

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **“Software”. Límites al derecho patrimonial. Introducción en memoria RAM**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Comunidad Andina

**ORGANISMO:** Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

**FECHA:** 25-9-98

**JURISDICCIÓN:** Judicial

**FUENTE:** Portal de la Comunidad Andina, en <http://www.comunidadandina.org/>  
(documentos).

**OTROS DATOS:** Proceso 24-IP-98

### **SUMARIO:**

*“Otra de las limitaciones al derecho de explotación, es la contenida en el acápite del artículo 26 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la cual hace alusión a la permisión de introducción de un programa de ordenador en la memoria interna del equipo para efectos de su exclusivo uso personal”.*

*“Así pues, se observa cómo en la norma se establece claramente que cualquier uso que no sea «exclusivamente personal», constituye una infracción al derecho de explotación conferido por la legislación comunitaria andina. No obstante, en el aparte único del mismo artículo se establece expresamente que como consecuencia de lo anterior, no será lícito su aprovechamiento por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento de su titular”.*

*“La calificación de ilicitud dada al supuesto mencionado, obedece a que los derechos patrimoniales del autor son independientes entre sí, toda vez que la autorización concedida para una forma de explotación, como lo es el uso personal, no implica que quien haya obtenido la autorización pueda extender la misma a otras formas de explotación, como lo sería la utilización en redes, pues en ese caso se requiere que medie licencia del titular de los derechos ...”.*

### **TEXTO COMPLETO:**

#### **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

***En la ciudad de Quito, a los veinticinco días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.***

### **VISTOS:**

*La solicitud del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que por intermedio de su Juez, Doctor Carlos Guía Parra, requiere de este Tribunal la interpretación*

prejudicial de los Artículos 26, 54 y 56 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Que este Tribunal es competente para conocer dicha solicitud y el juez nacional de Venezuela para requerirla, de conformidad con los artículos 28 y 29 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Que la solicitud enviada al Tribunal, cumple con los requisitos contemplados en el artículo 61 del Estatuto del Tribunal.

Que el Juez considera como hechos relevantes los siguientes:

“La empresa MICROSOFT CORPORATION solicitó ante el Juzgado Undécimo de Parroquia de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, se practicara una Inspección Judicial en la empresa PROMOTORA CEDEL, C.A., en fecha 27-02-1996, conforme a las normas de derechos de autor. Del resultado de dicha Inspección Judicial la empresa MICROSOFT CORPORATION solicitó y obtuvo medida de Secuestro sobre los equipos de computación y procedió a demandar a la empresa CEDEL MERCADO DE CAPITALS, siendo declarada extinguida la instancia.

“La empresa CEDEL MERCADO DE CAPITALS procedió a demandar a la empresa MICROSOFT CORPORATION, por DAÑOS Y PERJUICIOS en este juicio, rechazando la medida de secuestro acordada por el Juez de Parroquia antes mencionado en la inspección referida a derechos de autor.”

Este Tribunal con el fin de tener una visión global sobre los puntos controvertidos, estima conveniente referirse con más detalle a las piezas remitidas por el Juez Nacional junto con la solicitud de interpretación. En este sentido:

## **SOLICITUD DE INSPECCIÓN JUDICIAL**

La empresa “MICROSOFT CORPORATION” solicitó, el 27 de febrero de 1996 ante el Juzgado Undécimo de Parroquia de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas que se practique una inspección judicial en el establecimiento mercantil denominado “PROMOTORA CEDEL C.A.”, e igualmente se decrete el secuestro de todo lo que constituya violación del derecho de autor con fundamento en las resultas de la inspección y se ordene una experticia sobre el material secuestrado.

