

Jose María Lancho, abogado, contesta a las dudas legales de los lectores.

LINUX LEGAL

■ Parece que en Europa se ha conseguido por fin controlar la amenaza de las patentes de software, las instituciones europeas no las han aprobado y hay pocos pleitos por patentes sobre programas de ordenador en el entorno europeo ¿Por qué tanto miedo todavía en Europa a este tipo de propiedad industrial?

¿Sabían nuestros políticos por qué el mercado farmacéutico español es el séptimo mayor del mundo? Básicamente porque se gestó como consecuencia de un sistema de patentes que era relativamente débil y donde la patente del producto en ese ámbito, no era posible. Esto era así por cuestiones éticas y de política económica, sencillamente un país pobre no podía pagar a las multinacionales farmacéuticas lo que éstas querían cobrar por los medicamentos y mantener una sanidad pública mínimamente operativa. La solución española obligó a pactar a las multinacionales con la industria local y aquellos términos justos permitieron el nacimiento (y la supervivencia) de una industria española de investigación y desarrollo en ese ámbito.

Es necesario dejar claro que la fundamentación de las patentes es básicamente ideológica y de política económica y, por tanto, es escasamente jurídica.

La mediocridad bien pagada de muchos políticos ha generalizado la máxima de que un sistema de patentes homogéneo es válido para amplias regiones económicas, sin embargo, las patentes aplicadas de forma indiscriminada en determinados sectores pueden ahogar industrias emergentes en países enteros y perpetuar las brechas tecnológicas, impidiendo la respuesta de los mercados tecnológicos cautivos que, en otras circunstancias, podrían desarrollar una industria que los autoabasteciera o compensara su situación de cautividad tecnológica.

Esa visión que existió en el campo farmacéutico, falta ahora en el ámbito del software, y aunque en el ámbito de los programas de ordenador existen portafolios de patentes extensísimos, no se han intentado utilizar, ni mucho menos, de forma amplia en los juzgados europeos. Las multinacionales han sido prudentes y saben esperar. Están esperando. Y los tribunales europeos tienen poca experiencia todavía en las técnicas de control de

mercados con base en las patentes; estrategias como el Blanketing, consistente en crear lo que viene a suponer una jungla o campo minado con patentes sobre cada etapa del procedimiento de fabricación o desarrollo; el Flooding, que consiste en solicitar patentes mayores y menores; el Fencing que consiste en el bloqueo de líneas de investigación por medio de la solicitud de patentes estratégicas; el Surrounding o patentes secundarias alrededor de una patente central. ¿Se imaginan a la industria local del software europea navegando entre esos “patent thickets” (“maraña de patentes”), buscando amparo en el ámbito del derecho de la competencia y aceptando, con el único fin de comercializar tecnología nueva, obtener licencias de múltiples titulares y sometiendo a sistemas de cooperación impuestos (incluyendo el licenciamiento cruzado) en perjuicio de su capacidad innovativa y de competir? Esto supondría años de retraso y cantidades ingentes de dinero dirigidas a servicios legales, seguros e indemnizaciones a multinacionales.

Y no obstante, cada vez estamos más cerca en Europa. El pasado 22 de abril de 2010, el Tribunal Supremo alemán dictó sentencia en el asunto Xa ZB 20/08 relacionado con la solicitud de patente alemana DE10232674 que presentó Siemens AG el 18 de julio de 2002. Básicamente, un esquema para un procesamiento de información para generar documentos estructurados en equipos host con recursos limitados. La sentencia ha dejado claro que “este proceso como un programa para los sistemas de procesamiento de la información no está excluido de la protección de patentes si resuelve un problema técnico específico por medios técnicos”. El fallo añade que “un proceso relacionado con la interacción de los elementos de un sistema de procesamiento de la información es siempre de carácter técnico”. Y la mecánica del subterfugio está servida, por medios técnicos en un sistema informático no se refiere al software (!), cuyo patentamiento en Europa está prohibido, sino a la “interacción de elementos”, esto es: un conjunto de ordenadores en red que producen “un determinado tipo de procesamiento”; con lo que el software como componente

principal se desvanece en esa “solución técnica patentable”. Nada nuevo si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo Alemán en varias ocasiones ha insistido en que la mejora del rendimiento de un sistema informático es un problema técnico, y el software es una solución técnica reivindicable por patente si se refiere a la capacidad operativa de un sistema informático, como tal, y permite una cooperación directa de los elementos del mismo.

En Estados Unidos, el estado de la cuestión es mucho más crítico al abuso de estas patentes que hace unos años. Sin embargo, el 28 de junio de 2010, El Tribunal Supremo resolvió el denominado caso Bilski, del que ya hemos hablado, y que venía a cuestionar las bases de las patentes de hacer negocio en ese país. La patente de Bilski venía a reivindicar un método de cobertura de los riesgos en el comercio de productos básicos. El Tribunal Supremo no dio la razón a Bilski, cuya patente venía a reivindicar sólo ideas abstractas, pero evidentemente, no ha prohibido este tipo de patentes relativas a métodos de hacer negocios. El problema de Bilski fue cómo redactó su patente, la culpa fue de su agente de patentes que podía haber vinculado el proceso de Bilski siquiera a un ordenador. Al fin y al cabo, todos sabemos que los algoritmos se siguen patentando. Aunque un algoritmo como tal es difícil de patentar, un especialista en patentes te lo expresa fácilmente como una máquina que hace cosas. De hecho, lo habitual solía ser pensar directamente en términos de máquina en lugar de algoritmo (o incluso fórmulas matemáticas). Porque, efectivamente, muchos algoritmos se pueden expresar completamente de forma matemática, y las matemáticas no son patentables. Como dice mi amigo Alfonso Fernández, durante el día ingeniero que ha batido muchos records en número de patentes de software obtenidas y por la noche un hacker linuxero de leyenda “Lo de las patentes de algoritmos es una discusión clásica, ese mismo debate lo teníamos en el laboratorio hace 20 años, y la respuesta es la misma”.

Querido lector, hay cosas que nunca cambian. ■