

Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado

Germán Darío Flórez-Acero • Sebastián Salazar
Mayra Alejandra Durán • Juan Carlos Rodríguez-Flórez
Óscar Ricardo Sierra-Marulanda

PRIVADO



JUS-Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de derecho privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y sociojurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento en la comunidad académica.

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN

JUS-PRIVADO:

- Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización
- El aseguramiento de la responsabilidad civil médica
- El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH
- Aprendizaje colaborativo en el estudio de derecho de sociedades
- El concepto de patrimonio y su aplicación en España
- Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría, equilibrio y abusividad
- Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo

GERMÁN DARIÓ FLÓREZ-ACERO. Investigador del grupo GEPI de la Universidad Católica de Colombia. Abogado y profesor de las Universidades Católica, Nacional de Colombia y Javeriana de Cali. Director de la Mesa de Derecho de Autor del Centro de Pensamiento de la Universidad Nacional de Colombia. Master of law in Intellectual Property Queen Mary University of London. Asociado de la firma 1493.

SEBASTIÁN SALAZAR. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Privado Económico de la misma Universidad y Magíster en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje de la Universidad de Heidelberg (Alemania) y de la Universidad de Chile (Chile). Socio de Rincón Cuellar & Asociados, se ha desempeñado como Docente de la Cátedra de Arbitramento Internacional, Tipos Modernos de Contratación y de la de Contratos Civiles y Mercantiles, en el área de Pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y la cátedra de Bienes en la Universidad Católica de Colombia.

MAYRA ALEJANDRA DURÁN. Auxiliar de investigación y estudiante de décimo semestre de derecho de la Universidad Católica de Colombia, ponente de la conferencia Derecho de la Música, en la Universidad de San Andrés de Buenos Aires en septiembre de 2015, funcionaria en el área legal del Archivo General de la Nación.

JUAN CARLOS RODRÍGUEZ-FLÓREZ. Auxiliar de investigación y estudiante de décimo (10) semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; asistente del semillero de Derecho Privado y Propiedad intelectual adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC), exonerado de los exámenes preparatorios por estar dentro de los mejores promedios.

ÓSCAR RICARDO SIERRA-MARULANDA. Estudiante de noveno (9) semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; perteneciente actualmente al semillero de Derecho Privado y Propiedad intelectual adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

Germán Darío Flórez-Acero
Sebastián Salazar • Mayra Alejandra Durán
Juan Carlos Rodríguez-Flórez • Óscar Ricardo Sierra-Marulanda

Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado

DS

PRIVADO 11



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Flórez-Acero, Germán Darío

Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado/ Germán Darío Flórez-Acero, Sebastián Salazar, Mayra Alejandra Durán, Juan Carlos Rodríguez-Flórez y Óscar Ricardo Sierra-Marulanda. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017

134 páginas ; 17 x 24 cm. —(Colección Jus Privado; no. 11)

ISBN: 978-958-5456-02-0 (impreso)

ISBN: 978-958-5456-03-7 (digital)

I. Título II. Serie. III. Salazar, Sebastián IV. Durán, Mayra Alejandra, Rodríguez, Juan Carlos y Sierra, Oscar

1. Tecnología de la información. 2. Tecnología de la comunicación. 3. Acceso a la información. 4. Servicios de información. 5. Propiedad Intelectual

Dewey 346.0482 SCDD ed. 21

Proceso de arbitraje

1.º concepto

Evaluación: 20 de febrero de 2017

2.º concepto

Evaluación: 3 de agosto de 2017

© Universidad Católica de Colombia

© Germán Darío Flórez Acero

Sebastián Salazar,

Mayra Alejandra Durán,

Juan Carlos Rodríguez-Flórez,

Óscar Ricardo Sierra-Marulanda

Primera edición, Bogotá, D. C.

Diciembre de 2017

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gustavo Patiño Díaz

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Mauricio Salamanca

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Flórez-Acero, G. D., Salazar, S., Durán, M. A., Rodríguez-Flórez, J. C. y Sierra-Marulanda, O. R. (2017). *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Flórez-Acero, Germán Darío, Sebastián Salazar, Mayra Alejandra Durán, Juan Carlos Rodríguez-Flórez y Óscar Ricardo Sierra-Marulanda. *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017.

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas N° 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

CONTENIDO

Prólogo	5
Resumen	7
Capítulo 1. El secreto industrial en Colombia. La protección de la propiedad industrial no sometida a registro	9
Introducción	11
Definición de <i>secreto empresarial</i>	13
Mecanismos de protección del secreto empresarial	18
Violación del secreto industrial como causal de competencia desleal.....	18
El secreto industrial como elemento de configuración de eventuales causales de competencia desleal.....	21
Las violaciones al secreto empresarial y su relación con la confidencialidad y los trabajadores	22
Dificultades en la protección del secreto empresarial en Colombia	25
Bibliografía	28
Capítulo 2. La singular protección de programas de computador o <i>software</i> por parte de la propiedad intelectual	31
Introducción	32
El <i>software</i> como objeto de protección del derecho de autor	33
Régimen de protección aplicable: derechos de autor y patentes	35
Protección del <i>software</i> por medio del derecho de autor	36
Protección del <i>software</i> por medio del derecho de autor en Colombia	43

Protección del <i>software</i> por medio de las patentes. Análisis desde el derecho estadounidense	48
La patentabilidad del <i>software</i> en Colombia	54
Conclusiones	57
Bibliografía	61
Capítulo 3. El concepto de plagio en la industria musical	67
Introducción	68
La música y el sonido	69
El objeto y los sujetos de protección de la obra musical	74
Alcance y contenido de los derechos de autor	76
Derechos conexos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas	78
El plagio en las obras musicales	81
Plagio inteligente	82
Plagio evidente	84
Aproximación del <i>common law</i> al derecho moral de paternidad	84
Caso de George Harrison por la canción <i>My Sweet Lord</i> . Plagio evidente	86
Caso Pharrel Williams. Plagio inteligente	88
Conclusiones	89
Bibliografía	91
Capítulo 4. La publicidad engañosa: estudios críticos	95
Introducción	96
Historia del consumidor	99
Concepto de consumidor	104
Normativa de protección al consumidor	105
Origen e historia de la publicidad engañosa	111
Criterios filosóficos de protección de la publicidad engañosa	114
Regulación normativa de la publicidad engañosa	115
Limitantes de la publicidad engañosa	116
Ilícita	117
Engañosa	117
Desleal	117
Comparativa	118
Concepto de la genialidad creativa	118
Distinción entre publicidad engañosa y genialidad creativa	120
Análisis del <i>common law</i> vs. el derecho colombiano (Ley 1480 de 2011)	122
Conclusiones	127
Bibliografía	129

PRÓLOGO

Sin duda alguna, el moderno derecho de bienes contiene aquellos activos de los llamados intangibles o inmateriales, que hoy corresponden a bienes absolutamente valiosos para las compañías y cuya protección jurídica se hace indispensable si se quiere tener éxito en el actual desarrollo de los negocios.

Estos bienes intangibles provienen de la propiedad intelectual, rama del derecho que se encarga del estudio de las creaciones del intelecto humano. Dichos bienes pueden derivarse de la propiedad industrial, en la que tenemos los signos distintivos, las patentes, los diseños industriales y los secretos empresariales, entre otros.

Igualmente, el derecho de autor, como otra de las ramas de la propiedad intelectual, tiene en su haber la protección de aquellos bienes intangibles que representan el corazón del desarrollo de las industrias creativas o del entretenimiento. Entre estos bienes se relacionan los derechos tanto de carácter moral como patrimonial de programas de computador (*software*) y de obras musicales, editoriales, audiovisuales, etc.

El entendimiento de la protección legal de este tipo de bienes intangibles se hace por demás necesario en el moderno derecho privado, ya que estas nuevas disciplinas jurídicas representan un peso importante en el desarrollo de una gran cantidad de industrias del sector productivo del país.

De la misma forma, es importante determinar en qué casos estas industrias y cualquier compañía en el curso del desarrollo de sus negocios dan a conocer al

público publicidad sobre sus productos o servicios. Sin embargo, esta publicidad en determinados casos puede constituir una conducta antijurídica, cuando no es verídica y, por ende, induce al consumidor al engaño por medio de la figura llamada “publicidad engañosa”, que está reseñada claramente en nuestro Estatuto del Consumidor o Ley 1480 de 2011.

Estas reflexiones hacen parte del presente libro, el cual busca otorgar nociones al lector acerca de la protección de los bienes intangibles del secreto industrial, relacionado con la propiedad industrial y las obras musicales y de *software* derivadas del derecho de autor. Estos estudios parten siempre de las definiciones jurídicas de cada una de las figuras, para dar paso al estudio a partir de la legislación, con casos ilustrativos tanto en el derecho nacional como en jurisdicciones comparadas.

Así mismo, el estudio de la publicidad engañosa parte de su definición general a lo particular, con arreglo a las normas aplicables en nuestro país, haciendo un análisis de dónde podríamos trazar una línea entre las normas que regulan esta protección al consumidor y la genialidad de los creadores de este tipo de publicidad.

Germán Darío Flórez-Acero
Investigador de la Universidad Católica de Colombia

RESUMEN

Este libro es un esfuerzo investigativo del grupo de Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPi) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia en el marco del proyecto "Constitucionalización del derecho privado y propiedad intelectual" de la línea Propiedad intelectual. En esta obra se abordan temas relacionados con el estudio del derecho privado y la propiedad intelectual en el contexto de las nuevas tecnologías. Así mismo, se estudia la relación que hay en el derecho de consumo, principalmente con el concepto de publicidad engañosa. El libro está constituido de cuatro capítulos en los cuales se hace un análisis de cada una de las figuras jurídicas, así como de las normas aplicables, y se señalan casos ilustrativos para cada temática, tanto de jurisdicciones nacionales como internacionales.

Para el presente texto se han escogido tres temas fundamentales alrededor de activos intangibles que pertenecen a la propiedad intelectual y uno sobre el derecho de consumo. En primer lugar, los secretos industriales, ya que hacen parte de la información más preciada por las compañías en el desarrollo de su objeto comercial. En segundo lugar, guardando una relación con la industria y las nuevas tecnologías de información, se escogió el estudio de la protección del *software* tanto desde el punto de vista del derecho de autor como desde la propiedad industrial, analizando sus ventajas y desventajas en un marco comparado, de cara a las nuevas tendencias que empiezan a hacer eco en Colombia. En tercer lugar, continuando con las nuevas tecnologías de la información y las llamadas

industrias del entretenimiento, se hizo un análisis de las obras musicales como bien intangible y del concepto de plagio alrededor de su explotación, comercial. Precisamente se escogió la música porque es esta industria la que más cambios ha tenido desde la masificación de las tecnologías de información, principalmente internet. Finalmente, se escogió el tema de los consumidores desde la óptica de la publicidad engañosa, ya que la relación entre propiedad intelectual y derecho del consumo es cada vez más estrecha, principalmente porque los diferentes activos de propiedad intelectual explotados por las pequeñas y medianas industrias están destinadas a los consumidores. En consecuencia, este último capítulo hace un recuento integral sobre la evolución y las modalidades de la publicidad engañosa y su relación con el concepto de genialidad creativa.

EL SECRETO INDUSTRIAL EN COLOMBIA. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL NO SOMETIDA A REGISTRO

Sebastián Salazar*
Germán Darío Flórez-Acero**

Resumen

Desde antes de la llegada de la cuarta revolución industrial, la información y el desarrollo de nuevas tecnologías y procesos han sido —y seguirán siendo incluso más en el futuro— un interés central de las compañías en todo el mundo. Sin embargo, una gran cantidad de estos desarrollos no cumplen los requisitos para ser convertidos en patentes o, como también es posible e incluso algo recurrente, su nivel de secreto, el constante movimiento del mercado y la velocidad de los

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Privado Económico de la misma universidad y Magíster en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje de la Universidad de Heidelberg (Alemania) y de la Universidad de Chile (Chile). Socio de Rincón Cuellar & Asociados. Se ha desempeñado como docente de la Cátedra de Arbitramento Internacional, Tipos Modernos de Contratación y de la de Contratos Civiles y Mercantiles, en el área de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y la cátedra de Bienes en la Universidad Católica de Colombia.

** Investigador del grupo GEPPi de la Universidad Católica de Colombia. Abogado y profesor de las universidades Católica, Nacional de Colombia y Javeriana de Cali. Director de la Mesa de Derecho de Autor del Centro de Pensamiento de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor invitado de las universidades de Alicante, Buenos Aires, de Chile, San Andrés de Buenos Aires y Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Master of Law in Intellectual Property, Queen Mary University of London. Asociado de la firma 1493.

desarrollos tornan innecesario o poco interesante para las compañías el registrar dichos desarrollos. Como resultado, tanto las compañías como las legislaciones han necesitado adaptarse para encontrar nuevas formas de proteger esta clase de desarrollos y castigar a quienes, por diversos medios, traten de apropiarse de dichos conocimientos para ganar una mejor posición en el mercado, a menudo en detrimento del secreto y los intereses del desarrollador original. Este capítulo describe, determina y analiza las formas que las legislaciones colombiana y andina han diseñado para proteger estos importantes secretos, como una forma de propiedad inmaterial.

Palabras clave: Bienes inmateriales, secreto empresarial, propiedad intelectual, *know how*, competencia desleal, violación de secretos empresariales, responsabilidad de directivos, contratos de transferencia de conocimientos, propiedad industrial, derecho de propiedad industrial no sometido a registro.

Abstract

Worldwide, even before the breaking of the fourth industrial revolution, information and development of new technologies and processes has been, and will be even more in the future, a central interest of companies all over the world. Now, some (a large amount) of those developments do not fulfill the requirements to be turned into patents or, as is also possible and quite recurrent, its level of secrecy and the constant movement of the market and speed of developments make it unnecessary or uninteresting for companies to register such developments. As a result, both companies and legislations have needed to adapt to find ways to protect this kind of developments and to punish those who, by diverse means, try to appropriate this knowledge to gain a better position in the market, often in open detriment of the original developer of the secret. This chapter is oriented to describe, determine and analyze the ways Colombian and Andean law has devised to protect these very important secrets, as a form of immaterial property.

Keywords: Immaterial property, trade secrets, intellectual property, know how, unfair competition, infringement of trade secrets, liability, transfer of technology contracts, industrial property, no registration of industrial property.

Introducción

En el mundo contemporáneo, la importancia de la información para las empresas es innegable.¹ Asimismo, se torna en un asunto de central relevancia determinar mecanismos que permitan a las empresas salvaguardar la información desarrollada, de cualquier índole, por cuanto de ella puede —y, en efecto, en muchas ocasiones sucede— depender su futuro y supervivencia en el mercado.

Como desarrollo necesario de lo anterior, se llega a la conclusión directa de que hay diversas naturalezas en la información que se genera dentro de una compañía y que las distintas clases de esta tienen diversos niveles de relevancia para cada empresa.

Esta información puede tomar la forma de desarrollos científicos innovadores con su aplicabilidad en el mercado, los cuales, por su definición y extensión misma, pueden catalogarse dentro de aquellos desarrollos que las normas nacionales e internacionales han reconocido y protegido bajo la figura de las patentes.²

No obstante, es también posible que las características de la información desarrollada no lleven a otorgarle la posibilidad de ser patentada, mas no por ello se debe concluir que no merece protección, como forma especial de propiedad inmaterial de los comerciantes.

Debe anotarse que no es solamente la imposibilidad de patentar la información o desarrollo lo que lleva a las empresas a no realizar dicho procedimiento, sino que también ha sido reconocida por la doctrina la posibilidad latente y recurrente de que aun desarrollos potencialmente patentables no lo sean por desinterés de las empresas mismas en realizarlo, porque la fuerza de ventaja ofrecida por el desarrollo es esperada por un término muy corto (dada la constante movilidad y el vertiginoso desarrollo de cada vez más industrias en el mundo), porque consideran largos, engorrosos y/o costosos los trámites para la obtención de la patente o, incluso, porque el nivel de secreto del desarrollo y su aplicación permiten

¹ L. Torres Citraro, "La importancia de los activos intangibles en la sociedad del conocimiento", *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 18 (2014): 5-34.

² Ver entre otros: Gerhard Schriker, *Derecho de patentes: Observancia en distintos países* (Buenos Aires: Depalma, 2003) y Carmen Salvador Jovaní, *El ámbito de protección de la patente* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002).

mantenerla completamente aislada del público, haciéndose innecesario o demasiado riesgoso compartir esta información, aun con una oficina de patentes.³

Como consecuencia de lo anterior, las legislaciones nacionales —e incluso provenientes de organizaciones internacionales o supranacionales— han llevado a la conclusión de que dicha información debe ser protegida. Surge, entonces, como un derecho de propiedad industrial cuya protección no se da a partir del registro, incluso no está sometido a registro alguno que conceda exclusividad, como sucede con aquellos derechos de propiedad industrial sometidos a uno. Al respecto y derivado de la naturaleza del llamado “secreto industrial” se ha dicho: “Este bien inmaterial no está amparado por una exclusiva legal sino por una simple exclusiva de hecho que se evapora con la divulgación”.⁴

De lo anterior, como se verá más adelante en el presente capítulo, se empiezan a evidenciar elementos intrínsecos a la protección de este tipo de información, particularmente un elemento que si bien no es único, sí reviste una gran importancia, como lo es el carácter secreto de la información. A partir de esto se llega, por supuesto, hasta las constantes afirmaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, al analizar la protección de estos derechos en el marco de los procesos por competencia desleal,⁵ acerca de la necesidad de que dicha información sea, en efecto, secreta y de que el poseedor de esta tome las medidas requeridas y suficientes para que esta se mantenga de esa forma.⁶

Es precisamente el propósito del presente escrito presentar de forma sucinta los diversos mecanismos de protección de los secretos empresariales, como parte de los bienes inmateriales de propiedad de las compañías, haciendo énfasis en el inexorable vínculo entre la protección legal y la importancia económica y estratégica para los empresarios colombianos de delimitar y poner en práctica estrategias que les permitan proteger de forma más eficiente sus inversiones y compañías.

³ Sidney Alex Bravo Melgar, *Contratos modernos empresariales* (Lima: FECAT, 1999) 150.

⁴ José Antonio Gómez Segade, “Los bienes inmateriales en el anteproyecto de ley del Código Mercantil”, En *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illiescas Ortiz*, 129 (Getafe, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015) 129.

⁵ Regulada principalmente en la Ley 256 de 1996, en su artículo 16. Congreso de Colombia.

⁶ Por ejemplo, en la Sentencia 16 del 23 de octubre de 2010 “Por la cual se decide un proceso por competencia desleal” Chicle Adams S.A. contra Confites Ecuatorianos S.A. C.A. y Confitecol S.A., Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales.

Así este análisis comienza ubicando el secreto empresarial en su calidad de bien inmaterial, separándolo, por lo tanto, de los bienes materiales que, bajo la concepción tradicional, han sido históricamente priorizados en su protección por el mundo del derecho.

Igualmente, se analizarán los principales mecanismos de protección que recibe en la legislación colombiana el secreto industrial, resaltando los que, según se sostiene en el presente escrito, están llamados a tener un papel preponderante, delimitados en el marco de la protección contra la competencia desleal y de la protección derivada de los acuerdos contractuales diseñados en tiempos recientes precisamente con el fin de permitir el flujo protegido de este tipo de bienes inmateriales.

Realizados estos análisis, se habrá evidenciado el funcionamiento de dicha protección y su aplicación jurisprudencial, para concluir con la identificación de las dificultades que encuentran los empresarios al momento de proteger su información confidencial, identificando igualmente las recomendaciones puntuales y las prácticas que permitirían, con mayor certeza, tomar medidas tanto preventivas como remediales a las potenciales violaciones de su información.

Definición de *secreto empresarial*

El secreto empresarial, de conformidad con las normas aplicables en Colombia, constituye un tipo de bien inmaterial.

Si bien el Código Civil Colombiano se refiere a los derechos reales como aquellos que recaen sobre una cosa corporal,⁷ también debe afirmarse que dicha concepción tradicional ha sido superada ya históricamente en nuestra legislación.

Ante todo, cabe resaltar que, dada nuestra innegable tradición romana, el trasfondo histórico del derecho de propiedad se remonta a la concepción histórica de los derechos reales que recaen únicamente sobre bienes materiales:

Entre los romanos la propiedad no existió sino sobre las cosas corporales; el hombre tuvo conciencia primeramente del derecho de dominio, que es poder sobre cosas corporales. Mediante la ocupación adquirió el dominio, es decir, la totalidad de los poderes a que podía aspirar sobre las cosas. Si mediante la ocupación fue dueño, si esta no podría tener lugar sino sobre cosas *corporales*, no podía desvincularse de

⁷ Como sucede por ejemplo en el artículo 669 del Código Civil Colombiano.

la noción de propiedad la figura de las cosas corporales. De aquí que siguiendo la doctrina romana, nuestro Código diga que propiedad o dominio es el derecho sobre una cosa *corporal*.⁸

No obstante, la misma jurisprudencia ha venido a reconocer la forma como históricamente la ley prescribió la existencia de derechos reales sobre bienes inmateriales, como fue dicho por la Corte Suprema de Justicia al analizar la situación de la propiedad intelectual: “En desarrollo de ese amparo constitucional, desde el mismo año de 1886 (Ley 32, sancionada en octubre) y antes en 1835 el legislador se ha ocupado de brindar garantías indispensables a la propiedad intelectual”.⁹

Como consecuencia de todo lo anterior y entrando a reevaluarse históricamente la protección y existencia de derechos sobre bienes distintos de los materiales, se han venido desarrollando teorías que propugnan por la protección de los derechos inmateriales, partiendo incluso de la relevancia que estos derechos han venido a ocupar en el marco de la economía contemporánea, donde los activos inmateriales de una empresa pueden, con relativa facilidad, representar un valor superior al de la totalidad de los bienes materiales pertenecientes a la misma.¹⁰

En este sentido, la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Nacionales, en su artículo 260, define el *secreto empresarial* así:

Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero.¹¹

Derivado de lo anterior, se pueden determinar en cuanto a la naturaleza del secreto que este puede tratarse de cualquier tipo de información que no haya sido

⁸ José J. Gómez R., *Bienes* (Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2001) 55. Cursivas originales.

⁹ Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de 10 de febrero de 1960*.

¹⁰ Como menciona la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: “En varios casos, las empresas se han dado cuenta de que sus activos de propiedad intelectual son de hecho más valiosos que sus activos físicos. Esto sucede a menudo en el caso de las empresas que funcionan en sectores muy innovadores y en los que priman los conocimientos, o en el de empresas que poseen una marca notoriamente conocida”. *El valor de los activos de propiedad intelectual* (www.wipo.int/sme/es/ip_business/ip_asset/value_ip_assets.htm).

¹¹ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 486 de 2000, Régimen común sobre propiedad industrial* (http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=223651) art. 260.

divulgada (por lo tanto, secreta), mientras tenga aplicación productiva, industrial o comercial.

En este sentido, los secretos empresariales pueden tratarse desde medios específicos de producción, información incluso susceptible de ser patentada, hasta innovadores medios de desarrollar una industria y, en el más común de los casos, información de índole comercial.

Así las cosas, podrá ser considerado desde el punto de vista comercial como secreto industrial la lista de clientes o de proveedores de una compañía, sus estrategias comerciales cuando no sean públicas, su lista de precios o los convenios celebrados con otros actores en el mercado (mientras sean hechos al amparo de las leyes).¹²

No obstante lo anterior, la legislación citada continúa estableciendo ya no requisitos en cuanto a la naturaleza de la información que compone el secreto, sino a la forma en que la misma debe existir, desarrollando condiciones específicas que, en caso de no darse, tornarán en imposible la protección de la información, aun si se enmarcan en aquella susceptible de ser secreto industrial. Por lo anterior, la norma precitada afirma, como requisitos del secreto, que la información deberá ser:

- a) secreta, en el sentido de que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o,

¹² Ver Carlos Payán Rodríguez, "Secreto empresarial, vigencia como mecanismo de protección en la propiedad intelectual", *Revista Propiedad Inmaterial*, n.º 15 (2011): 207-224, al afirmar: "los secretos comerciales son los que se relacionan con el sector puramente comercial de la empresa (venta, publicidad, relaciones con los consumidores y proveedores, etc.) Habrá empresas que dispongan de secretos industriales y comerciales: así, por ejemplo, las que se dedican a la fabricación de bienes, productos o servicios para el mercado; en cambio, las que solo intervienen en la actividad de mediación dispondrán únicamente de secretos comerciales (por ejemplo, empresas de financiación)".

a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.¹³

Esta definición se relaciona directamente con lo contemplado en la normativa multilateral de la Organización Mundial del Comercio, que igualmente prevé la obligación de los Estados miembros¹⁴ de proteger la información no divulgada.¹⁵

Ahora, en cuanto a la definición misma, se puede entonces encontrar que la norma establece los tres requisitos citados, donde se imponen por separado condiciones para la protección y caracterización de la información como secreto industrial.

Así, en primer lugar, se exige que, por supuesto, la información tenga el carácter de secreta, en el sentido de que esta —o la suma de sus componentes— no sea de amplio o fácil conocimiento para las demás personas que actúan en la economía. Sin embargo, ha de notarse que al referirse a la “configuración y reunión precisa de sus componentes”, la norma permite considerar como secreto una especial conjugación de factores de mercado potencialmente conocidos; es decir, aun información pública o de amplio conocimiento podrá ser secreto industrial, específicamente en la forma en que la configuración dada a dicha información sea particular y secreta para la compañía que la posee.

Para esclarecer el punto anterior conviene dar un ejemplo. En materia de listas de clientes, es perfectamente conocido que el comerciante *A* es comprador habitual de un cierto material o bien, por cuanto hace parte de los insumos que las compañías de este tipo adquieren con frecuencia. No obstante, la configuración de la totalidad de una lista, con diversos comerciantes, como el mencionado *A*, en cuanto a sus rutinas de compra, mecanismos, formas de adquisición, precios, personas, datos de contacto y periodicidad de compra, entre otras, puede perfectamente llegar a tener, dadas las circunstancias, la especificidad suficiente exigida por la norma.

Continuando, la información debe tener un valor comercial, mas este debe provenir de su carácter secreto. Es decir, si la información en comento no pierde

¹³ Ibid.

¹⁴ De la cual Colombia es miembro desde el 30 de abril de 1995.

¹⁵ Al respecto ver OMC, *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio* (Ginebra: OMC, 1995) art. 39.

su valor por el hecho de ser divulgada, sino que, por el contrario, se mantiene incólume a tal situación, no está llamada a ser un secreto industrial. Por lo tanto, la norma no solo exige que la información tenga un valor, sino que este debe derivarse de su carácter secreto.

Por último, como se verá luego —específicamente en el trato que se ha recibido desde el punto de vista de la jurisprudencia en materia de competencia desleal—, se exige que el empresario poseedor de la información haya tomado medidas razonables y suficientes para mantenerla secreta. Por lo tanto, un comerciante poco diligente, que exponga su información confidencial a terceros (e incluso a empleados) sin delimitar adecuadamente o dar cuenta de su carácter confidencial o, en general, sin establecer parámetros suficientes para salvaguardarla, no recibirá protección a su información.

Esta es la definición directamente aplicable al secreto industrial, aunque este también se menciona en diversos cuerpos normativos, principalmente en cuanto a los mecanismos de protección, que se discutirán en adelante, partiendo de la regulación en competencia desleal,¹⁶ su aplicación y sus efectos en materia laboral,¹⁷ dejando de lado la también existente regulación penal,¹⁸ que no será, sin embargo, parte del presente análisis.

En todo caso, evidenciando que la concepción aplicable en Colombia sobre el secreto industrial se encuentra acorde con las tendencias internacionales actuales, cabe resaltar la definición que de *secreto comercial* se da en la más reciente directiva de la Unión Europea sobre el tema:

A los efectos de la presente Directiva se entenderá por:

1) “secreto comercial”: la información que reúna todos los requisitos siguientes:

a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;

b) tener un valor comercial por su carácter secreto;

¹⁶ Schriker, *Derecho de patentes*. Salvador Jovaní, *El ámbito de protección de la patente*.

¹⁷ Código Sustantivo del Trabajo, art. 58, num. 2.

¹⁸ Código Penal Colombiano, art. 308.

c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control.¹⁹

Esta definición de secreto empresarial concuerda ampliamente con la ya citada, presente en la Decisión 486 de 2000.

Mecanismos de protección del secreto empresarial

Habiendo delimitado la materia sobre la que versa el análisis de la protección brindada en Colombia, corresponde ahora realizar un análisis puntual de los mecanismos de protección que existen y que se han desarrollado para proteger dichos derechos.²⁰

Como se mencionó, uno de los elementos más importantes para la protección de los secretos industriales yace en la protección contra la competencia desleal, que se analizará a continuación con una revisión de la jurisprudencia en la materia.

Violación del secreto industrial como causal de competencia desleal

No solo en Colombia, sino también en diversas partes del mundo, es recurrente la protección ofrecida a la información confidencial de las empresas por medio de las regulaciones relativas a la competencia desleal.

En Colombia, la Ley 256 de 1996 establece:

“Artículo 16. Violación de secretos. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

¹⁹ Unión Europea, *Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas* (<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=16435>).

²⁰ En Respuesta a Consulta emitida bajo radicado 12-212614 de 9 de enero de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó un listado de las normas que en Colombia están llamadas a proteger el secreto empresarial.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia el artículo 2o. de este Ley.

Como puede verse, entonces, el divulgar información considerada secreto industrial constituye un acto de competencia desleal a la luz de la legislación colombiana, aun cuando dichos actos no hayan sido realizados con la intención o efecto de mantener o mejorar la posición en el mercado de un competidor.

Dos elementos de contextualización se tornan necesarios antes de realizar el análisis jurisprudencial del manejo dado a la precitada causal. Primero, debe resaltarse que el objetivo de la Ley 256 de 1996 es “garantizar la libre y leal competencia económica”, por medio de “la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1° del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994”.

Segundo, debe puntualizarse que la norma contempla la posibilidad de que la violación ocurra por personas que tuvieron acceso legítimo a la información y tenían deber de conservarla en reserva (como puede suceder en el caso de los trabajadores de la compañía o de potenciales aliados comerciales a quienes se les entregue dicha información con el fin de analizar la futura alianza) o por terceros que obtuvieron de forma ilegítima el acceso a la información confidencial.²¹ En ambos casos existe la potencialidad de que se pueda pretender la existencia de actos desleales.

Ante todo, debe puntualizarse que el secreto industrial surge en cuanto a los derechos de su poseedor sobre él, sin necesidad de registro o trámite alguno, siendo, por lo tanto, un bien inmaterial, como parte de la propiedad industrial de las empresas, que no está sometido a registro.²²

Se analizará ahora lo que ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la competencia desleal:

Un elemento de gran relevancia al momento de ofrecer protección al secreto por la vía de la competencia desleal ha sido precisamente la obligación del poseedor de la información de realizar esfuerzos suficientes por conservar en secreto la información a proteger. Se ha reconocido, sin embargo, que no hay requisitos específicos en cuanto

²¹ Ricardo Metke Méndez, *Lecciones de propiedad industrial III* (Medellín: DIKÉ, 2006) 202.

²² Sobre el particular véase Superintendencia de Industria y Comercio, *Concepto No. 11-165291* (Bogotá: SIC, 2011) 3.

a la forma de cumplimiento de esta obligación, mas sí que el que reclame que se ha violado su secreto industrial como causal de competencia desleal, deberá correr con la carga de utilizar mecanismos razonables y adecuados, dependiendo la naturaleza, extensión y características de esto a cada caso concreto, orientados a impedir el fácil acceso de terceros a la información secreta.²³

En este sentido, queda claro que el solo desarrollo de la información, sea esta por la originalidad de la misma en su totalidad o por constituirse en una suma de diversas informaciones potencialmente públicas en su individualidad, no bastará para la protección, sino que será necesario, además, un mediano deber de prudencia y responsabilidad en la conservación de dicha información.

Conservar la información como secreta se torna, entonces, indispensable, no solo por la concepción del ente encargado en la materia, sino, además, por la misma Decisión 486 de 2000 precitada, que en su artículo 263 prevé: “La protección del secreto empresarial perdurará mientras existan las condiciones establecidas en el artículo 260”.²⁴

De la anterior norma se desprende un elemento adicional de alta relevancia: el secreto industrial, como forma de propiedad inmaterial y sujeto a protección, podrá tener un carácter indefinido en el tiempo, otorgándosele protección de forma permanente y sin límite temporal, contrario a lo que sucede, por ejemplo, en materia de patentes, cuya exclusividad es dada por un período limitado (20 años²⁵), o en el caso de las marcas, en las cuales, si bien las renovaciones del término de diez años pueden ser consecutivas e ilimitadas, dependen del trámite mismo de la renovación y, eventualmente, podrán ser canceladas en caso de, por ejemplo, no ser usadas efectivamente.²⁶

Todo lo anterior parte de la norma misma y de su interpretación por el ente encargado, por lo cual se abordará ahora el tratamiento que desde el punto de vista jurisprudencial debe darse a la protección de los secretos industriales.

²³ Superintendencia de Industria y Comercio, *Concepto No. 03019267* (Bogotá: SIC, 2011).

²⁴ Comunidad Andina, *Decisión 486 de 2000*, art. 263.

²⁵ *Ibid.*, art. 50.

²⁶ Manuel Guerrero Gaitán, Carlos Felipe Payán y Pablo Velazco, *El nuevo derecho de marcas: Perspectivas en Colombia, Estados Unidos y la Unión Europea* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016) 280. Ver también OMC, *Acuerdo sobre los aspectos*, art. 19.

Cabe anotar que del universo de casos adelantados ante la Superintendencia de Industria y Comercio en los que se alega la incursión del demandado en actos contrarios al artículo 16 de la Ley 256 de 1996 (violación de secretos), un muy bajo porcentaje ha encontrado razón en la pretensión del demandante y han proferido condena por ello. Se analizarán a continuación algunos de estos.