En fecha 27 de febrero de 1996, se constituye en las oficinas de la empresa “CEDEL MERCADO DE CAPITALS, C.A.”, ubicada en la dirección indicada por la empresa solicitante de la inspección, el Juzgado Undécimo de Parroquia del Área Metropolitana de Caracas, dejando constancia, entre otros hechos, de que a las puertas de la empresa se observaba un anuncio en el que se leía “CEDEL MERCADO DE CAPITALS C.A.”; la existencia de máquinas con copias de programas de la empresa “MICROSOFT”, de los cuales no se puso a la vista ninguna licencia de uso, razón por la cual se decretó y ejecutó medida de secuestro de conformidad con lo dispuesto en la Ley Venezolana Sobre Derecho de Autor.

La empresa “CEDEL MERCADO DE CAPITALS”, al momento de la práctica de la inspección judicial y de la medida de secuestro, no pudo hacer oposición, sino una vez que la práctica de la medida tuvo lugar, abriéndose una articulación probatoria en la que se promovieron pruebas, hecho al cual la firma “MICROSOFT” se opuso y promovió demanda simultánea ante el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la República de Venezuela.

## **DEMANDA DE LA EMPRESA MICROSOFT CORPORATION**

En la demanda interpuesta se alega que el Juzgado Undécimo de Parroquia del área Metropolitana de Caracas, a través de la práctica de la inspección judicial, dejó expresa constancia de que la empresa que funcionaba

en la mencionada dirección era “CEDEL MERCADO DE CAPITALES”, por declaración emanada de la persona notificada, e igualmente, que pudo constatar la violación de los derechos pertenecientes a su representada, en razón de lo cual se logró que se ordenara el secuestro de los programas de computación ilegalmente reproducidos.

En este sentido, solicita sea declarado el derecho exclusivo de su representada a la explotación de las obras de “Software” o “programas de computación” que producen y se publican con su nombre, es decir, el derecho a su explotación independientemente del cumplimiento de cualquier formalidad y se prohíba la violación de los derechos de reproducción mediante el uso no autorizado o la copia no consentida de los programas de computación, se conmine a multa, la destrucción de los ejemplares y el pago de una cantidad de dinero.

### **DEMANDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS DE LA EMPRESA CEDEL MERCADO DE CAPITALES**

La empresa “CEDEL MERCADO DE CAPITALES”, introduce demanda ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas contra la empresa “MICROSOFT”, sosteniendo ser un tercero afectado por la actividad de las partes, puesto que del acta de la inspección ocular y secuestro decretado, se evidencia que la medida cautelar recayó sobre bienes de una persona jurídica distinta a la controversia, es decir, sobre “CEDEL MERCADO DE CAPITALES C.A.” y no sobre “PROMOTORA CEDEL”, en razón de lo cual solicita indemnización de daños y perjuicios.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La empresa “MICROSOFT CORPORATION”, contesta la demanda basándose en que la demandante no fue un tercero en el proceso introductorio anticipado instado para resguardar los derechos autorales, ya que de la inspección judicial se evidenció y generó una presunción grave de violación de los derechos de explotación que sobre esos

programas de computación tiene su representada, lo que trajo como consecuencia el secuestro de aquéllos cuyo uso no estaba autorizado, y que se encontraban incorporados a los discos duros de las computadoras.

Asimismo, que el artículo 111 de la Ley Sobre Derecho de Autor, dispone el secuestro de todo lo que constituya violación del derecho de explotación “que pertenezca a la persona a la cual está o va dirigida la inspección previa a la medida”, ocurriendo lo mismo con la Decisión 351, la cual prevé como medida cautelar “el cese inmediato de la actividad ilícita”(artículo 56) que puede recaer sobre una persona distinta de aquélla contra quien se solicita, si la actividad existe, dada la necesidad de que la misma cese y se preserven las pruebas correspondientes.

Sostiene igualmente, que la parte demandante admite que los bienes secuestrados le pertenecen, y por inferida lógica, tal y como lo constató el Juzgado que practicó la inspección, los mismos contenían reproducciones no autorizadas, y por otra parte, que la inspección se llevó a cabo en consonancia con las facultades procesales que se le conceden a los titulares de derechos, y en especial, con apego a lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Decisión 351, entre otros.

