



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 7 de julio de 2017

Proceso : 47-IP-2017
Asunto : Interpretación Prejudicial
Consultante : Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia
Expediente interno del Consultante : 11001 3199005 201534057 01
Referencia : Infracción de derechos de autor
Magistrado Ponente : Hugo Ramiro Gómez Apac

VISTOS

El Oficio C-0108 del 23 de enero de 2017, recibido vía courier el 17 de febrero de 2017, mediante el cual la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia, solicitó Interpretación Prejudicial del Literal c) del Artículo 11 y Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el Proceso Interno 11001 3199005 201534057 01; y,

El Auto del 24 de abril de 2017, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

A. ANTECEDENTES

1. Partes en el Proceso Interno

Demandante : Gabriel Calle Arango
Demandado : Centro Comercial San Diego P.H.

2. Hechos relevantes

- 2.1. En el año 2006, el Centro Comercial San Diego P.H. llegó a un acuerdo con el señor Gabriel Calle Arango (en adelante, el señor Calle) para la elaboración de un mural *“que representara las costumbres y valores de la región y gente antioqueña”*. La obra (mural) se tituló “Líder” y se ubicó en la pared del frontis del referido Centro Comercial.
- 2.2. En el año 2013, el señor Calle recomendó al Centro Comercial San Diego P.H. una restauración de la obra antes referida debido al deterioro por el transcurso del tiempo —asumiendo él los costos—. La Junta Directiva de dicho Centro Comercial rechazó la recomendación.
- 2.3. En el segundo semestre del año 2013, el Centro Comercial San Diego P.H. borró el mural denominado “Líder”.
- 2.4. El 7 de mayo de 2015, el señor Calle promovió proceso verbal ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia contra el Centro Comercial San Diego P.H. a fin de que se declare que este último infringió sus derechos morales de autor al borrar su obra “Líder” —mural ubicado en la pared del frontis del referido Centro Comercial— y, en consecuencia, solicitó que se le indemnice por el daño extra patrimonial.
- 2.5. El 16 de mayo de 2016, el Centro Comercial San Diego P.H. contestó la demanda.
- 2.6. El 16 de agosto de 2016, mediante Acta de Audiencia y Juzgamiento sin número, la Dirección de Derecho de Autor de la República de Colombia determinó que se había infringido el derecho moral de integridad. Asimismo, condenó al Centro Comercial San Diego P.H. a un pago de cien (100) salarios mínimos mensuales como indemnización por daños y perjuicios, y ordenó que se publique en un periódico de amplia circulación que la obra estaba protegida por el derecho de autor.
- 2.7. El 16 de agosto de 2016, el Centro Comercial San Diego P.H. interpuso recurso de apelación contra la resolución de primera instancia.
- 2.8. El 18 de enero de 2017, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia resolvió suspender el proceso interno a efectos de solicitar Interpretación Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

3. Argumentos de la demanda presentada por el señor Calle

- 3.1. El señor Calle señala que en el año 2006 llegó a un acuerdo con el Centro Comercial San Diego P.H. para la elaboración de una obra artística tipo

mural en la fachada del Centro Comercial antes referido. La obra se tituló "Líder".

- 3.2. En el año 2013 el autor recomendó la restauración del mural (los costos los asumiría el autor), propuesta que no fue aceptada por la Junta Directiva del Centro Comercial San Diego P.H. En el segundo semestre del mismo año, el Centro Comercial borró la obra "El Líder" sin que mediara autorización del autor, vulnerando su derecho de integridad de la obra.
- 3.3. Con fecha 18 de julio de 2013 y 20 de enero de 2015, se realizaron audiencias de conciliación con el Centro Comercial San Diego P.H. sin que se arribe a ningún acuerdo conciliatorio.
- 3.4. Sostiene que el asunto es evidenciar un irremediable atentado en contra de los derechos morales del autor.
- 3.5. Solicita lo siguiente:
 - Que se declare que el Centro Comercial San Diego P.H. desconoció sus derechos morales de autor.
 - Que se ordene al Centro Comercial San Diego P.H. como compensación por los perjuicios extra patrimoniales el pago de ciento setenta (170) millones de pesos.
 - Se condene a la demandada a realizar nuevamente la obra artística "Líder".
 - Se condene a la demandada a manifestar a través de medios de comunicación que la obra estaba protegida por el derecho de autor y que debió respetar el derecho moral de integridad de la obra que posee su autor.

