

El problema del plagio de obras de arquitectura

The problem of plagiarism of architecture works

Natalia TOBÓN FRANCO

Abogada por la Universidad de los Andes (Bogotá, D.C.).
Magíster en Propiedad Intelectual, Comercio y Tecnología por el Franklin Pierce Law Center (New Hampshire).
Autora de los libros *Marketing jurídico*, *Derecho de autor y libertad de expresión*, *Derecho de autor para creativos*, *Derecho del entretenimiento para adultos*, *Arquitectura y propiedad intelectual*, y *Secretos empresariales: concepto y protección*, entre otros. www.nataliatobon.com.

Resumen

Es difícil determinar si hay plagio entre dos obras de arquitectura porque en ningún país existe un criterio legal o jurisprudencial que señale de manera clara y definitiva los lineamientos que hay que seguir para hacer la comparación entre las dos obras. Se ha intentado todo tipo de test: el de la similitud sustancial a la luz de lo que piensa una persona razonable, el de la similitud sustancial según un experto, el examen del *concept and feel*, *tone and mood*, y el test de la abstracción, en el que se extraen los lugares comunes para hacer el cotejo —en una obra arquitectónica serían los espacios para que el aire fluya, techos en forma de V invertida, construcciones para cumplir las reglamentaciones locales y zonales, etc.—. No es un tema de poca importancia, este ensayo es un intento de revisar las posibilidades.

PALABRAS CLAVE: PLAGIO - OBRAS ARQUITECTÓNICAS -DERECHO DE AUTOR - OBRAS DE ARQUITECTURA - ARQUITECTURA

Abstract

It is difficult to determine if there is plagiarism between two works of architecture because there is no criterion, neither legal nor jurisprudential, in any country, that clearly and definitively indicates the guidelines that must be followed to make the comparison between the two works. All kinds of tests have been tried: that of substantial similarity in light of what a reasonable person thinks, that of substantial similarity according to one expert, the examination of concept and feel, tone and mood and the test of abstraction where Common places - which in an architectural work would be the spaces for air to flow, inverted V-shaped ceilings, the constructions to comply with local and zonal regulations, among others - are extracted to make the comparison. The subject is not peaceful and this essay is an attempt to review the possibilities.

KEYWORDS: PLAGIARISM - ARCHITECTURAL WORKS -COPYRIGHT - ARCHITECTURE

Sumario: I. Introducción. II. Algunas obras arquitectónicas gozan del derecho de autor. III. El difícil problema de la originalidad de la obra de arquitectura. IV. Plagio de obra arquitectónica.

I. INTRODUCCIÓN

Para saber si hay plagio entre dos obras arquitectónicas no basta con aplicar de manera objetiva los exámenes de comparación que se utilizan con las obras artísticas o literarias —*test Hand*, similitud substancial o *concept and feel*, entre otros— sino que es necesario adoptar una posición general ante la propiedad intelectual. Si la persona que resuelve si hay plagio está convencida de que es necesario proteger la propiedad sobre los intangibles a toda costa, entonces será muy estricta en su análisis y seguramente encontrará similitudes a la luz de algún test. Al contrario, si la persona que decide si hay plagio considera que la propiedad intelectual

tual es una ficción legal temporal que debe ser limitada, quizá sea más ligera en la comparación y estime que la mayoría de las similitudes entre las dos obras provienen de una copia de la idea y no de la expresión, o que las similitudes se predicen de elementos que no son originales y, por tanto, no se pueden proteger mediante el derecho de autor.

Tratándose de obras de arquitectura, antes de verificar si hay plagio, hay que determinar si la creación que es objeto de análisis goza de la protección del derecho de autor, figura que solamente cubre a las creaciones originales, algo que difícilmente ocurre en este tipo de obras si tenemos en cuenta que su diseño y su estructura tienen que respetar las leyes de la física y los requisitos urbanísticos.

II. ALGUNAS OBRAS ARQUITECTÓNICAS GOZAN DEL DERECHO DE AUTOR

En la mayoría de los países se reconoce que el derecho de autor protege los proyectos, diseños, croquis, planos,¹ *renders* y maquetas elaborados para construir una edificación así como la edificación misma, si cumplen con los requisitos establecidos en las leyes, que generalmente consisten en que se trate de una creación intelectual original que sea tangible, es decir, “que pueda ser percibida, reproducida y contemplada”.²

De hecho, el artículo segundo del Convenio de Berna, que es la columna vertebral del derecho de autor, señala expresamente que las “ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas referentes a la

¹ Un plano es «la representación gráfica de un objeto que va a construirse de forma tridimensional, por ejemplo, los planos de edificios, jardines, maquinas, etc». Ver OMPI, «Glosario de términos de derecho de autor y derechos conexos», Ginebra: WIPO, 1980, p. 193 [en línea], <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_816.pdf> [[Consulta: 15/07/2020].

² ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, *Arquitectura y derecho de autor*, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid: Editorial Reus, 2005, p. 55, citado en DIRECCIÓN NACIONAL DERECHOS DE AUTOR DE COLOMBIA, Informe de Relatoría N.º 29, referencia 1-2018-38570, proceso por competencia desleal de fecha 13/08/2019. Carlos Andrés Granada Garcés (demandante) c. Vidplex Universal S.A. (demandado).

geografía, a la arquitectura o las ciencias” están amparados por las normas de propiedad intelectual.³

Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que administra el Convenio de Berna, define una obra de arquitectura como

Una creación en el sector del arte relativo a la construcción de edificios. Se entiende normalmente que esas creaciones comprenden los dibujos, croquis, modelos, así como el edificio o estructura arquitectónica completos. Las obras de arquitectura originales están protegidas por derecho de autor en la mayoría de los países, con ciertas limitaciones o disposiciones especiales.⁴

Una obra arquitectónica puede ser un plano, un proyecto, un diseño, una maqueta preliminar o una obra ya construida.⁵ Se habla de obras arquitectónicas bidimensionales como los dibujos, cuadros, grabados, litografías, croquis, planos,⁶ esbozos, muestras, anteproyectos,

³ El artículo 2 numeral 1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas establece que «los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como [...] las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias».

⁴ OMPI, «Glosario de términos de derecho de autor y derechos conexos», Ginebra: WIPO, 1980, p. 10 [en línea], <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_816.pdf> [Consulta: 15/07/2020].

⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas», numeral 11 [en línea], <<https://docplayer.es/92893076-Los-derechos-de-propiedad-intelectual-sobre-las-obras-arquitectonicas-rodrigo-bercovitz-rodriguez-cano.html>> [Consulta: 02/03/2020].

⁶ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR DE COLOMBIA, «Normatividad y jurisprudencia: Consulta de conceptos jurídicos: Obra Arquitectónica: 1-2013-44888.pdf», DND A [en línea], <https://registroenlinea.gov.co/Intrane1/desarrollo/conceptosweb/arch_conceptos/1-2013-44888.pdf> [Consulta: 15/06/2020]. En otro concepto, la misma entidad señaló: «Así, los planos arquitectónicos pueden ser asimilados a modelos o croquis y gozan en consecuencia, de los derechos morales y patrimoniales que la legislación autoral confiere a los creadores», en DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR DE COLOMBIA, «Normatividad y jurisprudencia: Consulta de conceptos jurídicos: Obra Arquitectónica: 1-2009-28551.pdf» DND A [en línea], <https://registroenlinea.gov.co/Intrane1/desarrollo/conceptosweb/arch_conceptos/1-2009-28551.pdf> [Consulta: 15/06/2020].

proyectos, maquetas y modelos relacionados con la construcción de un edificio, y de obras arquitectónicas tridimensionales⁷ como un edificio, una escultura o una estatua.

Los aspectos interiores de las construcciones, como las escaleras, cubiertas, techos y tejados, también están protegidos por el derecho de autor. En Alemania, por ejemplo, la jurisprudencia ha reconocido que el interior de una iglesia, el techo del piso inferior de la Estación Central de Berlín y los decorados arquitectónicos que se pudieren realizar para la grabación de una película u obra de teatro gozan de tal protección.⁸ En estos últimos se ha discutido si el guion de la obra constituye una limitante para la creatividad y se ha concluido que el mismo «únicamente otorga una idea general que debe ser materializada y desarrollada a partir de las capacidades y la imaginación del autor».⁹

Habría que advertir, sin embargo, que el derecho de autor no protege, bajo ningún concepto, los métodos arquitectónicos ni los procedimientos puramente técnicos que sirven para la creación de las obras, porque el artículo 9 numeral 2 del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) los excluye expresamente.¹⁰

Algunos ejemplos de obras protegidas por el derecho de autor son «el Templo de la Sagrada Familia ubicado en Barcelona (España), obra maestra del arquitecto Gaudí, así como la Casa de Cristal (Glass House), ubicada en New Canaan, Connecticut (Estados Unidos de

⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), Ginebra: OMPI, 1978 [en línea], <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf> citada también en Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-871/10 (demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 43 (parcial) de la Ley 23 de 1982), expediente D-8103 de fecha 4/11/2010. José Miguel Ceballos Delgado (accionante) [en línea], <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-871-10.htm>>[Consulta: 15/06/2020].