### **PREEMINENCIA DE LA NORMATIVA ANDINA**

Si bien en el presente caso se invocan las normas de la ley sobre el Derecho de Autor de la República de Venezuela y su Reglamento para fundar el pedido de las medidas cautelares para la protección de los derechos sobre los programas de ordenador, las normas comunitarias contenidas en la Decisión 351 de “Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos” tienen preeminencia sobre el derecho nacional y son las aplicables en estas materias consagradas en el Derecho Andino.

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto el Tribunal entra a considerar el caso de autos.

## CONSIDERANDO:

### I. LAS NORMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

Las normas objeto de interpretación y aplicables al caso, son las siguientes:

#### DECISIÓN 351

**“Artículo 3.-** A los efectos de esta Decisión se entiende por:

(...)

- **“Productor:** Persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador.

(...)

- **“Programa de ordenador (Software):** Expresión de un conjunto de instrucciones 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. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.

**“Artículo 4.-** La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

(...)

- l) Los programas de ordenador;

**“Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

“a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;

“b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

“c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;

“d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;

“e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

**“Artículo 23.-** Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

“En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

“Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas.

**“Artículo 26.-** No constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal.



*“No será lícito, en consecuencia, el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos.*

**“Artículo 54.-** Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

**“Artículo 56.-** La autoridad nacional competente, podrá ordenar las medidas cautelares siguientes:

“a) El cese inmediato de la actividad ilícita.

“b) La incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente decisión, y

“c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

*“Las medidas cautelares no se aplicarán respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para el exclusivo uso personal.”*

## **II. DEFINICIÓN DE PROGRAMA DE ORDENADOR**

La Decisión 351 dispone en el artículo 3 que: “A los efectos de esta Decisión se entiende por:

### **“Programa de Ordenador (software):**

*“Expresión de un conjunto de instrucciones 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 y obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”.*

Por su parte, la Ley Venezolana sobre el Derecho de Autor, en su artículo 17 define el programa de computación como: “(omissis) La expresión en cualquier modo, lenguaje, notación o código, de un conjunto de instrucciones cuyo propósito es que un computador lleve a cabo una tarea o función determinada, cualquiera sea su forma de expresarse o el soporte en que se haya realizado la fijación.”

Según el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual “Es un conjunto de instrucciones que cuando se incorporan a un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina con capacidad para el tratamiento de la información indique, realice o consiga una función, tarea o resultado determinados.” (OMPI, “Glosario”, p. 54)

Como puede observarse, las definiciones citadas son coincidentes al indicar que el programa de ordenador es, en su esencia, un conjunto de instrucciones destinadas a ser incorporadas a un computador con la finalidad de que este pueda llevar a cabo una función determinada.

Así pues, a los efectos de la protección legal debe entenderse que la tutela sobre el programa de ordenador también comprende la documentación técnica y los manuales de uso.

En este sentido, la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana indica expresamente en su artículo 28 que la protección incluye “diagramas de flujo, planos, manuales de uso

y en general, aquellos elementos que conformen la estructura, secuencia y organización del programa.”

### III. EL PROGRAMA DE ORDENADOR COMO OBJETO DE PROTECCIÓN AUTORAL

Dentro de la gama de obras protegidas por la disciplina del derecho de autor, se encuentran incluidos los programas de ordenador o programas de computación.

En el artículo 4 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuando se enuncian a modo ejemplificativo el conjunto de obras que pueden ser objeto de protección autoral, se hace directa referencia a los mismos.