El secreto industrial como elemento de configuración de eventuales causales de competencia desleal

En la sentencia de 13 de octubre de 2010, la pretensión del demandante relativa a la alegada violación de su secreto industrial fue desestimada. En este caso se manifestó:

[...] el empaque, diseño y presentación externa del chicle de la accionante no podía considerarse como secreto, no solo por su propia naturaleza sino, porque además, no fue de difícil acceso a terceros desde antes del lanzamiento del producto.

En el presente caso, se analiza entonces la afirmada calidad de un producto por salir al mercado (empaque de gomas de mascar) que fue luego reflejado por la competencia, por lo cual el actor alegó que se trataba de una violación de su secreto industrial.

En la decisión negativa a las pretensiones incoadas, se demostró que, por la naturaleza misma del alegado secreto y por el actuar del comerciante, no se cumplía con el primer requisito del artículo 260 de la Decisión 486 de 2000, por lo que se decidió no continuar con el análisis de los dos restantes.

Así, como se mencionó, se concluye de este caso que la pretensión de declaración de competencia desleal no fue acogida y que incluso no llegó a analizarse si se habían violado las normas sobre la materia, ya que el fallador observó que ni siquiera se cumplía el requisito de que se tratara en efecto de un secreto industrial.

Por otro lado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 18 de junio de 2014, decidió en segunda instancia una controversia suscitada entre una empresa y un particular cuya vinculación con la Compañía era objeto de discusión entre las partes.

Uno de los argumentos esbozados por la demandante consistía en que el demandado había sustraído información de su compañía para darle uso comercial posterior (creó una compañía independiente para comercializar los mismos

productos en el sector del petróleo y del gas). No obstante, el Tribunal manifestó al respecto:

[...] no aparece probada en el proceso la sustracción y aprovechamiento de algún tipo de información: a) no puede tratarse de los potenciales clientes respecto de los cuales pudiera decirse que los demandados sólo podían tener acceso a través de la demandante. Los usuarios de los productos del petróleo y gas en Colombia son públicamente conocidos, incluso existe el Directorio Petrolero de Colombia en el que pueden ser contactados [...].

Con esta posición, se fundamenta una vez más el criterio en comento: el secreto industrial, para ser objeto de protección, debe estar compuesto por información secreta que no pueda ser fácilmente obtenida por cualquier persona. En el presente caso, se desestimó el carácter secreto de la información supuestamente sustraída, por cuanto era de acceso público.

Las violaciones al secreto empresarial y su relación con la confidencialidad y los trabajadores

La relación entre el acceso a información privilegiada por parte de los trabajadores merece igualmente especial atención.

En la Sentencia del 26 de septiembre de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio analizó la pretensión de competencia desleal elevada por violación de secretos por parte de una compañía en contra de su antiguo empleado. En la demanda, el demandante afirmó que el empleado había trabajado como director comercial de la empresa y que, pese a existir una cláusula de confidencialidad en su contrato, divulgó información secreta obtenida por su calidad de empleado, con lo cual se benefició.

Al analizar el caso, la Superintendencia encontró:

[...] comoquiera que no se probó en qué consistía el proceso de fabricación, por qué resultaba diferente del estado público de la técnica y cómo se limitó su público conocimiento, no podrá declararse probado el acto de violación de secretos abordado.²⁷

²⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, *Sentencia No. 0628 26 de septiembre de 2011 "Por la cual se decide un proceso por competencia desleal" PELANAS SAS. contra Claudia Paola Gutiérrez Cárdenas y Jorge Alejandro Cuineme Duarte* (Bogotá: SIC, 2011).

Al concluir lo anterior, la Superintendencia reiteró la necesidad y obligación, en cabeza de los propietarios de información confidencial constitutiva de secretos empresariales, de tomar medidas razonables y suficientes para mantenerla secreta y protegerla, entendiéndose que aun en los casos en que exista un acuerdo o cláusula de confidencialidad con sus trabajadores, recae sobre el empleador la obligación de determinar suficientemente qué información es confidencial y la forma como deberá protegerse, y no basta únicamente afirmar que toda o parte de la información recibida por un trabajador, en ejercicio de sus actividades, es confidencial.

No obstante, al analizar otros casos relevantes, en la Sentencia 31714 del 19 de noviembre de 2003²⁸ la Superintendencia de Industria y Comercio encontró que, en efecto, se había violado el artículo 16 de la Ley 256 de 1996 en un proceso en el cual un empleador demandaba a su anterior representante legal por sustraer información confidencial y secreta de la compañía. Para el particular, se encontró:

[...] dicha información contiene y permite establecer la estrategia competitiva de la compañía, refleja la estructura de costos de los bienes y servicios que se ofrecen, así como la potencialidad de ingresos que se espera alcanzar, las necesidades, riesgos, trayectoria comercial de los clientes, su nivel de crédito y cumplimiento y, en general, el pasado, presente y las expectativas y estrategias futuras del negocio.²⁹

El demandado, en su calidad de gerente de la compañía demandante, era el único que contaba con acceso a la información en comento, la cual no se daba a conocer a ningún otro funcionario de la empresa; sumado a esto, se demostró que la sociedad demandante en efecto implementaba mecanismos razonables y suficientes para mantener dicha información secreta.

Como último caso de análisis (aclarando que el universo de casos que han tratado el asunto en los últimos años es evidentemente superior), en la Sentencia 1647 del 30 de diciembre de 2011 la Superintendencia encontró que, en efecto, se había configurado un acto de competencia desleal por la violación de los secretos imputados al demandado. La discusión se desarrolló como consecuencia del uso de información secreta por parte de un colaborador (uno de los demandados)

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, *Sentencia No. 31714 del 19 de noviembre de 2003. "Por la cual se decide un proceso por competencia desleal" de Cabarría y CIA S.A. contra Grafix Digital S.A. y Édgar Consuegra Aguilar* (Bogotá: SIC, 2003).

²⁹ *Ibid.*

contratado para desarrollar y mantener equipos utilizados en la producción de la sociedad demandante bajo esquemas y procedimientos confidenciales. El demandado, en su contrato, aceptó mantener reserva sobre la información confidencial que recibiera.

Al analizar el caso, la Superintendencia manifestó:

[...] el acto desleal de violación de secretos se configura, entre otras hipótesis, en aquellos eventos en los que una persona que, con ocasión de un vínculo contractual con el titular del secreto, tuvo acceso legítimo a esa información, desconoce el inherente deber de reserva y la comunica o revela sin autorización a un tercero que no debería acceder a la misma (divulgación) y que, con base en esa revelación y sin contar tampoco con autorización del titular, la utiliza aprovechándola en beneficio propio (explotación).³⁰

Es relevante aclarar que se probó que el demandado compartió la información confidencial recibida con una sociedad de la cual al momento de la constitución fue socio, aunque dejó de serlo posteriormente.

Como parte del análisis, se tuvo igualmente en cuenta que, según lo decidido anteriormente por la Corte Suprema de Justicia, no se hacen necesarios elementos subjetivos que determinen los motivos por los que el incumplido realizó un acto, sino simplemente una conducta culposa, sin importar su gravedad.³¹

Por último, debe tenerse en cuenta que penalmente ya la justicia correspondiente (Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín) había encontrado responsable al demandado por estos hechos, bajo las previsiones normativas mencionadas y que condenan la violación de secretos desde el derecho penal.

³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, *Sentencia No. 1647 del 30 de diciembre de 2011 "Por la cual se decide un proceso por competencia desleal" de C.I. Guiraldas S.A. contra C.I. Naturalways Colombia Limitada y Jorge Luis Meza González* (Bogotá: SIC, 2011).

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *Sentencia de noviembre 19 de 1999, exp. 5091* (<https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/n-suprema-justicia-sala-civil-19-1999-44214971>). Agregó la Corporación que "basta, entonces, se reitera, una culpa cualquiera. Inclusive, si antes de la reclamación judicial o extrajudicial al competidor, éste había incurrido en actos de competencia aptos para generar los efectos lesivos previstos por el art. 75, aunque estas conductas no pudieran calificarse en principio de intencionales o culposas, de todas formas el comerciante afectado estaría legitimado y tendría interés para pretender la cesación de tales conductas porque a partir de la reclamación al demandado, éste sería consciente del daño potencial que estaría generando, y por ende su actuación admitiría desde ese momento, por lo menos, el carácter de culposa".

Dificultades en la protección del secreto empresarial en Colombia

A modo de corolario y como conclusión del breve análisis que antecede, debe reconocerse que la importancia de los secretos empresariales, como manifestación de los bienes inmateriales y cuyo uso es cada vez más recurrente en el mundo comercial contemporáneo, es por demás difícil en cuanto a su materialización.

Si bien existen diversos fallos emitidos por la entidad encargada en Colombia —la Superintendencia de Industria y Comercio— que encontraron probada la existencia de actos desleales por violación de secretos y protegieron a sus legítimos propietarios, es igualmente cierto que un gran número de los casos que analizan estas circunstancias terminan por no condenar al demandado.

Esta situación se debe a la dificultad intrínseca de proteger y probar tanto la existencia del secreto, con todas sus características, como la diligencia de su legítimo propietario en protegerla, así como que dicha información haya sido extraída por una persona específica de forma inequívoca, entre muchos otros elementos.

Sobre dicha dificultad, Torres Citraro, al hablar de las características de los activos intangibles (AI), dentro de los que se pueden ubicar los secretos industriales, manifiesta:

Derechos de propiedad: los activos físicos y financieros tienen unos derechos de propiedad muy bien definidos, que les permiten excluir a otros de sus beneficios, evitando situaciones comunes; por el contrario, en el caso de los AI:

- Cuando una compañía invierte para capacitar a un empleado, serán otras las empresas beneficiarias cuando este cambie de trabajo.
- En el caso de la propiedad intelectual (patentes) son incontables las situaciones de apropiación de tecnologías, lo que se demuestra con el aumento de litigios sobre patentes.
- Se multiplican los empleados con talento que, al no encontrar receptividad para sus ideas, se retiran para establecer su propia empresa. Los derechos de propiedad no bien definidos (*fuzzy property rights*) de los AI conforman una situación de exclusión parcial de los beneficios.

- *Esto implica que las empresas no tengan un control legal sobre los AI, como en el caso del capital humano, el know how no patentado y las prácticas comerciales.*³²

El análisis realizado por el autor está más orientado al carácter económico y contable de la propiedad inmaterial en las empresas, pero es evidente la concepción de las dificultades que representa para los empresarios, en desarrollo de sus negocios, el delicado balance entre la inversión en investigación y desarrollo, elemento de altísima importancia contemporánea, y la protección del conocimiento no patentable que surja de esta, incluido dentro de ello lo invertido en capacitar a sus propios empleados.

Por ello, en el inconcluso camino de determinar la protección de los secretos empresariales contra la competencia desleal, se hace más relevante para los comerciantes conocer e invertir no solo en la obtención y creación de estos importantes conocimientos, sino también en mecanismos suficientes que le garanticen, desde el punto de vista jurídico y material, la protección de sus secretos en el futuro.

Por lo anterior, con el fin de proteger³³ esta sensible información, los empresarios deben encontrar maneras que les permitan crear estos conocimientos disminuyendo en lo posible el riesgo de que se vuelvan inexistentes tras la divulgación de la información.

Desde el punto de vista jurídico, es necesario, ante todo, que los empresarios identifiquen claramente cuál información de su compañía es relevante, secreta y con valor económico, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones la información pudo haber surgido de años de trabajo o de forma espontánea y como parte del crecimiento y esfuerzo continuo de la empresa.

Una vez se tenga clara la información relevante, deben tomarse medidas, tanto informáticas como materiales, que impidan el flujo de información de forma libre, así como el establecimiento de parámetros internos que den acceso rastreable a

³² Torres Citraro, "La importancia de los activos", 19. Cursivas añadidas.

³³ La doctrina española ha considerado que el interés tutelado se divide en dos partes: "(...) por un lado, la necesidad de preservar a quienes se ven de manera ilegítima afectadas en su progreso personal, en su esfuerzo, en su desarrollo económico, que pueden encontrar cobertura en la existencia de secretos propios industriales o empresariales en general, amén de la necesidad de favorecer la actividad propia del mercado, la competencia, entre la que se encuentra la necesidad de evitar situaciones monopolísticas, posiciones estáticas debido a la consolidación de los grandes y la imposibilidad de dar entrada a los pequeños del sector". Silvia Barona Vilar, *Competencia desleal. Tutela Jurisdiccional – especialmente proceso civil y extrajurisdiccional. Tomo I.* (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2008) 564.

la misma solamente a los empleados que la necesitan para el adecuado ejercicio de sus labores —y aun en dichos casos, identificar si la información provista de forma parcial puede ser suficiente para tal fin—.

Por último, jurídicamente hablando, será necesario realizar acuerdos de confidencialidad que refuercen y determinen de forma específica la información secreta que se entregará al empleado, junto con mecanismos dentro de dicho acuerdo que permitan su posterior ejecución, sin dejar de lado claramente la posibilidad de cláusulas penales elevadas que sirvan como factor disuasivo al incumplimiento de la obligación.

Habiendo adelantado acciones tendientes a lograr proteger de forma adecuada la información de las empresas, cada empresario podrá iniciar con mucha mayor tranquilidad procesos de creación de conocimiento, con menores preocupaciones derivadas de la posibilidad de que su arduo esfuerzo termine siendo frustrado por la divulgación no autorizada de la información y conocimiento desarrollados.

Bibliografía

- Barona Vilar, Silvia. *Competencia desleal. Tutela Jurisdiccional – especialmente proceso civil y extrajurisdiccional. Tomo I*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2008.
- Bravo Melgar, Sidney Alex. *Contratos modernos empresariales*. Ediciones Legales. 2013. Página 147.
- Código Penal Colombiano*. Bogotá: Legis.
- Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá: Legis.
- Comunidad Andina de Naciones. *Decisión 486 de 2000, Régimen común sobre propiedad industrial*. http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=223651
- Congreso de Colombia. *Ley 256 de 1996, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*. Bogotá: Diario Oficial 42.692 del 18 de enero de 1996.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *Sentencia de noviembre 19 de 1999, exp. 5091*. <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/n-suprema-justicia-sala-civil-19-1999-44214971>
- Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 10 de febrero de 1960*. http://derechodeautor.gov.co/corte-suprema-de-justicia?p_p_id=110_instance_narhf8vhvgxa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_110_instance_narhf8vhvgxa_struts_action=%2fdocument_library_display%2fview_file_entry&_110_instance_narhf8vhvgxa_fileentryid=247834
- Unión Europea. *Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas*. <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=16435>
- Gómez R. José J. *Bienes*. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Gómez Segade, Jose Antonio. “Los bienes inmateriales en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil”. En *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illiescas Ortiz*, editado por María José Morillas, 129. Getafe, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- Guerrero Gaitán, Manuel, Carlos Felipe Payán y Pablo Velazco. *El Nuevo Derecho de Marcas: Perspectivas en Colombia, Estados Unidos y la Unión Europea*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Metke Méndez, Ricardo. *Lecciones de Propiedad Industrial III*. Medellín: DIKÉ, 2006.
- Organización Mundial del Comercio (OMC). *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*. Ginebra: OMC, 1995.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *El valor de los activos de propiedad intelectual*. www.wipo.int/sme/es/ip_business/ip_asset/value_ip_assets.htm.

•El secreto industrial en Colombia•

Payán Rodríguez, Carlos. “Secreto empresarial, vigencia como mecanismo de protección en la propiedad intelectual”. *Revista Propiedad Inmaterial*, n.º 15 (2011): 207-224.

Respuesta a Consulta emitida bajo radicado 12-212614 de 9 de Enero de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó un listado de las normas que en Colombia están llamadas a proteger el secreto empresarial.

Salvador Jovani, Carmen. *El ámbito de protección de la patente*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

Schriker, Gerhard. *Derecho de patentes: Observancia en distintos países*. Buenos Aires: Depalma, 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. *Sentencia No. 16 del 23 de octubre de 2010 “Por la cual se decide un proceso por competencia desleal” Chicle Adams S.A. contra Confites Ecuatorianos S.A. C.A. y Confitecol S.A.* Bogotá, SIC.

Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. *Sentencia No. 0628 del 26 de septiembre de 2011 “Por la cual se decide un proceso por competencia desleal” PELANAS SAS. contra Claudia Paola Gutiérrez Cárdenas y Jorge Alejandro Cuineme Duarte*. Bogotá: SIC, 2011

Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. *Sentencia No. 31714 del 19 de noviembre de 2003. “Por la cual se decide un proceso por competencia desleal” de Cabarría y CIA S.A. contra Grafix Digital S.A. y Edgar Consuegra Aguilar*. Bogotá: SIC, 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. *Sentencia No. 1647 del 30 de diciembre de 2011 “Por la cual se decide un proceso por competencia desleal” de C.I. Guirnaldas S.A. contra C.I. Naturalways Colombia Limitada y Jorge Luis Meza González*. Bogotá: SIC, 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio. *Concepto No. 03019267*. Bogotá: SIC, 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio. *Concepto No. 11-165291*. Bogotá: SIC, 2011.

Torres Citraro, L. “La importancia de los activos intangibles en la sociedad del conocimiento”. *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 18 (2014): 5-34.

LA SINGULAR PROTECCIÓN DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR O *SOFTWARE* POR PARTE DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Germán Darío Flórez-Acero^{*}
Óscar Ricardo Sierra-Marulanda^{**}

Resumen

Se examina el régimen de protección aplicable al *software* o soporte lógico como obra protegida por las leyes del derecho de autor. Igualmente, la titularidad de los derechos morales y patrimoniales del autor, la transferencia de los derechos patrimoniales por acto entre vivos entre el autor y un tercero mediante el contrato de obra por encargo, las características del contrato de obra por encargo y las acciones civiles y/o penales que podría presentar el contratante en situaciones en que se incumple el contrato.

.....
^{*} Investigador del grupo GEPI de la Universidad Católica de Colombia. Abogado y profesor de las universidades Católica, Nacional de Colombia, Javeriana de Cali. Director de la Mesa de Derecho de Autor del Centro de Pensamiento de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor invitado de las universidades de Alicante, Buenos Aires, de Chile, San Andrés de Buenos Aires y Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Master of Law in Intellectual Property, Queen Mary University of London. Asociado de la firma 1493.

^{**} Estudiante de décimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; pertenece actualmente al semillero de Derecho Privado y Propiedad Intelectual adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

Palabras clave: *Software*, soporte lógico, código fuente, código objeto, régimen de protección, derecho de autor, derechos morales, derechos patrimoniales, transferencia de derechos patrimoniales, acto entre vivos, contrato de obra por encargo, incumplimiento, acciones ante la jurisdicción.

Abstract

This article examines the regime of protection applicable to the *Software* or Logical Support as a work protected by the laws of copyright. It also explores ownership of the moral and patrimonial rights of the author, how to transfer those rights, characteristics of the work made for hire. Lastly it covered the civil and / or criminal actions that could be presented by the contractor in situations in which the contract is breached.

Keywords: Software, source code, code, protection regime, copyright, moral rights, economic rights, transfer of right, work made for hire, breach of contract, legal actions in copyright.

Introducción

El presente artículo hace una serie de reflexiones sobre la titularidad de los derechos de autor en la industria del *software*, así como los conflictos que pueden surgir de posibles incumplimientos de los contratos celebrados entre el contratante y un programador o desarrollador del *software*, y las consecuencias jurídicas respecto a quién le pertenece la explotación de los derechos patrimoniales de este tipo de obras.

Para ello se analizará a la luz del derecho colombiano el contrato de obra por encargo. Igualmente, se estudiarán tanto las acciones de naturaleza civil como penal que pueden ayudar a solucionar el posible conflicto presentado entre las partes por incumplimiento de una de ellas. Este capítulo busca dar una guía sobre los criterios que se deben tener en cuenta para ejercer las diferentes reclamaciones en el marco del incumplimiento contractual.

Para llegar a establecer las acciones jurídicas que tiene el contratante, es prioritario definir el régimen de protección aplicable al *software*, y cómo este régimen puede ser utilizado para la protección de los derechos del contratante cumplido. Es necesario identificar también las principales características del acuerdo de

•La singular protección de programas de computador o *software* •

voluntades aceptado por los contratantes y su implicación en la titularidad y goce de los derechos patrimoniales con que cuenta el creador del *software*.

La investigación sobre este tema se realizó por el interés de clarificar el camino que debe emprender el contratante cumplido que espera la transferencia de los derechos patrimoniales como consta en el contrato de obra por encargo suscrito por ambas partes; e indirectamente, resolver dudas sobre el régimen de protección aplicable al *software*.

El *software* como objeto de protección del derecho de autor

Como punto de partida, se dará una definición de *software* o programa de computador para, de esta forma, entender sobre qué tipo de obra recae el derecho de autor. Así, el programa de computador (*software*) se puede definir jurídicamente de acuerdo con la definición señalada en la Decisión Andina 351 de 1993:³⁴

[...] 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.³⁵

También puede ser definido el *software* así:

[...] conjunto de instrucciones que cuando se incorpora 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 resultados determinados.³⁶

En consecuencia, se observa cómo estas definiciones indican que el *software* se compone de una serie de secuencias que le indican a un aparato, computador o *hardware*, cómo realizar determinado tipo de funciones. Esto quiere decir que el término *software* se aplica a aquellos componentes de un sistema computacional

³⁴ Recordemos que la Decisión Andina 351 de 1993 hace parte de la legislación colombiana en materia de derechos de autor, ya que fue ratificada a través de la Ley 44 de 1993.

³⁵ OMPI. Decisión 351 de 1993. Consultar la norma oficial en el siguiente link: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf>.

³⁶ Giorgy Boytha, y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), *Glosario derecho de autor derecho conexo* (Ginebra: OMPI, 2013) 54.

que no son considerados tangibles y, en consecuencia, no se pueden percibir por el sentido del tacto.³⁷ De ahí que hablemos de una propiedad intangible.

Estas instrucciones pueden ser realizadas para el funcionamiento del propio sistema informático o *hardware*, como puede ser el *software* para el funcionamiento del sistema operativo del computador (Windows, IOS, etc.) o para el desarrollo de programas particulares del usuario:³⁸ antivirus, graficadores, hojas de cálculo, procesadores de texto, etc. Ambos tipos de *software* son protegidos por el derecho de autor.

En conclusión, el *software* se puede definir como un conjunto de instrucciones organizadas de una manera lógica y consecuente que se encuentran codificadas, ya que están escritas en un lenguaje de programación o desarrollo para la solución de una tarea específica en el ámbito de nuevas tecnologías de información.³⁹

Ahora bien, cuando se habla de *software* como una obra protegida por el derecho de autor, se deben distinguir dos tipos de códigos o componentes: el código fuente y el código objeto.

El código fuente es el programa al cual se han transformado los símbolos o instrucciones para una máquina, y al tener instrucciones desarrolladas por el ingenio y la creatividad humana, son protegibles por el derecho de autor.⁴⁰ Así, el código fuente se refiere a elementos del lenguaje de programación llamados de alto nivel, que permiten al programador o desarrollador del programa independizarse de la máquina⁴¹ mediante su trabajo creativo.

En el connotado caso de Oracle vs. Google, en 2014, al cual más adelante se hará referencia, se definió el código fuente como los comandos de programación detallados mediante, por ejemplo, lenguajes de programación como Java, que el ser humano puede percibir por los sentidos, mientras que el código objeto hace referencia al sistema de ceros y unos del lenguaje binario que el computador o

³⁷ Jonathan Crowther, *Oxford Advanced Learner's Dictionary* (Oxford: Oxford University Press, 1995).

³⁸ María Paz Prendes Espinoza y Lucía Amorós Poveda, "Accesibilidad en aplicaciones informáticas" (Congreso de la Universidad de Santiago de Compostela, España, 2001).

³⁹ Aldo Eliot Segura, *Aspectos jurídicos y técnicos sobre el software. Guía del Master de Informática y Derecho* (Chiclayo, Perú: Universidad San Martín de Porres, 2011).

⁴⁰ Manuel Vega Jaramillo, *Manual de derecho de autor* (Bogotá: Ministerio del Interior y la Justicia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2012) 18.

⁴¹ Aldo Eliot Segura, *Aspectos jurídicos y técnicos del software. Guía del Master de Informática y Derecho*. (Chiclayo, Perú: Universidad San Martín de Porres, 2010) 6.

•La singular protección de programas de computador o *software* •

el sistema tecnológico lee a partir de las instrucciones recibidas por el código fuente.⁴²

En otras palabras, el código fuente es “la traducción del programa fuente al lenguaje binario del sistema computacional en el cual se utilizará el programa”.⁴³ Así el desarrollo de un código fuente requiere un alto nivel de abstracción⁴⁴ y, por ende, un trabajo creativo. Esto se lleva a cabo por medio de un proceso automatizado que hace el *hardware*. Tanto el código fuente como el código objeto son protegidos por el sistema del derecho de autor o *copyright* para los anglosajones.⁴⁵

Igualmente hay que resaltar que los manuales de *software* también son objeto de protección por parte del derecho de autor. Así los elementos de protección del *software* son el código fuente, el código objeto y los manuales de uso.

De la misma forma, hay que tener en cuenta que lo que se protege por medio del derecho de autor es el código del *software* —tanto el código fuente como el objeto—, no la función que realiza el programa propiamente dicha; por tal razón, pueden existir varias aplicaciones de chat similares, como puede ser el caso de WhatsApp y Messenger, con diferente código, sin que estemos ante la presencia de una infracción de derechos de autor o propiedad industrial.⁴⁶

Régimen de protección aplicable: derechos de autor y patentes

Han surgido múltiples controversias y debates sobre cuál debería ser la forma más expedita de proteger el *software*: si por medio del derecho de autor o de la propiedad industrial mediante las patentes. Incluso existen tendencias doctrinales, guiadas en algún momento por la propia Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), que buscan que el *software* tenga una protección *sui generis*, dada la particular naturaleza de este tipo de obras. En las siguientes líneas esbozaremos algunas de las ideas más importantes alrededor de esta temática.

⁴² Oracle v. Google, 750 F.3d 1339, 1355 (Fed. Cir. 2014).

⁴³ Rodolfo Herrera Bravo, *Algunas obras digitales y su protección jurídica* (<http://www.galeon.com/rodolfoherrera/obrasdigitales.pdf>) 3.

⁴⁴ Andy Johnson, *Discovery in computer patent litigation* (United States: The Federal Courts Law Review, 2006) vol. 1, 98.

⁴⁵ Juan Lapenne, “La protección jurídica del *software*”, *Revista La Justicia Uruguaya*, (2011): 3.

⁴⁶ Eric Iriarte y Ruddy Medina, *Guía de autor para creadores de software* (Lima, Perú: Instituto Nacional para la Defensa de la Competencia y la Propiedad Industrial [Indecopi], 2013).

Protección del software por medio del derecho de autor

La OMPI comenzó sus discusiones sobre la forma de protección de propiedad intelectual por medio del *software* en la década de 1970, año en el cual pensó inicialmente en una protección *sui generis* que incluyera los códigos fuente y objeto, así como los manuales de uso del *software*, pues no veía cómo los programas de ordenador podían encajar en alguna de las formas de protección de la propiedad intelectual.⁴⁷

Sin embargo, esta propuesta de la OMPI no tuvo suficiente acogida, ya que un gran número de países había incluido dentro de sus legislaciones la protección del *software* por medio del derecho de autor. De hecho, Estados Unidos en la década de los ochenta reformó su ley de derecho de autor o *copyright act* de 1976 para incluir el *software* dentro de las obras protegidas.⁴⁸

En consecuencia, en 1985 la OMPI y la Unesco conformaron un grupo de expertos en derecho de autor y programas de computador con el fin de discutir las tendencias de protección de este tipo de obras alrededor del mundo. Para ello se tuvo como base un estudio en el que se detallaba cómo las legislaciones de Filipinas, Estados Unidos, Hungría, India y Australia ya contenían la protección del *software* a través del *copyright* para los países anglosajones y de derecho de autor para los países de tradición continental. Después de dicha reunión, en el mismo y en un transcurso de cinco meses Alemania, Japón, Francia y el Reino Unido también incluyeron en su legislación la protección del *software* mediante el derecho de autor o *copyright*, lo cual muestra cómo este tipo de iniciativas provenientes de órganos multilaterales contribuyen a la armonización del derecho de autor.⁴⁹

Precisamente se mencionan estos países porque varios de ellos son los mayores productores de *software* en el mundo, como Estados Unidos, con su reconocido Silicon Valley, y Japón. Es así como a partir de ese periodo se allanó

⁴⁷ Victor Vásquez, *International IP protection of software. History, purpose and challenges* (WIPO IP CM 07, 2007 https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=r-ja&uact=8&ved=0ahUKEwiAs7mVn8fTAhXCMSYKHANLAQsQFghDMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.wipo.int%2Fdocs%2Fmdocs%2Fcopyright%2Fen%2Fwipo_ip_cm_07%2Fwipo_ip_cm_07_www_82573.doc&usq=AFQjCNH6Zi1HwrZOJZNO_ScUHlrZvXrV2g)

⁴⁸ Ernesto Rengifo García, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997) 204.

⁴⁹ *Ibid.*

•La singular protección de programas de computador o *software* •

el camino para la protección del *software* por medio de los derechos de autor en el ámbito internacional.

En este sentido, es muy pertinente mencionar cómo el connotado autor Wilson Ríos ilustra sobre el panorama internacional de protección del *software* a través del tiempo. Ríos reseña el Convenio sobre la Patente Europea, suscrito inicialmente en 1973, que excluyó de plano la patentabilidad del *software*. Después, la Directiva Europea de Protección de Programas de Ordenador N.º 250, del 14 de mayo de 1991, y las normas tipo para la protección de programas de ordenador de la OMPI adoptaron la tendencia de protección del soporte lógico por medio del derecho de autor o *copyright*.

Posteriormente, la Decisión Andina 344 de 1993 consideró los programas de computador fuera del concepto de invención (artículo 6, literal *d*).⁵⁰ Así mismo, la Decisión Andina 486 de 2000 establece que “no se consideraran invenciones, las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor, y excluye de la calidad de invención a los programas de ordenador o el soporte lógico (artículo 15, literales *c* y *e*)”.⁵¹

Precisamente, como se mencionó, en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones, la Decisión Andina 351 de 1993 no solo le dio una definición al programa de computador, sino que en su artículo 58 estableció así su protección por medio de los derechos de autor:

Los programas de ordenador, como obras expresadas por escrito, y las bases de datos, por su carácter de compilaciones, gozan de la protección por el derecho de autor, aun cuando se hayan creado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión.

En este sentido, podemos observar claramente que el *software* es asimilado a una obra de carácter literario,⁵² por ser ambas expresadas por escrito por parte de su autor. Cabe anotar el carácter retroactivo que la Decisión Andina otorga a los creadores de este tipo de obras.

⁵⁰ Wilson Rafael Ríos, “El derecho de autor en la protección jurídica de los programas de ordenador - soporte lógico (*software*) y los bancos o bases de datos”. *Revista de la Propiedad Inmaterial*, n.º 5 (2002): 82.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Germán Darío Flórez, *Curso de derecho de autor para la industria del software* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2012) 22.

Esto quiere decir que cuando nos referimos a la protección del *software* por parte del derecho de autor, se protege la forma de expresión literal o gráfica del mismo, la cual, como se mencionó, se expresa por medio del código fuente, y no las ideas⁵³ que están detrás de la creación del *software*.

Esta dicotomía propia del derecho de autor entre la forma de expresión y la no protección de las ideas, se torna aún más compleja cuando se habla del *software*, debido a que en el derecho de autor las simples ideas no tienen una protección jurídica; solamente cuando esas ideas se exteriorizan de una manera individual, convirtiéndose en una obra intelectual, entonces están protegidas por el ordenamiento jurídico.⁵⁴ En consecuencia, y teniendo en cuenta las particularidades del *software* y de la manera como estas son plasmadas en los diferentes algoritmos realizados por medio de un código, siempre surge la duda de qué se está protegiendo de manera literal.

De acuerdo con lo expresado, se citan dos casos del derecho comparado que ilustran perfectamente esta reflexión. En el caso *Navitaire Inc vs. Easyjet Airline Company*⁵⁵ de 2004, la Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y Gales decidió el caso a favor de la parte demandada. La compañía aérea europea Easyjet licenció un programa de la compañía demandante Navitaire, y durante este periodo estudió y observó de manera cuidadosa el funcionamiento del programa, valga la aclaración, sin tener acceso al código fuente. Este estudio le sirvió a Easyjet para crear, junto con una compañía desarrolladora llamada Bulletproof, un *software* que tenía exactamente las mismas funciones del programa que había licenciado anteriormente. En consecuencia, Navitaire demandó a estas compañías por considerar que había una infracción al *copyright* por una copia no textual de su *software*, basado en la similitud que rozaba lo idéntico en el funcionamiento de ambos programas.

Ante estos reclamos, la Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y Gales determinó que copiar la funcionalidad de un programa de computación, sin copiar el lenguaje de programación en el cual fue escrito, o el llamado código fuente, no

⁵³ Eliot Segura, *Aspectos jurídicos* (2011).

⁵⁴ Horacio Fernández Delpech, *Protección jurídica del software* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000) 7.

⁵⁵ *Navitaire Inc v. Easyjet Airline Co. and BulletProof Technologies Inc.* [2004] EWHC 1725 (Ch) (30 July 2004).

•La singular protección de programas de computador o *software* •

constituye una vulneración del *copyright*,⁵⁶ en virtud de que el *copyright*, al igual que el derecho de autor, no protege las ideas, sino las expresiones de estas.

Años más tarde, en el caso SAS Institute Inc. vs. World Programming Limited,⁵⁷ la misma Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y Gales⁵⁸ decidió finalmente, el 25 de enero de 2013, luego del concepto previo de la Corte Europea de Justicia, darle la razón a la parte demandada en un caso similar al reseñado en los dos párrafos anteriores.