⁸ RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara, *Las obras del espíritu y su originalidad*, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid: Editorial Reus, 2012, p. 184.

⁹ *Ibid.*, p. 185.

¹⁰ Art. 9, num. 2, ADPIC: «La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí».

Norteamérica), obra del arquitecto Philip Johnson; y el Edificio Interbank ubicado en Lima (Perú), obra del arquitecto austriaco Hans Hollein». ¹¹

En Estados Unidos de América, para determinar si una obra de arquitectura está protegida por el derecho de autor se aplica el test que prevé la Architectural Works Protection Act (AWPA) que establece las siguientes preguntas: ¹²

- ¿La obra tiene elementos originales de diseño?
- ¿Los elementos originales de diseño tienen una función útil?

Si la obra tiene elementos originales de diseño que no tienen ninguna función útil o utilidad práctica, entonces la obra arquitectónica goza de la protección del derecho de autor. Al contrario, si se trata de elementos cuyo diseño obedece única y estrictamente a su función, entonces no se puede hablar de derecho de autor, aunque exista la posibilidad de protegerlos mediante otras figuras de la propiedad intelectual si cumplen los requisitos.

Con esas premisas en mente, los jueces estadounidenses han decidido que las siguientes edificaciones están excluidas de la protección del derecho de autor: ¹³

- las casetas de campaña y los hogares rodantes;
- las carreteras junto con sus intersecciones y cruces, puentes, represas, aceras y botes, entre otros;
- las ventanas, puertas, equipos de baño y cocinas miradas de manera aislada, pues tienen una función netamente utilitaria.

¹¹ INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI) de Perú, «Guía de Derecho de autor para arquitectos», Lima: INDECOPI, p. 8 [en línea], <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/GDA_arquitectos.pdf> [Consulta: 12/05/2020].

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

En España, las cortes definen la originalidad de una obra de arquitectura a partir de dos elementos: «el subjetivo, que exige que la obra refleje la personalidad del autor, y el objetivo, que implica que la obra no incorpore aquello que por ser propio del acervo cultural común está al alcance de todos, de modo que esa exigencia de originalidad requiere un mínimo nivel de singularidad y de novedad o de altura creativa suficiente».¹⁴

En un proceso reciente, el Tribunal Supremo de España sostuvo que el derecho de autor solo se puede predicar de una obra de arquitectura si esta tiene «altura creativa» y la «singularidad» que permita diferenciar una obra de otras preexistentes.¹⁵

El caso que dio origen a este pronunciamiento envolvía el diseño de un hotel de Barcelona que inicialmente no se pudo construir porque las autoridades negaron la licencia. La constructora contrató a otros arquitectos que al final llevaron a cabo la obra teniendo en cuenta algunos planos originales, pero con modificaciones. El autor de la propuesta inicial demandó y el alto tribunal sostuvo que no había plagio pues

Ni todo proyecto arquitectónico está dotado *per se* de creatividad, ni el hecho de que el edificio sea de mayor o menor tamaño, o esté destinado a hotel, presupone esa creatividad. No todo proyecto arquitectónico ni toda edificación es una obra original, protegida por la propiedad intelectual.¹⁶

Aquellos arquitectos «que hayan realizado las aportaciones al proyecto arquitectónico dotadas de originalidad serán considerados autores protegidos por la normativa sobre propiedad intelectual, y aquellos que hayan elaborado las partes carentes de originalidad no gozarán de

¹⁴ Audiencia Provincial sección No. 1 de Lugo (España), sentencia civil No. 404/2016, recurso No. 308/2016, ECLI: ES:APLU:2016:643, de fecha 14/10/2016 [en línea], <<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3e43d4b12dbe8862/20161110>> [Consulta: 15/06/2020].