Asimismo, la referida normativa comunitaria establece en su artículo 23 que los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias (programas operativos y aplicativos). En consecuencia, al titular o titulares originarios y derivados de este tipo de creación del intelecto, le asisten los derechos morales y patrimoniales que constituyen el contenido del derecho de autor, los que para su goce durante el lapso previsto en la ley no requieren de un registro previo o inscripción ante la oficina nacional competente, toda vez que opera el principio de tutela o protección automática por el solo hecho de la creación consagrado en el Convenio de Berna, en su artículo 5,2; ya que como señala Delia Lipszyc “A diferencia de lo que ocurre en el derecho de propiedad industrial, el derecho de autor nace del acto de la creación y no del reconocimiento de la autoridad administrativa.” (LIPSZYC, Delia: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”, Ediciones UNESCO, Buenos Aires, 1993, p.68)

### IV. AUTORÍA Y TITULARIDAD

Partiendo del hecho de que el programa de ordenador es una creación intelectual protegida por el derecho de autor, el cual reconoce y garantiza una serie de derechos, es necesario determinar quien debe ser

considerado legalmente su autor y a quien corresponde el ejercicio de tales derechos.

Siendo esto así, conviene precisar en primer término la noción de autor. La doctrina es conteste al señalar que en los países cuya legislación es de tradición latina, tal es el caso de los países miembros de la Comunidad Andina, se considera autor solamente a la persona física que crea la obra, excluyéndose de esta calificación a las personas jurídicas o morales. La Normativa Comunitaria Sobre el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Decisión 351, así lo reconoce al contemplar en su artículo 3 que autor es “la persona física que realiza la creación intelectual”.

Asimismo, la Decisión en referencia consagra una presunción de autor al establecer en su artículo 8: “Se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo, u otro signo que la identifica, aparezca indicado en la obra”. Al respecto señala MILLE “Los programas de computación exhiben normalmente en los envases, etiquetas y documentación de sus ejemplares, así como en sectores de su código fuente y salidas por impresoras y por pantalla las menciones de copyright usuales, generalmente en la forma prevista por el artículo III-1 de la Convención Universal sobre Derecho de Autor”. (MILLE, Antonio: “La piratería de los programas de computación. respuestas a las preguntas más frecuentes”, en: Tercer Congreso Iberoamericano Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, 1997, p. 779).

Distinta a la situación que se presenta en el supuesto de la autoría, es la de la titularidad de los derechos de autor, en relación a la cual se deben distinguir dos aspectos a saber: la titularidad originaria y la titularidad derivada.

El titular originario será siempre una persona física y se corresponde, en consecuencia, con el autor. En tanto que titulares derivados “son las personas físicas o jurídicas que han recibido la titularidad de algunos de los derechos del autor. La titularidad derivada nunca puede abarcar la totalidad del derecho del autor (moral y patrimonial). (LIPSZYC, Delia, ob. cit. p.127).

*El ejercicio de los derechos patrimoniales que se derivan de una determinada obra por una persona física o jurídica distinta del autor, reviste sus particularidades dependiendo que ésta sea producto del ingenio de un solo individuo o de varios, pudiendo presentarse en este caso a su vez tres supuestos: coautoría, obras en colaboración y obras colectivas.*

*Reviste fundamental importancia a los efectos del caso específico del programa de ordenador, lo pertinente a las obras colectivas. “... En la actualidad es raro concebir un programa de ordenador que no sea el resultado de diversas contribuciones individuales, generalmente de difícil o imposible identificación”. (TOBAR CARRION, Bernardo, en “X Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales”, Quito, 1995, p. 371).*

*Por obra colectiva se entiende “Aquella creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona física o jurídica, quien la edita y divulga bajo su nombre, a partir de las contribuciones personales realizadas para tal fin por los autores que han participado en la elaboración, las que se funden en una creación única y autónoma”. (LIPSZYC, Delia, ob. cit., p. 133).*

