



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO 248-IP-2014

Interpretación prejudicial a petición de la Corte consultante del artículo 22 literal f) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y de oficio, los artículos 1, 3, 4 literal g), 13 literales a) y b), 14 y 21 de la misma norma comunitaria. Órgano nacional consultante: Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, República del Perú. Demandante: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. Parte contraria: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI- de la República de Perú. Infracción de Derecho de Autor. Reproducción no autorizada de obras de artes plásticas. Expediente Interno: 7788-2010-0-1801-JR-CA-03.

Magistrado Ponente: Hernán Romero Zambrano

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, a los cinco (05) días del mes de noviembre del año dos mil quince.

VISTOS:

El Oficio 7788-2010-0/5taSECA-CSJLI-PJ de 12 de noviembre de 2014, recibido por este Tribunal el mismo día, mediante el cual la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, República del Perú, presenta solicitud de interpretación prejudicial dentro del proceso interno 7788-2010-0-1801-JR-CA-03.

El Auto emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 22 de abril de 2015, mediante el cual se admite a trámite la interpretación prejudicial solicitada.

A. ANTECEDENTES.

Partes

Demandante: EMPRESA PERUANA DE SERVICIOS EDITORIALES S.A.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL-INDECOPI, DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ.

Tercero Interesado: ASOCIACIÓN PERUANA DE ARTISTAS AUDIOVISUALES (APSAV)

Hechos:

Entre los principales hechos considerados relevantes en esta causa se encuentran los siguientes:

1. El 9 de diciembre del 2008, la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) interpuso denuncia por infracción a los Derechos de Autor en contra de la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A., por cuanto la denunciada reprodujo sin contar con la autorización previa y por escrito que establece la ley, de diversas obras de autores que su entidad administra, las cuales han sido publicadas en el diario oficial "El Peruano", de propiedad de la denunciada.
2. El 5 de marzo de 2009, la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A., absolvió el trámite de la denuncia interpuesta.
3. Mediante Resolución 272-2009/CDA-INDECOPI de 2 de junio de 2009, la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI, declaró fundada en parte la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) contra la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. por infracción a los derechos patrimoniales de reproducción y distribución respecto de las siguientes obras artísticas que forman parte del repertorio bajo administración de la denunciante: "Mao" (Andy Warhol), S/T (José Sabogal), "Marylin" (Andy Warhol), y S/T (Pablo Picasso), e infundada respecto de las demás obras artísticas materia de procedimiento; sancionándose a la infractora con multa ascendente a 0,5 UIT.
4. El 7 de julio de 2009, la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) interpuso recurso de apelación en el extremo que se declaró infundada la denuncia interpuesta respecto de algunas obras.
5. El 10 de julio de 2009, la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A., interpuso recurso de apelación en el extremo que se declaró fundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV).
6. Mediante Resolución 1780-2010/TPI-INDECOPI de 11 de agosto de 2010, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, revocó la Resolución 272-2009/CDA-INDECOPI de 2 de junio de 2009, en el extremo que declaró fundada en parte la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV), contra la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A., respecto a la reproducción y distribución no autorizada de obras de Francis Bacon y, en consecuencia, declaró improcedente la denuncia en dicho extremo. Asimismo, confirmó la Resolución 272-2009/CDA-INDECOPI en el extremo que declaró fundada en parte la denuncia.
7. El 14 de diciembre de 2010, la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A., presentó ante el Juzgado Contencioso Administrativo, demanda contenciosa administrativa en contra de la Resolución 1780-2010/TPI-INDECOPI de 11 de agosto de 2010.

8. El 17 de febrero del 2011, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPÍ-, contestó la demanda contenciosa administrativa.
9. El 13 de mayo del 2013, mediante Sentencia – Resolución 10 – el Tercer Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró fundada la demanda interpuesta por Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A., en consecuencia nula la Resolución 1780-2010/TPI-INDECOPÍ de 11 de agosto de 2010.
10. El 21 de junio de 2013, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPÍ-, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de 13 de mayo de 2013.
11. Mediante providencia de 2 de junio de 2014, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima de la República del Perú (antes Octava Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas de Mercado), decidió suspender el proceso y solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, solicitando se pronuncie respecto a:
 - Cuáles son los criterios, y cómo deben ser empleados, para determinar si el uso periodístico de obras de arte infringe los Derechos de Autor.
- a. **Argumentos contenidos en la demanda contenciosa administrativa.**
12. La Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A., en su escrito de demanda expresa, en lo principal, los siguientes argumentos:
 - Que la reproducción y distribución de las obras de arte visual contenidas en el diario oficial “El Peruano”, fueron realizadas con fines netamente informativos – noticias. De esta manera, no se requería una autorización previa para el uso de tales obras, estando a los fines informativos que cumple el medio de comunicación donde fueron difundidas, conforme a la excepción contenida en el inciso f) del artículo 22 de la Decisión 351.
 - Que todas las publicaciones del diario oficial “El Peruano”, denunciadas por la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV), han sido usadas con fines informativos, con ocasión de un acontecimiento actual y en consonancia con los usos honrados y no excesivos de la noticia que acompañan.
 - El Derecho de Autor tiene límites expresamente contenidos en la ley de la materia, uno de ellos es el uso de la obra con fines informativos, es decir, a través de un medio de comunicación social, como lo es el diario oficial “El Peruano”.
 - Que la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV), a lo largo del procedimiento administrativo sancionador, no ha acreditado tener legitimidad para la representación de las obras materia de denuncia. Lo que vulnera lo dispuesto por Tribunal Constitucional, en cuanto estableció que las Sociedades de Gestión Colectiva tienen la carga de probar y acreditar los títulos que amparan la representación de las obras a las cuales dicen representar. Situación que también infringe lo dispuesto en el artículo 49 de la Decisión 351.