4. Argumentos de la contestación de demandada del Centro Comercial San Diego PH

- 4.1. El Centro Comercial San Diego PH contestó la demanda señalando lo siguiente:
 - La obra estaba deteriorada, no solo el mural sino también el soporte material en el que se encontraba fijado —el mismo que se encontraba derruido y amenazaba la ruina—, por lo que fue necesario intervenir en forma inmediata.
 - No se podía restaurar la obra porque era necesario intervenir el muro.
 - Para mantener embellecida la ciudad se requirió intervenir el muro.
 - Cualquier obra pictórica a la intemperie termina por desaparecer.
 - Actuó de buena fe consultando a profesionales y a la Secretaria de Cultura Ciudadana sobre la importancia de la obra y posibilidad de efectuar la reparación del muro.

- No se puede equiparar la teoría de la responsabilidad civil extracontractual con la teoría del derecho moral del autor.

B. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. La Sala consultante solicitó Interpretación Prejudicial del Literal c) del Artículo 11 y Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena¹.
2. Procede la interpretación del Literal c) del Artículo 11 y del Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351, por ser los pertinentes para la resolución del presente caso que versa sobre la infracción del derecho moral de integridad del autor y la solicitud de indemnización.
3. De oficio procede interpretar los Artículos 4 y 7 de la Decisión 351, toda vez que resulta apropiado analizar los alcances de la protección del derecho de autor.²

¹ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

(...)

c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra."

"Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; (...)"

² Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

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

a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;

b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;

c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;

d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;

e) Las obras coreográficas y las pantomimas;

f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;

g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;

h) Las obras de arquitectura;

i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;

j) Las obras de arte aplicado;

k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;

l) Los programas de ordenador; ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales."

C. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Objeto de protección del derecho de autor.
2. Derechos morales. Derecho moral a la integridad de la obra.
3. Obras plasmadas sobre un soporte físico de propiedad de tercero.
4. Criterios para evaluar conflictos entre derecho de propiedad y derecho moral a la integridad de la obra.
5. Infracción a derechos de autor por vulneración a la integridad de la obra.
6. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de vulneración al derecho moral a la integridad.

D. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Objeto de protección del derecho de autor

- 1.1. El señor Calle sostiene que el Centro Comercial San Diego P.H. infringió sus derechos de autor al borrar su obra "Líder", por lo que en este acápite se analizará el objeto de protección del derecho de autor.
- 1.2. El Artículo 4 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, establece que el derecho de autor protege las obras literarias y científicas susceptibles de ser divulgadas o reproducidas por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Del mismo modo, dicha disposición hace una enumeración ejemplificativa, mas no taxativa, de las obras protegidas, consignando en su Literal g) a las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.
- 1.3. Conforme el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina lo ha establecido en la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 98-IP-2014, la Decisión 351 no brinda el concepto de aquellas obras señaladas en el Literal g) del Artículo 4 de la Decisión 351; sin embargo, se puede decir que engloban manifestaciones artísticas y creativas muy distintas, en tanto pueden ser expresiones a través de la forma y el color que se da a materias preexistentes.
- 1.4. De acuerdo con el Manual de Propiedad Intelectual de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano:

"(...) se trata de un concepto —el de las obras plásticas— que incluye realidades tan dispares como la pintura y el dibujo, la escultura, la impresión gráfica original, los tapices y tejidos, la arquitectura, el urbanismo, los proyectos de ingeniería, los bocetos y ensayos, la escultura

"Artículo 7.- Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial."

y pintura monumental en grandes dimensiones, la jardinería y composiciones florales, la decoración de interiores; las obras plásticas para el espectáculo (escenarios, vestuario, máscaras, escenografía y cuadros vivos), los cómics y personajes plásticos, los dibujos animados y la obra plástica audiovisual, elementos plásticos incluidos en los videojuegos, el artesanado, el arte aplicado, signos tipográficos, logotipos, etc.”³

1.5. Asimismo, deviene necesario advertir que:

“(…) el autor puede ser protegido por la originalidad en la concepción plástica, o en la ejecución plástica, o en ambas. Hay determinadas obras cuyo valor tiende a estar en la concepción (claramente los logotipos, los personajes de cómic, los planos de un edificio, o frecuentemente el arte aplicado a la industria), en las que la contemplación del original tiene menor relevancia; otras cuyo valor tiende a estar en la calidad de la ejecución personal (retratos, paisajes, y en general, obras de arte puro), y en las que adquiere mayor importancia la contemplación del original (porque se identifica con la ejecución de sí misma). La explotación de transformaciones, conservando la concepción plástica, tiene más potencial en las primeras (...)”⁴

1.6. Respecto a las características generales para que algo sea considerado como obra, la doctrina menciona algunas, las cuales se detallan a continuación:⁵

“1. Que el resultado de la obra debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario, artístico o científico.

2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino.

3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad”.