*Dada la naturaleza compleja de este tipo de obra, en la que es difícil determinar con precisión quienes fueron sus autores, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se ha pronunciado al respecto señalando que “Las obras colectivas participan necesariamente de la situación jurídica de las obras anónimas, aunque con la diferencia de que no existe a su respecto la hipótesis de que el autor revele su identidad” (OMPI: Comentarios al Proyecto de Disposiciones Tipos para Leyes en materia de Derecho de Autor”, Documento CE/MPC/1/2/-III, Ginebra, 1989, p. 36).*

*En tal sentido, el Convenio de Berna en su artículo 15,3 relativo a las obras anónimas y seudónimas establece:*

*“Para las obras anónimas y para las obras seudónimas que no sean aquellas de las que se ha hecho mención en el*

*párrafo 1) anterior, el editor cuyo nombre aparezca estampado en la obra será considerado, sin necesidad de otras pruebas, representante del autor, con esta calidad, estará legitimado para defender y hacer valer los derechos de aquél...”*

*De modo que, en el caso de los programas de ordenador, la titularidad del derecho patrimonial se rige por lo dispuesto en la ley donde se reclame la protección y, a falta de disposición expresa al respecto, deberá aplicarse, cuando corresponda, el régimen previsto para las obras colectivas, siendo entonces el productor quien ostente esa titularidad, en el ejercicio de los derechos patrimoniales que la ley reconoce, salvo pacto en contrario.*

## **V. DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES**

*Dada la protección vía derecho de autor de esta clase de creaciones del ingenio, se reconocen derechos de orden moral y patrimonial a los titulares de los mismos. Estos derechos morales son inalienables e inembargables, imprescriptibles e irrenunciables conforme lo establece el artículo 11 de la Decisión 351 y son exclusivos y confieren los llamados derechos patrimoniales que especifica el artículo 13 de la misma Decisión.*

*Con respecto a la primera categoría, esto es, “los que protegen la personalidad del autor en relación a su obra” (LIPSZYC, Delia, ob. cit., p. 154), en los programas de computación o de ordenador, por tratarse en la mayoría de los casos de obras colectivas, se presentan dificultades en lo que a su ejercicio se refiere.*

*Tales dificultades se derivan del hecho de ser inalienables e irrenunciables, ya que al ser prácticamente imposible determinar la autoría en esta clase de obras, se dificulta el ejercicio directo del derecho por parte de su autor, razón por la cual han tenido que crearse fórmulas dirigidas a garantizar su ejercicio, tales como la presunción de autorización por parte de los autores al productor para la divulgación de la obra y la defensa de los*

derechos morales (solución adoptada por la legislación autoral de países como Perú y Venezuela, entre otros).

Por su parte, los derechos patrimoniales implican la facultad exclusiva del titular de realizar o abstenerse de realizar cualquier acto conducente a la explotación económica de que la obra pueda ser posible (en este caso, el programa de ordenador).

En relación a esta categoría de derechos, la doctrina hace mención a una serie de características, que a su vez constituyen, en ciertos casos, diferencias respecto de los referidos derechos morales:

- a) Es un derecho de contenido ilimitado: Aun cuando en las leyes que regulan el derecho de autor se hace mención a los distintos derechos patrimoniales, debe entenderse que los mismos no están sujetos, como lo señala Delia Lipszyc, a **número clausus** (LIPSZYC, Delia. ob. cit., p.175); por lo que se comprende bajo esta denominación a cualquier forma de explotación de la que sea susceptible la obra.
- b) Estos derechos son independientes entre sí: Fundamental importancia reviste este punto, toda vez que el hecho de haber un titular autorizado o permitido la explotación de su obra, mediante licencia o cesión, no implica que se han consentido las restantes formas de utilización, para las cuales se requerirá de la correspondiente autorización. Por tanto, la licencia o cesión dada sólo surtirá efecto respecto de aquella forma de explotación que se encuentre debidamente especificada, y durante el lapso y lugar geográfico previsto.
- c) Las limitaciones o excepciones son de interpretación restrictiva: "... Están sujetas a número clausus. Son específicas, a diferencia de los derechos, que son reconocidos con

carácter genérico. Por tanto, mientras la ley no establezca expresamente determinada limitación, el derecho exclusivo del autor cubre toda forma posible de utilización de la obra, ya existente al momento de la sanción de la norma o que surja en el futuro como consecuencia del desarrollo tecnológico o de nuevas modalidades en la comercialización de obras y de productos culturales" (LIPSZYC, Delia, ob. cit., p. 177)