- Que el Tribunal del INDECOPI incrementó al multa ascendente a 0.5 UIT, estableciéndola en 2 UIT. Lo que resulta contrario a lo establecido en la ley que prohíbe la reforma en peor al interior de los procedimientos sancionadores.
- b. **Argumentos de la contestación a la demanda contenciosa administrativa de ASOCIACIÓN PERUANA DE ARTISTAS AUDIOVISUALES (APSAV) (Tercero Interesado).**
13. En el expediente no obra la contestación a la demanda contenciosa administrativa por parte de la ASOCIACIÓN PERUANA DE ARTISTAS AUDIOVISUALES (APSAV).
- c. **Argumentos de la contestación a la demanda contenciosa administrativa del INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL-INDECOPI.**
14. EI INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL-INDECOPI, de la República del Perú, en su contestación a la demanda, expresa, en lo principal, los siguientes argumentos:
- En el caso de obras plásticas, debe permitirse de ser necesario, la reproducción de obras en la medida en que contribuyan a hacer más comprensible y atrayente la información u opinión que se publica o difunde. Asimismo, en el caso de cita de obras audiovisuales, el público debe centrar su interés en el artículo periodístico y no en las ilustraciones que deben cumplir un papel accesorio.
 - Que en alguna de la reproducciones efectuadas por Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A., contenían una serie de copias de obras de terceros en gran cantidad o tamaño, que no podían calificar como "Derecho de Cita" o "usos con fines informativos", por dos razones: i) porque la imagen no tenía por finalidad aclarar la idea expuesta en el artículo, y ii) porque la imagen citada era de tal extensión que no podía calificar como "usos honrados" y/o acordes a la medida justificada por el fin que se perseguía.
 - Que Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. no sólo reprodujo obras completas, sino que inclusive modificó algunas obras y las presentó ante sus lectores de tal forma que lo que resaltaba era la obra audiovisual y no el artículo periodístico. Asimismo en otras situaciones ni siquiera existía conexión entre la imagen y el artículo periodístico. Lo que permite concluir que vulneró la Ley de Derechos de Autor, por haber reproducido y distribuido imágenes de obras sin autorización de su titular, no habiendo hecho uso del derecho de cita o de fines informativos.
 - Que la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV), ha cumplido con todos los requisitos que establece la ley para interponer la denuncia materia de pronunciamiento por infracción a los derechos de autor, toda vez que contaba y cuenta con contratos suscritos con entidades extranjeras y con la autorización correspondiente del INDECOPI para actuar como una Sociedad de Gestión Colectiva de los Derechos de Autores de obras audiovisuales, por lo que se encontraba debidamente legitimada para interponer la denuncia. Lo

que guarda estrecha relación con lo establecido en el artículo 49 de la Decisión 351.

- Que respecto a la vulneración de la ley al reformar en peor la multa, se debe tener en cuenta que en sede administrativa no se impuso un único recurso de apelación, sino de que la demandante también formuló el referido recurso impugnatorio, solicitando la reevaluación de las pruebas aportadas, lo que dio lugar a que la entidad administrativa volviera a analizar el alcance de la infracción cometida. Asimismo, el hecho que APSAV no haya apelado la resolución de la Comisión en el extremo de la multa impuesta, carece de relevancia, toda vez que la multa que se le impuso no era apelable por APSAV al haberse impuesto en virtud de una facultad de la administración.

d. Argumentos contenidos en la sentencia de Primera Instancia.