1.7. De acuerdo con lo anterior, la protección de un derecho de autor no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, lo cual deberá valorarse como una cuestión de hecho en cada caso.

1.8. Finalmente, de conformidad con lo establecido en el Artículo 7 de la Decisión 351, lo que se protege no son las ideas, sino la forma mediante

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch. Tercera Edición. Valencia. España. 2006. p. 67.

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Op. Cit., pp. 68-69.

⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela*. Autoralex, Venezuela, 1994, p. 32.

la cual estas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra, haciéndose hincapié de que no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

2. Derechos morales. Derecho moral a la integridad de la obra

- 2.1. Dado que en el presente caso, se alega la vulneración al derecho moral a la integridad de la obra "Líder", en este acápite se analizarán los derechos morales, específicamente, el derecho moral a la integridad de la obra.
- 2.2. Teniendo en cuenta cual es el objeto de protección del derecho de autor, corresponde en este punto mencionar aquellos derechos con los que cuenta el autor de una obra, los cuales se pueden catalogar en dos grupos: los derechos morales y los derechos patrimoniales. Sobre el particular, se desarrollará únicamente el tema de los derechos morales toda vez que el caso versa sobre la afectación al derecho moral a la integridad de la obra.

Derechos morales

- 2.3. Los derechos morales protegen la correlación autor-obra sobre la base de los intereses intelectuales y espirituales del autor en relación con su obra. El Artículo 11 de la Decisión 351 plasma las características de los derechos morales: inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables.
- 2.4. Aunque la norma no lo diga expresamente, los derechos morales en atención a su naturaleza no son limitados en el tiempo y, por lo tanto, a la muerte de su autor no se extinguen, ya que estos continúan en cabeza de sus causahabientes y posteriormente su defensa estará a cargo del Estado y otras instituciones designadas para el efecto en relación con el derecho de paternidad e integridad de la obra (párrafo segundo del Artículo 11 de la Decisión 351).
- 2.5. El mismo artículo consagra también ciertas facultades que se enmarcan dentro del grupo de derechos morales. Siguiendo la pertinente clasificación que Delia Lipszyc hace en su libro "*Derecho de Autor y Derecho Conexos*"⁶, se tiene que las facultades pueden ser positivas o negativas (defensivas). Las primeras engloban todas las acciones que el titular del derecho de autor puede hacer con su obra, como las facultades de divulgar la obra, modificarla y retirarla (Literal a) del Artículo 11 de la Decisión 351). Las segundas, son todas aquellas acciones tendientes a

⁶ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones UNESCO, Buenos Aires, 1993, p. 61.

defender la paternidad de la obra (Literales b) y c) del Artículo 11 de la Decisión 351).

- 2.6. De conformidad con el Artículo 12 de la Decisión 351, los Países Miembros pueden reconocer otros derechos de carácter moral, diferentes a los enunciados en el Artículo 11 de la Decisión 351.

Derecho moral a la integridad de la obra

- 2.7. Ahora bien, respecto del derecho moral a la integridad de la obra, el Literal c) del Artículo 11 de la Decisión antes referida establece que el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.
- 2.8. Respecto a la integridad de la obra, la autora Marisela González López señala lo siguiente:

“Otra de las facultades personales que la LPI reconoce expresamente al autor es la de ‘exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación’ (art. 14.4). Se trata del denominado por la doctrina francesa ‘derecho al respeto’ (droit au respect), cuyo reconocimiento tiene como fundamento el hecho de ser la obra expresión de la personalidad del autor y como finalidad el protegerlo contra las modificaciones o alteraciones de la obra por terceros.

Ciertamente, no se considera lícito que terceros que actúen por lucro, mala fe, negligencia o inconsciencia atenten contra la creación genuinamente concebida por el autor, y de ahí que éste resulte legitimado por la ley para tutelar la integridad de su obra contra maniobras abusivas que desacrediten su personalidad como creador (...)”

- 2.9. Por su parte, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual - OMPI señala lo siguiente:

*“(…)
c. Derecho a la integridad de la obra*

El derecho a la integridad de la obra es el derecho que tiene el autor a impedir que su obra sufra una modificación o deformación sin su consentimiento. Este derecho está estrechamente relacionado con el derecho de divulgación, pues garantiza al autor la facultad de vigilar, tras su divulgación, que su obra no sea desnaturalizada. Por ejemplo, en una obra literaria, la supresión de capítulos, sin autorización del autor, o en una obra cinematográfica, el coloreado de las películas en blanco y negro.

⁷ GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela. Monografías Jurídicas: El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual. Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 179.