- d) La autorización concedida por el titular de una obra para su uso, conlleva la obtención por parte del mismo de una remuneración.
- e) Es disponible, toda vez que es susceptible de ser transmitido a personas distintas de su autor o titular originario.
- f) Finalmente, cabe resaltar que el derecho patrimonial es temporal, y por tanto se extingue una vez cumplido su plazo de duración, que conforme a la Decisión 351 es el de la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

Esta categoría de derechos, señala Delia Lipszyc "Son tantos como formas de utilización sean factibles, no solo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado" (LIPSZYC, Delia, ob. cit., p.175); de donde se desprende que todas aquellas actividades destinadas o dirigidas a la explotación por cualquier medio de la obra protegida sin la autorización previa del titular de los derechos, constituyen un uso ilícito del mismo, salvo que se trate de limitaciones al ejercicio de las facultades de orden patrimonial establecidas en las legislaciones respectivas.

En este sentido, la Decisión 351, en el Capítulo VIII "De los Programas de Ordenador y Bases de Datos", artículo 26 (acápites), establece los hechos que no constituyen reproducción ilegal de un programa de



ordenador, de forma que el derecho de explotación, tal y como se indicara anteriormente, sólo debe entenderse limitado al caso específico dispuesto en la ley. Así, el titular goza del derecho de explotar la obra en la forma que le plazca, y solo éste podrá autorizar otro uso distinto al permitido expresamente en la ley, de modo que el derecho de explotación no conoce otras limitaciones que las establecidas en la misma.

Delgado Porras señala que “dado que con la propiedad se protege el interés de la cosa ‘en la íntegra totalidad de sus posibilidades’ (Pugliati, cit. por Baylos) el monopolio de referencia se extiende a todas las posibilidades de explotación de la obra, sin que sea de aplicación a las mismas el principio de tipicidad legal, que parece necesario en la figura del privilegio y en aquellos sistemas que conservan residuos de ella (Área del copyright [...]) “La propiedad intelectual y la explotación videográfica”, ob. cit., por Delia Lipszyc, p. 176).

Tal principio adquiere especial significación en el caso de los programas de ordenador, toda vez que todas las posibles formas de explotación difícilmente podrían ser previstas.

## VI. LA COPIA DE SEGURIDAD

El artículo 24 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena permite una copia o adaptación de un programa de ordenador de circulación lícita. Sin embargo, para que la misma no constituya un acto de reproducción ilícita, es necesario que concurren los presupuestos establecidos en la norma respectiva, es decir, que la copia sea indispensable para la utilización del programa, esto es, con fines de archivo destinada a sustituir la copia legítimamente adquirida cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.

En razón de la finalidad de esta excepción, el uso de la copia debe estar reservado para el propietario del ejemplar del programa en caso de que el mismo se deteriore o dañe, no pudiendo ser utilizado simultáneamente en otro ordenador, pues de lo contrario se estaría

en presencia de un acto de reproducción ilícita.

## VII. INTRODUCCIÓN DE UN PROGRAMA EN LA MEMORIA INTERNA DEL ORDENADOR

Otra de las limitaciones al derecho de explotación, es la contenida en el acápite del artículo 26 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la cual hace alusión a la permisión de introducción de un programa de ordenador en la memoria interna del equipo para efectos de su exclusivo uso personal.