En este caso la compañía demandante, SAS Institute Inc., desarrolló un programa y un lenguaje de programación para la manipulación de diferentes datos y para el cálculo de estadísticas, que podía ser usado por quienes adquirieran la licencia, junto con sus manuales de uso. La compañía demandada, WPL, desarrolló un *software* a partir de la observación y de la ingeniería reversa del *software* de la demandada, para lograr un programa con la misma funcionalidad, en lo que tenía que ver con el cálculo de estadísticas y con el reconocimiento de los escritos de los usuarios; además, lo hizo con el mismo lenguaje, comandos y sintaxis del *software* de SAS. Los programas se parecían hasta tal punto, que si el *software* de SAS tenía errores de funcionalidad o reproducía mensajes de error, el de WPL también lo hacía.⁵⁹

El demandante, consciente del antecedente del caso Navitaire, alegó que su caso se diferenciaba de ese porque WPL había copiado más de lo necesario para replicar la funcionalidad de su *software*,⁶⁰ copiar el lenguaje de programación y los comandos del *software* suyo era una infracción al *copyright*, al igual que copiar las fórmulas de su manual de operaciones del *software* dentro del código fuente del *software* de WPL.⁶¹

⁵⁶ Rob Sumroy y Miles McCarthy, *Copyright protection for computer software: Functionality loses out again. Slaughter and May Intellectual Property Briefing* (Londres, 2011) 2.

⁵⁷ Dinwoodie Graeme, *Intellectual property and general principles: Is IP a lex specialis?* (United Kingdom: Edward Elgar, 2015) 70.

⁵⁸ SAS Institute Inc v World Programming Ltd ChD ([2011] RPC 1, [2010] ECDR 15, Bailii, [2010] EWHC 1829 (Ch). [2013] EWCA Civ 1482 [2014] RPC 8.

⁵⁹ Sumroy, *Copyright protection*.

⁶⁰ Elizabeth Abbe y Lockhart Brown, *Intellectual property, human rights and competition: Access to essential innovation and technology* (United Kingdom: Edward Elgar, 2012) 166.

⁶¹ Sumroy, *Copyright protection*.

Sin embargo, la Corte Suprema de Inglaterra y Gales siguió los lineamientos expresados por la Corte Europea de Justicia en su interpretación prejudicial, en el sentido de determinar que la protección del *copyright* no se entiende como una forma de expresión a la funcionalidad del *software*, al lenguaje de programación usado para su desarrollo y al formato de los archivos usados en el programa,⁶² de acuerdo con lo interpretado del artículo 1 (2) de la Directiva Europea de Programas de Computador 91/250/EEC, del 14 de mayo de 1991.⁶³ Igualmente determinó que según el artículo 5 (3) de dicha directiva, la persona que tenga una licencia para usar un programa puede legítimamente, sin autorización de su titular, estudiar la funcionalidad del programa para determinar los principios y las ideas que pueda tener cualquier elemento del programa, siempre que no se violen los derechos exclusivos que el *copyright* le otorga al titular del programa.

Por último, el juez Richard Arnold determinó que el demandado sí había infringido los derechos de *copyright* del demandante en lo que respecta a la reproducción de los elementos descritos en el manual de funcionamiento del programa de SAS, para ser usados tanto en el programa como en el manual de funcionamiento del programa de WPL.⁶⁴

De manera similar, en Estados Unidos en el caso *Computer Assocs. Int'l, Inc. vs. Altai, Inc.*, la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito analizó el test de abstracción-filtración y comparación para determinar cuándo hay coincidencias sustanciales entre programas de computador en lo que se refiere a elementos no literales de este. El test consiste, primero, en analizar de manera independiente y minuciosa toda la estructura del *software* sobre el que se alega que se hizo la infracción, empezando con el código y terminando con una articulación con las funciones del programa, para así llegar a un nivel de abstracción en el análisis.

Posteriormente se deben filtrar todos los elementos del *software* del que se alega la copia que no son protegidos por el *copyright*, como las ideas o expresiones

⁶² Ver <http://swarb.co.uk/sas-institute-inc-v-world-programming-ltd-ca-21-nov-2013/>.

⁶³ Andrew Murray, *Information technology law. The law and society. Copyright infringement and software: non-literary copying* (2nd Edition. United Kingdom: Oxford University Press, 2013) 233.

⁶⁴ SAS Institute Inc v. World Programming Ltd.

•La singular protección de programas de computador o *software* •

incidentales. Finalmente, se comparan los dos programas de computador y así se determina si hay una infracción de los elementos no literales del *software*.⁶⁵

En este caso, el programa del demandante se llama Adapter, y el del demandado, Oscar 3.5, la Corte, al hacer el análisis utilizando el test, encontró que la única coincidencia entre los dos programas eran algunos macros que no calificaban para que se configurara una violación del *copyright*. Igualmente, encontró que la similitud entre los servicios del sistema operativo no eran una violación de *copyright*, ya que estos eran propios de la misma naturaleza del sistema operativo.⁶⁶

Este test fue reafirmado en el caso Oracle Am. Inc. vs. Google Inc. en el cual la Corte de Apelaciones para los Circuitos Federales de Estados Unidos reversó una decisión de la Corte del Distrito Norte de California el 9 de mayo de 2014, en el sentido de declarar que la estructura de los paquetes de la aplicación API del demandante, Oracle, reflejaba la creatividad de su autor y que, por lo tanto, la taxonomía de la estructura, secuencia y organización en la que se había realizado el programa cumplía los estándares del sistema de *copyright* para ser declarada original y, por ende, protegible por el derecho de autor. La Corte Suprema de Estados Unidos negó la revisión del caso y este fue devuelto a la primera instancia para un segundo juicio, en el que se determinó el 26 de mayo por parte del jurado que de todas formas Google hizo un uso justo o *fair use* de los elementos de Oracle y rechazó la solicitud de indemnización por 9.000 millones de dólares. Oracle apeló esta decisión el 26 de octubre de 2016.⁶⁷

Los anteriores casos ilustran cómo el derecho de autor o *copyright*, en el que ambos sistemas siguen el principio de no protección de las ideas, sino de la expresión de estas, cuando se hace referencia al *software*, esas ideas deben estar plasmadas literalmente en el código fuente, pues la funcionalidad del programa o los elementos que se puedan desprender de su estudio no son protegidos por el derecho de autor.

La protección al *software* por medio del derecho de autor también ha sido ratificada en importantes tratados internacionales, puntualmente en el artículo

⁶⁵ Calvin Walden, "Copyright and patent protection for computer *software*: How has the landscape changed", *Intellectual Property Today Journal*, (2015): 33.

⁶⁶ Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2dCir. 1992).

⁶⁷ Oracle Am., Inc. v. Google Inc.

10.1 de los acuerdos sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), el cual señala: “Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)”, y en el artículo 4 del Tratado de Derechos de Autor de la OMPI de 1996 (WIPO Copyright Treaty WCT),⁶⁸ el cual prescribe: “Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión”.⁶⁹

Es importante señalar que ambos instrumentos de derecho internacional, aunque confirman la protección de los programas de computador o *software* por medio del derecho de autor, tienen diferencias en cuanto a su redacción, ya que la definición que contiene el Tratado WCT de la OMPI de 1996 es mucho más amplia que aquella que encontramos en los ADPIC, en el sentido de que esta última se circunscribe a los programas de computador, ya sean código fuente o código objeto, mientras que la definición del primero se refiere a cualquier forma de expresión del *software*.

Esta diferencia permite que, bajo el Tratado WCT, el ámbito de protección de los programas de computador pueda llegar a ser mucho más amplio, debido a que los mismos avances tecnológicos de la ciencia pueden superar la forma de desarrollar un *software* más allá del código fuente o el código objeto.⁷⁰ Lo anterior obedece al principio de neutralidad tecnológica,⁷¹ según el cual las normas que tengan no pueden circunscribirse a una tecnología en particular,⁷² sino que deben quedar abiertas al desarrollo de nuevas tecnologías.⁷³ Igualmente, esta definición

⁶⁸ OMPI, *Reseñas de convenios, tratados y acuerdos administrados por la OMPI* (Ginebra, 2001).

⁶⁹ Recordemos que la Declaración concertada respecto del Artículo 4 del Tratado de Derechos de Autor de la OMPI de 1996 establece que: “El ámbito de la protección de los programas de ordenador en virtud del Artículo 4 del presente Tratado, leído junto con el Artículo 2, está en conformidad con el Artículo 2 del Convenio de Berna y a la par con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC”.

⁷⁰ Vásquez, *International IP protection of software*, 7.

⁷¹ Jairo Becerra, Lorenzo Cotino y otros, *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de información y la comunicación (TIC)* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015) 120.

⁷² Germán Darío Flórez, “La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de su evolución legislativa y jurisprudencial”, *Revista Verba Iuris*, 31 (2014): 46 y 47.

⁷³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-662 de 2000* (Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm>).

•La singular protección de programas de computador o *software*•

del Tratado WCT guarda mayor armonía con el artículo 2 (1) del Convenio de Berna de 1886, que señala la protección de obras literarias o artísticas, cualquiera que sea su forma o expresión.⁷⁴

Sin embargo, hay que destacar que esta amplitud en el espectro de lo que podría llegar a ser protegido en el derecho de autor como *software* no quiere decir que todos los elementos que hacen parte de los programas de computador o *software*, o que tengan que ver con este, estén protegidos también por medio del derecho de autor. Un ejemplo de ello son los videojuegos, respecto de las imágenes que estos generan en las pantallas, en razón a la operación del programa que los ejecuta: la posición dominante en la doctrina y en varias legislaciones es que estas imágenes van más allá del concepto legal de *software*.⁷⁵

De hecho, la Directiva Europea para Programas de Computador excluye de la protección como *software* los resultados de la ejecución del programa. En igual sentido en la legislación estadounidense, los videojuegos pueden dividirse en el programa que lo ejecuta por medio de un chip en la consola y la animación audiovisual que se proyecta en la pantalla.⁷⁶ Ambos elementos son protegidos de manera independiente por el derecho de autor, como *software* y como obra audiovisual, respectivamente.

Protección del *software* por medio del derecho de autor en Colombia

Colombia, al igual que un sinnúmero de países, protege los programas de computador o *software* por medio del derecho de autor, aun mucho antes de aquella reunión de 1985 de la OMPI, reseñada anteriormente para discutir la protección del *software*. En el artículo 2.º de la Ley 23 de 1982, se establece:

Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas [...] en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer. Ilustrando

⁷⁴ Vásquez, *International IP protection of software*, 6.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ P. Goldstein, *International Copyright. Principles, law and practice* (Boston: Little Brown and Co., 1989) 168-169.

la posibilidad efectiva de protección del *software*, programa de ordenador o soporte lógico conforme al régimen de derechos de autor.⁷⁷

Igualmente, es importante señalar que Colombia es parte y ratificó el Convenio de Berna de 1886, la Decisión Andina 351 de 1993 (Ley 44 de 1993), los acuerdos ADPIC de 1994 y el Tratado WCT de la OMPI de 1996 (Ley 565 de 2000),⁷⁸ razón por la cual, de acuerdo con lo analizado en los párrafos precedentes, el *software* o programa de computador está cobijado por la protección que le otorga el derecho de autor tanto en el código fuente y en el código objeto, como en los manuales de uso.

De la misma forma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reafirmado dicha protección definiendo que las expresiones “soporte lógico”, “*software*” y “programa de ordenador” tienen una equivalencia legal en cuanto a su protección, ya que dichas expresiones significan lo mismo, y sin importar si las leyes y decretos los llaman indistintamente, su protección es equivalente.⁷⁹

La Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) también lo ha señalado, expresando que, en virtud de la Decisión Andina 351 de 1993, el *software* se protege como una obra literaria. Con base en ello, la DNDA concluye:

[...] el *software* puede ser objeto de protección y podrán crearse diversos programas de computador que versen sobre un mismo tema ya que el objeto de protección del derecho de autor son las obras literarias y artísticas y no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí mismos.⁸⁰

De la misma forma, la DNDA indica que para que el *software* goce de la protección del derecho de autor, debe cumplir los siguientes requisitos:

- Que se trate de una creación intelectual en el campo artístico o literario, lo que implica que la obra debe transmitir una sensación estética en quien la percibe. A su vez debe ser el producto del ingenio y de la capacidad humana, razón por la cual no puede tratarse de una creación del azar.

⁷⁷ Jorge Olarte Collazos y Miguel Ángel Rojas, *Manual de derechos de autor para alcaldías y gobernaciones* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2011) 9.

⁷⁸ Juan Carlos Monroy, *Derechos de autor y derechos conexos. Disposiciones especiales a ciertas obras* (Bogotá: RRA. Formación, 2013) 139-144.

⁷⁹ Corte Constitucional, *Sentencia C-1490 de 2000* (Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz).

⁸⁰ Felipe García Pineda, *Concepto 1-2012-49791* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2012).

• La singular protección de programas de computador o *software* •

- Que sea original. La originalidad entendida como el esfuerzo intelectual del autor, es decir, que no sea copiado de otro; constituye el sello personal que el autor imprime a su obra y que la hace única.
- Que sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio conocido o por conocer.⁸¹

Según estos requisitos, el *software* está protegido por medio del derecho de autor desde el momento mismo de su creación, para lo cual no se requiere ninguna formalidad ni registro; sin embargo, este último tiene un carácter probatorio a favor de quien realiza el registro, ya que se presume que es el titular del derecho y, además, sirve de publicidad ante terceros. El Decreto Reglamentario Único del Sector Interior N.º 1066 de 2015 compiló los decretos reglamentarios 1360 de 1989 y 460 de 1995 sobre Inscripción de Soporte Lógico (*software*) y el Registro Nacional del Derecho de Autor, respectivamente.⁸²

El registro de *software* por el régimen de derecho de autor comporta su protección como una obra literaria, enfatizando la protección en el código que se escribe para ser leído por un computador que ilustra el *software*. Según la DNDA las obras literarias son: “obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales”.⁸³ Por su parte, el *software* y específicamente el código fuente, encuadra perfectamente en obra expresada por escrito, aclarando que no es escrita sobre un papel, sino en un lenguaje de programación, expresado en un código fuente que puede ser leído y ejecutado por un programa computacional.⁸⁴

Es importante anotar, tal como lo describió el citado autor Wilson Ríos, que con la entrada en vigencia de la Ley 23 de 1982 se dio un giro radical frente a la institución del Registro, convirtiéndolo en declarativo de derechos, como lo impone el Convenio de Berna, y no en constitutivo, como lo preveía anteriormente la Ley 86 de 1946.⁸⁵

⁸¹ Ibid.

⁸² Dirección Nacional de Derecho de Autor (<http://www.derechodeautor.gov.co/web/guest/decretos;jsessionid=F4B3F4B7E648B98B0E413076D3431597.worker0>).

⁸³ Dirección Nacional de Derecho de Autor, *Obras literarias, definición de obra literaria* (2016. <http://derechodeautor.gov.co/obras-literarias>).

⁸⁴ Fernando Zapata López, *Concepto 1-2005-13932* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2005).

⁸⁵ Ríos, *El derecho de autor en la protección jurídica*, 86.

Un caso muy ilustrativo sobre el registro del *software* se ve reflejado en la sentencia del Juzgado 9.º Civil del Circuito de Bogotá D. C. del 17 de junio de 1993, en la cual se analiza qué persona era titular del programa de *software* y quién podría comercializarlo y explotarlo. En primer lugar, mediante la certificación expedida por el Ministerio de Gobierno, acompañada con las respectivas copias, aparece el registro ante la DNDA, con fecha 14 de noviembre de 1991 de un soporte lógico a nombre de Juan Diego Machuca.⁸⁶

Por otro lado, la sociedad demandante, Datasixx Ltda., aceptó que Juan Diego Machuca era el creador del programa objeto del litigio, aunque fue elaborado por el demandado para Datasixx Ltda. Así pues, el programa fue elaborado por el demandado, quien, haciendo uso de su derecho, lo registró de conformidad.

Ahora bien, según la legislación autoral colombiana (Ley 23 de 1982), para dicho año la transferencia de los derechos patrimoniales sobre la obra de Juan Diego Machuca a favor de Datasixx Ltda. como resultado de un contrato de prestación de servicios requeriría la formalidad de la escritura pública o documento reconocido ante notario⁸⁷ (artículo 183 de la Ley 23 de 1982). No hay que olvidar que la modificación realizada por la Ley 1450 de 2011 al artículo 183 de la Ley 23 de 1982 eliminó dicho requisito, e impuso como único requisito de validez que el contrato conste por escrito.

Así, la Oficina de Registro de la DNDA había consignado en los formularios de registro de soporte lógico (*software*) un acápite relativo a las transferencias, a fin de que el solicitante radicara los derechos patrimoniales en persona natural o jurídica diferente del autor, situación que no se presentó. De tal suerte que si el programa, como lo reconoció en la demanda el demandante, fue elaborado por Juan Diego Machuca para Datasixx Ltda., no cabe duda de que para efecto de transferencia de los derechos patrimoniales era indispensable que él los cediera a Datasixx Ltda. con las formalidades exigidas por el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, cosa que se realizó en el caso concreto.⁸⁸

En lo que tiene que ver con los mecanismos de protección de los titulares de derechos del *software*, la DNDA señala que los creadores, los titulares de derecho

⁸⁶ *Convenio antipiratería para Colombia. Derecho de autor y derechos conexos en Colombia: Aspectos jurídicos* 2da edición (Bogotá: Editorial Panamericana Formas e Impresiones S.A., 2008) 472.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*, 121.

•La singular protección de programas de computador o *software* •

de autor y los titulares de derechos conexos se entienden legitimados para exigir el cumplimiento de sus derechos por medio de acciones civiles las cuales le permiten, mediante un abogado, presentar en una demanda sus pretensiones con el fin de que un juez de la República resuelva las cuestiones que se susciten con motivo del ejercicio de sus prerrogativas (artículo 242 de la Ley 23 de 1982). Estas acciones deben ser instauradas ante la jurisdicción civil y, dependiendo de la cuantía de sus pretensiones, serán atendidas por jueces civiles municipales o del circuito⁸⁹ o ante la Oficina Jurisdiccional de la DNDA.⁹⁰ Esto se conoce como “competencia a prevención”, la cual determina la posibilidad de que el ciudadano pueda acudir a la jurisdicción ordinaria o a la DNDA para dirimir sus controversias en materia de derecho de autor. Sin embargo, deberá escoger en primera instancia una vía o la otra y luego continuar con el procedimiento.

Aparte de las acciones civiles a las que se tiene derecho, la DNDA menciona: Así mismo cuentan con la posibilidad de acudir al uso de acciones penales, por virtud de las cuales los interesados que vean afectados sus derechos pueden formalizar a través de una denuncia sus pretensiones de sancionar penalmente a quienes incurran en alguna de las acciones tipificadas en los artículos 270 a 271 del Código penal.⁹¹

Por último, se puede también encontrar la protección por parte de los tribunales de arbitramento. Esto se ilustrará con el caso de AS Colombia Ltda. en contra de Informática & Gestión S. A., en el cual la demandante alegó que la demandada contrató a uno de los ingenieros que tenía en su compañía y desarrolló un *software* con las mismas funcionalidades que uno con el que convocante y convocada en el proceso arbitral tenían un contrato. En consecuencia, AS demandó en sede arbitral al demandado por infringir las normas de derecho de autor.⁹²

El Tribunal concluyó, al igual que en los casos europeos analizados anteriormente, que siguiendo el principio mediante el cual el derecho de autor no protege las ideas, y después de haberse probado que el ingeniero no usó el código fuente del demandante para crear el programa, no hubo infracción de derecho de autor al titular del *software*. Así, el Tribunal señaló:

⁸⁹ Carlos Alberto Rojas, *Concepto 1-2007-1292* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2007).

⁹⁰ Artículo 24, numeral 3, literal b del Código General del Proceso.

⁹¹ Rojas, *Concepto 1-2007-1292*.

⁹² AS Colombia Ltda. vs. Informática & Gestión S.A. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Árbitro Ernesto Rengifo.

[...] al ser el *software* una obra o creación de naturaleza utilitaria, o mejor, con finalidad práctica o vocación funcional, se ha entendido que en principio el aspecto práctico de un programa de computador, su aplicación o su funcionalidad no son objeto de protección por el derecho de autor, toda vez que la función de un programa o *software* es la misma idea no protegible de la obra.

En conclusión, coincidiendo con los casos reseñados, negó la infracción al derecho del *software* del demandante.

Protección del *software* por medio de las patentes. Análisis desde el derecho estadounidense

Como se ha visto, la protección del *software* en cuanto una obra cobijada por el derecho de autor no tiene duda, ya que su evolución en la doctrina y en las legislaciones nacionales y los tratados internacionales ha sido explorada de manera amplia. Sin embargo, la casuística, basada en los principios de derecho de autor, nos ha mostrado que esta forma solo protege el *software* contra el hecho de ser copiado en sus códigos o en su manual de uso. Por esto, lo referente a la funcionalidad del mismo puede llegar a ser protegido por el derecho de propiedad industrial por medio de las patentes. Esto se debe a que, según cierta parte de la doctrina, sin la intervención del derecho de patentes, los creadores, desarrolladores e inventores de *software* solo se podrían beneficiar de una fracción del fruto de su trabajo intelectual.⁹³

La protección del *software* por medio de las patentes ha sido un tema muy controversial que viene desde la década de 1970, tanto en la OMPI, como en los diferentes países, especialmente aquellos del *Common Law*. Estas discusiones llevaron a que principalmente a partir de la década de 1980 se haya aceptado la idea de proteger los aparatos y las invenciones basadas en *software*. Claro está, siempre y cuando cumplan con los estándares de protección de las patentes, proporcionando una nueva forma de hacer algo u ofreciendo una nueva solución para un determinado problema técnico.⁹⁴

⁹³ Stephen Lindholm, "Making the *software* patent beast", *Stanford Journal of Law, Business and Finance* vol. 10, n.º 2 (2005): 86.

⁹⁴ OMPI, *Copyright protection on computer software* (<http://www.wipo.int/copyright/en/activities/software.html>)

•La singular protección de programas de computador o *software* •

Recordemos que, de acuerdo con las mismas directrices de la OMPI, para que la patente sea otorgada, la invención debe cumplir los siguientes requisitos:

- i) la invención debe estar constituida por una materia patentable; ii) la invención debe ser susceptible de aplicación industrial (o, en determinados países, resultar útil); iii) debe ser nueva (original); iv) debe implicar una actividad inventiva (no ser evidente); y v) la divulgación de la invención en la solicitud de patente debe cumplir una serie de normas de forma y de fondo.⁹⁵

El cumplimiento de estos requisitos puede llegar a ser demasiado oneroso, razón por la cual este procedimiento puede ser considerado excluyente; sin embargo, en Estados Unidos las cifras de patentabilidad de *software* son gigantes.

En igual sentido, los acuerdos ADPIC no prescriben la necesidad de un acuerdo internacional para el patentamiento del *software*.⁹⁶ Así, el artículo 27 de dichos acuerdos establece:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por *todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial*. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, *las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país*.⁹⁷

En consecuencia, los acuerdos ADPIC dejan una puerta abierta para que se estudie la viabilidad de la patentabilidad del *software* en el campo de la tecnología, que es precisamente el sector al que pertenecen los programas de computador.

El debate ha traído como consecuencia que, tal como se analizará, varias jurisdicciones hayan incorporado la protección del *software* por medio del derecho de patentes; sin embargo, los intentos por armonizar este tema mediante instrumentos internacionales de derecho han resultado algo infructuosos. Como

⁹⁵ OMPI, *Consejos para patentar sus programas informáticos* (http://www.wipo.int/sme/es/documents/software_patents.htm).

⁹⁶ Deli Yang, "Software protection. Copyrightability v. patentability", *Journal of Intellectual Property Rights*, vol. 17 (2012): 162.

⁹⁷ OMC, Acuerdos ADPIC, *Parte II-Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual* (Marruecos: OMC, 1994. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04c_s.htm#5) art. 27. Cursivas añadidas.

ejemplo se puede citar el rechazo del Parlamento Europeo el 6 de julio de 2005 a la propuesta de directiva sobre patentabilidad de las invenciones implementadas por computador.⁹⁸

A pesar de que en la Oficina Europea de Patentes (EPO), en las empresas de tecnología y entre los profesionales de propiedad intelectual hubo un gran entusiasmo acerca de la aprobación de dicha directiva, ya que, al igual que en los Estados Unidos, iba a incrementar la patentabilidad del *software*, los grupos partidarios del *software* libre, los sindicatos y las organizaciones de profesionales hicieron una total oposición a esta iniciativa,⁹⁹ que finalmente no fue aprobada.

El desarrollo de la industria del *software* alrededor del mundo ha sido, sin duda, una de las razones principales para que los países hayan incorporado y, en algunos casos, flexibilizado los requisitos y las formas para que el *software* sea patentado. En el mundo de hoy, muchos de los inventos e innovaciones están controlados por programas de computador: los teléfonos celulares, el internet de las cosas, las tabletas, los relojes inteligentes, los computadores portátiles y, en general, todos los maravillosos inventos que el ser humano realiza.

En ese sentido, se puede ver cómo Estados Unidos es uno de los máximos exponentes de este crecimiento en el mundo. En 1986, la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos (USPTO) concedió 3.078 patentes relacionadas con el *software*.¹⁰⁰ Esto hizo que el tema tuviera una mayor repercusión dentro del ámbito de la propiedad intelectual en dicho país y, a su vez, en el mundo.¹⁰¹ Veinte años después, en 2006, esa misma oficina concedió 41.144 patentes de *software*, para acumular el gran total de 336.643 patentes de *software*.¹⁰²

Lo anterior pudo haberse potenciado porque la USPTO, que en principio era muy reacia a conceder patentes de *software*, publicó en 1996 unas directrices de examen que daban una guía acerca de cómo patentar determinados programas que tuvieran un efecto técnico, simplificando los requisitos de manera paulatina

⁹⁸ Vásquez, *International IP protection of software*, 7.

⁹⁹ Manuel Guerrero, "Aspectos globales de patentabilidad de las invenciones implementadas por computador", *Revista Propiedad Inmaterial*, n.º 10-11 (2007): 140.

¹⁰⁰ David Bender, "The renaissance of the *software* patent", *Hamline Law Review* 13, n.º 2 (1990): 214.

¹⁰¹ Eric Croft, "Introduction to the *software* patent debate", *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 14 (1992): 295.

¹⁰² Andrés Guardamuz González, "Patentabilidad del *software*. Nuevas cuestiones jurídicas", *Magazine Organización Mundial de Propiedad Intelectual*, n.º 6 (2008): 15-17.

•La singular protección de programas de computador o *software* •

y haciendo que los examinadores centraran sus análisis en la novedad, no en el algoritmo del *software*.¹⁰³

Para 2014, según la Software and Information Industry Association, la industria del *software* en Estados Unidos representó 475.000 millones de dólares, con 2,5 millones de empleos directos y 9,4 millones de empleos indirectos.¹⁰⁴ En sectores como los videojuegos, el gasto de los estadounidenses en 2015 fue de 23.500 millones de dólares.¹⁰⁵

Estas cifras dan una explicación más que suficiente de por qué Estados Unidos ha sido visto como un modelo en lo que tiene que ver con la patentabilidad del *software*. Sin embargo, su desarrollo por medio de la jurisprudencia no ha sido pacífico y ha tenido a lo largo de las últimas tres décadas importantes precedentes que han sentado su doctrina jurisprudencial. A continuación se analizarán importantes casos que dieron lugar a este escenario.

Un caso que fue considerado un hito en la década de 1980 y que sirvió como referencia para el patentamiento de *software* es el *Diamond vs. Diehr* de 1981,¹⁰⁶ en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos determinó, por primera vez,¹⁰⁷ que el uso del *software* para un proceso era patentable (en este caso, servía para elaborar caucho)¹⁰⁸ y que las fórmulas matemáticas y algoritmos, al ser leyes de la naturaleza e ideas abstractas, no son patentables,¹⁰⁹ tal como se había declarado en el caso *Gottschalk vs. Benson*,¹¹⁰ en el cual se negó la patentabilidad de un método para convertir los números decimales en binarios, juzgado por la misma

¹⁰³ IPR Helpdesk, *Sixth framework program. La patentabilidad de los programas de ordenador* (Comisión de la Unión Europea, s. f. https://www10.ujaen.es/sites/default/files/users/otri/propiedad-industrial/2010_Patentabilidad_Programas_Ordenador.pdf), 3.

¹⁰⁴ Robert Shapiro, *The US software industry: an engine for an economic growth and development* (Washington: Software and Information Industry Association, 2014) 3-24.

¹⁰⁵ Michael Gallagher, *Sales, demographic and usage data. Essential facts. About computer and video game industry* (Washington: Entertainment Software Association, 2016) 13.

¹⁰⁶ Shelley Becksatrand, "Experiences prosecuting *software* related patent applications". *IDEA. The Journal of Law and Technology* (1991): 214.

¹⁰⁷ Raj Sardesai y Michael Ram, "Protecting intellectual property rights in *software*: the *software* patent", *Loyola Consumer Law Review* 11, n.º 2 (1999): 100.

¹⁰⁸ *Diamond v. Diehr* 450 U.S. 175 (1981).

¹⁰⁹ Lapenne, "La protección jurídica del *software*", 13.

¹¹⁰ Peter Junger, "You can't patent *software*", *Case Western Reserve Law Review* 58, n.º 2 (2008): 354.

Corte en 1972.¹¹¹ En esta interpretación, la Corte Suprema determinó que el uso del algoritmo no es abstracto, ya que es empleado en una máquina y en un proceso, transformando una cosa a un estado diferente. En este sentido, la patente no fue otorgada sobre el algoritmo, sino sobre los procesos industriales para curar el caucho y sus pasos.¹¹²

Este caso es probablemente el que abrió la posibilidad de patentamiento de *software* en los Estados Unidos y, definitivamente, las cifras que se dieron después en el otorgamiento de patentes tienen una relación directamente proporcional, ya que abrió la puerta para que el *software* también tuviera una protección mediante la propiedad industrial.

Siguiendo esta línea, en el caso *Arrhythmia Research Technology Inc. vs. Corazonix Corp.*, la Corte Federal de Apelaciones del Circuito de Estados Unidos decidió el 12 de marzo de 1992 otorgar la patente a un programa de computador que utilizaba un método para analizar las señales de electrocardiograma y así prevenir ataques al corazón de los pacientes.¹¹³ Para la Corte, esta idea abstracta estaba dirigida a un efecto útil aplicado tanto al aparato como al proceso y, en consecuencia, era apto para ser patentable.¹¹⁴

En este mismo sentido, en el caso *State Street Bank and Trust Co. vs. Signature Financial Group*, de 1998, se decidió patentar un *software* que representaba información en cantidades de dólares de un fondo común, para que la máquina entregara un resultado útil expresado en precio final de ganancias, pérdidas y porcentajes. Ese resultado útil parece ser el factor determinante para el patentamiento¹¹⁵ de dicho programa de computador, pues transforma una idea abstracta en un resultado.¹¹⁶

En estos casos el concepto de patentabilidad de los algoritmos que hacen parte del *software* fue evolucionando y pasó de depender exclusivamente de la máquina en que el *software* actuaba y su transformación, a simplemente el efecto

¹¹¹ *Gottschalk v. Benson*, 409 U.S. 63 (1972).

¹¹² *Diamond v. Diehr* 450 U.S. 175 (1981).

¹¹³ *Arrhythmia Research Technology Inc. vs. Corazonix Corp.*, 958 F.2d 1053 (1992).

¹¹⁴ Lapenne, "La protección jurídica del *software*", 13.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *State Street Bank and Trust Co. v. Signature Financial Group, INC*, 149 F.3d 1368, (1998).

•La singular protección de programas de computador o *software* •

útil que el *software* pudiera producir a partir de su ejecución. Probablemente en este periodo es cuando hubo una mayor protección del *software* en los Estados Unidos, ya que estaba protegido, tanto por el derecho de *copyright*, como el derecho de patentes.

En contraste, el caso *Bilski vs. Kappos*, decidido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 2010, cambió un poco la jurisprudencia que venía dándose en las altas cortes, en el sentido en que determinó que el test sobre la transformación de la máquina, aplicado mayoritariamente, no era el único que se debía tener en cuenta para determinar la patentabilidad, ya que un simple método para optimizar procesos eléctricos era una idea abstracta.¹¹⁷

Confirmando esta nueva posición, el caso *Alice Corp. Pty. vs. CLS Bank International*, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, el 19 de junio de 2014, decidió excluir tajantemente las ideas abstractas de la patentabilidad, en el sentido de que los métodos computarizados de negocios desarrollados por la compañía *Alice Corp.*, por el solo hecho de utilizar un computador genérico para hacer el proceso, no pueden transformar una idea abstracta que no es elegible para ser una patente en una invención susceptible de ser patentada.¹¹⁸

En este nuevo escenario, varias solicitudes de patentes fueron denegadas cuando la solicitud de patente se trataba únicamente de aplicación de métodos comunes en el ámbito de los negocios o el uso de computadores genéricos¹¹⁹ para ejecutar el algoritmo, con lo cual se reversa de alguna manera la posición que venían sosteniendo las altas cortes en Estados Unidos. De hecho, entre julio y octubre de 2014 el número de casos por patentes de *software* en Estados Unidos cayó un 42 % respecto del año inmediatamente anterior.¹²⁰ Igualmente, en los diez casos siguientes al de *Alice*, solo en uno se concedió la patente del *software*.¹²¹ Fue el de *DDR Holdings, LLC vs. Hotels.com*, en el que la Corte Federal de Apelaciones de los Estados Unidos declaró que, siguiendo el test desarrollado en el caso de *Alice*, los métodos para expandir oportunidades comerciales en

¹¹⁷ *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 593 (2010).