¹⁵ Tribunal Supremo de España, sentencia civil No. 1644/2017, recurso No. 2012/2014, ECLI: ES:TS:2017:1644, de fecha 26/04/2017 [en línea], <<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a95395d6789f5037/20170509>> [Consulta: 15/06/2020].

¹⁶ *Ibid.*

tal consideración y protección, sin perjuicio de los derechos de naturaleza contractual que resulten del encargo recibido y del trabajo realizado para cumplirlo». ¹⁷

Mientras que en España la originalidad de la obra de arquitectura que da pie a la protección del derecho de autor se asimila a singularidad y altura creativa, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia estima que originalidad es sinónimo de novedad e individualidad:

Lo esencial para la caracterización del plagio es que haya apropiación de las manifestaciones originales y novedosas, entendidas como resultado de la actividad del espíritu, que evidencian individualidad y creación, sin perder de vista que las identidades en muchas ocasiones pueden ser fruto del azar, del desenvolvimiento de una misma idea dentro de un mismo marco social. ¹⁸

III. EL DIFÍCIL PROBLEMA DE LA ORIGINALIDAD DE LA OBRA DE ARQUITECTURA

Como decíamos arriba, la originalidad es un requisito *sine qua non* para la protección autoral. ¹⁹ De manera sencilla, puede decirse que la «originalidad aparece en aquellas creaciones del arte de la construcción cuya forma difiere de las obras cotidianas o habituales». ²⁰ Esto significa que la originalidad en la arquitectura solamente aparece cuando el autor imprime su sello personal a la obra —individualidad, altura creativa o novedad— sin dejarse llevar por limitaciones como el presupuesto o las reglamentaciones locales y zonales de construcción.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ EMERY, Miguel A. «Propiedad Intelectual», Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 284, en Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Penal, casación No. 31.403, proceso No. 31403, de fecha 28/05/2010 [en línea], <<http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/216828/Casacion+31403.pdf/4cc1fc11-7ebd-468a-bd5a-dc36c0c929ff?version=1.0>> [Consulta: 15/06/2020].

¹⁹ «El *sine qua non* del derecho de autor es que exista originalidad», Lewis A. Kaplan, Juez del Distrito en *Mannion v. Coors Brewing Co.*, 377 F.Supp.2d 444 (S.D.N.Y. 2006), p. 450.

²⁰ RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara, *Op. Cit.* p. 168.

Precisamente, para referirse a las limitaciones urbanísticas que pueden coartar la creatividad de un arquitecto o creador de este tipo de obras, podemos citar un caso que se presentó en España y en el cual el juez se refirió a la existencia de proyectos estándar o convencionales que difícilmente se pueden calificar como exclusivos o fuera de lo común:

[...] el planeamiento, la edificabilidad máxima, volumetría, número de plantas, normas de salubridad, juntamente con los intereses del promotor y vendedor respecto al tipo y número de viviendas cuya construcción encarga, teniendo en cuenta la ubicación o zona, los potenciales compradores y la demanda de los adquirentes, respecto a la preferencia por vivienda de dos, tres o cuatro dormitorios, todas estas circunstancias conducen inequívocamente al hecho de que tanto en uno como en otro proyecto objeto de este juicio, con tantos condicionantes de orden urbanísticos y de exigencias de mercado por el promotor, se desarrollasen conocimientos comunes a los técnicos en esta materia, utilizándose aplicaciones prácticas similares, tratándose en definitiva de proyectos standard o convencionales, al margen pues de un genuino y auténtico proyecto de autor con ideas exclusivas, originalísimas y fuera de lo común.²¹

En la práctica, la originalidad es una virtud que hay que buscar caso por caso, con la ayuda de los lineamientos que han sido establecidos por las autoridades. Por ejemplo, el Tribunal Andino de Justicia explica que la originalidad de una obra arquitectónica debe buscarse fuera de los elementos necesarios para darle funcionalidad al edificio —pasos obligados, espacios para que el aire fluya, techos en forma de V invertida— y fuera de los elementos que se incluyen para cumplir con las normas técnicas y urbanísticas:

²¹ Juzgado de Primer Instancia No. 12 de Sevilla, sentencia penal No. JUR 2001/102490 de 9 de octubre de 2001, reseñada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas», *Op. Cit.*, pág. 10, numeral 20.