15. El Tercer Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró fundada la demanda interpuesta por la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A., en consecuencia nula la Resolución 1780-2010/TPI-INDECOPI de 11 de agosto de 2010, al considerar que no se habrían vulnerado los Derechos de Autor, ya que la conducta del demandante se encontraría dentro de la excepción de "usos con fines informativos", que establece el artículo 22 literal f) de la Decisión 351.

e. Argumentos del Recurso de Apelación:

16. El INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL-INDECOPI, dentro de su recurso de apelación manifiesta lo siguiente:

- Que la sentencia incurre en error al considerar que se requiere de una norma que establezca expresamente una determinada medida como límite máximo de dimensión permitida para la reproducción de una obra de arte, lo que resulta incongruente tanto con nuestra normatividad nacional como comunitaria, que establece que la licitud de la reproducción se debe determinar en la medida justificada por el fin de la información, y que se determina en cada caso en particular.
- Que la reproducción de la obra "Mao" y S/T de Sabogal, resultan excesivas con relación a la nota periodística publicada, por lo que no se puede considerar dentro de la excepción de reproducción de una obra con fines informativos. Asimismo, la reproducción de la obra "Marilyn" no guarda relación con la nota periodística, por lo que no podría encontrarse justificada su reproducción en un artículo periodístico con el cual no guarda relación alguna, debido a que no podría existir un fin informativo en su reproducción.
- Finalmente la sentencia se pronuncia respecto de extremos que no han sido planteados en la demanda, ni tampoco en la apelación presentada por la ahora demandante en sede administrativa; pronunciamientos extrapetita, que también determinan la nulidad de la misma.

B. INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL:

La Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, República del Perú, ha solicitado la interpretación prejudicial del artículo 22 literal f) de la Decisión 351 de

la Comisión del Acuerdo de Cartagena¹, norma que será interpretada.

Con fundamento en la potestad que deriva del artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal, se considera procedente interpretar, de oficio los artículos 1, 3, 4 literal g), 13 literales a) y b), 14 y 21 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena².

C. CUESTIONES A SER INTERPRETADAS:

En armonía con lo expuesto, los temas que deben ser objeto de la presente interpretación prejudicial son los siguientes:

- A. Los Derechos de Autor. Su ámbito de protección. Las obras de arte plásticas (Las pinturas).
- B. De los derechos morales y patrimoniales que confiere la protección del derecho de autor. La reproducción de una obra protegida. el derecho patrimonial de distribución.
- C. Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor. "El uso de obras de artes plásticas (Pinturas) con fines informativos en medios periodísticos". Los usos honrados. La regla de los tres pasos.

A. LOS DERECHOS DE AUTOR. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN. LAS OBRAS DE ARTE PLÁSTICAS (LAS PINTURAS).

- 17. En el proceso interno se discute la violación de Derechos de Autor por lo que se hace necesario determinar qué es y sobre qué recaen los Derechos de Autor.

¹ Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

(...)

f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;

² Artículo 1.- Las disposiciones de la presente decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

Asimismo, se protegen los derechos conexos a que hace referencia el capítulo x de la presente decisión.

Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:

(...)

•Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

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:

(...)

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

(...)

Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...)

Artículo 14.- Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.

(...)

Artículo 21.- Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

18. En el Proceso 110-IP-2007. "infracción a Derechos de Autor", publicado en la Gaceta Oficial N° 1588, de 20 de febrero de 2008, el Tribunal ha determinado el objeto de protección de los Derechos de Autor y su ámbito de protección, de la siguiente manera:

"El derecho de autor protege todas las manifestaciones originales, literarias, artísticas y científicas, que sean fruto del ingenio humano, cuando ellas son o puedan ser accesibles a la percepción sensorial y puedan ser objeto de reproducción por cualquier medio apto para tal finalidad. Es un derecho que se ejerce sobre un bien inmaterial soportado en obras de naturaleza artística, literaria o científica y que está regulado y es objeto de protección por los diferentes ordenamientos jurídicos estatales y, también, por los comunitarios, como sucede en el ordenamiento comunitario andino donde este derecho se regula por la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En palabras de Charria García tal derecho se ejerce "con facultades absolutas para quien tenga la titularidad y referido a todo el mundo; a diferencia de los derechos reales que se ejercen sobre las cosas y de los personales que sólo permiten al acreedor hacer valer su derecho frente al deudor". (Charria García, Fernando. Derechos de Autor en Colombia. Ediciones Instituto Departamental de Bellas Artes. Cali. 2001. Pág. 21).

19. Al referirse al objeto de la protección que brinda el derecho de autor es importante mencionar que se entiende por "autor", por "obra" y por "publicación" en la legislación andina, los cuales a voces del artículo 3 de la Decisión 351, son definidos como "Autor: Persona física que realiza la creación intelectual"; "Obra: toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma"; y, "Publicación: Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra".
20. El Tribunal ha sostenido "También doctrinariamente se han elaborado algunas nociones de lo que es obra intelectual, entre otras, las que consideran que es: 'una creación de la inteligencia, con notas de originalidad y significación (...). Toda expresión personal de la inteligencia que tenga individualidad, que desarrolle y exprese, en forma integral, un conjunto de ideas y sentimientos que sean aptos de ser hechos públicos y reproducidos (...) expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una creación integral. (EMERY, Miguel Ángel. 'PROPIEDAD INTELECTUAL'. Editorial Astrea. Argentina. 2003. Pág. 11)'. (Proceso N° 139-IP-2006. Patente: "RECIPIENTES DE SEPARACIÓN PARA DIRIGIR EL ANÁLISIS DE AGLUTINACIÓN DE LAS CÉLULAS SANGUÍNEAS Y FORRO O REVESTIMIENTO TUBULAR PARA PREVENIR CONTAMINACIONES", publicado en la Gaceta Oficial N° 1433, de 24 de noviembre de 2006).
21. La doctrina menciona asimismo, algunas características de la "obra" como objeto del Derecho de Autor, entre las que se destaca: "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". (Antequera Parilli, Ricardo. "El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela" Autoralex. Venezuela. 1994. Pág. 32).