Este derecho viene definido en la Convención de Berna como el derecho que tiene el autor a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.⁸

2.10. En ese sentido, el derecho moral a la integridad de la obra faculta al autor de la misma a oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de la obra, entendiéndose por dichos supuestos lo siguiente⁹:

- Por **deformación** debe entenderse algo que pierde su forma regular o natural, dando lugar a una interpretación errónea; este supuesto se verifica cuando se trastoca el contenido de la obra;
- Por **mutilación** debe entenderse cuando se corta o cercena una parte del cuerpo de la obra, eliminando una parte o porción de la misma; y,
- Por **modificación** debe entenderse una transformación o cambio en el contenido de la obra.

2.11. Por tanto, en primer lugar deberá analizarse si la actividad que supuestamente vulnera el derecho moral a la integridad de la obra entra en alguno de los tres supuestos antes referidos (deformación, mutilación o modificación). En segundo lugar, de encajar en alguno de dichos supuestos, se exigirá como requisito adicional que se atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

2.12. Respecto del decoro de la obra, es preciso indicar que este se encuentra vinculado a la honra, pureza, honestidad o recato de la misma¹⁰. En este sentido, una deformación, mutilación o modificación de una obra no puede atentar la honra, pureza, honestidad o recato de esta.

⁸ Contenido del Derecho de Autor. El Autor, La Obra, Limitaciones y Excepciones. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Oficina Europea de Patentes y Oficina Española de Patentes y Marcas, 2014, P.7.

En: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_18.doc (Consulta: 13 de junio de 2017).

⁹ De modo referencial, ver Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los Procesos 59-IP-2014 del 22 de julio de 2014 y 147-IP-2015 del 24 de marzo de 2015.

¹⁰ **"Decoro**

Del lat. decōrum.

1. m. Honor, respeto, reverencia que se debe a una persona por su nacimiento o dignidad.

2. m. Circunspección, gravedad.

3. m. Pureza, honestidad, recato.

4. m. Honra, pundonor, estimación.

(...)"

En: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=Byz2tNBjByzF6MM>.(Consulta: 28 de junio de 2017)

- 2.13. Respecto de la reputación del autor, cabe señalar que esta se encuentra vinculada a la opinión o consideración que se tiene de él, así como de su prestigio y estima¹¹. Al respecto Ignacio Vidal Portabales señala:

*"[E]n lo que respecta a la reputación, el término debe considerarse referido a la reputación artística y profesional del autor, pudiendo conceptuarse como el sentimiento personal del autor sobre la propia capacidad creativa en relación a una obra determinada (...) cuando se habla de menoscabo a la reputación nos estamos refiriendo a elementos como convicciones, los ideales, la conciencia, y los sentimientos del autor, con independencia de su naturaleza moral, religiosa, política artística o científica."*¹²

3. Obras plasmadas sobre un soporte físico de propiedad de tercero

- 3.1. En principio nadie puede modificar una obra (obras plásticas, canciones, libros, películas, etc.) sin autorización del autor. Sin embargo, conforme a lo señalado en el acápite precedente, este derecho moral a la integridad de la obra no es absoluto, por lo que en caso de conflicto con otros derechos como el de propiedad corresponde evaluar las circunstancias de cada caso a efectos de ponderar los derechos en conflicto. En efecto, no es que un derecho prime sobre el otro, sino que deben ponderarse los intereses en conflicto y buscar una solución equilibrada que permita la máxima protección de ambos derechos.
- 3.2. Un supuesto particular es el de las obras plasmadas en un soporte físico de propiedad de tercero, respecto del cual resulta muy difícil o imposible separar la obra del soporte material, por lo que la afectación al soporte implica en gran medida una afectación a la obra.
- 3.3. Para el caso de las obras plasmadas sobre un soporte físico¹³ de propiedad de tercero se debe tener presente que la protección de la que goza el autor de la obra es independiente al derecho de propiedad del titular del soporte físico en el cual está incorporada la obra, conforme a lo dispuesto por el Artículo 6 de la Decisión 351¹⁴.

¹¹ **"Reputación"**

Del lat. reputatio, -ōnis.

1. f. Opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo.

2. f. Prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo."

En: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=reputaci%C3%B3n>.(Consulta: 28 de junio de 2017)

¹² VIDAL PORTABALES, Ignacio. *Comentario a la sentencia de la AP Alicante (Sección 8) de 11 de marzo de 2011 Núm 112/20100(AC/2011/1159) (Sobre la vulneración del derecho a la integridad de la obra plástica por cambio del contexto espacial y otras cuestiones)*. En: Actas de derecho industrial y derecho de autor. Tomo 32, Madrid, 2011-2012, p. 584.