Así pues, se observa cómo en la norma se establece claramente que cualquier uso que no sea “exclusivamente personal”, constituye una infracción al derecho de explotación conferido por la legislación comunitaria andina. No obstante, en el aparte único del mismo artículo se establece expresamente que como consecuencia de lo anterior, no será lícito su aprovechamiento por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento de su titular.

La calificación de ilicitud dada al supuesto mencionado, obedece a que los derechos patrimoniales del autor son independientes entre sí, toda vez que la autorización concedida para una forma de explotación, como lo es el uso personal, no implica que quien haya obtenido la autorización pueda extender la misma a otras formas de explotación, como lo sería la utilización en redes, pues en ese caso se requiere que medie licencia del titular de los derechos, la cual “Tiene como función específica los límites y condiciones de la autorización concedida por el autor para que un tercero pueda ejercitar todo o parte de sus facultades exclusivas”. (MILLE, Antonio: ob. cit. p. 782)

De forma tal, que el licenciataria sólo podrá explotar la obra única y exclusivamente en los términos que se establezcan en la licencia respectiva conforme a lo expresado en el artículo 31 de la Decisión 351, y quien no haya obtenido licencia no podrá explotar la obra, de

modo que aquéllos que “a pesar de no haber obtenido una licencia del autor para ello copien o usen programas de computación incurrir en las responsabilidades civiles que los regímenes de Derecho de Autor atribuyen a los usurpadores de las facultades exclusivas de los autores respecto de sus obras.” (Idem. Pág. 784)

### **VIII. LA POTESTAD EXCLUSIVA DEL TITULAR DE DERECHOS, PARA AUTORIZAR LA EXPLOTACIÓN DEL PROGRAMA DE ORDENADOR**

Como se indicara anteriormente, sólo el titular o titulares de los derechos sobre una obra, en este caso, un programa de ordenador, podrá explotarla o autorizar su explotación.

En este sentido, el artículo 54 dispone que ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante.

De modo que, ninguna persona distinta al titular de los derechos sobre un programa de ordenador, podrá facultar o permitir su utilización, y todo acto así orientado, debe considerarse violación a la protección conferida por la normativa comunitaria andina.

Igualmente, es solidariamente responsable la autoridad judicial o administrativa que estando en conocimiento de la violación de los referidos derechos, tolere o haga caso omiso de ésta, debiendo entenderse tal hecho una prestación de apoyo para su utilización, toda vez que “apoyo” es amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos negativos o de omisión.

En tal sentido, todo proceder o comportamiento dirigido a secundar, respaldar, proteger o permitir usos no autorizados de obras amparadas por el

derecho de autor, y en este caso, de programas de ordenador, aun cuando se trate de conductas omisivas, encuadran dentro del supuesto de hecho contenido en el artículo 54 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

### **X. MEDIDAS CAUTELARES**

Para Marysol Ferreyros, la importancia del sistema cautelar estriba en:

“1. Muchas de las infracciones que se cometen tienen un carácter temporal y efímero, especialmente en las comunicaciones públicas no autorizadas.

“2. Los ejemplares ilícitamente reproducidos o distribuidos, y los equipos utilizados para la reproducción ilegal, pueden ser desplazados u ocultados rápidamente.” (FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol. “Las acciones y los procedimientos civiles”. El nuevo derecho de autor en el Perú. 1ra Edición. Perú, 1996. Pág. 512)

Delia Lipszyc indica que “Las medidas cautelares que pueden ser solicitadas antes de ser promovida la acción y aún antes de que tenga lugar la infracción, tienen fundamental importancia, como dijimos, tanto para evitar la consumación del ilícito, como para asegurar medios de prueba, bien o el objeto del proceso (omissis). La inmaterialidad de la obra y su don de ubicuidad determinan que una vez que ella ha sido difundida escapa a la custodia del autor o de sus derechohabientes y sea susceptible de ser apropiada, utilizada y transformada sin su intervención”. (LIPSYC, Delia. ob. cit. Pág. 580)