¹¹⁸ *Alice Corp. Pty. v. CLS Bank International*, 134 S. C t.2347 (2014).

¹¹⁹ Walden, "Copyright and patent protection", 33.

¹²⁰ Michael Loney, "Software patent lawsuits plummet after Alice. US Patent Litigation", *Managing Intellectual Property* (2014-2015): 24.

¹²¹ *Ibid.*

internet mediante el uso de *marketing* coordinado externo del *software* de DDR Holdings eran patentables.¹²²

Estos casos nos muestran cómo la jurisprudencia estadounidense ha variado su parecer a través del tiempo, y cómo ante el cambio radical en las tendencias sobre patentamiento de *software*, el derecho de autor puede surgir como una alternativa, aun para proteger los elementos no literales del *software*. Sin embargo, surge la inquietud de si debe haber un régimen específico o *sui generis* de protección de *software* por parte de la propiedad intelectual, ya que estos ires y venires en la jurisprudencia pueden causar inseguridad jurídica.

La patentabilidad del *software* en Colombia

En los últimos años Colombia ha dado también un giro hacia la posibilidad de patentar el *software*. A pesar de que en el país se haya optado mayoritariamente por la vía de la protección del *software* por medio del derecho de autor, desde hace unos años también se ha explorado la posibilidad de patentar el *software* mediante el derecho de patentes, con el liderazgo de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). A pesar de que en Colombia no se tienen los volúmenes de los países europeos o anglosajones, es significativo que se haya empezado a considerar el tema por parte de las autoridades que administran la propiedad intelectual. De hecho, en 2012 se implementó, después de doce años, el estándar OMC-ADPIC, cuando se emitieron las guías para el examen de solicitudes de patente de invención y modelo de utilidad por parte de la SIC¹²³ y se abrió paso a la patentabilidad del *software* en ciertas circunstancias.

Citando textualmente la misma guía, podemos determinar la apertura de Colombia a esta posibilidad, como se detalla a continuación:

El examinador deberá tener en cuenta que los programas de computador o de soporte lógico son las instrucciones que necesita una máquina para conseguir un resultado. En principio, no se consideran invenciones porque no tienen carácter técnico al ser considerados en sí mismos, como ocurre con las obras literarias. No obstante, *cuando la solicitud no verse sobre un programa de ordenador en sí mismo o como tal el Examinador deberá proceder a adelantar el estudio de patentabilidad, según los*

¹²² DDR Holdings, LLC v. Hotels.com, L.P., 773 F.3d 1245 (Fed. Cir. 2014).

¹²³ Andrés Rincón, "Colombia líder en patentes de *software*", *Diario Portafolio*, noviembre 23 de 2016.

•La singular protección de programas de computador o *software* •

*requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación de industrial en la forma prevista en esta Guía.*¹²⁴

Es claro, entonces, que la patentabilidad del *software* tiene una posibilidad real en Colombia cuando se trate de aplicaciones de programas de *software* a elementos que puedan llegar a ser considerados patentables. Como efecto de estas guías se puede encontrar que hasta noviembre de 2016 la SIC ha concedido varias reivindicaciones de método y de producto, siendo líder en Latinoamérica. Esto se refleja en las siete patentes que se le otorgaron a la empresa de tecnología Qualcomm en 2016.¹²⁵ Sin duda, es una apertura para que otras empresas importantes del sector tecnológico inviertan en el país y, además, incentiva a las empresas nacionales para que incursionen en estos mercados, con la seguridad de una protección jurídica de elementos de sus programas que van más allá de los literales.

Consideramos que es posible dar aplicación al registro del *software* como propiedad industrial de manera indirecta; en este caso, el *software* que haga parte de un bien intangible puede ser considerado como invento, de acuerdo con las guías reseñadas anteriormente. Para ello debe cumplir los requisitos para ser patentable. En este sentido, la SIC, siguiendo los parámetros de la Decisión Andina 486 de 2000, ha señalado que el invento debe ser un producto o un procedimiento que reúna tres condiciones:

1. Debe ser novedoso, es decir, que no exista en el mundo.
2. Debe poseer un nivel inventivo, lo que equivale a decir que no sea un desarrollo obvio para alguien experto en la materia que trata el invento.
3. Que lo inventado pueda ser utilizado o fabricado en cualquier industria, es decir, que debe tener una aplicación industrial.¹²⁶

¹²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, *Guías para el examen de solicitudes de patente de invención y modelo de utilidad. Los programas de ordenador o el soporte lógico como tal*. Bogotá: SIC, 2012. http://api.sic.gov.co/Documentos/Guia_Examen_Patentes.pdf 62. (Cursivas añadidas).

¹²⁵ Rincón, "Colombia líder en patentes de *software*".

¹²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, *Abc de propiedad industrial* (Bogotá: SIC, 2012. <http://api.sic.gov.co/Archivos%20SIC/abc/files/abc%20de%20propiedad%20industrial.pdf>).

En este sentido, la protección vía derecho de patentes conlleva beneficios significativos para los inventores y los desarrolladores de *software*, ya que:¹²⁷

- Asegura que los inventores obtengan un efectivo retorno por la inversión realizada en el desarrollo del programa.
- Facilita que los emprendedores y las pequeñas y medianas empresas realicen colaboraciones fructíferas en el ámbito de los negocios.
- Promueve el intercambio sistemático de conocimientos por medio de la divulgación de patentes, que es un importante impulsor de la innovación.
- Atrae inversionistas que ayuden a crecer la industria de *software* y, por ende, la economía nacional, generando miles de empleos en el sector.

Igualmente, es importante precisar que, si bien la Decisión 486 excluye el patentamiento de *software*, la aplicación del artículo 27 de los tratados ADPIC prevalece cuando se cumplen los postulados que la misma Decisión 486 prescribe para las invenciones:¹²⁸ que el objeto de la invención sea un producto o proceso y no *software* como tal y que el *software* que hace parte de la invención tenga una aplicación práctica en particular.¹²⁹

Si el *software* incorporado a una invención diera cumplimiento a estos requisitos —que no se haya producido antes por nadie, que no se haya divulgado ninguno similar y que pueda ser utilizado industrialmente—, sería viable su registro, ya que la protección recae sobre la funcionalidad del *software*, esto es, el resultado al que se llega utilizándolo, aunque para ello puede hacerse uso de diferentes códigos que por este régimen no son protegidos. Es en este punto donde se debe ir a su protección más natural por el derecho de autor.

Así las cosas, la protección del *software* en Colombia presenta escenarios complejos en los que hay una protección por parte del derecho de autor, que

¹²⁷ Ania Jedrusik y Phil Wadworth, "Patent protection for *software*-implemented inventions". *WIPO Magazine* (2017).

¹²⁸ Cristian Sarmiento, "La protección del *software* desde la propiedad intelectual en Colombia: conveniencia de la creación de una normativa especial que garantice los derechos de los desarrolladores", *Boletín Virtual Universidad Externado de Colombia* (2016). <http://propintel.uexternado.edu.co/la-proteccion-del-software-desde-la-propiedad-intelectual-en-colombia-conveniencia-de-la-creacion-de-una-normativa-especial-que-garantice-los-derechos-de-los-desarrolladores/>.

¹²⁹ Iván Abaunza, "Cómo proteger aplicaciones móviles o *software* en Colombia", *Diario La República*, enero 28 de 2015.

•La singular protección de programas de computador o *software*•

se refiere literalmente a su código y a los manuales de uso, dejando por fuera los elementos no literales del programa, y por medio del derecho de patentes se encuentra una protección cuando se cumplan los requisitos que la normatividad, la jurisprudencia y las directrices de entidades administradoras y promotoras de propiedad intelectual en el mundo y en los diferentes países hacen a través de sus guías y recomendaciones.

Finalmente, la patente es el poder de control sobre la invención que excluye la competencia de los competidores en el mercado.¹³⁰ Por eso se puede concluir lógicamente que el derecho de autor protege al desarrollador contra la piratería, principalmente, y que el derecho de patentes lo protege contra la competencia desleal.

Como lo señala Delia Lypszyc, citada por Ramírez y Cano, “las diversas materias comprendidas en los derechos intelectuales conforman áreas que no siempre están netamente separadas. Los elementos comunes a la actividad creadora de la inteligencia humana, están interconectados —y a veces superpuestos—”, situación totalmente aplicable a los programas de computador o *software*,¹³¹ en el sentido de la yuxtaposición que existe entre el derecho de autor y el derecho de patentes en relación con las particularidades propias de este tipo de obras, fruto del desarrollo de las tecnologías de la computación desarrolladas por el ser humano.

Conclusiones

En primer lugar, todos los preceptos legales establecidos internacionalmente y ratificados por Colombia y las leyes del ordenamiento jurídico interno establecen claramente que el régimen aplicable a la protección y registro del *software* (soporte lógico) es protegido por las leyes del derecho de autor. Por esto, existen tres aspectos que es necesario destacar; el *software*, efectivamente, cumple los requisitos que establece la ley colombiana sobre las obras literarias, artísticas y científicas, al establecer en una parte el artículo 2.º de la Ley 23 de 1982 que “en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción,

¹³⁰ Jared Kagan, “Brick, Mortar and Google”, *New York Law School Review* 55 (2010-2011): 278.

¹³¹ Susana Ramírez Vélez y Esteban Cano Gutiérrez, *La protección legal del software. Dificultades del sistema actual de protección y alternativas de su regulación* (Medellín: Repositorio Universidad Eafit, 2015) 8.

por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”;

expresándose el código por medio virtual a través de un computador que interpreta el código fuente u objeto escrito por el programador.

El segundo factor consiste en la protección de los diferentes códigos que se utilizan para el desarrollo y creación de un *software*: el código fuente, que es una expresión del grupo de instrucciones propias de un programa entendibles por el ser humano, y el código objeto, que es una expresión del grupo de instrucciones propias de un programa expresadas en códigos binarios entendibles únicamente por un computador. Estas dos formas de escritura están protegidas por las leyes del derecho de autor.

Y en tercer lugar, en la ratificación hecha por Colombia del Convenio de Berna (Ley 23 de 1982), se estableció que el registro realizado ante la DNDA tiene carácter de declarativo y no constitutivo; es decir, desde la creación del *software* este es sujeto de protección por parte del Estado y el registro tiene la finalidad de darle publicidad y oponibilidad a terceros sobre la autoría del *software*, no la de constituir los derechos derivados de la creación del *software*.

Así, las leyes colombianas, en especial la Ley 23 de 1982, establecen claramente la titularidad del autor de aquellos derechos morales y patrimoniales reconocidos y clasificados en esta norma jurídica, que clarifica aquellas prerrogativas a las que tiene derecho el autor de una obra protegida por el derecho de autor, brindándole importantes características, como la forma de ejercerlos, quedando claro que son derechos susceptibles de transferencia o cesión. En particular, la ley establece que los derechos morales son intransferibles por su valor e importancia para el autor como reconocimiento por su creación, pero los derechos patrimoniales sí son susceptibles de transferencia, tanto que se pueden establecer en cualquier escrito para hacerlos efectivos ante la jurisdicción en caso de incumplimiento de lo pactado.

A manera de ilustración, vale la pena señalar que la transferencia de estos derechos patrimoniales se debe hacer conforme a las tres formas que establece la ley: transmisión por un acto entre vivos, transmisión por ministerio de la ley y transmisión por causa de muerte. Para el tema desarrollado en este capítulo, la transferencia del *software* puede hacerse por acto entre vivos; este acto, según la DNDA, es un acuerdo entre el autor y un tercero, resultante de la manifestación

•La singular protección de programas de computador o *software*•

de la autonomía de la voluntad de ellos, por el cual se pacta la transferencia de los derechos patrimoniales.

Igualmente, la Ley 23 de 1982 previó esta situación y estableció en el artículo 242 que los creadores, los titulares de derecho de autor y los titulares de derechos conexos se entienden legitimados para exigir el cumplimiento de sus derechos mediante acciones civiles, las cuales les permiten, por medio de un abogado, presentar en una demanda sus pretensiones, con el fin de que un juez de la República resuelva las cuestiones que se susciten con motivo del ejercicio de sus prerrogativas.

Así se permite el acceso a la jurisdicción civil entablado una demanda en contra de la parte incumplida, para que mediante el uso de las pretensiones un juez civil haga exigir el cumplimiento de lo pactado en el contrato, respetando los derechos adquiridos por la suscripción del contrato. De esta forma, la parte cumplida podrá solicitar al juez la resolución del contrato por incumplimiento en las obligaciones de una de las partes o el cumplimiento de lo pactado en el escrito que debe ser de obligatoria presentación. Pero esta no es la única posibilidad, también se podrá llegar a presentar una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por los delitos consagrados en los artículos 270 y 271 del Código Penal.

Otra gran conclusión consiste en que en la teoría un *software* puede ser objeto de protección por las leyes de la propiedad industrial, claro está, si este soporte lógico cumple los requisitos establecidos para la protección; pero el desarrollo legal nacional e internacional confirman que, con base en los principios de preeminencia y aplicación directa, las leyes del derecho de autor prevalecen sobre las de propiedad industrial para el registro de *software* y estas se deben aplicar en todo tipo de conflictos que versen sobre la autoría del *software* sobre otras disposiciones legales.

Así, hemos pasado de un notorio escepticismo en los años ochenta sobre la posibilidad del patentamiento de *software* a una realidad cada vez más latente en los diferentes sistemas jurídicos, impulsado sin duda por los adelantos tecnológicos, en especial las nuevas tecnologías de información.

Este patentamiento de *software* no recae sobre las ideas abstractas, que no tengan un efecto en un procedimiento, un mecanismo o un aparato, de acuerdo con los requisitos de patentamiento de las diferentes normatividades internacionales que han sido impulsadas enormemente por Estados Unidos y su muy desarrollada jurisprudencia acerca del tema.

De hecho, las tendencias jurisprudenciales de ese país han permeado los ordenamientos jurídicos y las decisiones tomadas en diferentes países del mundo, ya que sus directrices han sentado bases importantes para la posibilidad del patentamiento de los programas de computador.

Como es obvio, este desarrollo de los ordenamientos jurídicos serios debe tener medidas de control, ya que la jurisprudencia estadounidense, que fue muy laxa con la posibilidad del patentamiento del *software*, sentó a partir del caso Alice, en el 2014, un importante precedente sobre lo que el juzgador debe tener en cuenta a la hora de hacer un test de patentabilidad, en la cual los estándares deben obedecer a verdaderas invenciones, no simplemente a fórmulas matemáticas aplicadas a cualquier computador corriente. Además, dichos procedimientos deben tener una utilidad práctica e inventiva dentro del sector en el que se aplican.

En Colombia, este tema no es menos problemático, principalmente porque se le ha dado una mayor importancia a la protección del *software* por medio del derecho de autor, siguiendo lo establecido en la Decisión Andina 486 de 2000. Sin embargo, desde hace algunos años la SIC ha cambiado esta tendencia, y parece ser que actualmente Colombia abrió la posibilidad del patentamiento de *software* con la aplicación práctica de las guías para el examen de solicitudes de patente de invención y modelo de utilidad y la concesión de patentes de *software* en el sector de las tecnologías.

De todas formas, es preciso preguntarnos si dada la naturaleza particular que tienen los programas de computador o *software*, no sería necesario replantear su forma de protección y crear una regulación *sui generis* amparada por la propiedad intelectual, que permitiera tener directrices muy claras sobre su forma de tutela.

•La singular protección de programas de computador o *software* •

Bibliografía

- Abauza, Iván. “Cómo proteger aplicaciones móviles o *software* en Colombia”. *Diario La República*, enero 28 de 2015.
- Abbe, Elizabeth y Lockhart Brown. *Intellectual property, human rights and competition: Access to essential innovation and technology*. United Kingdom: Edward Elgar, 2012.
- Becerra Jairo, Cotino Lorenzo y otros. *La responsabilidad del estado por la utilización de las tecnologías de información y la comunicación (TIC)* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015) 120.
- Beckstrand, Shelley. “Experiences prosecuting *software* related patent applications”. *IDEA. The Journal of Law and Technology* (1991): 214.
- Bender, David. “The renaissance of the *software* patent”. *Hamline Law review* 13, n.º 2 (1990): 205-220.
- Boytha, Giorgy y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *Glosario derecho de autor derecho conexo*. Ginebra: OMPI, 2013.
- Croft, Eric. “Introduction to the *software* patent debate”. *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 14 (1992): 295. Dirección Nacional de Derecho de Autor. *Obras literarias, definición de obra literaria*. <http://derechodeautor.gov.co/obras-literarias>.
- Crowther, Jonathan. *Oxford Advanced Learner's Dictionary*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- Eliot Segura, Aldo. *Aspectos jurídicos y técnicos del software. Guía del Master de Informática y Derecho*. Chiclayo, Perú: Universidad San Martín de Porres, 2010.
- Eliot Segura, Aldo. *Aspectos Jurídicos y técnicos sobre el software. Guía Master en Informática y Derecho*. Chiclayo, Perú: Universidad San Martín de Porres, 2011.
- Fernández Delpech, Horacio. *Protección jurídica del software*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Flórez, Germán Darío. “La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de su evolución legislativa y jurisprudencial”. *Revista Verba Iuris*, 31 (2014): 43-71.
- Flórez, Germán Darío. *Curso de derecho de autor para la industria del software*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2012.
- Gallagher, Michael. *Sales, demographic and usage data. Essential facts. About computer and video game industry*. Washington: Entertainment Software Association, 2016
- García Pineda, Felipe. *Concepto 1-2012-49791*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2012.
- Goldstein, P. *International Copyright. Principles, law and practice*. Boston: Little Brown and Co., 1989.

- Graeme, Dinwoodie. *Intellectual property and general principles: Is IP a lex specialis?* United Kingdom: Edward Elgar., 2015.
- Guardamuz González, Andrés. “Patentabilidad del *software*. Nuevas cuestiones jurídicas”. *Magazine Organización Mundial de Propiedad Intelectual*, n.º 6 (2008): 15-17.
- Guerrero, Manuel. “Aspectos globales de patentabilidad de las invenciones implementadas por computador”. *Revista Propiedad Inmaterial*, n.º 10-11 (2007):117-147.
- Herrera Bravo, Rodolfo. *Algunas obras digitales y su protección jurídica*. <http://www.galeon.com/rodolfoherrera/obrasdigitales.pdf>.
- IPR Helpdesk. *Sixt framework program. La patentabilidad de los programas de ordenador*. Comisión de la Unión Europea, s. f. https://www10.ujaen.es/sites/default/files/users/otri/propiedad-industrial/2010_Patentabilidad_Programas_Ordenador.pdf.
- Iriarte, Eric y Ruddy Medina. *Guía de autor para creadores de software*. Lima, Perú: Instituto Nacional para la defensa de la competencia y la Propiedad Industrial (Indecopi), 2013.
- Jedrusik, Ania y Phil Wadworth. “Patent protection for *software*-implemented inventions”. *WIPO Magazine* (2017).
- Johnson, Andy. *Discovery in computer patent litigation*. United States: The Federal Courts Law Review, 2006.
- Junger, Peter. “You can’t patent *software*”. *Case Western reserve law review* 58, n.º 2 (2008): 354.
- Kagan, Jared. “Brick, Mortar and Google”. *New York Law School Review* 55 (2010-2011): 278.
- Lapenne Juan. “La protección jurídica del *software*”. *Revista La Justicia Uruguayana*, (2011): 3.
- Lindholm, Stephen. “Making the *software* patent beast”. *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, vol. 10, n.º 2 (2005): 86.
- Loney, Michael. “*Software* patent lawsuits plummet after Alice. US Patent Litigation”. *Managing Intellectual Property* (2014-2015): 24.
- Monroy, Juan Carlos. *Derechos de autor y derechos conexos. Disposiciones especiales a ciertas obras*. Bogotá: RRA. Formación, 2013.
- Murray, Andrew. *Information technology law. The law and society. Copyright infringement and software: non-literary copying*. 2nd Edition. United Kingdom: Oxford University Press. 2013.
- Olarte Collazos, Jorge y Miguel Ángel Rojas. *Manual de derechos de autor para alcaldías y gobernaciones*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2011.
- Olarte, Jorge Mario y Miguel Ángel Rojas. *Convenio antipiratería para Colombia. Derecho de autor y derechos conexos en Colombia: Aspectos jurídicos*. 2da edición. Bogotá: Editorial Panamericana Formas e Impresiones S.A., 2008.
- OMPI. *Consejos para patentar sus programas informáticos*. http://www.wipo.int/sme/es/documents/software_patents.htm.

•La singular protección de programas de computador o *software* •

OMPI. *Copyright protection on computer software*. <http://www.wipo.int/copyright/en/activities/software.html>.

OMPI. *Reseñas de convenios, tratados y acuerdos administrados por la OMPI*. Ginebra, 2001.

Prendes Espinoza, María Paz y Lucía Amorós Poveda. “Accesibilidad en aplicaciones informáticas”. Congreso de la Universidad de Santiago de Compostela, España, 2001.

Ramírez Veléz, Susana y Cano Gutiérrez Esteban. *La protección legal del software. Dificultades del Sistema actual de protección y alternativas de su regulación*. Medellín: Repositorio Universidad Eafit, 2015.

Rengifo García, Ernesto. *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

Rincón, Andrés. “Colombia líder en patentes de *software*”. *Diario Portafolio*, noviembre 23 de 2016.

Ríos, Wilson Rafael. “El derecho de autor en la protección jurídica de los programas de ordenador-soporte lógico (*software*) y los bancos o bases de datos”. *Revista de la Propiedad Inmaterial*, n.º 5 (2002): 82.

Rojas, Carlos Alberto. *Concepto 1-2007-1292*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2007.

Sardesai, Raj y Michael Ram. “Protecting intellectual property rights in *software*: the *software* patent”. *Loyola Consumer Law Review* 11, n.º 2 (1999): 100.

Sarmiento, Cristian. “La protección del *software* desde la propiedad intelectual en Colombia: conveniencia de la creación de una normativa especial que garantice los derechos de los desarrolladores”. *Boletín Virtual Universidad Externado de Colombia* (2016). <http://propintel.uexternado.edu.co/la-proteccion-del-software-desde-la-propiedad-intelectual-en-colombia-conveniencia-de-la-creacion-de-una-normativa-especial-que-garantice-los-derechos-de-los-desarrolladores/>.

Shapiro, Robert. *The US Software Industry: An engine for an economic growth and development*. Washington: Software and Information Industry Association, 2014.

Sumroy, Rob y Miles McCarthy. *Copyright protection for computer software: Functionality loses out again. Slaughter and May Intellectual Property Briefing*. Londres, 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio. *Abc de propiedad industrial*. Bogotá: SIC, 2012. <http://api.sic.gov.co/Archivos%20SIC/abc/files/abc%20de%20propiedad%20industrial.pdf>

Superintendencia de Industria y Comercio. *Guías para el examen de solicitudes de patente de invención y modelo de utilidad. Los programas de ordenador o el soporte lógico como tal*. Bogotá: SIC, 2012. http://api.sic.gov.co/Documentos/Guia_Examen_Patentes.pdf.

Vásquez, Víctor. *International IP protection of software. History, purpose and challenges*. WIPO IP CM 07, 2007. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewiAs7mVn-8fTAhXCMSYKHaNLAQsQFghDMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.wipo>

int%2Fedocs%2Fmdocs%2Fcopyright%2Fen%2Fwipo_ip_cm_07%2Fwipo_ip_cm_07_www_82573.doc&usg=AFQjCNH6Zi1HwrZOJZN0_ScUHlrZvXrV2g.

- Vega Jaramillo, Manuel. *Manual de derecho de autor*. Bogotá: Ministerio del Interior y la Justicia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2012.
- Walden, Calvin. “Copyright and patent protection for computer *software*: How has the landscape changed”. *Intellectual Property Today Journal*, (2015): 33.
- Yang, Deli. “*Software* protection. Copyrightability v. patentability”. *Journal of Intellectual Property rights* vol. 17 (2012): 162.
- Zapata López, Fernando. *Concepto 1-2005-13932*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2005.

Casos

- Alice Corp.Pty. v. CLS Bank International, 134 S. C t.2347 (2014).
- Arrhythmia Research Technology Inc v. Corazonix Corp., 958 F.2d 1053 (1992).
- AS Colombia LTDA vs. Informática & Gestión S.A Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitro Ernesto Rengifo.
- Bilski v. Kappos, 561 U.S. 593 (2010).
- Computer Assocs. Int’l, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2dCir. 1992).
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-662 de 2000*. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm>
- Corte Constitucional. *Sentencia C-1490 de 2000*. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1490-00.htm>
- DDR Holdings, LLC v. Hotels.com, L.P., 773 F.3d 1245 (Fed. Cir. 2014).
- Diamond v. Diehr 450 U.S. 175 (1981).
- Gottschalk v. Benson, 409 U.S. 63 (1972).
- Navitaire Inc. v. Easyjet Airline Co. and BulletProof Technologies Inc. [2004] EWHC 1725 (Ch) (30 July 2004).
- Oracle v. Google, 750 F.3d 1339, 1355 (Fed. Cir. 2014).
- SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd. ChD ([2011] RPC 1 [2010] ECDR 15, Bailii, [2010] EWHC 1829 (Ch). [2013] EWCA Civ 1482 [2014] RPC 8.
- State Street Bank and Trust Co. v. Signature Financial Group, INC, 149 F.3d 1368 (1998)

•La singular protección de programas de computador o *software* •

Leyes y Convenios

Código General del Proceso, Artículo 24, numeral 3, literal b.

OMC. Acuerdos ADPIC *Parte II-Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual*. Marruecos: OMC, 1994. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04c_s.htm#5

OMPI. Tratado de derecho de autor (artículo 4). Ginebra: OMPI, 1996.

Convenio de Berna de 1886, para la protección de obras literarias y artísticas. Paris, 1972.

Convenio de Paris de 1883, para la protección de la propiedad industrial. Estocolmo: 1968.

Decisión Andina 351, régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos. Lima, 1993.

Decisión Andina 486 que establece el régimen común sobre propiedad industrial. Lima, 2000.

Congreso de Colombia. Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor. Bogotá: Diario Oficial, 1982.

United States Copyright Act 1976 [Ley de derecho de autor de Estados Unidos 94-553 del 19 de octubre de 1976].

Páginas Web

<http://swarb.co.uk/sas-institute-inc-v-world-programming-ltd-ca-21-nov-2013/>

www.derechodeautor.gov.co

www.OMPI.int

www.sic.gov.co

EL CONCEPTO DE PLAGIO EN LA INDUSTRIA MUSICAL

Germán Darío Flórez-Acero^{*}
 Sebastián Salazar^{**}
 Mayra Alejandra Durán^{***}

Resumen

El presente capítulo busca explicar el concepto de *plagio* en las obras musicales desde la perspectiva del derecho de autor. Para ello se analizan inicialmente los aspectos técnicos del plagio y se expone el contenido de los derechos de autor y los derechos conexos. En ese contexto se analizan los diferentes tipos de plagio

.....

- ^{*} Investigador del grupo GEPPi de la Universidad Católica de Colombia. Abogado y profesor de las universidades Católica, Nacional de Colombia., Javeriana de Cali. Director de la Mesa de Derecho de Autor del Centro de Pensamiento de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor invitado de las universidades de Alicante, Buenos Aires, de Chile, San Andrés de Buenos Aires y Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Master of Law in Intellectual Property, Queen Mary University of London. Asociado de la firma 1493.
- ^{**} Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Privado Económico de la misma Universidad y Magíster en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje de la Universidad de Heidelberg (Alemania) y de la Universidad de Chile (Chile). Socio de Rincón Cuellar & Asociados. Se ha desempeñado como docente de la Cátedra de Arbitramento Internacional, Tipos Modernos de Contratación y de la de Contratos Civiles y Mercantiles, en el área de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y la cátedra de Bienes en la Universidad Católica de Colombia.
- ^{***} Este artículo contó con la participación investigativa de la auxiliar de investigación y estudiante de décimo semestre de derecho de la Universidad Católica de Colombia, Mayra Alejandra Durán, funcionaria del área legal del Archivo General de la Nación, quien ayudó a presentar el tema en la Universidad de San Andrés de Buenos Aires en septiembre de 2015.

según la doctrina y, finalmente, se estudia el fenómeno desde el punto de vista del derecho anglosajón en el Reino Unido y en Estados Unidos.

Palabras clave: Derecho de autor y derechos conexos, propiedad intelectual, industria de la música, Spotify.

Abstract

The current article seeks to explain the concept of plagiarism in musical works from the perspective of copyright. For this, the technical aspects of plagiarism are initially analyzed. Subsequently, the contents of copyright and rights are exposed. In this context, different types of plagiarism are analyzed according to the doctrine and finally the phenomenon is analyzed from the point of view of common law systems in the United Kingdom and United States.

Keywords: Copyright and related rights, intellectual property, music industry, Spotify.

Introducción

Sin duda, uno de los temas más controversiales en la industria de la música es el concepto de plagio aplicado a las obras musicales, ya que es muy común que los creadores de estas obras, protegidas por el sistema de derecho de autor o *copyright*,¹³² acudan a la inspiración generada en otras obras preexistentes para componer sus canciones, ya sea la música o la letra. Es más, existen géneros musicales en los cuales es muy común este tipo de situaciones, como la música electrónica, en la cual muchas veces se parte de composiciones anteriores para realizar una nueva creación artística.

La gran discusión desde el punto de vista jurídico, y la que se pretende ilustrar con el presente texto, se encuentra en cuáles son los límites que existen entre esta inspiración musical —propia de los sujetos de derecho que participan de esta industria, principalmente compositores de letras y música— y el concepto de plagio como violación del derecho moral de paternidad de los autores.

¹³² Recordemos que el sistema de derechos de autor es propio de los países de tradición continental de derecho como Francia y Alemania, y el sistema de *copyright* pertenece a los países de tradición anglosajona como Inglaterra y Estados Unidos.

•El concepto de plagio en la industria musical•

En este orden de ideas, se pretende hacer una revisión del concepto de plagio y su lectura a la luz de las obras musicales, a partir de la selección de casos representativos tanto en el sistema del *common law* como en el *civil law*, cotejado a partir de la definición del derecho moral de paternidad en diferentes legislaciones y, principalmente, en los acuerdos internacionales de propiedad intelectual.

De la misma forma, se realizará una mención a otra serie de situaciones referidas al plagio, en lo que tiene que ver con los sujetos de protección de los derechos conexos, es decir, los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras musicales en relación con sus interpretaciones. Este es un tema también por demás interesante, ya que en algunos casos han sido estas interpretaciones las que han sido objeto de cuestionamiento legal por posibles plagios.

Esta investigación se realizará teniendo en cuenta una visión holística del problema, que tendrá en cuenta tanto los derechos de los aspectos legales, como los aspectos que tienen que ver con la música en sí misma, para tener así una mejor comprensión del problema.

La música y el sonido

La música está compuesta tanto por los acordes que componen cada una de las melodías, como por la interpretación que la representa y, en aquellos casos que la tenga, la letra de la composición musical. Cada una de estas partes, como lo veremos más adelante, tiene su protección desde el punto de vista jurídico, ya sea como un derecho de autor o como un derecho conexo.

La música ha sido definida tradicionalmente como “el arte de combinar sonidos agradablemente según las leyes que lo rijan”. En este sentido, es considerada arte por cuanto el artista, por medio de la música, comunica el mundo externo con el interno transmitiendo su visión personal de lo que rodea su ser. De esta forma, aunque dos artistas toquen la misma obra, como puede ser un concierto de piano de Chopin, su percepción del mundo hará que sonoramente cada una tenga un rasgo particular, haciendo cada interpretación única.¹³³ Así, el sonido es una

¹³³ Juan Sebastián Guevara, *Teoría de la música* (Medellín, 2010. https://www.teoria.com/articulos/guevara-sanin/guevara_sanin-teoria_de_la_musica.pdf).

sensación producida en el sentido del oído por la puesta en vibración de cuerpos sonoros.¹³⁴

El sonido puede identificarse por medio de cuatro características perceptibles: la intensidad, el tono, el timbre y la distancia. La intensidad está asociada con el nivel de presión en el medio acústico; de esta forma, el oído siempre percibe de manera diferente las variaciones de presión del sonido a diferentes frecuencias. Por esto se habla de volumen o amplitud del sonido, lo que en inglés se llama *loudness*.¹³⁵

En las figuras 1 y 2 se explica este concepto de intensidad a partir de la identificación de diferentes sonidos comunes según la intensidad sonora:

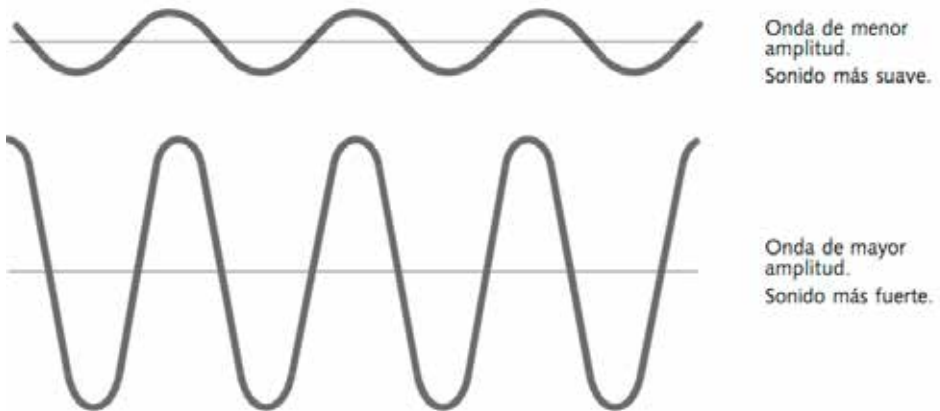


Figura 1. La amplitud del sonido.

Fuente: Juan Carlos Asisten, *El sonido. Edición de sonido en computadora para proyectos en clic, multimedia y otras actividades educativas* (Buenos Aires: Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, 1999) 19.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Constantino Pérez Vega, *Sonido y audición* (Santander, España: Universidad de Cantabria, 2011) 2.

