil justipreciación o imposible reparación ulterior. Si bien nuestra legislación actual prevé tales medidas en forma genérica (9), está en los jueces cumplir, hacer cumplir y consolidar criterios de medidas específicas adaptadas a las nuevas formas de infracción de derechos, como por ejemplo la orden a proveedores de acceso a internet para de bloqueo de determinados sitios de internet o URL individualizados.

En el campo del derecho de patentes (tal vez el área de propiedad industrial legislativa y jurisprudencialmente más atrasada de nuestro país respecto del resto del mundo) es donde más palmaria se hace la carencia de este tipo de remedios cautelares. En efecto, la modificación a la Ley de Patentes introducida en esta materia en el año 2004 (10), y en particular, la manera en que viene siendo interpretada y aplicada por la jurisprudencia en los últimos años, ha llevado en la práctica a la desnaturalización del instituto cautelar y por ende a la frustración de todo el sistema de protección de las patentes (11), al punto que desde entonces a esta parte pueden contarse con los dedos de una mano las medidas cautelares otorgadas en materia de patentes. Y esas pocas, después de meses de haber sido requeridas. La modificación del art. 83 de la Ley de Patentes o al menos la flexibilización de los criterios jurisprudenciales para interpretar sus requisitos ayudaría a lograr una tutela cautelar real —hoy inexistente— en materia de derecho de patentes.

IV. Actualización de sistemas registrales

Modernizar y simplificar los procesos de inscripción de derechos intelectuales e industriales es una necesidad para garantizar el acceso a ellos a un mayor número de personas. Ha habido algunos avances como la digitalización —parcial— de solicitudes

de registro de marcas y de obras de derecho de autor, pero claramente estamos muy lejos de lo que la realidad actual requiere.
Una iniciativa ponderable en este sentido parecería ser la reciente reforma al sistema de resolución de oposiciones marcarias, instituida por la res. 183/2018 del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, en tanto promete resolver administrativamente en meses controversias que hasta hoy demoran años en sede judicial. Habrá que ver la implementación efectiva de esta nueva norma cuando entre en vigencia.
El ejemplo más claro de atraso —y en este caso también de aislamiento mundial— de nuestro país en materia registral es la falta de adhesión de Argentina al *Patent Cooperation Treaty* (PCT por sus siglas en inglés) (12) un sistema de registro de patentes estandarizado y mundialmente aceptado, del que son miembros más de cientos cincuenta países (13). A eso debe sumársele el hecho de que el trámite de por sí difícil de concesión de una patente, en Argentina suele demorar varios años, durante los cuales el invento en trámite carece de protección legal alguna (incluso si después llegase a ser concedida la patente).
Es evidente que existen motivos políticos y económicos fuertes detrás de la falta de adhesión al convenio antes referido, pero consideramos que es insostenible para un país que pretende alegar el respecto a la propiedad industrial continuar fuera de este tratado del que son parte todos los países del mundo desarrollado (y también muchos otros).

V. Nuevos derechos y derechos conexos

Otro de los desafíos consiste en encontrar respuestas legales a conflictos o situaciones sin regulación, algunas recientes y otras de larga data en el limbo jurídico.
Entre las primeras se encuentra la llamada *libertad de panorama* (14) y consiste en determinar si es lícito el uso irrestricto de obras protegidas por derecho de autor ubicadas en la vía pública o visualmente accesibles desde la vía pública. Más que un derecho, es una limitación a los derechos de autor sobre tales obras, posibilitando el uso de estas por parte de terceros. En la Unión Europea, donde este tema está avanzado, la legislación lejos de ser uniforme varía mucho de acuerdo con cada país (15). La anterior disparidad viene dada por la redacción de la directiva 2001/29, cuyo art. 5.3.h) permite a los Estados incluir límites al derecho de los autores o titulares, si lo estiman conveniente, en relación con la reproducción y comunicación pública de las obras de arquitectura o escultura que se encuentras situadas de forma permanente en lugares públicos.
En el ámbito de la biotecnología particularmente, un desafío jurídico e incluso político de nuestro país es el de resolver la aparente antinomia o solapamiento —por graficarlo de algún modo— entre el *derecho de patentes* versus *el derecho de obtentor* suscitado desde hace décadas en el caso de las semillas transgénicas, con genes patentados (16).
En el ámbito de las obras audiovisuales, *el derecho de los directores, actores e intérpretes (además de los del titular de los derechos intelectuales sobre la obra en sí, del guión y de la música incluida en ella)* se encuentran recientemente regulados de un modo fragmentado y poco sistematizado (17). Quien pretende difundir una obra audiovisual en Argentina debe revisar un entramado de normas complejas, separadas, confusas y muchas veces superpuestas, realizar pagos y obtener permisos de distintos organismos. Armonizar y simplificar este sistema contribuiría en mucho a la difusión