¹³ Objeto material en el cual está incorporada la obra.

¹⁴ **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

"Artículo 6.- Los derechos reconocidos por la presente Decisión son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra."

3.4. Sobre el particular, el autor Ricardo Antequera Parilli señala que:

"[L]a «enajenación del objeto material en el cual esté incorporada la obra, no produce en favor del adquirente la cesión de los derechos de explotación del autor» (LSDA, art. 54).

Ello hace que el ejercicio de actos por el propietario del soporte material en el cual está incorporada la obra, serán ilícitos en la medida que lesionen el derecho moral -que es intransferible-, o el patrimonial de autorizar o no y de obtener una remuneración por la explotación de la creación por cualquier medio o procedimiento"¹⁵

3.5. En esa línea, el autor Raúl Solorzano Solorzano también señala que:

"En el caso de las obras plásticas donde generalmente nos encontramos ante ejemplares únicos e irrepetibles, no siempre la persona que tiene la titularidad de la creación intelectual (corpus mysticum) es la misma que ostenta la propiedad del soporte que la contiene (corpus mechanicum) (...) Sobre el derecho moral de integridad, Ricardo Antequera sostiene acertadamente que «la faceta más dramática del derecho de integridad está referida a la conservación del soporte único que contiene la obra, como en las artes plásticas, porque como ha señalado la Sala 1ª del Tribunal Supremo español, su destrucción es el atentado más grave, por irreformable, que pueda inferirse al derecho moral de respeto a la obra"¹⁶. En el caso de los murales del Centro de Lima, sus autores, pese a no ser propietarios de las paredes sobre las cuales se hicieron las correspondientes creaciones, son indudablemente titulares de derechos morales."¹⁷

3.6. Por lo expuesto, existen supuestos particulares en los que el titular de la obra no es el mismo que el propietario del soporte, como por ejemplo en el caso de los murales, los cuales requieren de una estructura física que le sirva de soporte, por lo que la destrucción o alteración del soporte físico podría implicar la destrucción o afectación de la obra.

4. Criterios para evaluar conflictos entre derecho de propiedad y derecho moral a la integridad de la obra

4.1. No es posible establecer de forma absoluta la primacía del derecho moral a la integridad de la obra del autor respecto del derecho real del propietario del soporte material sobre el cual está plasmada la obra,

¹⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de autor*. Tomo II, Segunda edición, Dirección Nacional del Derecho de Autor, Caracas, 1998, p. 138.

¹⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus, 2007, p. 89.

¹⁷ SOLORZANO SOLORZANO, Raúl. *En torno al derecho moral del autor a la integridad de su obra: reflexiones a propósito del daño efectuado a los murales en el Centro de Lima*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, N° 74, pp. 101 y 102.

debido a que se debe analizar cada caso en particular, conforme a criterios que permitan en lo posible una ponderación adecuada de ambos derechos. Atendiendo a ello se deberá considerar lo siguiente:

a) Acuerdo previo entre las partes

En caso de que el autor de una obra y la persona que contrató su elaboración y/o propietario del soporte material sobre el cual se ha plasmado la obra hayan suscrito un acuerdo, las partes se regirán por lo establecido expresamente en dicho acuerdo respecto de las modificaciones o afectaciones que se realicen al soporte material y que pudieran afectar la integridad de la obra.

Ahora bien, en el supuesto de que el soporte material sea vendido a tercero, se aplicará lo establecido en el pacto suscrito inicialmente con el propietario original y/o persona que encargó la obra.

b) Controversias sobre aspectos no contemplados contractualmente

En caso el autor de una obra y la persona que contrató su elaboración y/o propietario del soporte material no hayan contemplado acuerdos respecto a las modificaciones o afectaciones que se realicen al soporte material y que pudieran afectar la integridad de la obra, se resolverá el conflicto ponderando los derechos en conflicto, tal como se explica a continuación.

- 4.2. En ese sentido, en el supuesto en que surja una controversia sobre aspectos no contemplados contractualmente, se buscará el equilibrio entre el derecho moral a la integridad de la obra y el derecho real de propiedad del titular del soporte material, considerando, entre otros, los siguientes criterios:

4.2.1. Elaboración de la obra

Si se trata de una obra elaborada sin autorización del propietario del soporte material, esta será pasible de ser eliminada a sola voluntad del propietario del soporte material¹⁸. Lo mismo sucede, si

¹⁸ Por ejemplo, un artista urbano puede haber pintado el muro posterior de una vivienda sin autorización del propietario. En este supuesto, incluso si la obra reúne el requisito de originalidad, el derecho de propiedad primaria sobre el derecho a la integridad de la obra y el propietario del inmueble podría optar por conservarla, mutilarla, deformarla o modificarla, dado que el autor realizó la obra sin considerar el derecho del propietario; esto es, sin su autorización.