La Decisión 351, en su artículo 56, establece las medidas cautelares que podrá ordenar la autoridad nacional competente de los países miembros de la Comunidad Andina con el fin de asegurar a plenitud el ejercicio de los derechos conferidos por la misma. Entre esas medidas figuran la incautación, el embargo, el decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, cuando haya infracción de los derechos, y la incautación, embargo,

decomiso o secuestro de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito. Así pues, la autoridad nacional competente esta facultada para adoptar las medidas respectivas cuando haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley, con la salvedad de que éstas no podrán recaer respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para exclusivo uso de un solo individuo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de la misma Decisión. La buena fe en el uso de los programas de ordenador comprende los llamados usos honrados y el uso personal que tal como los describe el artículo 3, **in fine** de la Decisión 351 son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicios irrazonables a los intereses legítimos del autor o se trata de una forma de utilización de la obra exclusivamente para uso propio y en casos como de investigación y esparcimiento personal.

Los procedimientos, oportunidad, legitimación del solicitante así como los requisitos para las medidas precautelares y la procedencia de la solicitud, se sujetarán a las normas del derecho nacional, en aplicación del principio excepcional de “complementariedad” entre el derecho comunitario y el derecho nacional.

Por las consideraciones expuestas,

## **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

### **CONCLUYE:**

1. El programa de ordenador está protegido conforme a lo dispuesto en la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en los mismos términos que las obras literarias, razón por la cual le es aplicable todo lo relativo al Régimen de Protección de Derechos de Autor.
2. Por lo general, los programas de ordenador son el resultado del trabajo de un gran número de personas, siendo difícil la determinación de la participación de cada una de ellas en su proceso de creación, por lo que deberá ser aplicado en cuanto a la titularidad de los derechos, lo que disponga la respectiva ley interna y, en su defecto, el régimen que para las obras colectivas haya sido establecido.
3. El derecho patrimonial es de contenido ilimitado, razón por la cual su titular o titulares están facultados para autorizar cualquier forma de explotación de la que pueda ser objeto el programa de ordenador.
4. La transferencia de los derechos de explotación, o la licencia de uso o autorización de uso, deben constar en el contrato respectivo, y sus efectos se limitan a los modos de utilización que allí consten y demás modalidades expresamente convenidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Decisión 351. La autorización o licencia concedida para llevar a cabo una o varias de las formas de explotación del programa de ordenador no incluye las restantes.
5. Constituyen limitaciones al derecho de explotación exclusiva del titular o titulares de los derechos sobre el programa de ordenador, la llamada copia de seguridad y la introducción del programa en la memoria interna del equipo, en los términos contemplados en los artículos 24, 25 y 26 de la Decisión 351.
6. Sólo el titular o titulares de derechos sobre un programa de ordenador podrá autorizar su explotación. En razón de ello, ninguna autoridad o persona natural o jurídica podrá autorizar o permitir la realización de actos dirigidos a la misma.
7. Debe considerarse prestación de apoyo para la explotación no autorizada de una obra, el hecho por el cual una autoridad administrativa o judicial tolere o haga caso omiso de la violación que sobre los derechos de autor se realice, incurriéndose de esa manera en la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 54 de la Decisión 351.

8. *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Decisión 351, la Autoridad Nacional está facultada para ordenar el cese inmediato de la actividad ilícita; la incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción al derecho de autor y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito, a menos que se trate de un ejemplar adquirido de buena fe y para exclusivo uso personal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de dicha Decisión.*

*De conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Tratado de Creación de este*

*Tribunal, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, deberá adoptar la presente interpretación al dictar sentencia dentro del proceso interno 19.650, al que se le notificará, en cumplimiento del artículo 64 del Estatuto de este Tribunal, mediante copia certificada y sellada.*

*Remítase copia debidamente certificada de esta interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial, según lo dispuesto en el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.*