legal de tales obras y a la efectiva percepción de los pagos a los beneficiarios de la regulación antes referida.
Por último —sin pretender en absoluto ser exhaustivo en la enumeración—, una vieja deuda de los derechos intelectuales o conexos —en especial el derecho a la imagen— es la *normativa de la parodia*. El reciente fallo "Barcelona" (actualmente en vías de llegar a la CS) (18), si bien contiene otros condimentos jurídicos, mostró hasta qué punto Argentina exhibe orfandad regulatoria en este campo, tan utilizado para la sátira política u otro tipo de expresiones sociales icónicas en Argentina (19).
(A) Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires, Máster en Leyes (LLM) de Yeshiva University, Nueva York. Socio del Estudio Richards, Cardinal, Tutzer, Zabala & Zaefferer, a cargo del Departamento de IT. Profesor de Datos Personales de la Universidad Austral (Máster de Derecho Empresario). Miembro del Comité de Tecnología de la International Bar Association.
(1) En este sentido recomiendo el artículo de STONE, Stephenie, "Why Every Company Is a Technology Company", accesible en https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2017/01/23/why-every-company-is-a-technology-company/#352051c857ae.
(2) El proyecto de Ley de Responsabilidad de los ISPs de los senadores Pinedo y Fellner, aprobado por el Senado unánimemente, incluye entre los proveedores de servicios de internet a "proveedores de acceso, interconexión, transmisión y/o direccionamiento de contenidos; proveedores de servicios de almacenamiento automático o memoria temporal (caché) de contenidos; proveedores de servicios de publicación y alojamiento de contenidos; proveedores de servicios de comercio electrónico; y proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos".
(3) CS, "Rodríguez, María Belén c. Google s/ daños y perjuicios", fallo del 28/10/2014; y "Gimbutas c. Google s/ daños y perjuicios", fallo del 12/09/2017.
(4) Proyecto de Ley sobre Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet de los senadores Federico Pinedo y Liliana Fellner, aprobado en el Senado.
(5) EMERY, Miguel Á., "Propiedad intelectual. Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 119.
(6) Art. 45 inc. 1º del Tratado de ADPIC, aprobado en Argentina por la ley 24.425, que permite a los jueces "ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que este haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora".
(7) "Microsoft Corporation c. Anselmi Gerencia de Riesgos SA s/ daños y perjuicios", sentencia del JNCiv. Nº 31, de fecha 09/11/2005, confirmado por CNCiv., sala G, con fecha 28/04/2006.Este criterio fue adoptado en la sentencia dictada en autos L. 445977, "Microsoft Corporation c. Anselmi Gerencia de Riesgos SA s/ daños y perjuicios", CNCiv., sala G, 28/04/2006, en el cual se confirmó el fallo de primera instancia (JCiv. Nº 41) que, al condenar a la demandada, determinó que el resarcimiento por el uso sin licencia de los programas "no puede limitarse al valor actual de los elementos utilizados