Piénsese en una figura de un edificio elaborado con especificaciones técnicas de construcción antisísmica que se basen en elementos externos; todos los edificios que se hagan con esas especificaciones comparten ciertas características comunes. También piénsese en esquemas funcionales de construcción: pasos obligados, espacios para que el aire fluya, techos en forma de V invertida, entre otros; todas las construcciones que se hagan tendrán dichos rasgos característicos de funcionalidad. Por lo tanto, al determinar la originalidad se debe tener en cuenta estos elementos necesarios. Si el arquitecto le imprime ciertos rasgos personales, diferenciadores, que reflejen su espíritu creativo, como sería el caso de una fachada que diferencie totalmente una obra de las otras del mismo género, estaríamos ante una obra arquitectónica.²²

En Estados Unidos, el caso del edificio del *Citicorp Center* de Manhattan de 1977 ilustra una tesis similar. Uno de los aspectos más distintivos de dicha obra de arquitectura es la torre. Inicialmente se pensó que su diseño era caprichoso, pero luego se supo que el diseño de los ángulos de la torre se debía a la intención de instalar paneles. Al final, para que la obra no fuera considerada útil y se pudiera obtener la protección del derecho de autor, se omitió instalar los dichos artefactos.²³

Lo anterior evoca otro punto, y es que la originalidad no se tiene que predicar de la totalidad de la obra sino que puede encontrarse en aspectos específicos como “la composición de una fachada a base de ventanas o muros de proporciones dispares, los efectos derivados del juego de luces y sombras, la específica división y estructuración de los elementos de una fachada”.²⁴ También “en la especialidad de los elementos constructivos utilizados, en el juego de proporciones y en la

²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas», *Op. Cit.*, en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 121-IP-2013, expediente interno N° 1686-2011 de fecha 13/10/2013. David Ramos López (accionante), pág. 29.

²³ HANCKS, Gregory B. «Copyright Protection for Architectural Design: A Conceptual and Practical Criticism», 71 *Washington Law Review* 177, 1996, p. 194.

²⁴ RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara. *Op. Cit.* p. 172.

impresión que aporta el edificio en su conjunto”.²⁵ Precisamente, el autor español Bercovitz Rodríguez-Cano señala que la protección del derecho de autor puede limitarse a determinadas partes de una obra arquitectónica como cubiertas, techos, tejados, ascensores, patios, corredores y salones.²⁶

IV. PLAGIO DE OBRA ARQUITECTÓNICA

Un plagio se presenta cuando una obra de un autor es idéntica a otra ya existente, de un autor diferente, protegida por el derecho de autor.²⁷ En otras palabras, un plagio es «la apropiación indebida de la creación de otro».²⁸ Puede producirse de dos maneras: «Cuando el plagiario pura y simplemente suprime el nombre del autor verdadero sin tocar en lo absoluto el contenido de la obra; o cuando extrae partes importantes de ella para incorporarlas a la obra plagiaria. El primero de los casos se denomina imitación servil y el segundo, imitación elaborada. En ambos casos se encontrará tipificada la infracción aunque, en el último el descubrimiento del delito puede resultar una tarea ardua».²⁹

La doctrina ha expuesto diversos criterios para determinar el grado de similitud entre dos o más obras de arquitectura. Por ejemplo, ha establecido que la copia debe buscarse en las coincidencias estructurales básicas fundamentales y no en las coincidencias accesorias, añadidas o

²⁵ RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara. *Op. Cit.* p. 175.

²⁶ BERCOVITZ Germán. *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 178.

²⁷ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR DE COLOMBIA, «Normatividad y jurisprudencia: Consulta de conceptos jurídicos: Plagio: 2-2014-16301.pdf» DNDA [en línea], <https://registroenlinea.gov.co/Intrane1/Desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/2-2014-16301.pdf> [Consulta: 15/06/2020].

²⁸ GÓNZALEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid: Tecnos, 1998, p. 192.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Penal, casación No. 31.403, proceso No. 31403, de fecha 28/05/2010 [en línea], <<http://derecho.deautor.gov.co:8080/documents/10181/216828/Casacion+31403.pdf/4cc1fc11-7ebd-468a-bd5a-dc36c0c929ff?version=1.0>> [Consulta: 15/06/2020].

superpuestas, que no resulten trascendentales para la obra.³⁰ El autor español Bercovitz Rodríguez-Cano, por ejemplo, sostiene que la copia tampoco debe buscarse en las similitudes que obedezcan a limitaciones oficiales, normas urbanísticas o intereses de un promotor o vendedor específico —como la volumetría, el número de plantas, las normas de salubridad—, porque tales conceptos son genéricos.³¹