22. En similar sentido, Baylos Corroza enfatiza sobre el elemento o característica de originalidad como supuesto necesario para que pueda hablarse de obra y de derecho de autor al exponer que: "la originalidad no quiere decir otra cosa sino que la obra pertenezca efectivamente al autor; que sea obra suya y no copia de la obra de otro. Porque en la propiedad intelectual la creación no se contempla como aportación del autor al acervo de las creaciones anteriormente existentes, de modo que venga a incrementarlo mejorándolo, lo que explicaría el valor que en la obra habría de representar ser nueva". (Baylos Corroza, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas. 2ª edición. 1993).
23. La normativa sobre Derechos de Autor tiene como objeto de protección a la obra intelectual. La existencia de la obra es el presupuesto de la existencia del derecho y el sujeto que se beneficia de esta tutela legal es el autor de la creación intelectual.
24. El artículo 4 de la Decisión 351 determina que son objeto de protección las obras literarias, artísticas y científicas, susceptibles de ser divulgadas o reproducidas a través del empleo de diferentes medios y, hace una enumeración ejemplificativa de las obras protegidas mencionando en el literal a) las obras expresadas por escrito, aunque omite dar el concepto de ellas. Sin embargo, se puede decir que éstas son creaciones que se materializan a través del empleo de signos gráficos que permiten su lectura y comprensión.
25. Es decir, el artículo 4 establece que la protección recae sobre la obra que pueda reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Se entiende por reproducción la fijación de la obra, es decir, la incorporación de sus signos, sonidos o imágenes en una base material que permita su percepción, comunicación u obtención de copias de la totalidad o de parte de ella, y por divulgación el acto de acceso de la obra al público, por cualquier medio o procedimiento (artículos 3 y 14 de la Decisión citada).
26. Dentro del Capítulo II de la Decisión 351, ahora analizado, también, se consideran obras, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras, siempre y cuando, se cumpla con el requisito esencial de contar con la autorización del autor original, cuyos Derechos de Autor seguirán siendo protegidos (artículo 5).
27. La norma comunitaria protege los derechos de autor independientemente de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra. Además, la Decisión 351 reconoce que el objeto específico y exclusivo de protección no son directamente las ideas del autor, sino la forma a través de la cual tales ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra literaria, artística o científica (artículo 7).
28. La obra protegida debe ser original con características propias que la hagan diferente; cabe mencionar, que las ideas son universales y pueden divulgarse sin restricción alguna; la doctrina señala que "Una simple idea, cualquiera sea su valor, no está protegida, lo cual permite decir que la ley tiene en consideración la forma del derecho de autor y no el fondo". (Pachón Muñoz, Manuel. Manual de Derechos de Autor. Editorial Temis. Colombia. 1998. Pág. 12); esto significa que se protege la individualidad, originalidad y estilo propio del autor para manifestar sus ideas. Sobre el tema se agrega que: "Con reconocer al autor el derecho de propiedad, no se le declara propietario de las ideas en si mismas, sino de la forma enteramente original e individual que les ha dado, cosa suya y de que

debe disponer, en atención a la propiedad que sobre ella tiene y al servicio que, poniéndola en circulación presta". (Mascareñas, Carlos. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo III. Editado por Francisco Seix. Barcelona. 1951. Pág. 137).

29. El artículo 4 de la Decisión 351 determina que son objeto de protección las obras literarias, artísticas y científicas, susceptibles de ser divulgadas o reproducidas a través del empleo de diferentes medios y, hace una enumeración ejemplificativa de las obras protegidas, mencionando en el literal g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos pinturas, esculturas, grabados y litografías.
30. La Decisión 351 no da el concepto de lo que se debe entender por aquéllos. Sin embargo, se puede decir que se incluyen en el concepto de obras plásticas o artes plásticas, la cual engloba manifestaciones creativas muy distintas, en tanto que se parte de un concepto basado en la expresión a través de la forma y el color que se da a materias preexistentes.
31. De acuerdo al 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 y pintura monumental en grandes 26 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." (Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Manual de Propiedad Intelectual. Tirant lo Blanch. Tercera Edición. Valencia-España. 2006. p. 67).
32. Asimismo, deviene necesario advertir lo siguiente: "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 (...)" (Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Manual de Propiedad Intelectual. Op. cit., pp. 68-69).
33. El artículo 4 de la Decisión 351 establece que la protección recae sobre la obra que pueda reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Se entiende por reproducción la fijación de la obra, es decir, la incorporación de sus signos, sonidos o imágenes en una base material que permita su percepción, comunicación u obtención de copias de la totalidad o de parte de ella, y por divulgación el acto de acceso de la obra al público, por cualquier medio o procedimiento (artículos 3 y 14 de la Decisión citada).
34. Finalmente, el Tribunal ha señalado: "De los textos citados se desprende que, a los efectos de su tutela, la obra artística, científica o literaria, susceptible de reproducción o divulgación, debe ser una creación original. Por tanto, la protección no depende del mérito de la obra o de su destino (Lipszyc, Delia: "Derecho de autor y derechos 27 conexos". Ediciones Unesco-Cerlalc-Zavalía,