•El concepto de plagio en la industria musical.

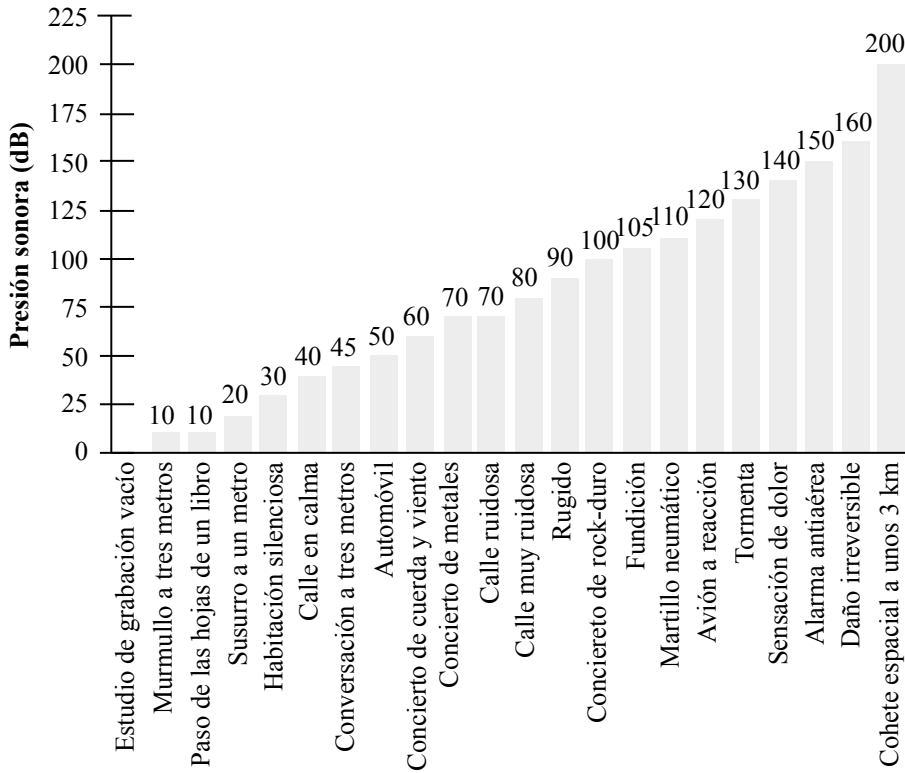


Figura 2. Niveles de presión sonora, expresados en dB referidos a 0,0002 μ bar para diferentes sonidos habituales.

Fuente: Pérez Vega, *Sonido y audición*, 8.

La frecuencia está asociada al tono del sonido. Es decir, de acuerdo con la cantidad de oscilaciones por unidad de tiempo, se determina si el sonido es más agudo o más grave. Mientras más grande sea la frecuencia, el tono será más agudo y, contrariamente, a menor frecuencia, el tono del sonido será más grave.¹³⁶ “En la terminología de sonido, se designa como octava a un tono del doble de frecuencia de la fundamental, o también de la mitad de la frecuencia. En el primer caso se dice que la octava está por encima; en el segundo, por debajo”.

¹³⁶ Asisten, *El sonido*, 19.

La figura 3 permite comprender de mejor forma el concepto de frecuencia del sonido.

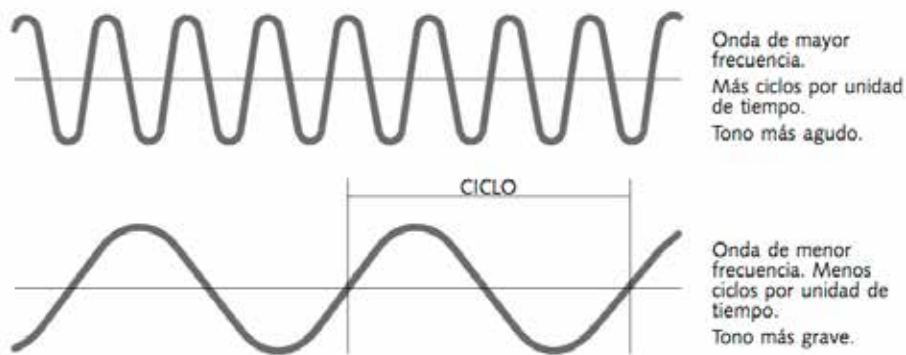


Figura 3. La frecuencia del sonido.¹³⁷

Fuente: Asisten, *El sonido*, 19.

En este sentido, la frecuencia es medida en hertz (Hz), donde 1 Hz equivale a un ciclo por segundo. El oído humano puede percibir entre los 20 y los 20.000 Hz, que corresponde a tonos graves, medios y agudos.¹³⁸

Por otro lado, el timbre es una cualidad del sonido que nos permite identificar de dónde proviene el sonido, es decir, nos señala la diferencia entre la voz de ciertas personas o de un tipo de instrumento musical.¹³⁹ Algunas teorías, como la de la localización, señalan que la percepción del timbre tiene lugar debido a mecanismos complejos realizados en el cerebro a partir de estímulos que provienen de las neuronas, ya que el oído humano se ha convertido en un eficientísimo analizador de sonidos, fruto de la evolución de nuestra especie.¹⁴⁰ Así las cosas, el timbre nos permite identificar entre dos sonidos que tengan igual frecuencia y

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ver nota 132.

¹⁴⁰ Jesús Mariano Merino y Loida Muñoz Repiso, *Las vibraciones de la música. La percepción acústica: tono y timbre* (Alicante: Ed. Club Universitario, 2007) 22-23.

•El concepto de plagio en la industria musical.

amplitud, pero que provienen de distintas fuentes.¹⁴¹ La figura 4 ilustra el concepto del timbre.

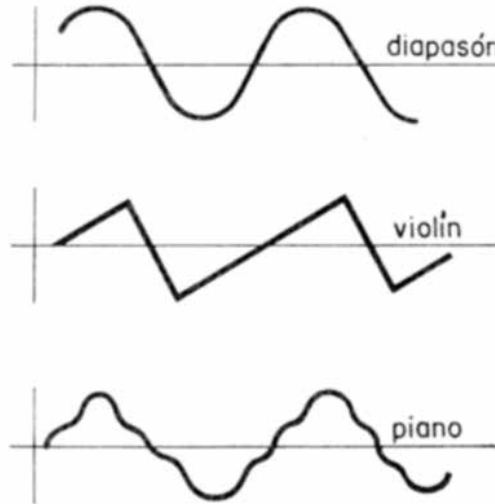


Figura 4. El timbre del sonido.

Fuente: Asisten, *El sonido* 20.

Por último, la distancia del sonido corresponde al espacio temporal entre la aparición y la extinción del sonido, y se puede equiparar con el tiempo del sonido.¹⁴² Esto se relaciona con la velocidad de propagación, que varía según el medio. Así, por ejemplo, la velocidad de propagación del sonido es diferente en el agua, el aire, el acero o la goma.¹⁴³

Los anteriores conceptos, aunque básicos cuando hablamos de las características del sonido, de obvia relación con las obras musicales, ayudan a entender

¹⁴¹ Asisten, *El sonido*.

¹⁴² Ver la nota, 136.

¹⁴³ Sistemas de insonorización para la industria y el medio ambiente (SINTEC), *Conceptos básicos del sonido* (<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwif0LixzMnQAhWCyyYKHcoKDisQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.sintecinsonorizacion.com%2Fclasses%2Fdescargar.php%3Fdoc%3D1352205911-0-1.pdf&usq=AFQjCNHL9uRC72JVXB8NUJA-RNP2s9vY5A&sig2=I6JUxAX9eXiz2MVkQ-ck0g&bvm=bv.139782543,d.eWE>) 4.

algunas de las decisiones que se han tomado en torno al tema del plagio en las obras musicales.

El objeto y los sujetos de protección de la obra musical

Después de haber mencionado algunos temas técnicos relativos al sonido y a la música, se abordará una descripción de lo que se entiende por obra musical, así como los principales sujetos de protección del derecho de autor en la industria de la música. Para esto se tendrán en cuenta la legislación colombiana y los instrumentos de derecho internacional vigentes en un sinnúmero de países.

La legislación colombiana en materia de derecho de autor protege las composiciones musicales con letra o sin ella, así como las composiciones dramático-musicales.¹⁴⁴ Así, el derecho de autor protege las creaciones musicales entendidas como obras artísticas que abarcan toda clase de combinaciones de sonidos o composiciones, con o sin texto (letra o guion).¹⁴⁵

En este entendido, se reafirma que el derecho de autor protege tanto a los creadores de la composición musical como a los de la letra misma de las canciones. Situación fundamental a la hora de analizar los diferentes casos de plagio, pues sobre estas obras recae la protección del derecho de autor, y el análisis para determinar si se presenta un plagio o no, se realiza precisamente cotejando dos obras o más.

Tradicionalmente se llama *autor* de una obra musical a quien crea la letra, mientras que a aquel que crea la melodía se le llama *compositor*,¹⁴⁶ y en este sentido siempre será el sujeto de protección en lo que se refiere al derecho moral de paternidad, el cual se infringe en un plagio. Estas obras se protegen desde la misma creación, sea de la letra o de la melodía, ya que en los sistemas continentales de derecho de autor y que tienen su génesis en el Convenio de Berna de 1886, se establece el principio según el cual la protección de las obras no requiere ningún tipo de formalidad.

¹⁴⁴ Congreso de Colombia, *Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor* (Bogotá: Diario Oficial, 1982) art. 2.

¹⁴⁵ Dirección Nacional de Derecho de Autor. Definición de obra artística o musical. Disponible online en <http://derechodeautor.gov.co/artisticas-y-musicales>. Consultado el 23 de noviembre de 2016.

¹⁴⁶ Juan Carlos Monroy, Camila Arias Ospina, Johanna Sáenz Ardila y Ximena Rojas Murcia, *El derecho de autor y los derechos conexos en la industria de la música* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2012) 7 a 12.

•El concepto de plagio en la industria musical•

Sin embargo, el registro de una obra musical es importante por temas probatorios, ya que tiene por objeto dar garantía de la seguridad y autenticidad de los títulos de derecho de autor¹⁴⁷ (otorgados precisamente con el registro), razón por la cual se presume que la titularidad de la obra está en cabeza de quien realice el registro. Este se realiza en Colombia a través del Registro Nacional de Derecho de Autor, administrado por la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA). Para que una obra sea registrada como obra musical deben anexarse tanto las partituras de la melodía como la letra de la canción. Si solo se presenta la letra de la canción, sin las partituras, se realizará el registro como una obra literaria.¹⁴⁸

Este registro de la obra musical es un aspecto muy importante cuando se analice un plagio, ya que el registro de las canciones en cotejo es de las primeras cosas que se van a evaluar, para tener una idea de la titularidad de las obras. De todas formas, reiteramos que este registro no es constitutivo de derechos, pero es un aspecto probatorio muy importante en los procesos judiciales que se realizan en relación con el derecho de autor.

En lo que respecta a las obras dramático-musicales, se pueden definir así:

[...] una creación intelectual que se expresa mediante un guion compuesto por escenas y estas por diálogos a través de los cuales los personajes enfrentan un obstáculo a su acción dramática, destinada a ser representada en escena y que se caracteriza por que la música tiene un rol preponderante en la misma, expresándose sus personajes mediante canciones tanto en monólogos como en diálogos. Al igual que las obras dramáticas, su guion normalmente se inicia con un punto de ataque por el cual los personajes abandonan su situación inicial para enfrentar un nudo u obstáculo el cual provocará el desenlace de la trama.¹⁴⁹

Son considerados autores de estas obras los creadores de la parte dramática y los de la parte musical serán considerados coautores. Como ejemplos podemos citar los famosos musicales de *Evita*, *Chicago* y *El Rey León* o las óperas *Carmen* o *La Traviata*.¹⁵⁰

.....
¹⁴⁷ Congreso de Colombia, *Ley 44 de 1993 por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944* (Bogotá: Diario Oficial 40.740 de febrero 5 de 1993) art. 4.

¹⁴⁸ SINTEC.

¹⁴⁹ Eric Iriarte, Ruddy Medina y Martín Moscoso, *Guía de derecho de autor para creadores de obras dramático-musicales* (Lima: INDECOPI, USAID, 2013) 2.

¹⁵⁰ *Ibid.*

Alcance y contenido de los derechos de autor

En lo que respecta a los derechos conferidos a los autores de las obras musicales y dramático-musicales, encontramos que se les otorga una serie de derechos de orden patrimonial, referidos a la explotación económica de la obra, y otros derechos del orden moral, referidos a la relación intrínseca que tiene el autor con el espíritu de la obra, cuyo objeto es proteger la personalidad del autor en relación con su obra.¹⁵¹

Entre los derechos patrimoniales encontramos los siguientes:

- *Reproducción*: Se refiere a la facultad exclusiva que tiene el autor para autorizar o prohibir que la obra sea fijada en un soporte material o realizar copias de la misma por cualquier procedimiento¹⁵² digital o análogo.¹⁵³
- *Comunicación pública*: Es la facultad que tienen los autores o titulares de derechos patrimoniales para que puedan autorizar o prohibir la divulgación de la obra a una pluralidad de personas en un mismo lugar.¹⁵⁴ Por ejemplo, cuando la música es puesta en una discoteca o en un concierto para el deleite de los asistentes. Cuando ese derecho consiste en poner la obra musical a disposición del público —principalmente en redes como internet,¹⁵⁵ mediante portales como YouTube—, es considerado una forma de comunicación pública de la obra.¹⁵⁶ En este caso los consumidores pueden acceder a ella en el lugar y en el momento que deseen.
- *Distribución*: Derecho que tienen los autores para autorizar o prohibir la explotación del bien por medio de la venta o alquiler de los ejemplares

¹⁵¹ Delia Lipszyc, “El derecho moral de autor. Naturaleza y caracteres”. En *Memorias del VIII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales* (Asunción, Paraguay, 1993) 151.

¹⁵² Jorge Olarte Collazos y Miguel Ángel Rojas, *Manual de derecho de autor para alcaldías y gobernaciones* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2011) 16.

¹⁵³ Comunidad Andina, *Decisión N° 351 que establece el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos* (Lima, 1993. <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9445>) art. 13.

¹⁵⁴ *Ibid.*, art. 14.

¹⁵⁵ Tratados sobre Internet de Derechos de Autor y de Interpretación o Ejecución y Fonogramas de la OMPI de 1996.

¹⁵⁶ Sandra Palomar, “Los derechos de explotación en la Directiva 29/2001”, *Revista Autor y Derecho* (2002): 7.

•El concepto de plagio en la industria musical.

de las obras.¹⁵⁷ En las redes digitales se ve mediante plataformas como Spotify, Tigo Music, Napster o Claro Música.¹⁵⁸

- *Transformación*: Es el derecho que tiene el autor para autorizar o prohibir el cambio de formato de una obra, así como su traducción o adaptación.¹⁵⁹

En lo que respecta a los derechos morales, el sistema de derecho de autor de países de tradición continental reconoce los siguientes derechos:

- *Paternidad*: Es el derecho moral mediante el cual se reivindica la autoría de una obra a favor de su autor.¹⁶⁰ Este es, sin duda, el derecho más importante cuando se habla del plagio, pues, como se verá, con esta conducta se desconoce la titularidad del autor sobre su obra. Este derecho ha sido reconocido desde el propio artículo 6 bis del Convenio de Berna. En consecuencia, la infracción a este derecho causará perjuicio a los derechos personalísimos del autor, sea que no se le mencione o se le sustituya en la paternidad con o sin dolo.¹⁶¹
- *Integridad*: Es el derecho que tiene el autor de la obra a oponerse a toda deformación y mutilación¹⁶² que afecte el decoro de la misma y la reputación del autor.¹⁶³ Hace poco se presentó un célebre caso entre un muralista y el Centro Comercial San Diego, en Medellín, en el que este último fue condenado en primera instancia a pagar 100 salarios mínimos legales vigentes (SMLV) al autor por borrar el mural sin su consentimiento, violando su derecho de integridad.¹⁶⁴

¹⁵⁷ OMPI, *Reseñas, Convenios y Tratados administrados por la OMPI* (Ginebra: OMPI, 2001) 43.

¹⁵⁸ Germán Flórez y Daniela Bernal, *El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo al Spotify. Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo* (Bogotá: Ed. Universidad Católica, 2016) 29 a 45.

¹⁵⁹ Lipszyc, "El derecho moral de autor".

¹⁶⁰ Comunidad Andina, *Decisión 351*, art. 11. Congreso, *Ley 23 de 1982*, art. 30.

¹⁶¹ Leandro Rodríguez Miglio, *Contenido del Derecho de Autor. Derecho moral y derechos patrimoniales. Los titulares. Los derechos protegidos: monopolio de explotación, derecho a disponer de la obra, derecho de reproducción y comunicación al público* (http://www.cadra.org.ar/upload/Miglio_Derecho_Autor.pdf) 3.

¹⁶² Comunidad Andina, *Decisión 351*, art. 11. Congreso, *Ley 23 de 1982*, art. 30.

¹⁶³ Olarte Collazos, *Manual de derecho de autor para alcaldías y gobernaciones*.

¹⁶⁴ Dirección Nacional de Derecho de Autor, *Informe de relatoría No. 01 Referencia1-2015-34057* (Bogotá: 2015) 3.

- *Ineditud*: Es el derecho que tiene el autor a que no se hagan publicaciones de su obra.¹⁶⁵ Esta facultad le permite al autor publicar o no la obra.
- *Modificación*: Es el derecho que tiene el autor a realizar cambios a la obra después de haber sido publicada, siempre y cuando indemnice a los terceros que afecte con el ejercicio de este derecho.¹⁶⁶
- *Retracto*: Es el derecho que tiene el autor a sacar la obra de circulación después de haber sido publicada, siempre y cuando indemnice a terceros que afecte con el ejercicio del derecho.¹⁶⁷

Derechos conexos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas

Es importante volver a reseñar que en el ámbito de la industria musical los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras musicales, los productores de fonogramas en relación con sus fonogramas y los organismos de radiodifusión en relación con sus programas radiodifundidos tienen los llamados derechos conexos¹⁶⁸ sobre sus interpretaciones, sobre la fijación de los fonogramas y sobre sus emisiones, respectivamente. Estos son llamados así porque coexisten con las obras creadas por los autores y contribuyen a la divulgación, conocimiento y disfrute de la obra,¹⁶⁹ además de la estrecha relación que guardan con los derechos de autor.

Vale decir que el reconocimiento de los derechos conexos como un derecho de propiedad intelectual —también llamados derechos vecinos— es común en los sistemas jurídicos de corte continental. Sin embargo, para países anglosajones, como Estados Unidos, es común entender que la idea de protección a estos sujetos de derecho está en la esfera de la relación laboral o contractual que exista ente el artista y el contratante, y prima la idea de que la protección que debe darse

¹⁶⁵ Olarte Collazos, *Manual de derecho de autor para alcaldías y gobernaciones*.

¹⁶⁶ Congreso, *Ley 23 de 1982*, art. 30.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Esta protección está señalada en la Convención de Roma sobre artistas, intérpretes y ejecutantes de obras artísticas y literarias, productores de fonogramas, y en el artículo 166 de la Ley 23 de 1982.

¹⁶⁹ Emilia Aragón, *Los titulares de derechos conexos y objetos protegidos. Contenido del derecho, excepciones y limitaciones* (Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina, Nicaragua, 2004) 3.

•El concepto de plagio en la industria musical•

al artista debe quedar situada dentro del campo del derecho laboral, obteniendo sus derechos y obligaciones del correspondiente contrato.¹⁷⁰

En resumen, los derechos conexos son aquellos otorgados por el derecho de autor a los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras artísticas o literarias, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en relación con sus emisiones. Estos derechos tienen dicho nombre debido a la relación cercana con el derecho de autor, ya que, por ejemplo, las interpretaciones y ejecuciones son realizadas sobre obras literarias y artísticas.

En el caso de los derechos conexos, cuando el titular de los derechos reconocidos a los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión sea una persona natural, el término de protección es de la vida de este más 80 años.¹⁷¹ Si el titular de dichos derechos es una persona jurídica, este será de 70 años contados así:¹⁷²

- A partir del final del año calendario de la publicación autorizada de la interpretación, la ejecución o el fonograma.
- A falta de publicación autorizada dentro de los 50 años contados a partir de la realización de la ejecución, interpretación o del fonograma, el plazo será de 70 años a partir del final del año calendario en que se realizó la interpretación o ejecución del fonograma.
- A partir del final del año calendario en que se haya realizado la primera emisión de su radiodifusión.

Al igual que los autores y compositores, los artistas intérpretes o ejecutantes tienen también un conjunto de derechos que se agrupan en las mismas dos categorías o especies: derechos morales y derechos patrimoniales. Así, las leyes colombianas les reconocen a estos titulares de derechos la capacidad para autorizar o prohibir la comunicación pública de cualquier forma de sus interpretaciones fijadas cuando se haga con fines distintos a los autorizados por los artistas, para fijar e interpretar sus ejecuciones, para autorizar o prohibir la comunicación al

170 Ibid.

171 Congreso, *Ley 23 de 1982*, art. 29.

172 Ibid.

público en cualquiera de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas y para obtener una remuneración por la comunicación pública de las fijaciones.¹⁷³

Los derechos morales de los titulares de derechos conexos se reconocen siempre, incluso cuando se hayan cedido los derechos patrimoniales. Son derechos perpetuos, no puede renunciarse a ellos ni se pueden transferir. El artículo 171 de la Ley 23 de 1982 reconoce los derechos morales consagrados en el artículo 30 de la misma ley, el cual se puede resumir de la siguiente manera:¹⁷⁴

- a. *Paternidad*: Derecho a ser reconocido como autor de la interpretación de la obra. Por ejemplo, en la venta del DVD del concierto de la banda inglesa The Rolling Stones en Bogotá, en marzo de 2016, siempre se debe mencionar el nombre de los intérpretes y ejecutantes de la obra.
- b. *Integridad*: Derecho a impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra la interpretación de la obra, cuando afecte sus intereses o su reputación.
- c. *Inédito*: Derecho a decidir si da o no a conocer su interpretación de la obra al público.
- d. *Modificación*: Derecho a hacer la modificación que crea apropiada, antes o después de su publicación.
- e. *Retracto o retiro*: Derecho a retirar su interpretación de la obra del comercio o a suspender su utilización.

En estos últimos dos derechos el intérprete o ejecutante debe reconocer las respectivas indemnizaciones a los terceros que hayan recibido algún perjuicio.

Ni los productores de fonogramas ni los organismos de radiodifusión tienen reconocimiento de derechos morales, tanto en la ley colombiana como en las normas internacionales.¹⁷⁵

Por su parte, los derechos patrimoniales tienen que ver con las distintas formas en que se pueden utilizar o explotar económicamente las obras musicales y, a diferencia de los derechos morales, son transferibles, renunciables y se pueden disponer cómo y cuándo se ceden o licencian.

¹⁷³ Comunidad Andina, *Decisión 351 de 1993*, art. 34. Congreso de Colombia, *Ley 23 de 1982*, art. 166.

¹⁷⁴ Congreso de Colombia, *Ley 23 de 1982*, art. 171.

¹⁷⁵ Alfredo Vega Jaramillo, *Manual de derecho de autor* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor; 2010) 114.

•El concepto de plagio en la industria musical•

En este sentido, los artistas, intérpretes o ejecutantes, o sus representantes, tienen el derecho exclusivo respecto de sus interpretaciones o ejecuciones a autorizar o prohibir las siguientes conductas:¹⁷⁶

La radiodifusión y la comunicación al público de la interpretación o ejecución de dichos artistas, salvo cuando ella se haga a partir de una fijación previamente autorizada o cuando se trate de una transmisión autorizada por el organismo de radiodifusión que transmite la primera interpretación o ejecución; b) La fijación de la interpretación o ejecución no fijada anteriormente sobre un soporte material; c) La reproducción de una fijación de la interpretación o ejecución de dichos artistas en los siguientes casos: 1. Cuando la interpretación o la ejecución se haya fijado inicialmente sin su autorización; 2. Cuando la reproducción se hace con fines distintos de aquellos para los que fueron autorizados por los artistas, y 3. Cuando la interpretación o la ejecución se haya fijado inicialmente de conformidad con las disposiciones de esta ley pero la reproducción se haga con fines distintos de los indicados.

Cada derecho patrimonial se considera como independiente; entonces, en caso de disponer de los derechos, se debe indicar expresamente cuál de estos se está cediendo o licenciando. Para el caso de los derechos morales se recalca nuevamente que siempre se reconocen, incluso cuando se hayan cedido los derechos patrimoniales.¹⁷⁷

Por lo general, el productor musical celebra con el artista un contrato de artista, para que este interprete la obra musical que será fijada en el fonograma. El artista también celebra un contrato de mandato con un representante o *manager* para que promocioe y negocie en el mercado sus interpretaciones o ejecuciones musicales.¹⁷⁸

El plagio en las obras musicales

Una vez hecho el recuento sobre el objeto de protección, los sujetos de protección y los diferentes derechos que emanan de las obras musicales, esta parte se centra en el concepto de plagio propiamente dicho desde el punto de vista jurídico, así

¹⁷⁶ Artículo 166 de la Ley 23 de 1982.

¹⁷⁷ Germán Flórez, *Curso de Derecho de Autor para la industria musical* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2012) 29.

¹⁷⁸ *Ibid.*

como en sus consecuencias y algunas categorías en la industria de la música, apoyándose en casos del derecho comparado.

La palabra *plagio* viene del latín *plagiaris* y a su vez de la ley romana *Fabia de plagiaris*, que castigaba a los ladrones de niños, esclavos y hombres libres, ya que la persona que cometía esta acción se reivindicaba como el dueño de estas personas sin serlo.¹⁷⁹ El antiguo poeta Marcial usó el término *plagiaris* para aquel que le copiaba sus versos.¹⁸⁰

El plagio es, sin duda, una de las mayores infracciones a los derechos de los autores, ya que con esta práctica se desconoce el derecho que tiene el autor a ser reivindicado como el creador de la obra. Esto lleva a que se viole el derecho de paternidad del autor. La DNDA de Colombia indica que *plagio* es una definición doctrinal, pues la misma ley, entre la que se incluye la ley penal, no incluye esa palabra de manera categórica.¹⁸¹

El plagio inteligente

La misma DNDA,¹⁸² citando el glosario de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), define *plagio* de la siguiente forma:

En efecto Gyorgy Boytha, en el Glosario de la OMPI de derecho de autor y derechos conexos, define plagio como “el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados”.¹⁸³

El plagio se configura con la concurrencia de dos elementos:

1) La utilización no autorizada de la obra ajena, en todo o en parte, reproduciéndola de manera literal (caso en el cual se denomina “plagio servil”), o simulada (en cuyo

¹⁷⁹ Ana Nettel Díaz, “Derecho de autor y plagio”. *Revista Alegatos* N.º 83 (2013): 140.

¹⁸⁰ MARCIAL, *Epigramas*, Madrid: Librería de la Viuda de Hernando y ca., 1890-91, I, 52; véase M.-C. Dock, “Génesis y evolución de la noción de propiedad literaria”, en *Revue internationale du droit d'auteur*, in *loc. cit.*, pág. 150.

¹⁸¹ Congreso de Colombia, *Ley 599 de 2000, por la cual se crea el Código Penal Colombiano* (Bogotá: Diario Oficial 44.097 de julio 24 de 2000) arts. 270 y 271.

¹⁸² Andrés Varela Algarra, *Concepto 1-2016-20991* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2016) 13 y 14.

¹⁸³ György Boytha, *Glosario del derecho de autor y derechos conexos* (Ginebra: OMPI, 1980) Voz 188.

•El concepto de plagio en la industria musical•

caso la doctrina le denomina “plagio inteligente”), es decir, introduciéndole a la obra algunas modificaciones que buscan disimular la copia realizada; y

2) La suplantación del autor, al presentar la obra o nombre de persona a nombre de persona distinta del autor verdadero.

Importa resaltar que el plagio implica la vulneración simultánea de diferentes derechos morales y patrimoniales de autor.

En efecto, la infracción al derecho moral del autor plagiado se hace ostensible en el ámbito de su derecho de paternidad, pues el plagiario se hace pasar como autor de la obra de otra persona. Así mismo, en la mayoría de los casos también se lesiona el derecho moral de integridad, pues lo común es que el plagiario trate de “disfrazar” su acción modificando apartes sustanciales de la obra para hacerla pasar como una diferente de la originaria.

En el caso del llamado “plagio inteligente”, la utilización no autorizada de la obra ajena se evidencia por la similitud o coincidencia con una parte sustancial de los elementos originales de la obra plagiada, por ejemplo, la melodía de una obra musical, el guion de una obra audiovisual, la estructura interna o narrativa de una obra literaria, el algoritmo de un programa de computador, etc.

La lesión a los derechos patrimoniales, por su parte, deriva de la transformación o modificación no autorizada de la obra y de su posterior utilización a través de la reproducción, o comunicación pública.¹⁸⁴

En el caso de las obras musicales, veremos cómo en la gran mayoría de casos hay un plagio inteligente, ya que se cambian los matices propios de la obra plagiada, realizándole algunas modificaciones, pero no deja de ser un plagio y va en detrimento de los derechos de los autores.

Esta infracción referente al plagio, aunque solo protege a los autores o a los artistas, intérpretes o ejecutantes sobre sus ejecuciones, indirectamente puede proteger a las personas jurídicas, las cuales, a pesar de no tener la posibilidad de ser titulares del derecho moral de paternidad, pueden lograr una protección, por

¹⁸⁴ Jorge Mario Olarte Collazos y Miguel Ángel Rojas Chavarro, *La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito penal* (Bogotá: Cámara de Comercio Colombo Americana, Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2010) 100 y 101.

medio de las normas contractuales, de competencia desleal¹⁸⁵ y de los efectos patrimoniales de la violación del derecho moral de paternidad.¹⁸⁶

Por esta razón vemos constantemente que las compañías editoras musicales, que son personas jurídicas, aparecen como sujetos procesales en los grandes casos de plagio en la industria musical. Igualmente, muchos de esos casos se ventilan en cortes anglosajonas, donde el sistema de derecho tiene una protección de los derechos morales más por vía de su jurisprudencia.

Plagio evidente

Este plagio se presenta en aquellos casos en que la violación del derecho de paternidad de los autores y de los artistas es palmario. En estos casos, más allá de la experticia que siempre debe ser proporcionada por un perito experto en música, en caso de un proceso jurisdiccional o arbitral, según sea el caso, la simple comparación entre la obra original y la que plagia permite a cualquier persona determinar la infracción de manera incuestionable.

Para esto se analizan algunos casos que se han presentado de acuerdo con el tipo de plagio. Siguiendo algunas de las ideas del glosario de la OMPI, se categorizarán en plagio evidente y en plagio inteligente.

Aproximación del *common law* al derecho moral de paternidad

Cuando se analizan casos en los que se ha debatido el tema del plagio en obras musicales, normalmente se encuentra que la gran mayoría ya se ha debatido en jurisdicciones del *common law*, las cuales, por lo general, se caracterizan por no tener una fuerte protección de los derechos morales de autor. Sin embargo, esta situación no obsta para que se reconozca la protección de derechos morales, incluido el de paternidad. Hay normas que, aunque débiles, los reconocen o figuras del derecho consuetudinario y el derecho contractual que lo protegen.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Raquel Román Pérez, *Una visión particular sobre la obra colectiva y la difícil cuestión de los derechos morales de la persona jurídica. Sujetos del derecho de autor* (Madrid, España: Ed. Reus. S.A., 2007) 77 a 80.

¹⁸⁶ Naima Parella, "Arbitrabilidad objetiva de los derechos de autor y derechos conexos". *Kluwer Law International* (2014):74-92.

¹⁸⁷ Carlos Conde, "Copyrights y derechos morales: La experiencia del Reino Unido", *Revista de la Propiedad Inmaterial* n.º 15 (2011): 20.

•El concepto de plagio en la industria musical.

Por ejemplo, en el Reino Unido el derecho de paternidad es protegido mediante su ley de *copyright* de 1988 (Copyright and Design Patent Act [CDPA]), que prescribe cuatro derechos morales,¹⁸⁸ entre los que se destacan para nuestro estudio el derecho de ser identificado como autor de la obra y el de falsa atribución.

El primero de ellos es reconocido a los creadores de obras musicales y artísticas. Este derecho, desde la perspectiva del *common law*, permite a los autores de este tipo de obras manejar sus repertorios, determinar los canales donde tendrán sus regalías, ser reconocidos por el genio y talento de su obra, construir su personalidad como artistas¹⁸⁹ y, lo más importante, evitar que se presente el fenómeno del plagio.¹⁹⁰

El segundo de los derechos reseñados corresponde al de falsa atribución, cuando al autor de una obra musical en nuestro caso de estudio le ha sido atribuida falsamente la autoría de una obra.¹⁹¹ En este caso no habría plagio, porque se ha hecho una atribución ajena a la voluntad del supuesto autor; sin embargo, no se debe actuar de mala fe para salvar una infracción de plagio por una falsa atribución.

Esta legislación se aleja mucho de los principios que rigen los derechos morales en el mundo referentes a que estos sean inalienables, imprescriptibles e intransferibles, ya que la CDPA permite que estos derechos sean renunciables,¹⁹² razón por la cual se desnaturaliza la esencia del derecho moral de autor como un derecho personalísimo y se le da preponderancia al derecho contractual y a las negociaciones del *copyright*.

Sin embargo, hay que aclarar que en los casos de plagio generalmente no hay contratos de por medio que posibiliten la transferencia de estos derechos. Aún así, en procesos conciliatorios podría renunciarse a este derecho en el *common law* del Reino Unido.

¹⁸⁸ UK Copyright and Design Patent Act, 1988, Chapter 4, Section 77-89.