En Estados Unidos se aplican diversas pruebas o tests para determinar cuándo hay plagio. Tal vez el más antiguo es el *test Hand*.³² Sus elementos son los siguientes:

- Cada caso es diferente. El estudio para poder determinar si hay una infracción al derecho de autor debe hacerse caso por caso.
- Hay copia si la expresión de la segunda obra es igual a la primera.
- Si no hay identidad, hay que verificar si hay similitud sustancial (*substantive similarity*).
- Para determinar si hay similitud sustancial, lo primero que hay que hacer es extraer los lugares comunes —los lugares comunes no tienen protección por ser simplemente eso, lugares comunes, temas varias veces tratados—.
- Después de sustraer los lugares comunes, es necesario verificar si hay similitud sustancial en lo que queda del trabajo.
- Se compara lo que queda del trabajo. Mientras más similitudes haya, mayores posibilidades hay de que haya plagio.

Al aplicar este test a obras arquitectónicas pensaríamos que los lugares comunes son los elementos esenciales para darle funcionalidad al edificio y toda creación que se haga para dar cumplimiento a normas técnicas y de urbanismo.

³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas», *Op. Cit.*, p. 9.

³¹ *Ibid.*

³² *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930) (Estados Unidos).

Otra de las pruebas que se aplica en Estados Unidos es la conocida como el *Abstraction Test*, que consiste en dibujar una línea recta en cuyo extremo izquierdo se encuentra un resumen sencillo de la obra y, en el extremo derecho, su puesta en escena. Mientras más a la derecha, es decir, mientras más parecidos sean los detalles, más posibilidades habrá de que se configure plagio por similitud sustancial.³³

Para obras relacionadas con las bellas artes, incluidas las obras de arquitectura, otro test que se aplica en Estados Unidos es el del concepto general y sentimiento —*concept and feel, tone and mood*— que generan las obras en quien las observa. Este test fue el que se utilizó en *Shine vs. Childs*.³⁴ Todo comenzó cuando Shine era un estudiante de la maestría de Arquitectura de Yale y en la clase de Rascacielos diseñó un edificio al que llamó *Olympic Tower*.³⁵ Uno de los jurados del trabajo fue David Childs, socio de una prestante empresa de arquitectos. En el año 2003, Childs mostró públicamente su diseño de la *Freedom Tower*. Shine —el estudiante— encontró muchas similitudes entre los dos diseños, por lo que registró su trabajo en la Oficina de Derechos de Autor y demandó a Childs.

La Corte, al resolver una solicitud de juicio sumario, aplicó el test de *concept, feel, tone and mood* y encontró que ambos diseños —con su superficie

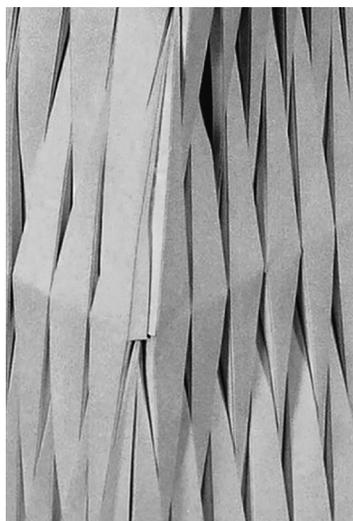


Figura 1. Detalle de la *Olympic Tower* de Shine. Fuente: BROWN, Jeffrey, *Architect Magazine*, 2007

³³ TOBÓN FRANCO, Natalia y VARELA PEZZANO, Eduardo, *Derecho de autor para creativos*, Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 2010, p. 192.

³⁴ *Thomas Shine v. David M. Childs*, 382 F.Supp.2d 602 (S.D.N.Y. 2005) (Estados Unidos).

³⁵ BROWN, Jeffrey, «Too Close for Comfort: A high-profile copyright infringement case shows how courts think about architecture» November 02, 2007, *Architect Magazine* [en línea], <https://www.architectmagazine.com/practice/too-close-for-comfort_o> [Consulta: 15/06/2020].

ondulada y forma de diamante— generaban el mismo sentimiento ante una persona del común. Sin embargo, al final no hubo sentencia, pues las partes llegaron a un acuerdo.