1993, p. 61), ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla (Antequera Parilli, Ricardo: "Derecho de Autor". Tomo 1, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1999, p.127), sino de que ella posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, diferencia que deberá examinarse y valorarse como una cuestión de hecho en cada caso". (Proceso 165-IP-2004, ya citado)".

35. Por lo expuesto, sobre la base de la norma comunitaria y de la doctrina citada el Tribunal reconoce a las obras plásticas (pinturas) como objeto de protección de los derechos de autor, siempre que estas, al igual que el resto de obras literarias, artísticas y científicas, cuenten con originalidad y creatividad del autor, por lo tanto, es derecho exclusivo del autor, o en su caso de sus derechohabientes, la reproducción de dichas pinturas por cualquier forma o procedimiento.

A. DE LOS DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES QUE CONFIERE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR. LA REPRODUCCIÓN DE UNA OBRA PROTEGIDA. EL DERECHO PATRIMONIAL DE DISTRIBUCIÓN.

36. En el proceso interno se discute la supuesta infracción de un derecho de autor al reproducir obras plásticas en la publicación del Diario Oficial "El Peruano", en razón de los cual se analizarán los temas antes citados.

De los derechos morales y patrimoniales que confiere la protección del derecho de autor.

37. Los **derechos morales** protegen la correlación autor obra con base en 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.

38. 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).

39. El mismo artículo consagra también ciertas facultades que se enmarcan dentro del grupo derechos morales. Siguiendo la pertinente clasificación que Delia Lipszyc hace en su libro "Derecho de Autor y Derecho Conexos", se tiene que las facultades pueden ser positivas o negativas (defensivas). Sobre este tema se puede consultar: Lipszyc, Delia: "Derecho de autor y derechos conexos". Ediciones UNESCO - Cerlalc-Zavalia, 1993, p. 61 25 acciones que el titular del derecho de autor puede hacer con su obra; ahí se encuentran la facultad de divulgar la obra, modificarla y retirarla (literal a del artículo 11 de la Decisión 351).

40. Las segundas son todas aquellas acciones tendientes a defender la paternidad de la obra (literales b y c del artículo 11 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena). 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 mencionado artículo 11.

41. Los derechos patrimoniales, por su parte, agrupan todas aquellas facultades que posee el autor de la obra en relación con las diferentes utilidades económicas de la misma. El artículo 13 de la Decisión 351 enlista en categorías muy generales las posibles acciones de realizar: autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra”.

La reproducción de una obra protegida. El derecho patrimonial de distribución.

42. En este punto se reitera lo manifestado por este Tribunal en el Proceso 110-IP-2007.

“El artículo 14 de la Decisión 351 consagró una definición de lo que se considera reproducción: “Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”.

Lo que persigue el derecho patrimonial mencionado es que el autor pueda generar copias totales o parciales de la obra original o transformada, por cualquier medio o procedimiento, lo que implica la facultad de explotar la obra. Que el derecho patrimonial de reproducción incluya la obra transformada amplía de una manera muy importante su ámbito de protección, ya que cualquier adaptación, traducción, arreglo, etc, debe contar con el consentimiento del autor.

Como se advirtió anteriormente, los derechos patrimoniales no son absolutos y, por lo tanto, se encuentran restringidos por una serie de limitaciones y excepciones, teniendo en cuenta que no se afecte la normal explotación de las obras o no se causen perjuicios injustificados a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos (Usos honrados).

De conformidad con el artículo 21, las legislaciones internas de los Países Miembros pueden establecer dichas limitaciones y excepciones de conformidad con lo anteriormente anotado”. **DERECHO PATRIMONIAL EXCLUSIVO DE DISTRIBUCIÓN DE LA OBRA.**

El artículo 13, literal c), de la Decisión 351 establece como derecho patrimonial exclusivo la facultad que tiene el autor de realizar, autorizar o prohibir la distribución pública de ejemplares de la obra.

Dentro del Proceso 110-IP-2007, este Tribunal señaló que: “Dicha facultad es una expresión clara de la prerrogativa de que goza el titular de una obra para disponer de ella, bien sea a título oneroso o gratuito. El artículo mencionado parece circunscribir la distribución de la obra a la venta, arrendamiento o alquiler.

