

Desde hace algunos años, la patentabilidad de los programas de ordenador (programas de software) en Europa ha sido una cuestión muy controvertida, y en la que se contraponen intereses de índole económica, política y social, los cuales juegan un papel importante en el desarrollo y protección jurídica de dichos programas.

Antes de continuar, es importante clarificar lo que es un programa de ordenador o software. El software son aquellas instrucciones que, expresadas en un "lenguaje entendido por los ordenadores", permiten el funcionamiento de un ordenador. Existen diversos tipos de software, de acuerdo a la clase de instrucciones que contienen, por ejemplo:

- Sistemas operativos (Windows o Linux);
- Software de uso general y cotidiano (navegadores de Internet, procesadores de texto, hojas de cálculo);
- Software especializado (programas de diseño asistido, programas para estadísticos, programas para contables).

Marco Jurídico

En el ámbito internacional, la protección de las invenciones se encuentra regulada por el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el cual establece que se podrá obtener una patente para toda invención, de producto o procedimiento, en cualquier campo tecnológico, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de *novedad*, *actividad inventiva* y *aplicabilidad industrial* (Art. 27 ADPIC, idéntica premisa a la contenida en el Art. 4 Ley Española de Patentes y Modelos de Utilidad).

Por lo tanto, los programas de ordenador no están excluidos a priori de las invenciones que pueden ser objeto de una patente.

Sin embargo, los primeros escollos para patentar los programas de ordenador las encontramos en: 1) *Convenio sobre la Patente Europea (Art. 52-2c)*, el cual considera expresamente que los programas de

ordenador no deben considerarse invenciones y, por ende, no pueden ser protegidos como patente; 2) *Ley Española de Patentes y Modelos de Utilidad (Art. 4-4c)*, que no considera como invención a los programas de ordenador; 3) *Directiva 91/250/CEE sobre la protección jurídica de los programas de ordenador (Art.1)*, que señala que los programas de ordenador deben protegerse a través de los Derechos de Autor.

De los ordenamientos legales mencionados, resulta evidente que los programas de ordenador no pueden ser patentables. No obstante, sólo se excluyen los programas de ordenador "como tales", por lo que, si el software está incorporado a una maquina o proceso que sí cumple con los requisitos de patentabilidad, el resultado sí sería patentable.

En la actualidad existe una fuerte presión, principalmente de parte de las empresas de software para lograr que los programas de ordenador sean patentables, pues consideran que los esfuerzos invertidos, personales y económicos, para el desarrollo de dichos programas merecen una mayor protección que la otorgada por las leyes de derechos de autor.

Patente vs. Derechos de Autor

La protección de los programas de ordenador mediante los derechos de autor se debe al hecho de que dichos programas se parecen más a una creación intelectual que a una invención de carácter técnico. La ventaja principal de que se protejan vía derechos de autor es su *flexibilidad*; no se requiere registro alguno, no hay formalidades que cumplir, son protegidos desde el momento mismo de su creación y, sobre todo, no requieren de un proceso largo y oneroso para protegerse.

Sin embargo, esta protección resulta insuficiente, imperfecta, y fácilmente quebrantable. En efecto, un programa de ordenador que sea muy similar al de un competidor no se considerará como plagio si el autor demostrará que su creación es independiente. Por el contrario, en el derecho de patentes, no es necesario copiar para infringir el derecho en exclusiva.

notitya

Como resultado de las recientes decisiones de la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes (OEP), los programas de ordenador en sí mismos pueden, de hecho, ser objeto de una patente cuando posean “*carácter técnico*”.

A fin de precisar cuando un programa de ordenador tiene carácter técnico, la OEP estableció que un programa de ordenador, por el único hecho de serlo no produce necesariamente efectos técnicos. Por tanto, la simple interacción entre un programa y un ordenador, es decir, los cambios eléctricos internos producidos en el ordenador por la ejecución de un programa, no son suficientes para dotarlos de carácter técnico. Los cambios de estado eléctrico de los componentes del ordenador son simplemente una consecuencia producida por la ejecución de cualquier programa.

En este sentido, los programas de ordenador, cuando constituyen un medio o los medios para resolver un problema técnico se pueden considerar una invención y son patentables, siempre que se cumplan los requisitos de patentabilidad.

Propuesta de una Directiva sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador

En marzo de 1998, el Consejo Europeo señaló que la situación en Europa no era favorable para las empresas europeas en comparación con la situación en los Estados Unidos y en Japón. En virtud de ello, la Comisión Europea presentó, en febrero de 2002, una propuesta de Directiva sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador para armonizar el marco legal de las patentes en todos los Estados Miembros.

En dicha directiva, la Comisión señala expresamente que:

- una “*invención implementada en ordenador*” es toda invención implementada en un ordenador o aparato similar que se realice mediante la ejecución de un programa informático.

- para que una invención implementada en ordenador sea patentable, debe constituir una *contribución técnica* al estado de la técnica, es decir, una contribución al estado de la técnica en un campo tecnológico que no sea evidente para un experto en la materia.

La propuesta es, sin duda alguna, un buen apoyo para la futura patentabilidad de los programas de software.

Asimismo, el Parlamento Europeo acordó que era necesaria una Directiva en ese campo con el fin de garantizar la seguridad jurídica y aclarar la posición legal de los programas de software, pero atendiendo igualmente a no dejar la puerta abierta a los abusos, en clara referencia a las patentes de software como tal y a los métodos de hacer negocios.

Por ello, el Parlamento estableció que para determinar si una invención implementada en ordenador concreta supone una contribución técnica, dependerá de si surge un nuevo método que implique una relación causa-efecto en la utilización de fuerzas controlables de la naturaleza y si esta invención posee aplicabilidad industrial, en el sentido estricto de la expresión, tanto en términos de método como de resultado.

El Parlamento resaltó dos situaciones en las que el software no es patentable:

1. cuando los programas de ordenador no produzcan ningún efecto técnico más allá de la interacción física normal "software-hardware"; y
2. cuando los programas de ordenador simplemente mejoren el uso de los recursos en el sistema de procesamiento de datos.

A fecha de hoy, la adopción de esta nueva Directiva está todavía pendiente y su aprobación resulta aún muy controvertida.