de manera ilegítima", sino que es preciso tener en cuenta el valor del costo así como "el beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita".
(8) Cf. CIFUENTES, Santos - VILLALBA, Carlos A., "Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras", en V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, p. 317, en donde Villalba sostuvo que "la aplicación de la ley de probabilidades determina que la actividad correctiva de la justicia, desarrollada conforme los cánones usuales sea francamente ilusoria; si la reparación del daño tiene que cumplir algún otro objetivo que el resarcimiento pleno al titular del derecho, este tiene que consistir en una condena cuyo monto sea tal que tenga un efecto disuasivo", citado por EMERY, Miguel Á., ob. cit., p. 118. En igual sentido: FRENE, Lisandro — AULET, Victoria, "Derecho de autor: registro, facultades y quántum resarcitorio", LA LEY del 08/09/2015.
(9) Entre otras normas, art. 50 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, aprobado por ley 24.425.
(10) Ley 25.859, que modificó el art 83 de la ley 24.481 de Patentes, exigiendo numerosos requisitos para la concesión de una medida cautelar.
(11) ETCHEVERRY, María Laura, "Actualidad sobre medidas cautelares en materia de patentes de invención en Argentina", Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés, 5, del 01/03/2018, disponible en: https://www.udesa.edu.ar/revista/revista-juridica-de-la-universidad-de-san-andres-nro-5/articulo/actualidad-sobre-medidas.
(12) Ver el interesante artículo de RICHELET, Gastón, "¡Es el PCT, estúpido!", en Abogados.com, del 07/03/2016, disponible en: http://www.abogados.com.ar/es-el-pct-estupido/17866.
(13) Información de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, disponible en: http://www.wipo.int/pct/es/pct_contracting_states.html.
(14) Término adoptado del alemán Panoramafreiheit, utilizado en ese país como una limitación a los derechos del titular de derecho de autor sobre la obra en cuestión.
(15) Sucintamente existen (i) regulaciones que prohíben cualquier tipo de reproducción si no se cuenta con autorización previa, como Francia, Bélgica o Italia; (ii) estados que limitan dicha autorización a aquellos que pretendan realizar una explotación comercial de las imágenes como Bulgaria, Eslovenia o Rumania; (iii) países que restringen la grabación únicamente a edificios, como Dinamarca o Finlandia; y (iv) legislaciones que incluyen ampliamente la libertad de panorama para todas aquellas obras situadas en las vías públicas, como Alemania, Austria, Hungría, Irlanda, Portugal, Reino Unido, Suiza o España, entre otros.
(16) Las semillas transgénicas pueden ser objeto de un doble régimen jurídico: el derecho de patente sobre el gen que contienen (ley 24.481) y el derecho de obtentor sobre la semilla en sí misma (ley 20.274). Este "doble régimen" provoca un conflicto —irresuelto aún en Argentina— usualmente entre semilleras y productores, derivado fundamentalmente de las contradicciones, superposiciones y falta de coordinación entre la Ley de Patentes y la Ley de Semillas. Recomendamos la lectura del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, "Bowman c. Monsanto et al.", nro. 11-796, discutido el 19/02/2013, decidido el 13/05/2013.

(17) Ley 27.203; dec. 1914/2006; CCT 102/1990; dec. 124/2009; y res. JGM 61/2010; ley 20.115; ley 17.648 y normas concordantes.
(18) "Pando de Mercado, María Cecilia y otro c. Gentre Grossa SRL s/ daños y perjuicios", fallo del JNCiv. Nº 108, de fecha 29/04/2016; con condena a la actora confirmado por la sala D de la CNCiv.; actualmente con dictamen del Procurador General de la CS revirtiendo las anteriores instancias y rechazando la demanda. En su dictamen, el procurador afirmó que la sátira social o política se encuentra tutelada por la libertad de expresión y que es una poderosa herramienta de comunicación de ideas y opiniones sobre asuntos públicos, merecedora de protección constitucional. Así, recordó que nuestro país tiene una larga tradición —que se remonta al siglo diecinueve— de publicaciones que recurrían a la caricatura, el sarcasmo y la ironía para referirse a figuras públicas y a acontecimientos sociales.
(19) FRENE, Lisandro, "Libertad de prensa versus derecho a la intimidad y al honor", comentario al Fallo "Barcelona" antes referido, LA LEY del 29/07/2016, cita online: AR/DOC/2216/2016.