Lo anterior debe ser interpretado de conformidad con la definición que de distribución al público establece el artículo 3: “Puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”.

De conformidad con la definición trascrita, el derecho de distribución pública de la obra no sólo se circunscribe a los actos jurídicos determinados en el literal c) del artículo 13, sino a cualquier otro acto jurídico que ponga la obra a disposición del público, que bien puede ser a título gratuito u oneroso”.

43. Por lo tanto, dentro del proceso interno, se deberá verificar si la demandada realizó una reproducción y/o distribución no autorizada por parte de la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) de las pinturas publicadas en el Diario Oficial “El Peruano”.

B. LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR. “EL USO DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS (PINTURAS) CON FINES INFORMATIVOS EN MEDIOS PERIODÍSTICOS”. LOS USOS HONRADOS. LA REGLA DE LOS TRES PASOS.

Las limitaciones y excepciones al derecho de autor. “El uso de obras de arte plásticas (pinturas) con fines informativos.

44. La Sala consultante ha solicitado a este Tribunal se pronuncie respecto a: “Cuáles son los criterios, y cómo deben ser empleados, para determinar si el uso periodístico de obras de arte infringe los Derechos de Autor”, por lo que en este acápite se verificará lo relacionado al uso de obras plásticas con fines informativos, los usos honrados y la regla de los tres pasos.
45. Se debe tener en cuenta la función social de los Derechos de Autor. Si bien dichos derechos tienen una gran importancia económica y, por lo tanto, alrededor de su protección se encuentra el amparo de bienes culturales y de gran impacto tecnológico, se debe considerar esencial la implicancia social que éstos entrañan.
46. El derecho a la información, el acceso al conocimiento y los fines educativos son puntos clave en dicha función con fines sociales, lo que conlleva a considerar a los Derechos de Autor como no absolutos. De conformidad con lo anterior, las normas que regulan la protección de los Derechos de Autor, en cuanto a su carácter patrimonial, tienen previsto una serie de excepciones a los mismos, que bien pueden ser libres y gratuitas o sujetas a remuneración.
47. A nivel comunitario andino, la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en su capítulo VII denominado “De las limitaciones y excepciones”, establece, de manera no taxativa, una serie de limitaciones y excepciones libres y gratuitas a los Derechos de Autor, dentro de las que se destacan: el derecho a citar las obras publicadas cumpliendo ciertos requisitos para ello, el uso para fines educativos, el uso para fines personales, el uso para actuaciones judiciales o administrativas, entre otros.
48. Es importante tener en cuenta para que operen las anteriores limitaciones y excepciones, que éstas sólo pueden darse después de que la obra sea publicada por primera vez con autorización del autor. Lo anterior para proteger el derecho moral del mismo sobre la obra. Del derecho de autor se desprenden un conjunto de facultades que posee el autor de la obra. Dichas facultades se suelen dividir en dos grupos o clases: los derechos morales y los derechos patrimoniales.
49. Al respecto, la norma comunitaria prevé la posibilidad de que las legislaciones internas de los Países Miembros establezcan limitaciones y excepciones a la

protección por el derecho de autor, pero somete tales limitaciones y excepciones a la exigencia de que se trate de usos honrados, es decir, de usos que no atenten contra la explotación normal de las obras y que no causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular o titulares de los derechos (artículos 3 y 21).

50. En el orden comunitario, tales limitaciones y excepciones significan la posibilidad de realizar lícitamente, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos, enumerados en el artículo 22 de la Decisión: citar una obra publicada en otra, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, y a condición de que la cita se haga conforme a los usos honrados, en la medida justificada por el fin que se persiga (literal a); reproducir para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos o breves extractos de obras lícitamente publicados, a condición de que tal utilización no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro, y que se haga conforme a los usos honrados (literal b); reproducir individualmente una obra, por parte de una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y siempre que la reproducción se realice con el fin de preservar el ejemplar y sustituirlo, en caso de extravío, destrucción o inutilización, o de sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar extraviado, destruido o inutilizado (literal c); reproducir y distribuir por la prensa, o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, radiodifusión o transmisión pública no se hayan reservado expresamente (literal e); reproducir y poner al alcance del público, a propósito de informaciones relativas a acontecimientos de actualidad, por medio de la fotografía, la cinematografía, la radiodifusión o la transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información (literal f); reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales, u otras obras similares pronunciadas en público, sobre hechos de actualidad y con fines de información, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y sin perjuicio del derecho de los autores a publicar colecciones de tales obras (literal g); realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de bellas artes, fotográfica o de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público (literal h); realizar grabaciones efímeras de una obra, por parte de organismos de radiodifusión que tengan derecho a radiodifundirla, con sus propios equipos y para utilizarla en sus propias emisiones (literal i); realizar la representación o la ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza, por parte de su personal y de sus estudiantes, siempre que no se cobre por la entrada y que no se tenga un fin lucrativo, directo o indirecto, y a condición de que el público esté compuesto exclusivamente por personal y estudiantes de la institución, padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de dicha institución (literal j); y realizar la transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por éste, siempre que la transmisión o retransmisión sea simultánea a la radiodifusión original, y que la obra se emita sin alteraciones (literal k).