Similar posición tiene Raúl SOLORZANO SOLORZANO, quien señala que cuando nos encontremos ante un "mural hecho subrepticamente, sin permiso (...) estaríamos ante una situación de mala fe y abuso del derecho si quien realiza un mural sin autorización alguna se opone a la destrucción de su obra. En este caso, al eliminarse el mural que el titular del soporte jamás consintió, no parece que podamos considerar que se ha vulnerado el derecho moral de integridad del autor" (SOLORZANO SOLORZANO, Raúl. Op. Cit., p. 109).

se trata de una obra por encargo que no ha seguido las indicaciones dadas expresamente por quien encargó la obra¹⁹.

4.2.2. Material de la obra

La obra plasmada en un soporte material de propiedad de tercero puede ser elaborada con productos de material duradero o no.

El autor que elabora una obra con material no duradero conoce que la misma sufrirá el deterioro normal que corresponde al material utilizado y por ello conoce que la obra está destinada a sufrir daños o desaparecer con el pasar del tiempo²⁰.

4.2.3. Carácter permanente o temporal de la obra

Las obras de carácter permanente se elaboran con la intención de que sean protegidas de factores externos que puedan afectarlas²¹.

Por otro lado, hay obras que por su naturaleza tanto el autor como terceros saben que tienen carácter temporal; es decir, que están destinadas a sufrir deterioro, destrucción o consumo en el corto plazo, en algunos casos incluso de manera casi inmediata.

En este sentido, se pueden apreciar obras de carácter temporal que son elaboradas para un acontecimiento específico como festivales, concursos u otros. Al respecto Raúl Solórzano Solórzano señala lo siguiente:

"Mural con vocación de baja permanencia. Este podría ser el caso de los murales realizados bajo el contexto de un festival o de un concurso.

(...)

Si bien verificamos que en este segundo supuesto los murales podrían tener un tiempo de exhibición de pocos años, ello no implica que (...) pueden ser borrados o destruidos sin que se hayan

¹⁹ Si el autor, a pesar de haber recibido las indicaciones del propietario opta por plasmar una obra distinta a la encomendada, el propietario se encontrará facultado incluso a la eliminación de la obra.

En esa línea, Raúl SOLORZANO SOLORZANO, a modo de ejemplo, señala que: *"Imaginemos que se encarga a un muralista hacer una obra en las paredes interiores y exteriores del nuevo Lugar de la Memoria en Miraflores, indicándole que en su obra no puede colocar imágenes que constituyan apología del terrorismo. Para mayor certeza, incluso se llega a aprobar un boceto de un mural. Sin embargo, pese a la instrucción expresa, el autor hace todo lo contrario. Aquí la eliminación del mural no debería generar una infracción al derecho moral de integridad"* (SOLORZANO SOLORZANO, Raúl. Op. Cit., p. 109).

²⁰ Un ejemplo de estos casos puede darse en las obras realizadas en materiales no duraderos como esculturas de hielo, de arena, murales de tiza, etc.

²¹ Como ejemplo se pueden citar los murales ubicados en la parte interior de una determinada edificación, que dada su ubicación se encuentran destinados a permanecer intactos por años.

*realizado previamente determinadas acciones en resguardo del derecho moral del autor a la integridad de su obra.*²²

Asimismo, tenemos que tener presente que existen obras que se ejecutan con fines específicos, como decorativos, conforme a las necesidades y gustos de un propietario en particular²³, así como obras que se efectúan con fines comerciales, por lo que su permanencia en el tiempo viene vinculada a la finalidad para la cual fueron creadas²⁴.

4.2.4. Interés público y seguridad pública

Si el derecho a la integridad de la obra entra en conflicto con el interés público, este último debería primar toda vez que el derecho particular de un autor no puede prevalecer sobre el derecho del público en general.

Una obra realizada con la finalidad de servir a la comunidad debe primar ante el derecho a la integridad de la obra artística, siempre que la afectación sea necesaria²⁵.

Por su parte, en el supuesto en que la obra se encuentre en un soporte material que por sus características pueda afectar la seguridad pública, como por ejemplo un muro o estructura, corresponde que prime la seguridad de las personas que se

²² SOLORZANO SOLORZANO, Raúl. Op. Cit., pp. 106 y 107.

²³ Por ejemplo, una persona que decidió decorar el cuarto de su pequeña hija con imágenes propias de una menor de 5 años. Es evidente que la decoración puede cambiar cuando la hija sea adolescente.