¹⁸⁹ Lionel Bently y Brad Sherman, *Intellectual property law* (United Kingdom: Oxford, 2008) 244.

¹⁹⁰ Ying Zhou, "Moral rights in the information society", *Beijing Law Review* n.º 5 (2014): 107-113.

¹⁹¹ Conde, "Copyrights y derechos morales".

¹⁹² Robert C. Bird y Lucille M. Ponte, "Protecting moral rights in the United States and the United Kingdom-Challenges and opportunities under the UK's new performances regulations". *Boston University International Law Journal* 24, n.º 213 (2013): 238.

Por su parte, Estados Unidos es probablemente uno de los países más reticentes en el mundo para reconocer en sus normas los derechos morales de los autores. De hecho, solo en 1989 ratificó el Convenio de Berna de 1886 y siempre se ha negado a llevar a su legislación el artículo 6 bis del Convenio de Berna que se refiere precisamente a los derechos morales,¹⁹³ incluso los acuerdos ADPIC de la OMC no obligan a los Estados partes a incluir en sus legislaciones el artículo 6 bis del Convenio de Berna, en parte por las presiones de Estados Unidos. Este país argumenta que protege los derechos morales por medio de sus normas de competencia desleal.¹⁹⁴

Estados Unidos únicamente incorporó en su legislación derechos morales de manera muy restrictiva en la Visual Artist Rights Act (VARA) de 1990. Sin embargo, esos derechos se restringieron a obras de arte visual en lo que difícilmente encuadrarían las obras musicales.

El *Report of the Copyright Industry in the U. S. Economy* de 2011 calculó el valor de las industrias creativas para el 2010 en \$931.820 millones de dólares, que representan el 6,36 % del producto interno bruto de Estados Unidos.¹⁹⁵ Razones como esta explican por qué legislaciones como las del *common law* en Estados Unidos prefieren una legislación más enfocada en los derechos económicos de las obras.

Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de reconocer el derecho moral de paternidad, mirado más desde su contenido económico, por las ganancias dejadas de percibir por el titular del derecho. A continuación, se señalan dos casos importantes en los que se presenta el caso del plagio en el ámbito del derecho anglosajón.

Caso de George Harrison por la canción My Sweet Lord. Plagio evidente

Este caso¹⁹⁶ fue resuelto en la Corte del Distrito de Nueva York el 31 de agosto de 1976. Se encontró culpable por la conducta de plagio al famoso músico George

¹⁹³ International Federation of Actors, *The moral right of performances. Current situation in 2013* (Bélgica: Ed. International Federation of Actors, 2013) 23.

¹⁹⁴ Leslie Pettenati, "Moral rights of artists in an international marketplace", *Pace International Law Review* 12 (2000): 425-449.

¹⁹⁵ Jing Zhang, *Restrictions on moral rights – A comparative study on its legislation and application in civil law and common law jurisdictions* (Toronto: University of Toronto, 2012) 45.

¹⁹⁶ *Bright Tunes Music v. Harrisongs Music* 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976).

•El concepto de plagio en la industria musical•

Harrison, exintegrante de la banda británica The Beatles, por el plagio de su popular canción *My Sweet Lord*,¹⁹⁷ con respecto a la canción de Ronald Mack titulada *He's so fine*,¹⁹⁸ interpretada por la banda The Chiffons.

La corte consideró que George Harrison usó los núcleos melódicos de la canción del demandante casi de manera idéntica, utilizando el mismo orden y una secuencia repetitiva, de tal manera que entre las dos canciones hay una armonía idéntica. Esto le trajo como conclusión a la Corte que probablemente George Harrison de manera inconsciente se apropió de la esencia de la música de la canción *He's so fine*.¹⁹⁹ Para la Corte, ambas canciones tienen una especie de nota de gracia en la misma escala melódica.²⁰⁰

Para el juez Owen, en el caso referido, las dos canciones consisten musicalmente en una repetición común de las frases de notas musicales sol-mi-re, seguida por cuatro repeticiones de la también común frase musical sol-la-do-lado. Entonces, al analizar las dos canciones se encuentra que ambas canciones utilizan la misma nota de gracia en la misma secuencia de notas.

La figura 5 muestra las secuencias que coinciden en ambas canciones.

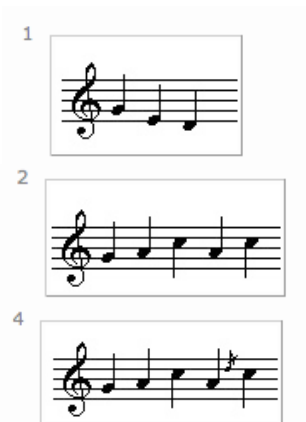


Figura 5.

Fuente: Tomado del website Music Copyright Infringement Resource. Nettel, *Derecho de autor y plagio*.

¹⁹⁷ Ver video en <https://www.youtube.com/watch?v=0kNGnIKUdMI>.

¹⁹⁸ Ver video en <https://www.youtube.com/watch?v=s6ynrjxxurU>.

¹⁹⁹ Ver <http://mcir.usc.edu/cases/1970-1979/Pages/brightharrisongs.html>.

²⁰⁰ Ibid.

Lo anterior reafirma que para la Corte ambas canciones son sustancialmente similares y que son básicamente la misma música con diferente letra. La misma Corte señaló que George Harrison muy probablemente no había tenido la conciencia para cometer esta infracción al derecho de autor, pero como la canción *He's so fine* había sido un éxito en el pasado, el demandado quizás la había escuchado y la había traído inconscientemente para hacer su canción.²⁰¹ Sin embargo, George Harrison fue condenado a pagar 500.000 dólares.

Caso Pharrel Williams. Plagio inteligente

Un plagio inteligente se presenta especialmente cuando se toman partes de una obra para ser introducidas en otra, sin autorización del titular de los derechos de la obra primigenia, de tal manera que se configura la infracción al derecho de autor. Un caso que ilustra esta situación es el de Marvin Gaye vs. Pharrel Williams y Robin Thicke.

Blurred Lines, una de las canciones más importantes de los connotados artistas Pharrel Williams y Robin Thicke, fue considerada un plagio por parte de un jurado conformado en la Corte de Distrito de Los Ángeles, California, en marzo de 2015, ya que esta canción tomó extractos de la canción *Got to Give it Up*,²⁰² del famoso cantante de blues Marvin Gaye.

Pese a que Marvin Gaye murió en 1984, los derechos patrimoniales sobre sus obras fueron transferidos a sus herederos, quienes haciendo uso de las prerrogativas dadas por el derecho de autor, que otorgan un periodo de explotación económica de las obras aún después de la muerte del autor, demandaron a los artistas Pharrell Williams y Robin Thicke en 2013.²⁰³

Pharrell Williams señaló durante el juicio que cuando él compuso *Blurred lines*, se inspiró en la música de Marvin Gaye, quien es su ídolo, pero que nunca copió la canción.

Los cantantes Williams y Thicke fueron condenados inicialmente a una cifra récord de indemnización a la familia de Marvin Gaye: 7,3 millones de dólares;

²⁰¹ Eduardo Varela y Natalia Tobón, *Derecho de autor para creativos. Obras musicales* (Bogotá: Ed. Ibáñez, 2011) 107-108.

²⁰² Ver http://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2015/03/150310_ultnot_eeuu_blurred_lines_plagio_ng.

²⁰³ *Ibid.*

•El concepto de plagio en la industria musical.

sin embargo, meses después del veredicto esta suma fue rebajada a 5,3 millones de dólares, ya que el juez del caso, John Kronstand, consideró que la condena no estaba ajustada a la evidencia real y aceptó el arreglo entre Universal y la familia de Marvin Gaye, que comprende regalías del 50 % de la explotación de la canción.²⁰⁴ De todas formas, el caso no ha llegado a su final, ya que los abogados de Pharrel y Robin apelaron la decisión,²⁰⁵ por cuanto consideran que hubo una cascada de errores legales en el caso.²⁰⁶

Este ejemplo deja abierto el interrogante sobre cuándo estamos ante un plagio o ante un homenaje o una inspiración, situaciones naturales entre los artistas musicales y que prenden las alarmas sobre futuros casos, ya que, como dice Joe Levy, uno de los editores de la revista *Billboard*, este fallo puede llevar a que los editores y los sellos musicales sean más cautelosos cuando se trate de obras de inspiración o de homenajes, pero surge la pregunta sobre en qué punto se traza la línea²⁰⁷ y qué constituye exactamente la propiedad intelectual en la industria de la música.²⁰⁸

Conclusiones

Es innegable que la industria de la música tiene un alto impacto dentro de las economías de los países, pero también es importante que se le brinde al autor las herramientas para proteger su creación, ya que esta puede ser objeto de apropiación indebida por parte de otras personas que se aprovechen de su trabajo creativo.

Así, el plagio es un fenómeno que se presenta en muchos casos en las obras musicales, y desde el punto de vista del derecho de autor corresponde a la vulneración del derecho moral de paternidad, que en los países del *civil law*

²⁰⁴ Ver <https://www.theguardian.com/music/2015/jul/15/pharrell-williams-wins-back-2m-in-blurred-lines-case>.

²⁰⁵ Ver <http://www.bbc.co.uk/newsbeat/article/37185954/robin-thicke-and-pharrell-williams-appeal-against-blurred-lines-copyright-ruling>.

²⁰⁶ Williams v. Gaye. Case 15-56880- Ninth Circuit of the United States of Appeals (<http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/blurred-lines-creators-urge-appeals-922465>).

²⁰⁷ Anthony McCartney, *El caso de blurred lines. Una línea borrosa entre el tributo y el plagio* (<http://www.vive-lohoy.com/entretenimiento/8436496/el-caso-de-blurred-lines-la-linea-borrosa-entre-el-tributo-y-el-plagio>).

²⁰⁸ Matthew Morrison, *Gaye v. Thicke. How blurred are the lines of copyright infringement* (<http://blog.oup.com/2015/03/blurred-lines-copyright-infringement/>)

está reconocido taxativamente en cada una de las legislaciones, ya que tiene su génesis en el artículo 6 bis del Convenio de Berna.

En el caso de los países anglosajones, como Estados Unidos, esta protección proviene del *case law* o de la llamada jurisprudencia, pero en la cual se les da gran preponderancia a los derechos económicos derivados de la infracción de este derecho moral, como lo evidencian las cuantiosas indemnizaciones que se desprenden de este tipo de casos.

Lo cierto es que en algunas situaciones es relativamente sencillo determinar que estamos ante un caso de plagio entre obras musicales, porque la similitud se hace evidente, pero existen otros casos en que el plagio es más inteligente y casi pasa inadvertido, por lo cual se debe hacer un estudio exhaustivo de las melodías y, sobre todo, de las secuencias utilizadas para determinar si existe la infracción o no.

Finalmente hay casos bastante cuestionables en los que hay que trazar una línea muy delgada entre el fenómeno del plagio y la simple coincidencia creativa, derivada del uso de elementos comunes en la música.

•El concepto de plagio en la industria musical•

Bibliografía

- Aragón, Emilia. *Los titulares de derechos conexos y objetos protegidos. Contenido del derecho, excepciones y limitaciones*. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Nicaragua, 2004.
- Asisten, Juan Carlos. *El sonido. Edición de sonido en computadora para proyectos en clic, multimedia y otras actividades educativas*. Buenos Aires: Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, 1999.
- Bently, Lionel y Brad Sherman. *Intellectual property law*. United Kingdom: Oxford, 2008.
- Bird, Robert C. y Lucille M. Ponte “Protecting moral rights in the United States and the United Kingdom- Challenges and opportunities under the UK’s new performances regulations”. *Boston University International Law Journal* 24, n.º 213 (2013): 238.
- Boytha, György. *Glosario del derecho de autor y derechos conexos*. Ginebra:OMPI, 1980.
- Bright Tunes Music v. Harrisongs Music 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976)
- Comunidad Andina. *Decisión N° 351 que establece el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos*. Lima, 1993. <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9445>
- Congreso de Colombia. *Ley 599 de 2000, por la cual se crea el Código Penal Colombiano*. Bogotá: Diario Oficial 44.097 de julio 24 de 2000. Conde, Carlos. “Copyrights y derechos morales: La experiencia del Reino Unido”. *Revista de la Propiedad Inmaterial* n.º 15 (2011): 1-10.
- Congreso de Colombia. *Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor*. Bogotá: Diario Oficial, 1982.
- Congreso de Colombia. *Ley 44 de 1993 por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944*. Bogotá: Diario Oficial 40.740 de febrero 5 de 1993. Dirección Nacional de Derecho de Autor. Definición de obra artística o musical. Disponible online en <http://derechodeautor.gov.co/artisticas-y-musicales>. Consultado el 23 de noviembre de 2016.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. *Informe de relatoría No. 01. Referencia: 1-2015-34057*. Bogotá: 2015.
- Flórez, Germán. *Curso de Derecho de Autor para la industria musical*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor. Pág. 29. Bogotá-Colombia. 2012.
- Flórez, Germán y Daniela Bernal. *El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo al Spotify. Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo*. Bogotá: Ed. Universidad Católica, 2016.
- Guevara, Juan Sebastián. *Teoría de la música*. Medellín, 2010. https://www.teoria.com/articulos/guevara-sanin/guevara_sanin-teoria_de_la_musica.pdf.

- International Federation of Actors. *The moral right of performances. Current situation in 2013*. Bélgica: Ed. International Federation of Actors, 2013.
- Iriarte Eric, Ruddy Medina y Martín Moscoso. *Guía de derecho de autor para creadores de obras dramático musicales*. Lima: INDECOPI, USAID, 2013.
- Lipszyc, Delia. “El derecho moral de autor. Naturaleza y caracteres”. En *Memoria del VIII Congreso Internacional sobre la Protección de los derechos intelectuales*. Asunción, Paraguay, 1993.
- Marcial, Epigramas, Madrid: Librería de la Viuda de Hernando y ca., 1890-91, I, 52; véase M.-C. Dock, “Génesis y evolución de la noción de propiedad literaria”, en *Revue internationale du droit d’auteur*, in *loc. cit.*, pg. 150.
- McCartney, Anthony. El caso de *Blurred lines*. Una línea borrosa entre el Tributo y el plagio. Disponible en: <http://www.vivelohoy.com/entretenimiento/8436496/el-caso-de-blurred-lines-la-linea-borrosa-entre-el-tributo-y-el-plagio>
- Morrison, Matthew. *Gaye v. Thicke. How blurred are the lines of copyright infringement*. <http://blog.oup.com/2015/03/blurred-lines-copyright-infringement/>.
- Merino, Jesús Mariano y Loida Muñoz Repiso. *Las vibraciones de la música. La percepción acústica: tono y timbre*. Alicante: Ed. Club Universitario, 2007.
- Monroy, Juan Carlos, Camila Arias Ospina, Johanna Sáenz Ardila y Ximena Rojas Murcia. *El derecho de autor y los derechos conexos en la industria de la música*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 20125.
- Nettel Díaz, Ana. “Derecho de autor y plagio”. *Revista Alegatos* n.º 83 (2013): 87.
- Olarte Collazos, Jorge y Miguel Ángel Rojas. *Manual de derecho de autor para alcaldías y gobernaciones*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2011.
- Olarte Collazos, Jorge Mario y Miguel Ángel Rojas Chavarro. *La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito penal*. Bogotá: Cámara de Comercio Colombo Americana, Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2010.
- OMPI. *Reseñas, Convenios y Tratados administrados por la OMPI*. Ginebra: OMPI, 2001.
- Palomar, Sandra. “Los derechos de explotación en le Directiva 29/2001”. *Revista Autor y Derecho* (2002): 7.
- Parella, Naima. “Arbitrabilidad objetiva de los derechos de autor y derechos conexos”. *Kluwer Law International* (2014): 74-92.
- Pettenati, Leslie. “Moral rights of artists in an international marketplace”, *Pace International Law Review* 12, (2000): 425-449.
- Pérez Vega Constantino. *Sonido y audición*. Santander, España: Universidad de Cantabria, 2011.
- Rodríguez Miglio, Leandro. Contenido del Derecho de Autor. Derecho moral y derechos patrimoniales. Los titulares. Los derechos protegidos: monopolio de explotación, derecho a disponer de la obra, derecho de reproducción y comunicación al público. Pg. 3.

•El concepto de plagio en la industria musical.

Disponible en http://www.cadra.org.ar/upload/Miglio_Derecho_Autor.pdf. Consultado el 24 de noviembre de 2016.

Román Pérez, Raquel. *Una visión particular sobre la obra colectiva y la difícil cuestión de los derechos morales de la persona jurídica. Sujetos del derecho de autor*. Madrid, España: Ed. Reus. S.A., 2007.

Sistemas de insonorización para la industria y el medio ambiente (SINTEC) . *Conceptos básicos del sonido*. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwif0LixzMnQAhWCyyYKHcoKDisQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.sintecinsonorizacion.com%2Fclasses%2Fdescargar.php%3Fdoc%3D1352205911-0-1.pdf&usg=AFQjCNHL9uRC72JVXB8NUJA-RNP2s9vY5A&sig2=I6JUxAX9eXiz2MVKQ-ck0g&bvm=bv.139782543,d.eWE>.

UK Copyright and Design Patent Act, 1988, Chapter 4, Section 77-89

Varela Algarra, Andrés. *Concepto 1-2016-20991*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2016.

Varela, Eduardo y Natalia Tobón. *Derecho de autor para creativos. Obras musicales*. Bogotá: Ed. Ibañez, 2011.

Williams v. Gaye. Case 15-56880- Ninth Circuit of the United States of Appeals. <http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/blurred-lines-creators-urge-appeals-922465>.

Zhou, Ying. “Moral rights in the information society”. *Beijing Law Review* n.º 5 (2014): 107-113.

Zhang, Jing. *Restrictions on moral rights – A comparative study on its legislation and application in civil law and common law jurisdictions*. Toronto: University of Toronto, 2012.

Páginas web:

<http://derechodeautor.gov.co/artisticas-y-musicales>.

<http://mcir.usc.edu/cases/1970-1979/Pages/brightharrisongs.html>.

http://www.cadra.org.ar/upload/Miglio_Derecho_Autor.pdf.

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwif0LixzMnQAhWCyyYKHcoKDisQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.sintecinsonorizacion.com%2Fclasses%2Fdescargar.php%3Fdoc%3D1352205911-0-1.pdf&usg=AFQjCNHL9uRC72JVXB8NUJA-RNP2s9vY5A&sig2=I6JUxAX9eXiz2MVKQ-ck0g&bvm=bv.139782543,d.eWE>.

<https://www.youtube.com/watch?v=0kNGnIKUdMI>.

<https://www.youtube.com/watch?v=s6ynrjxxurU>.

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA: ESTUDIOS CRÍTICOS

Germán Darío Flórez-Acero^{*}
Juan Carlos Rodríguez-Flórez^{**}

Resumen

El presente capítulo busca exponer el escenario actual de la defensa del consumidor con relación a la desprotección que se evidencia en la publicidad engañosa, a la cual el consumidor a diario se ve expuesto. Por otra parte, se analiza si el ordenamiento jurídico colombiano está cumpliendo con sus fines esenciales como Estado: velar por el interés general, mantener la dignidad de la persona humana y brindar una garantía real y efectiva de los derechos fundamentales del consumidor cuando interviene en el mercado para adquirir productos que muchas veces no cumplen las especificidades con las cuales se ofertan. Sin embargo, esto a veces resulta ser tan solo una utopía que se ve reflejada en la ponderación de la

.....

^{*} Investigador del grupo GEPPi de la Universidad Católica de Colombia. Abogado y profesor de las universidades Católica, Nacional de Colombia y Javeriana de Cali. Director de la Mesa de Derecho de Autor del Centro de Pensamiento de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor invitado de las universidades de Alicante, Buenos Aires, de Chile, San Andrés de Buenos Aires y Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Master of Law in Intellectual Property, Queen Mary University of London. Asociado de la firma 1493.

^{**} Estudiante de décimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; asistente del semillero de Derecho Privado y Propiedad Intelectual, adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC). E-mail: jcrodriguez36@ucatolica.edu.co, juan.rodriguez1@gmail.com, Bogotá, Colombia.

primacía del consumidor vs. la oferta, o sea, el sector privado; por lo tanto, este fenómeno resulta siendo contrario a la realidad o, lo que es lo mismo, lo ofertado.

Palabras clave: Publicidad engañosa, consumidor, estatuto del consumidor, derechos, oferta y relaciones contractuales.

Abstract

The present article seeks to expose the current scene of the defense of the consumer with relation to the vulnerability that is demonstrated in the deceitful advertising, to which the consumer is daily exposed. On the other hand, it will be investigated if the juridical Colombian classification is expiring with his essential ends as State, to guard over the general interest, to support the dignity of the human person and to offer a royal and effective guarantee of the fundamental rights of the consumer when it intervenes on the market to acquire products which often do not fulfill the specificities with which they are offered. Nevertheless, this sometimes turns out to be only a delusion that sees the offer reflected in the weighting of the primacy of the consumer vs the offer or the private sector; therefore this phenomenon proves being an opposite at the time to the reality or what is the same the offered.

Keywords: Deceitful advertising, consumer, statute of the consumer, laws, offer and contractual relations.

Introducción

La importancia de los derechos del consumidor estriba en la relación contractual y de consumo en la que a diario toda persona se encuentra inmersa al momento de adquirir un bien o servicio, el cual generalmente está dirigido a satisfacer una necesidad básica o al mejoramiento de su calidad de vida.

Esta relación contractual es de común utilización, debido a que con el hecho de comprar lo necesario para el desayuno ya se está efectivizando el derecho; este es tan solo un ejemplo claro de la cantidad y variedad de celebración de contratos de compraventa que a diario se perfeccionan.

Por lo tanto, como en la mayoría de relaciones contractuales, hay una parte débil, la cual, en la relación contractual de consumo, es el comprador o consumidor, ya que desconoce información o aunque la conozca no sabe dimensionar su

importancia, y en el otro extremo de la relación se encuentra la parte dominante, que generalmente es el vendedor, comercializador, productor o fabricante, entre otros, el cual posee una información clara y precisa del producto ofertado.

Entonces, en aras de defender a la parte más débil en la relación contractual, el garante de la defensa de los consumidores, el Estado, mediante un derecho progresivo, ha implementado una serie de mecanismos de protección para el consumidor a fin de equilibrar la relación consumidor vs. vendedor, comercializador, productor, fabricante, etc.; todo ello, basado en el dinamismo de la economía y el desarrollo de los mercados, por ejemplo, la era de la globalización y las transacciones desplegadas por internet.

Por lo tanto, este escrito busca indagar: ¿es necesario modificar el alcance normativo del estatuto del consumidor colombiano para darle una mayor protección al consumidor respecto de la información y la publicidad engañosa presentada por los productos que circulan en el mercado nacional como garantía real y efectiva de los derechos fundamentales?

Como se mencionó, el consumidor es la parte débil o desprotegida y, por ende, surge la necesidad de mitigar los abundantes abusos de las diferentes entidades que tienen el control de los mercados.

Poco a poco en Estados Unidos y en la Unión Europea se buscó la defensa del consumidor, y como fruto de estos esfuerzos surgió la Carta Europea de los Derechos del Consumidor,²⁰⁹ la cual proclama diversos derechos, entre los cuales están:

[...] el derecho a la protección y la asistencia de los consumidores, derecho a la reparación de un daño que soporte el consumidor por la circulación de productos defectuosos o por la difusión de mensajes engañosos o erróneos, derecho a la información y educación del consumidor, el derecho de asociación para organizarse y así intervenir en las decisiones que los afectaba.²¹⁰

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) acogió los diferentes lineamientos para que la implantación de estos derechos se extendiera, llegando así a

²⁰⁹ José Ovalle, *Derechos del consumidor* (México: Circuito Maestro Mario de la Cueva, 2000) 8.

²¹⁰ Jaime Rodríguez, "Derechos de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral" (La Coruña: Netbiblo S.L., 2008. http://www.cortsvalecianas.es/opaccgi/basis/tlpccvv/www/cat3/edw?w%3dmaterias1+ph+like+%27integracion+europea%27+and+tipo_de_material%3d%27monografia%27+order+by+primer_autor/a&m%3d1).

la proclamación universal de los derechos del consumidor,²¹¹ lo que proponía un imperativo a todos los países miembros para desarrollar políticas básicas de cada Estado. Como lo expresa Ovalle Favela, “las directrices de la ONU vienen a dar a los derechos del consumidor un carácter universal que rebasa el ámbito europeo reconocido en la carta de 1973 y en el programa Preliminar de 1975”.²¹²

A partir de este pronunciamiento, los Estados soberanos empezaron a incorporar en sus ordenamientos jurídicos la “protección fundamental de los derechos del consumidor”,²¹³ dentro de estos Estados se encuentra Colombia, donde el Decreto 3466 de 1982 marcó un precedente para la protección al consumidor en cuanto a la propaganda, la publicidad engañosa, la responsabilidad de los proveedores, las garantías y la calidad, entre otros, de los productos y servicios que circulan en el mercado.

Veintinueve años después fue promulgada la Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expidió el Estatuto del Consumidor, que contribuyó con una transformación necesaria de acuerdo con el crecimiento del mercado nacional actual y la “globalización”,²¹⁴ al regular temas como: “comercio electrónico con mayor rigurosidad, publicidad engañosa, la suspensión de prórrogas en la prestación de un servicio, la garantía respectiva de los productos o servicios y el derecho de arrepentimiento”.²¹⁵

²¹¹ Consejo Económico y Social de la ONU, *Resolución 1981/62, directrices para la protección al consumidor* (23 de julio de 1981. http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic906.htm).

²¹² Ovalle, *Derechos del consumidor*, 16.

²¹³ ONU, *Informe del Secretario General a la Comisión Sobre el Desarrollo Sostenible del Consejo Económico y Social de la ONU* (Washington: 19 de febrero de 1998).

²¹⁴ Globalización: Tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. 22ª edición.

²¹⁵ R. Madriñán, “Cambios en la tramoya: transformaciones en los contornos del Estatuto de Protección al Consumidor”, *Estudios Socio-Jurídicos* 9, n.º 1 (2007): 71-95.

Historia del consumidor

Los derechos del consumidor que conocemos hoy han tenido un desarrollo histórico que es importante resaltar, a fin de dar un contexto específico al lector que le permita una clara comprensión del objeto de estudio.

Antes del siglo XX, indica Lorenzetti, “estos derechos se presumían de las relaciones contractuales de los consumidores con los proveedores reguladas por las leyes materiales”,²¹⁶ como el código de comercio y el código civil, pero no se podía ejercer una garantía real y expresa en cuanto a protección de estos derechos, ya que estaban “fundamentados bajo el principio de la autonomía de la voluntad”.²¹⁷

El resultado era un desequilibrio en las relaciones de consumo, debido a que el proveedor contaba, por lo general, con más información y experiencia en este tema que los propios consumidores. Por ello se hizo necesaria la adopción de una normativa que transformara el panorama de desequilibrio de aquella época, con el fin de regir la relación de consumo por medio “del principio que aboga por las relaciones contractuales bajo el esquema de reciprocidad”.²¹⁸

Sin embargo, la génesis de la protección del consumidor se ajusta básicamente a la noción de la libertad contractual, que data del Código de Napoleón, debido a que el Estado empieza a intervenir en la figura de la contratación no con el objeto de resguardar un interés público, sino privado. Esta problemática empieza a evidenciarse hace no más de tres décadas:

De hecho el derecho del consumidor empieza a desarrollarse en el mundo jurídico en los años 60, a partir del reconocimiento del status de consumidor y de las especiales aristas que empiezan a perfilarse en la relación de consumo y que hacen posible diferenciarla de las tradicionales relaciones jurídicas civiles o comerciales.²¹⁹

En los países anglosajones encontramos la doctrina del *caveat emptor* (que el consumidor sea consciente), que en la formación e interpretación de los contratos

²¹⁶ Ricardo Lorenzetti, *Defensa del consumidor* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1994) 10.

²¹⁷ Atilio Alterini, “El consumidor en la sociedad posmoderna”, *L&L* 818 (1996): 818. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4919248.pdf>.

²¹⁸ G. Stiglitz y R. Stiglitz, *Derechos y defensas de los consumidores* (Barcelona: Ediciones La Rocca, 1994).

²¹⁹ C. R. Piris, *Evolución de los derechos del consumidor* (Corrientes, Argentina: Universidad Nacional del Nordeste, s. f. http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf).

se postulaba como algo lógico y natural que el empresario trataría de obtener ventajas del consumidor y si este no utilizaba el sentido común para evitarlo, entonces no debía quejarse. En el derecho occidental moderno se arraigaron ciertos principios que datan de la Revolución francesa.²²⁰

Efectivamente, si a todos los seres humanos se los consideraba libres e iguales, era lógico que la contratación estuviera regida por el principio de autonomía de la voluntad y que entonces el contrato fuera ley para las partes. Por otro lado, en los tiempos previos a la sociedad de consumo el contrato era un acto casi excepcional y, por ese motivo, resultaba previamente negociado, discutido y acordado casi con detalle. El derecho en aquel tiempo solo debía intervenir para velar que la voluntad manifestada fuera realmente libre y, en definitiva, rodear de garantías a los negocios jurídicos de los particulares.²²¹

El individualismo y el principio de no intervención del Estado aplicados a la relación de consumo dieron origen a la “teoría del libre mercado y el consumidor individual”,²²² citada por Piris, en la cual se daba la premisa de que el empresario y consumidor se encontraban en un plano de igualdad de condiciones en el contexto de un mercado libre regido por las reglas de la oferta y la demanda. Pero fue el escenario contractual el que mostró esta falacia, ya que el consumidor era frecuentemente víctima de abusos como consecuencia de detentar una situación de inferioridad en el mercado.²²³

Si bien siempre existió mercado y, consecuentemente, consumidores, la necesidad de brindar protección especial a estos se tornó necesaria en el ámbito de una sociedad de consumo²²⁴ y de un mercado “complejo, altamente diversificado. Combinación que sólo se dio en el mundo una vez empezaron a verse los frutos de la etapa de reconstrucción de posguerra (II Guerra Mundial). Previo a este

²²⁰ J. M. Arrighi, “Comercio internacional y protección del consumidor”. En *Defensa de los consumidores de productos y servicios* (dirigido por G. Stiglitz, Buenos Aires: La Rocca, 1994) 71.

²²¹ Piris, *Evolución de los derechos del consumidor*, 2.

²²² T. Bourgoignie, “El derecho comunitario del consumo. Experiencias y perspectivas de la Europa”, *Rev. J.A.* II (1993): 85.

²²³ Piris, *Evolución de los derechos del consumidor*, 2.

²²⁴ A. Benjamín, “Derecho del consumidor”. En *Defensa de los consumidores de productos y servicios* (dirigido por G. Stiglitz. Buenos Aires: La Rocca, 1994) 56-64.

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

período el consumo no estaba limitado a satisfacer necesidades básicas pues era considerado algo negativo”.²²⁵

En lo que a defensa del consumidor se refiere, fue en 1960 cuando se dio un gran avance al crear la primera federación que agrupó las organizaciones de consumidores a escala mundial: la Organización Internacional de Uniones de Consumidores (IOCU). En 1970, Estados Unidos toma en cuenta la difusión pública de las denuncias de R. Nader a la General Motors por la inseguridad que presentaban algunos de sus modelos y emprendió acciones colectivas en su contra. Además, se fundó el Public Interest Research Group (PIRG) y más tarde la organización de consumidores Public Citizen.²²⁶

La defensa del consumidor se da en varias facetas. Por ello, para José Castañeda, la primera fase va de 1835 a 1950, debido a que en este periodo se dio origen al movimiento de consumidores, entre los derechos del trabajo y los del consumo, como también surgieron en Europa asociaciones de consumidores: Forbrugarradet (Dinamarca), Asociación de Consumidores (Alemania Federal), Asociación de Consumidores y Unión Femenina para la Información y la Defensa del Consumidor (Bélgica), Unión Federal de Consumidores Francesa. Lo mismo sucedió en Italia, Gran Bretaña, Suiza y en los países nórdicos.²²⁷

La segunda etapa va de 1950 a 1970, cuando se dio la explosión del consumo de productos de uso doméstico. En América Latina, especialmente en Argentina, se conformó la “sociedad de consumo” con base en el consumo masivo de los sectores asalariados; además, se impulsó la profesionalización de las organizaciones de consumidores. Claro que el avance real en la defensa de los derechos surgió cuando se buscó una verdadera protección de derechos por medio de las protestas de consumidores frente a la prestación de un bien o servicio. Las protestas se dieron en Argentina entre 1933 y 1934 por el alza desmedida en los precios

²²⁵ Pirié, *Evolución de los derechos del consumidor*, 2.

²²⁶ José Castañeda Muñoz, “Historia breve de la evolución de la protección a los consumidores en la CEE”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, (1992): 195-205. https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahukewjti7uuyk_xahwm2ymkhd5bbyuqfggkmaa&url=https%3a%2f%2frevistas.ucm.es%2findex.php%2fcese%2farticle%2fdownload%2fcese9292110195a%2f11190&usq=aovvaw1ol25vqv0wsf3wot-5v4who

²²⁷ Ibid.

de electricidad, el teléfono y el combustible. Estas protestas se prolongaron por varios años.²²⁸

La tercera faceta se dio cuando se buscó la protección y la regulación de mecanismos de defensa en pro de los consumidores. Su primer eslabón se encuentra en Manchester, Inglaterra, en 1844, cuando los obreros de la industria textil crearon la Sociedad de los Equitativos Pioneros de Rochdale. En 1929, con la Gran Depresión, surgieron las primeras manifestaciones de consumidores contra la especulación y en demanda de un control de precios. Bajo la misma línea, en 1928 se creó la Consumers Union en Estados Unidos, con un perfil específico de defensa de los consumidores.