51. Se trata de limitaciones y excepciones que alcanzan a restringir derechos patrimoniales del autor, no sus derechos morales.

Usos honrados.

52. Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. manifiesta que el uso que hizo de las obras representadas por la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) fue apegada a derecho y con fines informativos, por lo que para complementar el tema anterior, este Tribunal se referirá adicionalmente a los usos honrados.
53. Como dijimos, el artículo 3 de la Decisión 351 define qué es usos honrados de la siguiente manera: "Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor."
54. Respeto al tema de los usos honrados, este Tribunal en su Interpretación Prejudicial 44-IP-2013 se ha pronunciado en el siguiente sentido:

"El concepto de usos honrados parte de lo que se denomina **buena fe comercial**. Y en armonía a lo mencionado se toma en consideración lo que la doctrina señala sobre el tema: "Tal y como se emplea en la ley, la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo "comercial", por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. En consecuencia, el criterio corporativo toma importancia, pues el juicio de valor debe revelar con certeza que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe. Teniendo en cuenta la precisión anterior y uniendo la noción de buena fe al calificativo comercial, se debe entender que esta noción se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones". (Jaekel Kovaks, Jorge. Apuntes Sobre Competencia Desleal, Seminarios 8. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Universidad Javeriana, pág. 45).

En cuanto al concepto de acto contrario a los usos y prácticas honrados, el Tribunal ha considerado que "son actos que se producen, precisamente, cuando se actúa con la intención de causar daño o de aprovecharse de situaciones que puedan perjudicar al competidor". (Proceso 38-IP-98, publicado en la Gaceta Oficial N° 419, de 17 de marzo de 1999).

La legislación andina trata de prevenir conductas que atenten contra los usos mercantiles honrados, por tanto, la protección a los competidores, al público consumidor y al interés general, en relación con una competencia deshonesto o desleal, se desprende de la propia normativa andina.

La licitud de medios, en el ámbito vinculado con los Derechos de Autor, significa que la conducta competitiva del agente económico debe ser compatible con los usos y prácticas consideradas honestas por quienes participan en el mercado, toda vez que la realización de actos constitutivos de una conducta contraria al citado deber de corrección provocaría desequilibrios en las condiciones del mercado y afectaría negativamente los intereses de competidores y consumidores.

Es necesario señalar, las normas de represión de la Competencia Desleal protegen a la publicación reproducida, en cuanto se debe reprimir la mala fe

comercial, en cuanto conducta contraria a los usos honrados, a fin de evitar que terceros no autorizados se beneficien de la creatividad e innovación ajenas.

Sin embargo, el Tribunal ha aclarado que "la autoridad nacional competente está facultada para adoptar las medidas respectivas cuando haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley, con la salvedad de que éstas no podrán recaer respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para exclusivo uso de un solo individuo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de la misma Decisión.

"La buena fe (...) comprende los llamados usos honrados y el uso personal que tal como los describe el artículo 3, in fine de la Decisión 351, son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicios irrazonables a los intereses legítimos del autor o se trata de una forma de utilización de la obra exclusivamente para uso propio y en casos como de investigación y esparcimiento personal". (Proceso 12-IP-98. Patente de Invención: "COMPOSICIONES DETERGENTES COMPACTAS CON ALTA ACTIVIDAD CELULASA", publicado en la GACETA Oficial N° 428, de 16 de abril de 1999).

Los derechos patrimoniales no son absolutos y, por lo tanto, se encuentran restringidos por una serie de limitaciones y excepciones, teniendo en cuenta que no se afecte la normal explotación de las obras o no se causen perjuicios injustificados a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos (Usos honrados). De conformidad con el artículo 21, las legislaciones internas de los Países Miembros pueden establecer dichas limitaciones y excepciones de conformidad con lo anteriormente anotado" (Proceso 110-IP-2007. Infracción a Derechos de Autor, publicado en la Gaceta Oficial. N° 1588, de 20 de febrero de 2008)".

La Regla de los tres pasos.