Luego de ese pronunciamiento, los tribunales estadounidenses aplicaron el test de la similitud substancial pero a la luz de lo que pensaría una persona promedio, sin mayores conocimientos de arquitectura, cuando está expuesta ante las obras de arquitectura enfrentadas en un proceso de plagio.³⁶ Esta posición se adoptó en el caso conocido como *Oravec*³⁷ y la Corte sostuvo que no había similitud substancial entre los dos edificios enfrentados porque cualquiera podría notar, a primera vista, que mientras una de las torres tenía cinco segmentos alternativos que corrían por todos los lados de la fachada, en la otra solo había tres segmentos que aparecían en la mitad superior del edificio y solo a un lado. Es más, la Corte indicó que no había similitud substancial entre las dos construcciones porque además en el primer edificio aparecían ascensores a la vista que por las ondulaciones de la fachada parecían funcionar de manera retorcida, mientras que los del segundo edificio se movían limpiamente por toda la superficie.

Esta tesis del «observador promedio» sostenida en *Oravec* fue desestimada posteriormente en otro caso que se presentó en ese mismo país (*Sieger Suarez Architectural Partnership, Inc. v. Arquitectonica International Corp*)³⁸ porque, en opinión del juez, «ya que



Figura 2. Detalle de la *Freedom Tower* de Childs. Fuente: BROWN, Jeffrey, *Architect Magazine*, 2007

³⁶ *Oravec v. Sunny Isles Luxury Ventures, L.C.*, 527 F.3d 1218 (11th Cir. 2008), p. 1224. (Estados Unidos).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Sieger Suarez Architectural v. Arquitectonica* 998 F. Supp. 2d 1340 (S.D. Fla. 2014) (Estados Unidos).

en arquitectura la distinción entre expresión e idea puede ser difícil, un observador promedio no debe ser es una persona común sino alguien que esté capacitado para comprender las características protegibles de una obra de arquitectura». ³⁹ La corte en *Sieger* elaboró un protocolo de cuatro puntos que hay que tener en cuenta cuando se está ante un caso de posible plagio de fachadas en obras de arquitectura:

- Comparar la idea original de cada una de las obras con su expresión, es decir, con el resultado final.
- Revisar los detalles de cada obra.
- Revisar el tratamiento de los espacios comunes y privados.
- Revisar la ubicación.

En el caso de *Seiger*, la Corte resolvió que no había plagio porque si bien ambas torres habían sido diseñadas con la idea de una flor, la expresión de esa idea resultó ser diferente en cada edificación: en un edificio, las olas de los pétalos de la fachada son oscilantes, mientras que en el otro, las olas aparecen estáticas y suaves. ⁴⁰

En otras palabras, el juez aplicó aquel principio fundamental del derecho de autor según el cual esta disciplina no protege las ideas sino solamente su expresión, es decir, las obras arquitectónicas mismas. En consecuencia, cualquiera puede tener la idea de hacer una fachada de un edificio en forma de flor si la expresión resulta diferente —ya sea el plano, el render o la construcción—. ⁴¹ Complejo, ¿no? Tal vez eso es lo que hace este tema más interesante.

³⁹ *Ibíd*, p. 1347.

⁴⁰ Ver *Sieger Suarez Architectural Partnership, Inc. v. Arquitectonica International Corp*, 998 F.Supp.2d 1356.

⁴¹ La Corte Suprema de Justicia de Colombia se había referido a este principio del derecho de autor en un caso de plagio de obra literaria en los siguientes términos: «Debe diferenciarse el plagio de la utilización libre de las ideas preexistentes, pues estas no son objeto de protección. Lo que se protege es la apropiación de la expresión formal de las mismas [...]». Ver GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1997, p. 2379, en Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Penal, casación No. 31.403, *Op. Cit.*, p. 81.



Figura 3. Fuente: JDSUPRA «What Makes a Copy-Cat a Copy-Cat? The Complex Case of Architectural Copyright», 23 de abril de 2014 [en línea], <<https://www.jdsupra.com/legalnews/what-makes-a-copy-cat-a-copy-cat-the-co-56666/>> [Consulta: 01/05/2020].

TEXTOS LEGALES

CONVENIO de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (enmendado el 28 de septiembre de 1979).

ACUERDO sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ Germán (1997): *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 178.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (s/f): «Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas» [en línea], <<https://docplayer.es/92893076-Los-derechos-de-propiedad-intelectual-sobre-las-obras-arquitectonicas-rodrigo-bercovitz-rodriguez-cano.html>> [Consulta: 02/03/2020].