La cuarta etapa va de 1980 a 1990, cuando comienza la protección del consumidor en Latinoamérica; por ejemplo, en 1980 se da la recuperación de la democracia en el continente y con ello los derechos de los consumidores. Linealmente, en 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las Directrices para la Protección de los Consumidores, y fue este el gran ejemplo para que en 1986 se creara la Oficina Regional para América Latina y el Caribe de Consumers International (antes IOCU), con sede en Uruguay.²²⁹

La quinta etapa converge entre los años 1990 y 2000, cuando la protección del consumidor entró en la agenda estatal latinoamericana. En pleno siglo XXI se dieron unos saltos enormes en la historia de la protección del consumidor debido a los siguientes hechos. En 1990 se aplicó el modelo económico neoliberal, que fomentó un auge del consumo a corto plazo. El *shopping center* instaló nuevas formas de consumo y en América Latina se redactaron en forma generalizada códigos de protección al consumidor. En 1991 se firmó el Tratado de Asunción, que dio nacimiento al Mercosur, con lo cual el consumo se consideró a escala regional. En 1993 se celebró en Argentina el Congreso Nacional que sanciona la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. En 1994 se aprobó la nueva Constitución Nacional Argentina, que reconoce los derechos de usuarios y consumidores y se creó una serie de nuevas asociaciones de consumidores.

²²⁸ W. I. Morgenstein, "El concepto de información en el Estatuto del Consumidor colombiano. Un estudio jurídico de la institución en la Ley 1480 de 2011". *Estudios Socio-Jurídicos* 17, n.º 1 (2015): 195-217. <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v17n1/v17n1a06.pdf>.

²²⁹ Pablo Truscello, "Evolución y actualidad del derecho del consumidor en Argentina y el MERCOSUR", *Ratio Iuris Revista de Derecho Privado* vol. 1, no. 2 (2013): 164-191.

Posteriormente, en 1998, el Consejo Económico y Social de la ONU formuló una propuesta para ampliar las Directrices, introduciendo el tema del consumo sustentable. En Argentina se crearon los Tribunales Arbitrales de Consumo. En el verano de 1999, un apagón eléctrico tuvo durante 15 días sin suministro de energía a los habitantes de numerosos barrios de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual llevó a debatir públicamente el tema de los derechos de usuarios y consumidores.²³⁰

Este periodo es conexo con la sexta etapa, que va del año 2000 a la actualidad, pues se da un cambio hacia el consumo sustentable y la racionalización de los hábitos de consumo. Bajo esta premisa, en 2007 todas las provincias argentinas ya contaban con oficinas de defensa del consumidor y avanzó la creación de oficinas municipales.²³¹ En países como Colombia se avanza en la creación de normas de protección al consumidor, siguiendo estándares europeos y estadounidenses, y se expide la Ley 1480 de 2011.

Según Cristian Ricardo Piris, el desarrollo del derecho del consumidor no es algo reciente, sino de antaño, por lo cual indica:

[...] incluso el propio derecho mercantil, donde se desenvuelven casi la totalidad de las relaciones de consumo, se origina y desarrolla con una impronta del todo ajena a la realidad del consumidor. Este derecho tiene su génesis histórica en la edad media estrechamente vinculada al tráfico de mercancías entre comerciantes y por ello toma como punto de referencia a este sujeto y su actividad profesional. Podríamos decir que el derecho comercial se elabora de cara al proveedor y de espaldas al consumidor. A pesar de ello el consumidor no se encontraba totalmente indefenso, ya que teorías y garantías tradicionales, como la de los vicios ocultos, conferían cierta protección al consumidor-comprador. Además, a partir de este siglo se empieza a regular al mercado, a través de leyes que reprimían los monopolios, que alentaban la lealtad comercial, y que exigían a los productos ciertas condiciones mínimas para ser comercializados, todo lo cual indirectamente beneficiaba al consumidor.²³²

²³⁰ J. López Camargo, "Derechos del Consumidor: Consagración constitucional en América Latina", *Emercatoria* 2, n.º 2 (2003): 2-40. <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/derechos.pdf>.

²³¹ Truscello, "Evolución y actualidad del derecho del consumidor", 18.

²³² Piris, *Evolución de los derechos del consumidor*, 2.

Concepto de consumidor

Luego de conocer *grosso modo* el desarrollo del derecho del consumidor, resulta pertinente definir qué es un consumidor y para ello la Ley 1480, en su artículo 5 numeral 3, lo define así:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.²³³

La doctrina también ha tratado de definir *consumidor* y, por esto, Juan Marcos Rivero ha sostenido que “el concepto de consumidor se encuentra vaciado de contenido, pues cada ley define, en función de una situación objetiva de peligro, a quién debe considerarse consumidor y son estos destinatarios los que se denominan genéricamente ‘consumidores’”.²³⁴

Por su parte, Javier H. Wajtraub advierte el origen del término *consumidor* relacionado con las ciencias económicas, aunque actualmente haga parte del mundo jurídico. Según el autor:

[...] para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Lo que busca el consumidor es hacerse con el valor de uso de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios. En este sentido, participa de la última fase del proceso económico.²³⁵

Así, al consumidor le interesa el valor de uso, mientras que al empresario, el valor de cambio. El consumidor es el último eslabón en la secuencia económica.

²³³ Congreso de Colombia, *Ley 1480 de 2011 por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor* (Bogotá: Diario Oficial 48.220 de octubre 12 de 2011).

²³⁴ J. M. Rivero, *¿Quo Vadis Derecho del Consumidor?* (Medellín: Diké, 1997) 14.

²³⁵ J. H. Wajtraub, “La noción de consumidor tras la reforma de la Ley 24240”. En *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor* (coordinado por R. Vázquez Ferreyra. Buenos Aires: 2008) 155.

Normativa de protección al consumidor

Ahora bien, como ya se precisó lo que se entiende por *consumidor*, resulta pertinente hablar de la evolución normativa en el sistema jurídico colombiano con respecto a la protección al consumidor.

Cabe mencionar que las garantías y derechos del consumidor, antes de incluirse en una ley como la 1480, se encontraban consagradas en el Código Civil, que data de 1887. En él se regularon temas como las obligaciones del vendedor y las instituciones para la protección al comprador, como el saneamiento por vicios redhibitorios, el cual se daba específicamente cuando el bien tenía vicios ocultos en su funcionamiento, y el saneamiento por evicción, cuando la posesión se perdía por problemas jurídicos, mediante una sentencia judicial.²³⁶

Consecuentemente, el Código de Comercio (en adelante C. Co.) incluyó dos nuevas modalidades de protección al consumidor: la total, es decir, cuando al producto vendido se le incluye la garantía, lo que por presunción se determina como una venta con garantía,²³⁷ y la de vicios de calidad, aunque de esta se excluía el hecho de que se revisara la mercadería y no se presentara ninguna protesta.²³⁸

Dichas protecciones se quedaban cortas, ya que eran normas estrictas y, además, presentaban vacíos normativos, pues exigían bastantes requisitos, plazos de caducidad muy precarios y acciones de reclamación largas y dispendiosas, generando una acción retrógrada en el comprador, pues este determinaba no impetrar ninguna reclamación judicial. Por ello, en 1971 se expidieron las primeras normas de defensa a los consumidores con el Decreto 2416 de 1971, en el que se consagraron normas técnicas de calidad. Luego, la Ley 9 de 1979 consagró medidas para la protección del medio ambiente y normas sobre calidad del suministro de agua, alimentos, aditivos, bebidas, medicamentos, cosméticos, artículos de uso doméstico, etc., lo que usualmente se conoce como el Código Sanitario Nacional, sin ser realmente un código.²³⁹

²³⁶ *Código Civil Colombiano* (Bogotá: Legis, 1887) arts. 1893 a 1927.

²³⁷ *Código de Comercio* (Bogotá: Legis, 1971) arts. 932 y 933.

²³⁸ *Ibid.*, art. 939.

²³⁹ J. E. Ibáñez, "Los derechos de los consumidores y usuarios, fundamentos constitucionales y desarrollo legal". En *Política y derecho del consumo* (Bogotá: El Navegante Editores, 1998) 60.

Posteriormente, el Estado colombiano decidió tener una postura de intervención en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, para lo cual promulgó la Ley 73 de 1981 como consecuencia de la normativa de control de precios de la década de 1950. En la Ley 73 de 1981, básicamente se otorgó al Ejecutivo facultades temporales para regular la protección al consumidor en temas como mecanismos y procedimientos administrativos para establecer la responsabilidad de los productos por la idoneidad y calidad de los bienes y servicios que ofrecen en el mercado, así como para fijar las sanciones pecuniarias o relativas al ejercicio de su actividad, que deban imponerse a los infractores.²⁴⁰

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1320 de 1982 y fue desarrollada por múltiples normas, como el Decreto 1441 de 1982, en el que se regulan la organización, el reconocimiento, el control y la vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores. Según este Decreto, una liga de consumidores es

[...] toda organización constituida mediante la asociación de personas naturales, cuyo objeto sea garantizar la protección, la información, la educación, la representación y el respeto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios, así como velar por el pago de las indemnizaciones a que se hagan acreedores, según la ley, por la violación de sus derechos.²⁴¹

Luego se expidió el Decreto 3466 de 1982, el cual contenía definiciones básicas del derecho del consumo, como el consumo y sus similares. Este decreto fue conocido como “Estatuto General del Consumidor” y sería reemplazado integralmente por la Ley 1480. En dicho decreto se dictaron normas tocantes a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, así como la responsabilidad de sus productores, expendedores, proveedores, etc. Además, incluyó los conceptos de consumidor, productor, proveedor, propaganda comercial, idoneidad y calidad de un producto o servicio; también reguló múltiples registros de calidad e idoneidad en bienes y servicios, consagró las garantías que pueden tener los productos, incluyendo una supuesta garantía mínima presunta,

²⁴⁰ D. Ossa Gómez, “Protección, garantías y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 40, n.º 112 (2012): 203-239. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/1036/934>.

²⁴¹ Presidencia de la República, *Decreto 1441 de 1982 por el cual se regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores* (Bogotá: Diario Oficial 36.024 de junio 11 de 1982) art. 1.

así como procedimientos administrativos y judiciales para sancionar el incumplimiento de las obligaciones allí impuestas y para que el consumidor afectado por un producto o servicio inadecuado o defectuoso pueda obtener una indemnización por daños y perjuicios.²⁴²

En aras de un derecho paulatino en defensa del consumidor, se expidieron los decretos 3467 y 3468, ambos de 1982, por medio de los cuales se dictan las normas relativas a las ligas y asociaciones de consumidores y se organiza el Consejo Nacional de Protección al Consumidor. A la postre, con el Decreto 2876 de 1984 se dictaron reglas de control de precios y con el Decreto 1009 de 1988 se crearon y organizaron los Consejos Departamentales de Protección al Consumidor. En 1985, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 32-248,²⁴³ por medio de la cual instó a los países miembros a fortalecer la reglamentación en pro de los consumidores, institucionalizando sus políticas sobre la materia en normas de la mayor jerarquía posible.

Consecutivamente se expidió la Ley 45 de 1990,²⁴⁴ que regula lo tocante a la intermediación financiera y el ejercicio de la actividad aseguradora; además se previeron cánones que velan por la protección del usuario, dentro de los cuales se pueden destacar los artículos 77 al 88. En un avance de los derechos al consumidor se le dio un tratamiento constitucional proteccionista y progresivo en el artículo 78 superior al versar:

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.²⁴⁵

.....
²⁴² Ossa Gómez, "Protección, garantías y eficacia de los derechos", 205.

²⁴³ ONU, Resolución 32-248 de la Asamblea General (Washington: ONU, 1985. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/39/248&Lang=S>).

²⁴⁴ Congreso de Colombia, *Ley 45 de 1990 por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera* (Bogotá: Diario Oficial 39.607 de diciembre 19 de 1990).

²⁴⁵ *Constitución Política de Colombia* (Bogotá, 1991).

Con el fin de cumplir este mandato constitucional, se promulgaron diversas normativas en consonancia con el artículo 13 superior, dentro de los que se destacan los decretos 2152²⁴⁶ y 2153²⁴⁷ de 1992, los cuales reestructuraron el Ministerio de Desarrollo Económico y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), otorgándoles funciones de protección al consumidor, de vigilancia y acreditación de las normas técnicas y de calidad. También estas entidades fueron investidas con poderes investigativos y sancionatorios de conductas atentatorias contra la libre y leal competencia, incumplimientos en normas de calidad e idoneidad de productos y atentados contra los derechos del consumidor. De la misma manera, fueron facultadas para atender y dar trámite a las quejas formuladas por los particulares respecto a las violaciones sobre protección a derechos del consumidor.²⁴⁸

Subsiguientemente, con la promulgación del Decreto 2269 de 1993 se organizó el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología, cuya finalidad es promover en los mercados la seguridad, la calidad y la competitividad del sector importador de bienes y servicios y proteger los intereses de los consumidores.²⁴⁹

En lo tocante a la protección del consumidor con respecto a los servicios públicos domiciliarios, se expidió la Ley 142 de 1994,²⁵⁰ con la cual se establecieron las comisiones para promulgar la regulación económica de los monopolios en la prestación de tales servicios cuando la competencia no sea posible, y para promover la competencia entre los prestadores de servicios públicos, todo con apego al principio de eficiencia, el cual implica que se evite a toda costa el abuso de la posición dominante y, por el contrario, impere que se presten servicios de calidad.

Esta ley fue complementada por las leyes 689 de 2001, 1117 de 2006 (derogada parcialmente por las leyes 508 de 2008 y 1215 de 2008) y por la Ley 1117

²⁴⁶ Presidencia de la República, *Decreto 2152 de 1992 por el cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico* (Bogotá: Diario Oficial 40.704 de diciembre 31 de 1992).

²⁴⁷ Presidencia de la República, *Decreto 2153 de 1992 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio* (Bogotá: Diario Oficial 40.704 de diciembre 31 de 1992).

²⁴⁸ Ossa Gómez, "Protección, garantías y eficacia de los derechos", 217.

²⁴⁹ Presidencia de la República, *Decreto 2269 de 1993 por el cual se organiza el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología* (Bogotá: Diario Oficial 41.110 de noviembre 16 de 1993) art. 1.

²⁵⁰ Congreso, *Ley 142 de 1994*.

de 2006. El Decreto 2100 de 1994 creó el Consejo Nacional de Competitividad, como organismo asesor del gobierno nacional en temas relacionados con la calidad, productividad y competitividad del país.²⁵¹

Dos años después, en 1996, se expidió la Ley 256, por medio de la cual se dictaron normas sobre competencia desleal y se salvaguardó a los consumidores de manera indirecta, pues en dicha normativa se buscó garantizar una libre y leal competencia en la que los productores y comerciantes compitieran en aspectos como mayor variedad, calidad y bajos precios. Por otra parte, se declararon de forma cognoscitiva e interpretativa los actos que constituyen competencia desleal, dentro de los cuales se encuentran los de confusión, desviación de clientela, desorganización y descrédito de otros comerciantes, entre otros.²⁵²

Luego se promulgó el Decreto 990 de 1998, que contiene el reglamento de los usuarios del servicio de telefonía móvil celular y consagra, además, un catálogo de derechos para los usuarios de estos servicios, así como algunas obligaciones laxas para sus operarios; también da ciertas definiciones básicas, como qué debe entenderse por factura, operador, suscriptor, contratos de servicios, etc. Ese mismo año se promulgó la Ley 446, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia; su artículo 145 consagra algunas funciones de la SIC en pro de la protección de los consumidores, funciones que posteriormente la Corte Constitucional, por medio de Sentencia C-1071 de 2002, consideró jurisdiccionales.²⁵³

Sin embargo, dicha normativa fue modificada por la Ley 472 de 1998, ya que se transformó el procedimiento para la solicitud de la indemnización de daños y perjuicios consagrada en los artículos 36 y 37 del antiguo Estatuto del Consumidor, estableciendo que esta indemnización debe reclamarse por la acción de grupo contenida en esta ley.²⁵⁴

En lo tocante al consumidor financiero, mediante la Ley 1328 de 2009 se dictan algunas medidas en materia financiera, de seguros y del mercado de

251 Ossa Gómez, "Protección, garantías y eficacia de los derechos", 217.

252 Ibid., 218.

253 Ibid., 218.

254 Congreso de la República, *Ley 472 de 1998 por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones* (Bogotá: Diario Oficial 43.357 de agosto 6 de 1998) art. 69.

valores. Además, el Título I establece qué debe entenderse por cliente, usuario, consumidor financiero, entidades vigiladas, etc. Así consagra los principios o derroteros por los cuales deben regirse las entidades vigiladas y los consumidores financieros. Por otra parte, esta ley otorga una serie de derechos al consumidor financiero, especialmente los relacionados con el derecho de información. Así mismo, se determinan las obligaciones de las entidades vigiladas y se impone la obligación de implementar el Servicio de Atención al Consumidor Financiero (SAC) para propiciar la atención, información, educación y respeto de este.²⁵⁵

Mediante la misma ley se insta a la creación de la Defensoría del Consumidor Financiero, a la cual se le dota de autonomía e independencia con el fin de que establezca las medidas para la protección de los derechos de los consumidores financieros, dentro de las cuales se destaca la prohibición de pactar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (se enuncia una lista de cláusulas consideradas abusivas) y prescribe que tales cláusulas, de ser pactadas, se considerarán como no escritas. Finalmente, señala el régimen sancionatorio para las entidades que transgredan los derechos y obligaciones previstos en esta norma.²⁵⁶

Por último, se encuentra la Ley 1480 de 2011, conocida como el Estatuto del Consumidor. Unos de sus principales aspectos son la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad, el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas, la educación del consumidor, la libertad de constituir organizaciones de consumidores, la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten y la protección especial a niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido con el Código de Infancia y Adolescencia; todo lo anterior, en consonancia con el auge del comercio electrónico.

Con este desarrollo normativo se ha logrado evidenciar que los derechos del consumidor en el sistema jurídico colombiano se han venido gestando de una forma paulatina debido a la incursión de nuevas modalidades de ofertas y consumo, por ejemplo, el internet.

²⁵⁵ Ossa Gómez, "Protección, garantías y eficacia de los derechos", 219.

²⁵⁶ *Ibid.*

Origen e historia de la publicidad engañosa

El mercado de consumo aumentó de forma exponencial en las últimas décadas y una de las modalidades en las que se evidenció su crecimiento desmedido fue la publicidad, por ser una de las mejores formas de promocionar los productos con el fin de ampliar el mercado. Por esto la investigadora española Cristina Santamaría opina:

[...] la publicidad ha sido la gran encargada de producir la parafernalia de la imago mitológica de los valores fundamentales de la cultura de occidente, los cuales, inexorablemente, tienden a aludir al mercado en tanto institución central del amplio y cambiante mundo de las mercancías materiales y de las intangibles axiologías de dominación, es decir de la producción de mercados ideológicos.²⁵⁷

De la misma forma como se amplió el mercado, también surgieron desventajas para el consumidor, como es el caso de la *publicidad engañosa*, definida por Edwin Farfán como “un conjunto de situaciones, de muy diversa índole, encargadas de intentar agrupar todos los peligros de los cuales el consumidor es víctima frente a la publicidad”. Además la clasifica en cuatro grupos diferentes de situaciones en las que se protege al consumidor frente a la publicidad: “violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial, las situaciones de engaño, el uso de la subliminalidad y la violación de reglamentos administrativos”.²⁵⁸

A su turno, Manuel Santaella señala que se pueden distinguir tres variedades de publicidad engañosa: “[...] la que afecta el comportamiento económico de los destinatarios, la que perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor y aquella que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, cuando dicha omisión induzca a error a sus destinatarios”.²⁵⁹

Ahora bien, como en esta relación de consumo quien ostenta la posición dominante es el vendedor, fabricante o comercializador, esto indica que la aparición de la publicidad engañosa tratará de hacer parte de la relación de consumo. Esto se debe, según Francisco Sandoval, a “las múltiples formas bajo las cuales puede

²⁵⁷ C. Santamaría, “La publicidad como voluntad de representación”, *Revista Política y Sociedad*, 39 n.º 1 (2002): 35.

²⁵⁸ E. Farfán, “Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa”, *Estudios de Derecho LXV*, n.º 145 (2008): 220.

²⁵⁹ M. Santaella, *El nuevo derecho de la publicidad* (2da. ed. Madrid: Civitas, 1989) 86.

realizarse la inducción al error y los variados elementos de un bien, actividad o servicio sobre los cuales puede recaer dicha inducción a error”.²⁶⁰

Por otra parte, así como salta a la vista un problema social de constante vulneración de derechos del consumidor, también es menester evitar el menoscabo de los derechos del consumidor colombiano, y para ello la Corte Constitucional en la Sentencia T-381 de 1994 aclarara que el medio idóneo para preservar los derechos fundamentales de los consumidores frente a la publicidad es la autorregulación, pues esta permite controlar la constitucionalidad del mensaje antes de que sea emitido, ya que si se permite esto, el derecho constitucional será violado y lo único que se podría hacer sería pasar a la indemnización de perjuicios, si diera lugar, o a la rectificación del anunciante frente a lo dicho.

Esto concuerda con lo que el autor colombiano Luis Gabriel Botero sostiene, en cuanto a que en la publicidad la responsabilidad social incorpora el respeto por los derechos fundamentales como un mecanismo de autorregulación y protección. Por esto, “cuando se presenta un choque entre la libertad de expresión y los demás derechos fundamentales, son estos el límite para el primero, es decir, siempre que la libertad de expresión vulnere un derecho fundamental debe ceder ante este”.²⁶¹

Esta cesión debe entenderse bajo la primacía del interés general sobre el particular en aras de proteger los derechos del consumidor de la publicidad engañosa y aquellos otros medios que alteran la oferta de un bien o servicio.

Otro tratamiento a esta pugna entre los derechos de los consumidores y la libertad de expresión es mediante la ponderación y el balanceo, como lo denominó Robert Alexy, pues con el artículo 20 de la Constitución Política, que consagra la libertad de opinión, prensa e información, se puede comenzar a construir la veracidad como un principio general del derecho publicitario que ha de irradiar las diferentes leyes y reglamentos que se dicten sobre esta actividad.

Como lo dice el autor colombiano Jorge Jaeckel, la veracidad, como principio general que rige la publicidad, se centra en que

[...] aquello que se dijo sobre un producto (bien o servicio), no debe ser susceptible de inducir a engaño al consumidor. De esta forma se busca que en el mercado reinen

²⁶⁰ F. Sandoval, “Publicidad engañosa”, *Revista Universidad de Chile*, n.º 230 (2005): 45.

²⁶¹ Luis Gabriel Botero, *Qué se puede hacer y qué no en publicidad* (Medellín: Hombre Nuevo Editores e Instituto de Artes, 2004).

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

la realidad y la transparencia en la competencia, protegiendo al consumidor del engaño que podría sufrir con ocasión de la información falsa o engañosa que le es transmitida.²⁶²

Es preciso traer a colación nuevamente la jurisprudencia que denota cómo al consumidor se le están vulnerando constantemente sus derechos fundamentales, por ser el destinatario final de los bienes y servicios. Se presume que estos derechos no solo deberían ser garantizados por la entidad encargada, sino que también debería existir una protección por parte de los organismos administrativos y jurisdiccionales. Ya que estas categorías de derechos son inherentes al ser humano, el Estado debe darles prevalencia a estos en cualquier caso de confrontación con respecto a otros; por esto el Consejo de Estado “Presume y especifica la buena fe, la confianza legítima sobre las empresas encargadas de la fabricación y distribución de productos”.²⁶³

Atendiendo a lo anterior, los órganos administrativos deben ser los garantes del consumidor, los cuales no podrán imponer una carga adicional al consumidor.²⁶⁴

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, como órgano máximo encargado de impartir justicia en la jurisdicción ordinaria, expone que toda información de un producto debe ser veraz para no incurrir en la sanción que contempla la ley, debido a que los productores y proveedores tienen responsabilidad solidaria con respecto a todos sus productos,²⁶⁵ por lo que deberán resarcir todos los perjuicios causados debido a la imperfecta información y elaboración del producto que circula en el mercado. La Sentencia del 4 de abril de 2001 deja entrever que la

²⁶² J. Jaeckel Kovacs, “Publicidad engañosa y publicidad comparativa”, *Revista Foro del Jurista, Derecho de los Mercados* 24, N.º 198 s. d.

²⁶³ Consejo de Estado de Colombia, *Expediente No. 2012-00607-01* (Sección Primera, 24 de septiembre de 2015. MP María Elizabeth García González).

²⁶⁴ Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), *Resolución 17532* (Bogotá: Diario Oficial s. n. 26 de marzo de 2010).

²⁶⁵ F. García Sais, “Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores”, *Revista de Derecho Privado, Nueva Época* III, n.º 9-10 (2004): 37-42.

protección al consumidor promedio²⁶⁶ colombiano, más que normativa, debe ser real y eficaz.²⁶⁷

Criterios filosóficos de protección de la publicidad engañosa

La protección de los derechos no es una tarea fácil para el Estado; sin embargo, al ser garante de sus prohijados, se le atribuye una responsabilidad adicional, la de poner en funcionamiento cada uno de los aparatos institucionales en pro de los derechos de sus gobernados. Este no es un tratamiento de los Estados modernos, esta idea deviene, más bien, de la necesidad de las personas de agruparse y buscar protección en una figura llamada Estado.

Se realizará una abstracción de los planteamientos filosóficos de Kant, Dworkin y Kelsen —aunque hay muchos otros filósofos, como Robert Alexy, que darían asidero a la defensa de los derechos del consumidor—, a fin de establecer que la protección de los derechos del consumidor está endilgada al Estado.

Con referencia a este tema, Kant dice:

Los pueblos, como Estados que son, pueden considerarse como individuos en estado de naturaleza, es decir, independientes de toda ley externa, cuya convivencia en ese estado natural es ya un perjuicio para todos y cada uno. Todo Estado puede y debe afirmar su propia seguridad, requiriendo a los demás para que entren a formar con él una especie de constitución, semejante a la constitución política, que garantice el derecho de cada uno.²⁶⁸

Sin dejar a un lado la importancia de lo reseñado anteriormente, también dice Kant que la comunidad que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la Tierra ha llegado hasta el punto de que la violación de un derecho repercute en todos los demás pueblos, de allí que podamos inferir sobre la idea no tan descabellada de un derecho de ciudadanía mundial, argumento que nos permite invertir

²⁶⁶ El consumidor promedio es la persona que interpreta la publicidad en la forma natural en la que le es transmitida, sin darle a las palabras e imágenes un alcance distinto del que naturalmente tienen, e interpretándolas en una forma superficial, sin realizar un análisis profundo o detallado, tal como lo haría una persona que no tiene un conocimiento especializado del producto o servicio anunciado. Pronunciamento de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

²⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, *Sentencia Expediente No. 5716* (Sala de Casación Civil y Agraria, 4 de abril de 2001. MP: Jorge Antonio Castillo Rugeles).

²⁶⁸ I. Kant, *La paz perpetua* (6ta ed. Madrid: Tecnos, 1998).

de fundamento epistemológico pertinente nuestra solución a la vulneración de los derechos del consumidor.²⁶⁹

Presumiendo que se pronuncien dichos Estados con una normativa legal internacional legitimada con base en los derechos fundamentales del consumidor, se permitirá hablar de justicia para los consumidores. Por esta razón, Dworkin expresa: “[Se] llama *principio* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.²⁷⁰

Para Dworkin, hablar de *principio* es finalmente hablar de los derechos fundamentales, aquellos que permanecen en el tiempo y requieren ser legitimados mediante las normas. Este filósofo aboga por la integralidad del sistema jurídico, en el cual sean concomitantes tanto las directrices políticas y las normas jurídicas como los principios que reunidos tendrán como objetivo final la justicia; al lograr esto se podrá decir que el derecho le responde de manera efectiva al problema de este grupo específico de la humanidad: los consumidores.

En cuanto a la justicia para nuestro consumidor, Kelsen reconoce que “está hecha de moral, es un valor que busca la libertad, la igualdad y la tolerancia de más valores, por ello es relativa, depende de cada persona, pero puede ser objetivizada en la norma jurídica que entrará a regular las conductas”,²⁷¹ generando así felicidad en los seres humanos y dando como resultado una mayor libertad, que es un principio social referido a la capacidad de decidir. Sin embargo, debido a que se debe tener en cuenta que la felicidad de uno causa infelicidad al otro y que esto crea un conflicto, para dirimirlo se debe obedecer a la legalidad derivada de la norma jurídica.

Regulación normativa de la publicidad engañosa

La *publicidad* en el sistema jurídico colombiano ha de entenderse, según el numeral 12 del artículo 5 de la Ley 1480, como “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”.

.....
²⁶⁹ Ibid., 13.

²⁷⁰ R. Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 2000) 56.

²⁷¹ H. Kelsen, *¿Qué es la justicia?* (Barcelona: Ariel, 2005) 21.

En cuanto a la *publicidad engañosa*, el numeral 13 la define como “aquella en cuyo mensaje se presente una información que no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”.

En lo que respecta a la protección contra la publicidad engañosa, esta ley, en su artículo 30, consagra unas prohibiciones y responsabilidades con respecto a la publicidad, en las que se destaca que el anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados.

También se determina como una acción jurisdiccional la protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios dentro de otras por información o publicidad engañosa.

Luego de la Ley 1480 se promulgó el Decreto 1369 de 2014, por el cual se reglamenta el uso de la publicidad alusiva a cualidades, características o atributos ambientales de los productos. Este decreto continúa la misma línea de protección al consumidor respecto de la publicidad engañosa, tanto así, que en su parte considerativa se limita a transcribir literalmente los artículos 3 (numerales 7, 8, 12) y 5 (numerales 13, 23 y 29) de la Ley 1480.

Limitantes de la publicidad engañosa

Como el ámbito de protección al consumidor es un sistema integral, en él deben confluir muchos derechos, como los de la libertad, la dignidad, la imagen y la propiedad intelectual, de la infancia. Además de otro no menos importante en nuestro país: el de la libertad de empresa.²⁷²

²⁷² V. Rodríguez, “¿Cuál es el límite de la publicidad engañosa?” *El Economista*, septiembre 17 de 2006.

Ilícita

En el sistema jurídico colombiano la publicidad engañosa, desleal, subliminal o que infrinja lo reglado con respecto a la difusión de determinados productos, bienes o servicios es considerada publicidad ilícita.

Primordialmente, está prohibida la publicidad “que atenta contra la dignidad de la persona o que vulnera los valores y derechos reconocidos por nuestra Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”.²⁷³

Engañosa

Ha de entenderse como aquella publicidad que induce a confusión en cualquiera de los siguientes aspectos: características de los productos o servicios; precio; condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización o entrega; motivo de la oferta; naturaleza del anunciante, o servicios postventa.

Esta confusión puede deberse a que alguno de estos datos se silencie o induzca a error. Además, la publicidad relativa a ciertos bienes debe ser aprobada por un organismo competente antes de su difusión. En el caso de los medicamentos que no precisan prescripción médica, por parte del Ministerio de Salud; y en el de los de carácter económico, como productos financieros, por los de Economía y Hacienda.²⁷⁴

Desleal

Según la ley, este tipo de publicidad es la que denigra o menosprecia de forma directa o indirecta personas, empresas o productos, tanto por el contenido del anuncio en cuestión, como por la forma de presentación o difusión.²⁷⁵

.....
²⁷³ Ibid., 23.

²⁷⁴ Ibid., 23.

²⁷⁵ Ibid., 24.

Comparativa

Pese a entrar en el apartado de publicidad desleal, la comparativa sí está permitida por la ley. Sin embargo, es una de las más controvertidas porque la línea que la separa con la desleal es muy delgada. Para empezar, la definición es muy genérica: “[...] alude explícita o implícitamente a un competidor o los bienes ofrecidos”.²⁷⁶

A partir de ahí, se establece una serie de requisitos para considerar un anuncio como publicidad comparativa. Por ejemplo, si se realiza de forma objetiva entre una o más características esenciales, pertinentes o verificables de los productos, entre las cuales se puede incluir el precio. “Eso sí, no puede sacarse ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial de algún competidor”.²⁷⁷

Concepto de la genialidad creativa

Con el fin de determinar un concepto global de genialidad creativa, se debe primero tener una aproximación a lo que es la creatividad, pues su definición se encuentra permeada por palabras en cuyo sentido literal existe un sinónimo; de igual forma, es necesario considerar la existencia de diversas orientaciones basadas en teorías antiguas y modernas. En algunos casos se le da más importancia al proceso, al potencial o las condiciones o capacidades innatas de las personas para crear. En otras situaciones, se brinda un enfoque sobre el producto creativo o se considera que debe ser una mezcla de ambas líneas de pensamiento, pero también se estudia la influencia que tiene el ambiente sobre las personas creativas.²⁷⁸

Es significativo tener en cuenta los sinónimos con los que se ha relacionado la palabra *creatividad*. Monreal, por ejemplo, manifiesta que la creatividad se encuentra íntimamente relacionada con la *genialidad*, aunque también se emplean sinónimos como *originalidad*, *productividad*, *inventiva* y *descubrimiento*.²⁷⁹ Por su parte, Corbalán, Martínez y Donolo expresan que es difícil distinguir

²⁷⁶ Ibid., 24.

²⁷⁷ Ibid., 24.

²⁷⁸ Y. Chacón Araya, “Una revisión crítica del concepto de creatividad”, *Actualidades Investigativas en Educación* 5, n.º 1 (2005): 2-30.

²⁷⁹ J. Corbalán Berná, “¿De qué se habla cuando hablamos de creatividad?”, *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, n.º 35 (2008): 11-21.