Asimismo, se puede dar el caso de que en un inmueble funcionaba una empresa metalmecánica y por ello en los muros del inmueble se plasmó una obra alusiva a dicha actividad. Sin embargo, luego el inmueble es vendido y será utilizado como spa y peluquería, por lo que el mural ya no mantiene ninguna vinculación con la actividad económica realizada en la propiedad y conservarlo afectaría el uso del inmueble por parte de su nuevo propietario.

²⁴ A modo de ejemplo podemos citar el encargo de la elaboración de una torta de cumpleaños o de matrimonio, especialmente diseñada y decorada con toques artísticos únicos, extraordinarios. El autor, creador de la torta, no puede impedir que esta sea consumida por los invitados de la recepción, dado que a pesar de poder presentar originalidad el destino de la obra fue ser incorporada en un soporte material destinado al consumo humano, y en consecuencia a desaparecer.

²⁵ Hay obras que su permanencia o modificación no dependen de la voluntad del autor, sino del interés público. Pensemos en un puente, diseñado por un famoso arquitecto. Este no puede impedir que la autoridad pública (un ministerio, una municipalidad, etc.) ensanche, amplíe, modifique o incluso derrumbe el puente por interés público, como por ejemplo debido el incremento del tráfico vehicular, el desvío de la corriente del río, el deterioro de los soportes o pilares del puente, etc.

podieran ver potencialmente afectadas, debiendo acreditarse el referido riesgo a la seguridad²⁶.

4.2.5. Riesgo de deterioro o pérdida de la propiedad

En los supuestos en los que la obra plástica se encuentra plasmada en un soporte material como un muro o estructura, se deberá tomar en consideración que ante una situación en la que el estado del soporte material requiera una intervención para su conservación, el propietario podrá efectuar las modificaciones necesarias.²⁷

Al respecto, Cristina Vicent López señala lo siguiente:

"(...) respeto absoluto a la obra podría ocasionar graves perjuicios al inmueble, impidiendo su conservación y rehabilitación, apunta la referida sentencia «piénsese en humedades, agrietamientos, debiéndose dejar arruinar, perecer en tales casos ante la imposibilidad de tocar el mural»."²⁸

Sin embargo, previamente a la modificación del soporte material el propietario deberá comunicar al autor de las medidas que se tomaran a efectos de permitirle el retiro de la obra, en caso de ser ello posible, o la toma de muestras fotográficas u otras muestras que considere pertinente el autor. Lo señalado en este párrafo no será aplicable en los casos fortuitos o de fuerza mayor.

4.2.6. Afectación a derechos de terceros

Se pueden dar supuestos en los que se deba alterar una obra a efectos de cautelar derechos fundamentales de terceros como la defensa al derecho a la imagen o a la intimidad de una persona. Este supuesto se puede dar en diversos tipos de obra, en los que se incluya por ejemplo la imagen no autorizada de una persona.

En estos supuestos, la supresión de las partes pertinentes no

²⁶ El riesgo a la seguridad no se acreditará con el solo dicho de parte sino que requiere de pruebas que acrediten la eminencia de la amenaza a la seguridad. Las pruebas que se podrían presentar son informes emitidos por profesionales, fotografías, videos, entre otras.

²⁷ En la Sentencia STS 6958/2006-ECLI: ES:TS: 2006:6958 de fecha 6 de noviembre de 2006 emitida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España se señala lo siguiente: "(...) la Sala estima que el deficiente estado del edificio precisando de reparaciones que exigían demoliciones y reconstrucciones justifica la demolición del mismo y, por tanto, del conjunto en que se integra la obra -adherida inseparablemente al inmueble sin posibilidad de extracción sin daño-. La situación del edificio imponía la reconstrucción del mismo y excluía la posibilidad de conservación de la obra pictórica, ya aminorada en su integridad por su propia naturaleza y características (...)"

²⁸ VICENT LOPEZ, Cristina. *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*. En: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro068/tib068-2a.pdf>, p. 77 (Consulta: 3 de julio de 2017).

afectaría el derecho de integridad a la obra debido a que únicamente se suprime la parte que afecta a terceros.

Al respecto, la autora Sofía Rodríguez Moreno señala que:

"A. y H. J. LUCAS ven una excepción al derecho moral de integridad de la obra en los casos en que esta integridad resulte desconocida como consecuencia de la defensa de un derecho de la personalidad. Tal ocurriría por ejemplo en el caso en que se supriman apartes (sic) de una película o de un libro por atentar contra la vida privada, el derecho a la imagen o la intimidad de una persona.

(...)

De ese análisis concluimos que la sociedad en general resulta beneficiada si se hacen respetar tales derechos, por lo que bien puede establecerse en virtud de ellos una limitación al derecho de autor²⁹.