- BROWN, Jeffrey (2007): «Too Close for Comfort: A high-profile copyright infringement case shows how courts think about architecture», November 02, 2007, *Architect Magazine* [en línea], <https://www.architectmagazine.com/practice/too-close-for-comfort_o> [Consulta: 15/06/2020].
- DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR DE COLOMBIA (2009): «Normatividad y jurisprudencia: Consulta de conceptos jurídicos: Obra Arquitectónica: 1-2009-28551.pdf» DNDA [en línea], <https://registroenlinea.gov.co/Intranet1/desarrollo/conceptosweb/arch_conceptos/1-2009-28551.pdf> [Consulta: 15/06/2020].
- DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR DE COLOMBIA (2013): «Normatividad y jurisprudencia: Consulta de conceptos jurídicos: Obra Arquitectónica: 1-2013-44888.pdf» DNDA [en línea], <https://registroenlinea.gov.co/Intranet1/desarrollo/conceptosweb/arch_conceptos/1-2013-44888.pdf> [Consulta: 15/06/2020].
- DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR DE COLOMBIA (2014): «Normatividad y jurisprudencia: Consulta de conceptos jurídicos: Plagio: 2-2014-16301.pdf» DNDA [en línea], <https://registroenlinea.gov.co/Intranet1/Desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/2-2014-16301.pdf> [Consulta: 15/06/2020].
- DIRECCIÓN NACIONAL DERECHOS DE AUTOR DE COLOMBIA (2019): Informe de Relatoría N° 29, referencia 1-2018-38570, proceso por competencia desleal de fecha 13/08/2019. Carlos Andrés Granada Garcés (demandante) c. Vidplex Universal S.A. (demandado).
- GÓNZALEZ GÓMEZ, Alejandro (1998): *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid: Tecnos, p. 192.
- HANCKS, GREGORY B. (1996): «Copyright Protection for Architectural Design: A Conceptual and Practical Criticism», 71 *Washington Law Review* 177, p. 194.
- OMPI (1980): «Glosario de términos de derecho de autor y derechos conexos», Ginebra: WIPO, 1980 [en línea], <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_816.pdf> [Consulta: 15/07/2020].
- RUIPÉREZ DE AZCARÁTE, Clara (2012): *Las obras del espíritu y su originalidad*, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid: Editorial Reus, pp. 168-184.
- TOBÓN FRANCO, Natalia y VARELA PEZZANO Eduardo (2010): *Derecho de autor para creativos* Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, p. 192.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Penal, casación No. 31.403, proceso No. 31403, de fecha 28/05/2010 [en línea], <<http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/216828/Casacion+31403.pdf/4cc1fc11-7ebd-468a-bd5a-dc36c0c929ff?version=1.0>> [Consulta: 15/06/2020].
- Corte Constitucional de la República de Colombia, sentencia C-871/10 (demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 43 (parcial) de la Ley 23 de 1982), expediente D-8103 de fecha 4/11/2010. José Miguel Ceballos Delgado (accionante) [en línea], <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-871-10.htm>> [Consulta: 15/06/2020].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 121-IP-2013, expediente interno N° 1686-2011 de fecha 13/10/2013. David Ramos López (accionante).
- Audiencia Provincial sección No. 1 de Lugo, sentencia civil No. 404/2016, recurso No. 308/2016, ECLI: ES:APLU:2016:643, de fecha 14/10/2016 [en línea], <<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3e43d4b12dbe8862/20161110>> [Consulta: 15/06/2020] (España).
- Tribunal Supremo, sentencia civil No. 1644/2017, recurso No. 2012/2014, ECLI: ES:TS:2017:1644, de fecha 26/04/2017 [en línea], <<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a95395d6789f5037/20170509>> [Consulta: 15/06/2020] (España).
- Sieger Suarez Architectural v. Arquitectonica* 998 F. Supp. 2d 1340 (S.D. Fla. 2014) (Estados Unidos).
- Oravec v. Sunny Isles Luxury Ventures, L.C.*, 527 F.3d 1218 (11th Cir. 2008), p. 1224 (Estados Unidos).
- Thomas Shine v. David M. Childs*, 382 F.Supp.2d 602 (S.D.N.Y. 2005) (Estados Unidos).
- Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930) (Estados Unidos).