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

creatividad de otros conceptos como genialidad, superdotación o arte y que se debe tener paciencia para llegar a un consenso respecto a la definición de este complejo constructo.²⁸⁰

Torre, citado por Trigo y De la Piñera, reúne cuatro ámbitos de la creatividad enfocados en categorías de personas; el genio creador, con condiciones excepcionales para la creatividad; la persona creadora, que expresa su creatividad en obras de valor; la persona creativa, que involucra a cualquiera que tenga el potencial para hacer cosas nuevas, mejores o diferentes, y la persona pseudocreativa, que utiliza la creatividad para destruir o generar corrupción.²⁸¹

Monreal opina que el término *creatividad* “se aplica tanto a las personas (creadores, creativos) como a los productos (ideas u obras creativas) o a los procesos creadores o a los entornos y ambientes (educación creadora, familia creativa) y son muchos los componentes que la integran”.²⁸²

Entre tanto, la jurisprudencia, mediante la Sentencia C-592 de 2012 de la Corte Constitucional indica que la creatividad es

[...] de quienes inventan formas abiertas o sutiles, directas o indirectas, generales o específicas, de control previo parece no tener límites. Por eso, en esta materia, no se puede dejar de recordar que, en los orígenes de la democracia moderna, una de las batallas célebres en defensa de la libertad de prensa se dio precisamente contra una modalidad de control previo, denominada licenciamiento.²⁸³

En síntesis, el proceso creativo involucra todos estos aspectos. De este modo, las orientaciones que se han planteado permiten determinar la creatividad, ya sea como proceso o producto o enfocándose en la persona creativa. Para ello se cuenta también con diferentes propuestas de modelos y teorías.²⁸⁴

Pero en lo que respecta a la genialidad creativa en materia publicitaria, ha de entenderse como el diseño de campañas con mucho de arte y de estilo, en las que

²⁸⁰ J. Corbalán, F. Martínez y D. Donolo, *Manual Test CREA. Inteligencia creativa. Una medida cognitiva de la creatividad* (Madrid: TEA Ediciones, 2003).

²⁸¹ Eugenio Trigo Aza y S. De La Piñera, “Creatividad, motricidad y formación de colaboradores”. Barcelona: INDE Publicaciones, no. 56 (1999) 113.

²⁸² C. A. Monreal, “*Qué es la creatividad* (Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2000).

²⁸³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-592* (Bogotá: 25 de julio de 2012. MP: Jorge Iván Palacio Palacio).

²⁸⁴ Chacón, “Una revisión crítica del concepto de creatividad”, 5.

muchas veces es difícil averiguar qué es lo que realmente se está anunciando, pero que en pocos días es algo renombrado y conocido por el gran público.²⁸⁵

Por su parte, Clara Hernández indica que el rasgo más básico que define la genialidad creativa radica en la novedad. No obstante, no se constituye en la condición indispensable para el desarrollo de la creatividad. Así mismo, considera que a la creatividad debe añadirse un valor de utilidad, de modo que permita la resolución de problemas y satisfaga las exigencias planteadas.²⁸⁶

Entonces, ¿cómo debe ser esta creatividad? J. J. Pérez Cuesta y Rafael Esteve, en su libro *Rompefrenos*, indican que debe ser rompedora y vendedora, debe buscar la manera de conseguir no solo que brille en festivales y premios, sino que brille para el anunciante y consiga mejorar sus resultados.²⁸⁷

La creatividad, además, funciona primero mediante el desarrollo de una estrategia y la elaboración de una idea, luego se mira a través de qué medios se desarrollará, y si no se encuentra un camino fácil para que la gente pueda llegar a ella, se crea uno nuevo. Una buena idea no tiene por qué necesariamente estar circunscrita en el marco de una valla, una pantalla o una gráfica, porque quizá la experiencia de la marca se viva mejor a través de otros medios y soportes. Las marcas van a necesitar encontrar sus propios espacios, su universo particular y exclusivo que les permita ofrecer auténticas experiencias de marca.²⁸⁸

Distinción entre publicidad engañosa y genialidad creativa

La creatividad publicitaria a la hora de publicitar un producto se esconde bajo camuflajes terminológicos, pero el hecho de que la palabra es creadora, no indica que no sea embaucadora.²⁸⁹ La publicidad engañosa, por su parte, causa perjuicio

²⁸⁵ R. Cerdá Sanjuan, *Manual de publicidad* (Colección Publicaciones GMC. Onteniente, España: Gestión y Mecanizaciones Contables SL, 2000).

²⁸⁶ G. Jiménez Marín, D. Polanco Serrano y J. Jódar Marín, "Innovación tecnológica y creatividad. Los nuevos soportes publicitarios en el marco de la era digital". En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* (editado por María Luisa Pinar, 47-54. Madrid: Universidad Complutense, 2010).

²⁸⁷ C. Balado Albiol y E. Brea Franch, "¿Cómo crear para el medio exterior en el entorno de las nuevas tecnologías?". En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* (editado por María Luisa Pinar, 134. Madrid: Universidad Complutense, 2010).

²⁸⁸ *Ibid.*, 24.

²⁸⁹ J. Sabaté López, J. Solanas García y C. Martorell Castellano, "De jumbo a internet: ¿no será que no hay nada tan nuevo en creatividad y en publicidad?". En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* (editado por María Luisa Pinar, 87. Madrid: Universidad Complutense, 2010).

al consumidor o usuario de forma directa porque lo manifestado no concuerda o es insuficiente con la realidad del producto, de manera que induce o puede inducir en error, engaño o confusión. Por ejemplo, indicar que se trata de un yogur cuando en realidad la tabla de nutrición indica que es una bebida a base de yogur. Estas actuaciones defraudadoras son las que menoscaban los derechos del consumidor.

La genialidad creativa es utilizada para dar a conocer un producto o generar recordación de la marca en el consumidor utilizando diversos mecanismos creativos, y por este actuar no se prevé responsabilidad; en cambio, la publicidad engañosa sí posee una responsabilidad de reparación tanto para la empresa o marca como para el medio de comunicación utilizado para la divulgación de la publicidad comercial.

Sin embargo, hay posiciones como la de Fernando Ramos, quien indica que, conforme a la Directiva 84/450 de la Unión Europea, no hay diferencias entre publicidad engañosa y genialidad creativa, sino que, por el contrario, han de entenderse como similares.²⁹⁰

Para finalizar este apartado es necesario traer a colación unos ejemplos tanto de genialidad creativa como de publicidad engañosa, a fin de finiquitar la diferenciación.

- *Doña Gallina* (genialidad creativa) realizó una publicitación y recordación de la marca cuando a un niño lo manda su mamá a la tienda para que traiga un caldo de gallina, y para generar recordación hace la imitación de una gallina diciendo: “Doña Gallina, Doña Gallina”.
- *Coca-Cola*, mediante sus campañas no solo genera recordación de la marca, sino que despliega un precedente de la búsqueda de la felicidad, y el hecho de generar la sensación del consumidor al momento de ver su publicidad.
- *Heineken* realizó una genialidad creativa mediante la realidad generada en una valla donde se evidenciaba una mano detrás que daba la impresión de que iba a tomar la botella de la valla.

²⁹⁰ F. Ramos Fernández, “La publicidad en España como elemento de marketing: límites”, *Revista Universidad Complutense de Madrid*, s. d. 50

- *Kellogg's*, con sus Choco Krispis, realizó una publicidad engañosa que inducía a error, según la AAP, ya que son los únicos recomendados por el Instituto de Nutrición.
- *Cicatricure* no cuenta, según evidenció la SIC, con estudios médicos o científicos contundentes para soportar afirmaciones como las realizadas en varias de las piezas publicitarias.
- *Redu Fat Fast* no tiene, según la SIC, los estudios médicos y científicos de rigor que permitan demostrar que, como lo anunciaba, es efectivo para “eliminar la grasa, reducir peso o disminuir medidas corporales”.

Análisis del *common law* vs. el derecho colombiano (Ley 1480 de 2011)

Resta ahora analizar la Ley 1480, a fin de establecer si es necesario modificar la protección al consumidor, o si, por el contrario, ya se previeron las garantías necesarias para salvaguardar sus derechos como parte débil en la relación de consumo, todo ello bajo el amparo del *common law* y el ordenamiento jurídico colombiano, debido a que el *common law* es el pionero en la protección de los derechos del consumidor.

Lo primero que hay que mencionar es que el *common law* es un Estado preventivo y proteccionista del consumidor como parte débil en la relación contractual, y para vislumbrar ello se bosquejará en dos casos ocurridos y demandados ante este sistema jurídico.

Stella Liebeck es quizás uno de los nombres más conocidos en la historia de la protección al consumidor. La señora Liebeck compró un café en McDonald's. En el automóvil en el que llevaba el café tuvo la peregrina idea de echarle azúcar. Una vez detenido el automóvil a un lado de la vía, destapó el café que había colocado entre sus piernas. El café se derramó y le generó quemaduras de tercer grado. Demandó a McDonald's por servir café muy caliente. Obtuvo una indemnización de US\$2.900.000, una cantidad bastante atractiva como para coger una taza de café, tomar una gran bocanada de aire y echársela encima para ir a cobrar una indemnización. Abrir una taza de café caliente sujetando el envase entre las piernas no parece muy razonable. Pero la señora Liebeck recibió una indemnización porque las cortes estimaron que merecía que McDonald's la protegiera contra su propia estupidez.

[...]

Una mujer mayor solía secar a su gato, luego de bañarlo, colocándolo en su horno de gas a muy baja temperatura (lo que ya es de por sí bastante idiota). Un día, su yerno le regaló un horno de microondas y no tuvo mejor idea que colocar su gato y encender el horno “bajito”. El pobre gato falleció de una manera espantosa. El resultado no se hizo esperar: el fabricante de microondas fue demandado por no haber advertido que no se podía secar gatos en su producto, en donde al revisar el manual no se prohibía tal acción y por ende fue sancionado drásticamente a indemnizar los perjuicios causados y a modificar el manual de uso con respecto a las prevenciones de uso de este electrodoméstico.²⁹¹

Con este parangón se evidencia la diferencia entre ambos sistemas, porque mientras el derecho anglosajón posee una mayor protección al consumidor en la relación contractual, en el sistema colombiano se da por sentado que el consumidor tiene o debe tener unos conocimientos mínimos para la defensa de sus derechos; lo anterior se basa en los tiempos de reclamación y la efectividad de las garantías, como lo contempla el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011). Sin embargo, dicho precepto no resulta verdadero partiendo del hecho de que en Colombia existen tres clases de consumidor, según la SIC.

El primero de los consumidores es conocido como simple consumidor, es quien simplemente compra un producto, bien o servicio sin revisar ninguna especificación, sino que, por el contrario, se fija más en el precio. El segundo es el consumidor promedio, el cual en medio de la relación de consumo es el de mayor población, ya que no solamente se fija en el precio, sino también en cosas mínimas, como la fecha de vencimiento y el estado del producto. Por último, se encuentra el consumidor experimentado o analítico, quien primero realiza un mapa mental de costo-beneficio y luego revisa la etiqueta del producto con el fin de determinar la fecha de vencimiento y los componentes de dicho producto para evidenciar si lo que dice ser o contener es lo que en verdad posee.

Ahora bien, para poder instituir si es necesaria una modificación, es necesario saber que tanto en la promulgación de la Ley 1480, como en la del *common law* prima la idea proteccionista de los derechos de los consumidores, con el fin de restablecer el equilibrio contractual en las relaciones del consumo; este

²⁹¹ Alfredo Bullard, *Ensayos sobre protección al consumidor en Perú*. (Perú: Universidad del Pacífico, 2011) 183-231.

es un postulado que ha sido abanderado por los Estados modernos al momento de redactar los distintos estatutos de protección al consumidor,²⁹² y se han visto enfrentados a una dificultad de orden jurídico y de antecedentes filosóficos, económicos y políticos: la concepción clásica del postulado de la autonomía privada,²⁹³ piedra angular de las relaciones jurídicas entre particulares, el cual se basa en el principio de igualdad entre las partes.²⁹⁴

Este postulado, especialmente en lo que tiene que ver con los contratos de consumo,²⁹⁵ de manera alguna resiste una interpretación y una aplicación basadas en ideas individualistas, porque —como ya se dijo— hay grandes desigualdades entre las partes que intervienen en esta categoría de contratos,²⁹⁶ asimetrías fruto de las nuevas y aceleradas dinámicas del mercado, las cuales exigen que las relaciones contractuales entre consumidores y productores de bienes y servicios tengan una regulación especial que precisamente esté dirigida a alcanzar, entre otros objetivos, la protección del principio de la autonomía contractual.²⁹⁷

La Ley 1480 instituye las características mínimas que debe reunir la información suministrada por productores o distribuidores a los consumidores de bienes y servicios. Este es uno de los muchos mecanismos tomados en pro del consumidor. Bajo la concepción de que el consumidor promedio no tiene mayor experticia, la información se puede resumir, según Saavedra, de la siguiente manera: 1) veraz y comprobable, es decir, basada en datos reales y verídicos, a fin de que no se engañe o no se induzca al error al consumidor, y de esta forma se genere confianza en el mercado; 2) adecuada, suficiente y completa, para que el consumidor tenga conocimiento tanto de los beneficios como de los riesgos del producto o servicio de acuerdo con su naturaleza; 3) clara, comprensible y entendible, para que a esta

²⁹² L. Arias, "Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero", *Revista Emercatoria* s. d. www.emercatoria.edu.co/Paginas/volumen7/pdf01/consumidor.pdf.

²⁹³ J. Arrubla, "Contratos mercantiles" (tomo I. *Teoría general del negocio mercantil*) (Medellín: Editorial Dike, s. d.).

²⁹⁴ J. Villalba, *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano* (Bogotá: Vniversitas, 2009) 309.

²⁹⁵ M. Arana, "Contrato de consumo: cláusula abusiva", *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* s. d. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000112&pid=S0124-0579201500010000600003&lng=en.

²⁹⁶ Arias, "Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero", 21.

²⁹⁷ J. Granados, "Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor: una aplicación del principio de buena fe a la totalidad de las relaciones contractuales", *Revista Emercatoria* s. d.

pueda acceder el consumidor promedio del bien o servicio teniendo en cuenta las condiciones propias del mercado en que se ofrece, y 4) oportuna, sobre todo en la etapa precontractual, pero también en las de perfeccionamiento y ejecución de contrato, a fin de que el consumidor pueda hacer un uso efectivo de esta.²⁹⁸

En cuanto a la forma de cumplir la obligación de informar, se debe tener en cuenta la máxima del derecho del consumo: “a mayor información, menor posibilidad de causar daño”,²⁹⁹ por lo que se exhorta y se impone una carga al productor a fin de que otorgue una información minina, como etiquetas, embalajes, folletos informativos, manuales de instrucciones, transmisión directa por medio de sus dependientes, entrega previa de los contenidos contractuales, publicación en los portales de internet del contenido informativo esencial y conexo de los servicios y productos, presentación de ofertas comerciales junto con el detalle de la presentación informativa, publicación periódica de boletines, fijación de avisos informativos en los establecimientos de comercio, implementación de un centro de servicios de atención al cliente y, en la medida de lo posible, transmisión personal de la información.³⁰⁰

Ahora, como en la Ley 1480 se prevé una responsabilidad de tipo comercial para el productor y para aquellos que intervienen en la cadena de consumo, también resulta pertinente preguntarse cuál es la responsabilidad civil en la que incurren productores y expendedores cuando no suministran al consumidor la información suficiente y adecuada sobre los productos que ponen en el mercado.

Doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha establecido que si el productor o el expendedor no le brindan al consumidor ninguna información o si la información que le otorga es insuficiente o inapropiada, incurre en responsabilidad precontractual como consecuencia de una infracción a los deberes emanados de la buena fe *in contrayendo* y debe indemnizar los eventuales daños que le ocasione al consumidor, comoquiera que el productor o expendedor que incumple su obligación

²⁹⁸ C. Saavedra, “El deber de información al consumidor financiero: caso de los deudores de créditos hipotecarios en la crisis del 2008”, *Emercatoria*, s. d. <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN11/HTML2/145.html>.

²⁹⁹ W. I. Morgenstein Sánchez, “El concepto de información en el Estatuto del Consumidor colombiano”.

³⁰⁰ V. Monsalve, *La responsabilidad precontractual por violación de la obligación de información en la nueva ley de protección al consumidor* (Bogotá: Vniversitas, 2012) 236.

de informar transgrede su deber de corrección impuesto por el artículo 863 del Estatuto Mercantil colombiano y ejerce arbitrariamente sus propios derechos.³⁰¹

Resulta prudente resaltar los avances en materia de garantías, pues se incluyó la garantía de bienes imperfectos o remanufacturados y la prestación de servicios que suponen la entrega de bienes. Este avance se sustenta como mecanismo que salvaguarda al consumidor en los eventos en que un producto no cumple las especificidades o el servicio o función para el cual fue creado; por tal razón en estos casos en los que el producto sea defectuoso se protege a la víctima cuando esto cause daños a personas y bienes; esta responsabilidad es trasladada al productor y/o al proveedor.

Otro aspecto resaltable es que se reguló la protección frente a riesgos de salud y seguridad, educación del consumidor, libertad para la formación de organizaciones que velen por los intereses del consumidor y protección especial para infantes y adolescentes en calidad de consumidores (este último como mecanismo protector de hechos).

También genera unos parámetros mínimos respecto de la calidad de los productos, a fin de establecer una responsabilidad a los productores y/o proveedores, además otorga unos derechos y deberes a los consumidores, con el fin de protegerlos de figuras como la publicidad engañosa y las relaciones contractuales como los contratos de adhesión. Dentro de los mecanismos provistos para la defensa de los derechos del consumidor se destacan las acciones populares y de grupo y las de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. También faculta a la SIC como garante de los derechos del consumidor y de las posibles medidas punitivas y sancionatorias que puede realizar cuando un productor y/o proveedor haya incumplido lo reglado por la Ley 1480.

Aun cuando son grandes los avances, Jorge Tomillo, docente de la Universidad de Cantabria, España, señaló acerca del Estatuto del Consumidor colombiano:

[...] hizo falta hacer una precisión en la redacción de la obligación, y en la falta de una norma que restablezca equidad en caso de que las garantías se incumplan por parte del productor, y el proveedor haya sido quien respondió ante el consumidor sin

³⁰¹ V. Monsalve, *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: una perspectiva europea* (Bogotá: Universitas, 2008) 120.

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

haber incurrido en una falta. Hay zozobra conceptual que hace que las soluciones que están propuestas puedan tener dificultades al ser interpretadas y aplicadas.³⁰²

Además, resulta proclive la medida de limitar la responsabilidad del productor y/o proveedor solo a la relación contractual o de consumo, porque esta última se conceptúa bajo el concepto de lo oneroso y, por ende, excluye factores como el hecho de que resulte perjudicado un tercero al cual le llegó el producto de forma gratuita o cuando no habiendo tenido contacto con la relación de consumo resulta afectado por la manipulación de dicho producto. Por ejemplo, una persona que sin haber adquirido el producto pasa por el lugar donde este se elabora, y por una indebida manipulación del productor, resulta intoxicada por un gas producido en la empresa; aun cuando es un tercero, jamás se involucró en la relación de consumo. En apego a lo anterior, se concluye que sí es necesario reforzar la protección del consumidor y, por ende, debe ampliarse el concepto de consumidor, tan limitado en la Ley 1480.

Por otra parte, si bien se analizó la responsabilidad existente de los proveedores, productores, vendedores, etc., también es necesario poner de presente que, aunque no es tema de este capítulo, ha de estudiarse cuál es la responsabilidad que tienen los medios de comunicación o difusión a la hora de emitir o transferir publicidad engañosa, que en últimas termina vulnerando los derechos del consumidor.

Conclusiones

A lo largo del trabajo se advierte que la regulación jurídica de la publicidad engañosa en nuestro ordenamiento jurídico es aún insuficiente para neutralizar sus efectos perjudiciales. Resulta entonces necesario y eficaz elaborar nuevas disposiciones para ampliar la tutela frente a sus destinatarios, es decir, el consumidor, en particular por el desarrollo que ha tenido la publicidad en los últimos años y el que seguirá teniendo conforme al avance de las tecnología de la información y la comunicación.

³⁰² J. Tomillo, *Expertos analizan el Estatuto del Consumidor* (Santander, España: Universidad de Cantabria, s. d. <http://www.uninorte.edu.co/web/grupo-prensa/noticia?articleId=636638&groupId=73923>).

En la relación de consumo, quien ostenta la posición dominante es el vendedor, el fabricante o el comercializador, y esto indica que la aparición de la publicidad engañosa tratará de hacer parte de la relación de consumo.

La genialidad creativa es definida como aquel uso de la publicidad en la que se oferta un bien o servicio de una forma particular que genera recordación en los consumidores; dicha actuación es permitida mientras no transgreda los derechos del consumidor.

El fin de la genialidad creativa es dar a conocer un producto o generar recordación de la marca en el consumidor, utilizando diversos mecanismos creativos. Esta actuación está exenta de responsabilidad. Por su parte, la publicidad engañosa busca dar una información que no es real o que es insuficiente, y esta conducta sí implica una responsabilidad.

El régimen de defensa del consumidor reconoce de manera general la desigualdad existente en las relaciones que se presentan entre consumidores y usuarios con productores, fabricantes y distribuidores; por lo tanto, su finalidad última precisa el restablecimiento de un plano de igualdad en este tipo de relaciones.

Con el desarrollo normativo se ha logrado evidenciar que los derechos del consumidor en el sistema jurídico colombiano se ha gestado de forma paulatina, debido a la incursión de nuevas modalidades de ofertas y consumo, por ejemplo el internet.

La responsabilidad por la garantía legal y por productos defectuosos, regulada en la Ley 1480 de 2011, debe entenderse como dispositivos protectores cuya finalidad es, primero, establecer mecanismos de protección en eventos en los cuales el producto no reúne las calidades esperadas o no cumple con la función para la cual fue adquirido, y segundo, proteger a los consumidores cuando por vicios de seguridad los productos causan daños a personas o bienes.

El derecho internacional debe dar un mayor tratamiento jurídico que cuente con el respaldo de los países, respondiendo lógicamente al plano de justicia social y que regule las conductas de las relaciones de consumo entre Estados. Específicamente con respecto al consumidor, se lograría que los Estados tengan la obligación principal de poner en prevalencia los derechos fundamentales del consumidor, generando una presumible garantía real y eficaz de estos. Por ende, es necesario ampliar el espectro de protección de los derechos del consumidor.

Bibliografía

- Alterini, A. “El consumidor en la sociedad posmoderna”, *L&L* 818 (1996): 818 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4919248.pdf>.
- Arana, M. “Contrato de consumo: cláusula abusiva”. *Revista de la Competenciay la Propiedad Intelectual* s. d. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000112&pid=S0124-0579201500010000600003&lng=en.
- Arias, L. “Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero”. *Revista Emercatoria* s. d. www.emercatoria.edu.co/Paginas/volumen7/pdf01/consumidor.pdf.
- Arrighi, J. M. “Comercio Internacional y protección del consumidor”. En *Defensa de los consumidores de productos y servicios* 71, dirigido por G. Stiglitz. Buenos Aires: La Rocca, 1994.
- Arrubla, J. “Contratos mercantiles”, tomo I. *Teoría general del negocio mercantil*. Medellín: Editorial Dike, s. d.
- Balado Albiol C. y E. Brea Franch. “¿Cómo crear para el medio exterior en el entorno de las nuevas tecnologías?”. En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* 134, editado por María Luisa Pinar. Madrid: Universidad Complutense, 2010.
- Benjamín, A. “Derecho del consumidor”. En *Defensa de los consumidores de productos y servicios* 56-64, dirigido por G. Stiglitz. Buenos Aires: La Rocca, 1994.
- Botero, R. L. G. *Qué se puede hacer y qué no en publicidad*. Medellín: Hombre Nuevo Editores e Instituto de Artes, 2004.
- Bourgoignie, T. “El derecho comunitario del consumo. Experiencias y perspectivas de la Europa”, *Rev. J.A.* II (1993): 85.
- Bullard, A. *Ensayos sobre protección al consumidor en Perú*. Perú: Universidad del Pacifico, 2011.
- Castañeda Muñoz, J. M. “Historia breve de la evolución de la protección a los consumidores en la CEE” *Cuadernos de Estudios Empresariales*, (1992): 195-205. https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahukewjti7uuyk_xahwm2ymkhd5bbyuqfgkmaa&url=https%3a%2f%2frevistas.ucm.es%2findex.php%2fcese%2farticle%2fdownload%2fcese9292110195a%2f11190&usg=aovvaw1ol25vqv0wsf3wot5v4who
- Cerdá Sanjuan, R. *Manual de publicidad*. Colección Publicaciones GMC. Onteniente, España: Gestión y Mecanizaciones Contables SL, 2000.
- Chacón Araya, Y. “Una revisión crítica del concepto de creatividad”, *Actualidades Investigativas en Educación* 5, n.º 1 (2005): 2-30.
- Código Civil Colombiano*. Bogotá: Legis, 1887.
- Código de Comercio*. Bogotá: Legis, 1971.

- Congreso de Colombia. *Ley 1480 de 2011 por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor*. Bogotá: Diario Oficial 48.220 de octubre 12 de 2011.
- Congreso de Colombia. *Ley 45 de 1990 por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera*. Bogotá: Diario Oficial 39.607 de diciembre 19 de 1990.
- Congreso de la República. *Ley 472 de 1998 por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 43.357 de agosto 6 de 1998.
- Consejo de Estado de Colombia. *Expediente No. 2012-00607-01*. Sección Primera, 24 de septiembre de 2015. MP María Elizabeth García González.
- Consejo Económico y Social de la ONU. *Resolución 1981/62, directrices para la protección al consumidor*: 23 de julio de 1981. http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic906.htm
- Constitución Política de Colombia*. Bogotá, 1991.
- Corbalán Berná, J. “¿De qué se habla cuando hablamos de creatividad?”, *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, n.º 35 (2008): 11-21.
- Corbalán, J., F. Martínez y D. Donolo. *Manual Test CREA. Inteligencia creativa. Una medida cognitiva de la creatividad*. Madrid: TEA Ediciones, 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C- 592*. Bogotá: 25 de julio de 2012. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Suprema de Justicia. *Sentencia Expediente No. 5716*. Sala de Casación Civil y agraria, 4 de abril de 2001. MP: Jorge Antonio Castillo Rugeles.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. 22ª edición.
- Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2000.
- Farfán, E. “Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa”. *Estudios de Derecho LXV*, n.º 145 (2008): 220.
- García Sais, F. “Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores”. *Revista de Derecho Privado, Nueva Época III*, n.º 9-10 (2004): 37-42.
- Granados, J. “Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor: una aplicación del principio de buena fe a la totalidad de las relaciones contractuales”. *Revista Emercatoria* s. d.
- Ibáñez, J. E. “Los derechos de los consumidores y usuarios, fundamentos constitucionales y desarrollo legal”. En *Política y derecho del consumo* s. d. Bogotá: El Navegante Editores, 1998.
- Jaeckel Kovacs, J. “Publicidad engañosa y publicidad comparativa”. *Revista Foro del Jurista, Derecho de los Mercados 24*, N.º 198 s. d. <http://www.redalyc.org/pdf/720/72001313.pdf>

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

- Jiménez Marín, G., D. Polanco Serrano y J. Jódar Marín. “Innovación tecnológica y creatividad. Los nuevos soportes publicitarios en el marco de la era digital”. En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* 47-54, editado por María Luisa Pinar. Madrid: Universidad Complutense, 2010.
- Kant, I. *La paz perpetua*, 6ta ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- Kelsen, H. *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Ariel, 2005.
- López Camargo, J. “Derechos del consumidor: Consagración constitucional en América Latina”, *Emercatoria* 2, n.º 2 (2003): 2-40.
- Lorenzetti, R. *Defensa del consumidor*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1994.
- Madriñán, R. “Cambios en la tramoya: transformaciones en los contornos del Estatuto de Protección al Consumidor”. *Estudios Socio-Jurídicos* 9, n.º 1 (2007): 71-95.
- Monreal, C. A. “*Qué es*” la creatividad. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2000.
- Monsalve, V. *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información: una perspectiva europea*. Bogotá: Vniversitas, 2008.
- Monsalve, V. *La responsabilidad precontractual por violación de la obligación de información en la nueva ley de protección al consumidor*. Bogotá: Vniversitas, 2012.
- Morgenstein, W. I. “El concepto de información en el Estatuto del Consumidor colombiano. Un estudio jurídico de la institución en la Ley 1480 de 2011”. *Estudios Socio-Jurídicos* 17, n.º 1 (2015): 195-217.
- ONU. *Informe del Secretario General a la Comisión Sobre el Desarrollo Sostenible del Consejo Económico y Social de la ONU*. Washington: 19 de febrero de 1998.
- ONU. *Resolución 32-248 de la Asamblea General*. Washington: ONU, 1985 <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/39/248&Lang=S>
- Ossa Gómez, D. “Protección, garantías y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 40, n.º 112 (2012): 203-239. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/1036/934>.
- Ovalle, José. *Derechos del consumidor*. México: Circuito Maestro Mario de la Cueva, 2000.
- Piris, C. R. *Evolución de los derechos del consumidor*. Corrientes, Argentina: Universidad Nacional del Nordeste, s. f. http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf.
- Presidencia de la República. *Decreto 2152 de 1992 por el cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico*. Bogotá: Diario Oficial 40.704 de diciembre 31 de 1992.
- Presidencia de la República. *Decreto 2269 de 1993 por el cual se organiza el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología*. Bogotá: Diario Oficial 41.110 de noviembre 16 de 1993.

- Presidencia de la República. *Decreto 1441 de 1982 por el cual se regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores*. Bogotá: Diario Oficial 36.024 de junio 11 de 1982.
- Presidencia de la República. *Decreto 2153 de 1992 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio*. Bogotá: Diario Oficial 40.704 de diciembre 31 de 1992.
- Ramos Fernández, F. “La publicidad en España como elemento de marketing: límites”. *Revista Universidad Complutense de Madrid* s. d.
- Rivero, J. M. *¿Quo Vadis Derecho del Consumidor?* Medellín: Diké, 1997.
- Rodríguez, V. “¿Cuál es el límite de la publicidad engañosa?” *El Economista*, septiembre 17 de 2006.
- Rodríguez, Jaime. *Derechos de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*. La Coruña: Netbiblo S.L., 2008. http://www.cortsvalecianas.es/opaccgi/basis/tlpcv/v/www/cat3/edw?w%3dmaterias1+ph+like+%27integracion+europea%27+and+tipo_de_material%3d%27monografia%27+order+by+primer_autor/a&m%3d1.
- Saavedra, C. “El deber de información al consumidor financiero: caso de los deudores de créditos hipotecarios en la crisis del 2008”. *Emercatoria* s. d. <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen11/html2/145.html>.
- Sabaté López, J., J. Solanas García y C. Martorell Castellano. “De jumbo a internet: ¿no será que no hay nada tan nuevo en creatividad y en publicidad?”. En *Creatividad publicitaria y nuevas formas de comunicación* 87, editado por María Luisa Pinar. Madrid: Universidad Complutense, 2010.
- Sandoval, F. “Publicidad engañosa”. *Revista Universidad de Chile*, n.º 230 (2005): 45.
- Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*, 2da. ed. Madrid: Civitas, 1989.
- Santamaría, C. “La publicidad como voluntad de representación”, *Revista Política y Sociedad*, 39 n.º 1 (2002): 35.
- Stiglitz, G. y R. Stiglitz. *Derechos y defensas de los consumidores*. Barcelona: Ediciones La Rocca, 1994.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). *Resolución 17532*. Bogotá: Diario Oficial s. d. 26 de marzo de 2010.
- Tomillo, J. *Expertos analizan el Estatuto del Consumidor*. Santander, España: Universidad de Cantabria, s. d. <http://www.uninorte.edu.co/web/grupo-prensa/noticia?articleId=636638&groupId=73923>.
- Trigo Aza E. y S. De La Piñera. *Creatividad y motricidad*. Barcelona: INDE Publicaciones, 1999. <http://pdf-directory.org/ebook.php?id=W2iGAGszy2IC>
- Truscillo, P. M. “Evolucion y actualidad del derecho del consumidor en Argentina y el MERCOSUR”, *Ratio Iuris Revista de Derecho Privado* vol. 1, no. 2 (2013): 164-191.

•La publicidad engañosa: estudios críticos•

Villalba, J. *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*. Bogotá: Vniversitas, 2009.

Wajntraub, J. H. “La noción de consumidor tras la reforma de la Ley 24240”. En *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor 155*, coordinado por R. Vázquez Ferreyra. Buenos Aires: s. d. 2008.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en diciembre de 2017, impreso en papel propalibros de 75 g, en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

PROPIEDAD INTELECTUAL,
NUEVAS TECNOLOGÍAS Y
DERECHO DEL CONSUMO.
REFLEXIONES DESDE
EL MODERNO DERECHO
PRIVADO



Esta obra es un esfuerzo investigativo de la Universidad Católica de Colombia que busca ilustrar al lector acerca de la importancia de la propiedad intelectual vista desde la perspectiva del derecho de bienes. Así el libro recopila una serie de capítulos de investigación, que desde una perspectiva de derecho comparado reflexionan sobre la importancia de la protección jurídica de los mismos, ilustrada a partir de la normatividad aplicable y de la interpretación que han dado los jueces a la misma. Del mismo modo, se explora cómo operan las normas de consumo en cuanto a la publicidad de estos bienes intangibles.

El primer capítulo aborda la protección jurídica de los llamados secretos industriales en el marco del derecho de bienes y su relación con el derecho de la competencia desleal. El segundo hace referencia a la protección de los desarrolladores de software en lo que tiene que ver con el derecho de autor, señalando los sujetos y el objeto de protección de dichas obras. El tercero fija una serie de pautas para la identificación de la figura del plagio de obras musicales, como una forma de protección de las mismas en su rol de bienes intangibles. Para esto se hace una explicación de las normas aplicables y se exploran algunos casos de derecho internacional que han estudiado esta problemática. Finalmente, el último capítulo hace referencia a los límites de la publicidad engañosa y la genialidad creativa a la luz de las tendencias contemporáneas en derecho de consumo.