4.2.7. Medidas diligentes del propietario para la conservación de la obra

Cuando estén en conflicto el derecho de propiedad que ostenta el titular del soporte material sobre el cual se encuentra la obra y el derecho a la integridad de dicha obra que ostenta su autor, debemos tener presente que se deberá cautelar en la medida de lo posible a este último.

En este sentido, el propietario del inmueble, salvo en los casos de seguridad, caso fortuito o fuerza mayor, deberá efectuar las acciones necesarias para contactar al autor a fin de comunicarle la futura afectación a su obra para que pueda contar con la posibilidad de retirar su obra del soporte físico (de ser ello posible), tomar fotografías o filmaciones de la misma u otra acción a efectos de conservarla de alguna forma.

4.3. Por tanto, se deberá analizar cada caso en particular considerando los criterios antes expuestos a efectos de ponderar adecuadamente el derecho moral a la integridad de la obra del autor y el derecho real del propietario del soporte material sobre el cual está plasmada la obra.

5. Infracción a derechos de autor por vulneración a la integridad de la obra

5.1. El señor Calle demandó al Centro Comercial San Diego P.H. por presunta infracción a su derecho de autor (vulneración a la integridad de su obra), por lo que corresponde abordar este tema.

²⁹ RODRÍGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 67.

- 5.2. La Decisión 351 establece en el Capítulo XIII "De los Aspectos Procesales" algunos parámetros generales en cuanto a los procesos o procedimientos que deben seguirse ante la autoridad nacional competente en relación con la protección del derecho de autor.
- 5.3. El titular de un derecho de autor está facultado para acudir a la autoridad nacional competente para iniciar acciones administrativas o judiciales cuando estime que existe alguna forma de vulneración a sus derechos. En el caso de que la autoridad compruebe que se ha vulnerado un derecho de autor, el infractor tendrá que asumir consecuencias civiles, penales y administrativas sin excluir la responsabilidad pecuniaria.
- 5.4. Como ya se mencionó en la presente providencia, el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.
- 5.5. Sin embargo, al momento de determinar la existencia de una infracción al derecho moral a la integridad de la obra se deberá ponderar los derechos confrontados, conforme a los criterios señalados en los puntos precedentes, atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular.
- 6. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de vulneración al derecho moral a la integridad**
- 6.1. El señor Calle señala que correspondería que el Centro Comercial San Diego P.H. lo indemnicen por daños extrapatrimoniales toda vez que este último habría vulnerado la integridad de su obra.
- 6.2. El Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:
- "Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:*
- a) *El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;*
(...)"
- 6.3. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.³⁰
- 6.4. La doctrina sostiene que el daño emergente es la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por la víctima. En tal sentido, se habla de daño

³⁰ Véase las Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los Procesos 07-IP-2014 y 124-IP-2014.

emergente cuando un bien económico sale efectivamente de la esfera patrimonial de la víctima.

- 6.5. El lucro cesante es el conjunto de ganancias que la víctima habría obtenido en caso de no haberse realizado la afectación, lo que equivale a decir que es aquella parte del patrimonio que la víctima dejó de percibir como consecuencia de la afectación.
- 6.6. Por su parte, el daño moral o extrapatrimonial es la afectación a aquellos bienes que son difíciles de valorar en dinero y que están relacionados directamente con la vida personal y afectiva de cada persona, tales bienes pueden ser la libertad, la intimidad, la tranquilidad, entre otros.
- 6.7. El concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a la esfera personal o subjetiva (daño moral).
- 6.8. Ahora bien, la reparación o indemnización del daño, sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que *"la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño"*.³¹
- 6.9. Corresponde a los Países Miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por la Sala consultante al resolver el proceso interno 11001 3199005 201534057 01, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente Interpretación Prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

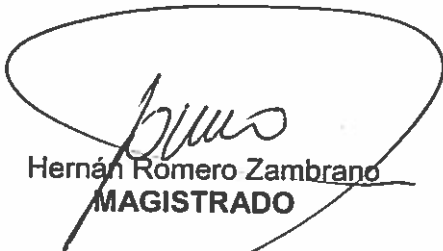
³¹ PERÉZ FUENTES, Gisela María. *El Daño Moral en Iberoamérica*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. México, 2006, p. 205.



Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
MAGISTRADA



Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO



Hernán Romero Zambrano
MAGISTRADO



Hugo Ramiro Gómez Apac
MAGISTRADO

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Interpretación Prejudicial la Presidenta y el Secretario.



Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
PRESIDENTA



Gustavo García Brito
SECRETARIO

Notifíquese a la Sala consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.