55. Como se ha mencionado el derecho patrimonial posee excepciones y limitaciones determinadas por la ley en su actuar, dentro de las cuales el Juez consultante, con el objeto de determinar si existió un uso honesto por parte de la denunciada Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. de las pinturas publicadas en el diario Oficial "El Peruano" debe considerar la aplicación de la denominada "regla de los tres pasos".
56. En la jurisprudencia internacional se utiliza la regla de los tres pasos a través de un test: que consiste en determinar lo siguiente:
- 1) El establecimiento de casos especiales;
 - 2) Que no se atente contra la normal explotación de la obra; y,
 - 3) Que no se perjudiquen los legítimos intereses del titular.
57. El Comité Permanente de Derecho de Autor y derechos conexos de la OMPI ha realizado un "Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital" (2003)³. La "prueba del

³ Comité Permanente de Derecho de Autor y derechos conexos de la OMPI, "Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital", Ginebra, 2003. Disponible en: www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_9/sccr_9_7.doc
Véase también: https://www.eff.org/sites/default/files/filenode/tpp_3pasos.pdf
Ver algunos ejemplos en More on the 3-step test in global copyright negotiations: <http://keionline.org/node/1568>
Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" para excepciones al derecho de autor: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253867

criterio triple” o denominada regla de los tres pasos, establece lo siguiente: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

58. Por su parte, el artículo 21 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, explícitamente manifiesta la existencia de las limitaciones y excepciones al derecho de autor que se establezcan en las legislaciones internas de los Países Miembros, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses de su titular, es decir, admite la denominada regla de los tres pasos para los Países Miembros de la Comunidad Andina.

59. Para un mejor análisis del caso en concreto, este Tribunal analizará cada una de las reglas.

1. El establecimiento de casos especiales.

60. Respecto a los casos especiales, el Grupo Especial de la OMC señaló que: “una excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida. Sin embargo, no es necesario identificar explícitamente todas y cada una de las situaciones posibles a las que podría aplicarse la excepción siempre que su alcance sea conocido y particularizado. Esto garantiza un grado suficiente de certidumbre jurídica”⁴.

61. En cuanto al significado de “especial”, el Grupo Especial de la OMC afirmó que este término significa que se requiere algo más “que una definición clara a fin de cumplir la norma de la primera condición. Además, las excepciones o limitaciones deben ser limitadas en cuanto a su campo de aplicación o excepcionales en su alcance. En otras palabras una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y en el cualitativo. Esto sugiere un ámbito reducido así como un objetivo excepcional o característico.

62. Por su parte, el catedrático Ginsburg⁵ manifiesta que la frase “determinados casos especiales” debería recibir una interpretación normativa, teniendo en cuenta que, en cualquier caso, el propósito de una determinada excepción será objeto de examen en el marco de la segunda y tercera regla, es decir cuando atente contra la explotación normal de la obra o cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor.

63. Para el caso en análisis, la Sala consultante al resolver deberá verificar si la reproducción no autorizada de diversas obras que la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) administra, puede encasillarse en un caso especial y en una excepción al uso no autorizado de una obra de derecho de autor, siempre y cuando esté en apego con la segunda y tercera regla de los tres pasos que a continuación se enuncian.

2. Que no se atente contra la normal explotación de la obra.

64. Para explicar lo que se refiere a la segunda regla citaremos al Profesor Goldstein quien ha manifestado que: “Al menos históricamente un autor

⁴ Grupo Especial de la OMC, p. 46.

⁵ J. Ginsburg, “Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel; Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions” [2001] Revue internationale du droit d’auteur, enero 2001.

explotará normalmente una obra únicamente en los mercados en que tenga garantizados los derechos reconocidos por la ley; por definición, los mercados en los que se explotan obras objeto de exención están fuera del ámbito de explotación normal. En consecuencia, cabe pensar que ampliar una exención equivale a limitar el "mercado normal", mientras que ampliar la definición de "mercado normal" equivale a limitar la excepción permitida"⁶.

65. En consecuencia, deberá interpretarse que la frase "explotación normal" incluye "además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica"⁷. En consecuencia, las excepciones previstas en la legislación nacional que no entren en competencia económica (en el presente o en el futuro) con los usos no exentos no deberían oponerse a la segunda condición del Artículo 9.2). Entonces, ¿cuál es el caso de un uso que no entra en competencia económica con los intereses del titular del derecho de autor pero que no obstante crea un beneficio económico para el usuario? ¿Deberá considerarse que se trata de un uso que entra dentro del ámbito de explotación normal de esa obra? A este respecto, debe recordarse que el Artículo 9.2) tenía por fin dar cabida a las excepciones ya existentes en virtud de las legislaciones nacionales, algunas de las cuales podrían haber sido consideradas capaces de crear un beneficio económico para el usuario⁸.

66. El Grupo Especial de la OMC abordó expresamente esta cuestión de la manera siguiente, al interpretar la misma frase ("no atenten contra la explotación normal de la obra") presente en el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

"... a nuestro parecer, no toda utilización de una obra, que en principio está comprendida en el alcance de los derechos exclusivos y entraña utilidades comerciales, atenta necesariamente contra la explotación normal de dicha obra. Si este fuera el caso, apenas habría excepciones o limitaciones que pudieran cumplir con la segunda condición y el Artículo 13 resultaría sin sentido, puesto que la explotación normal equivaldría al pleno uso de los derechos exclusivos"⁹.

67. El Grupo Especial prosiguió afirmando lo siguiente:

"Consideramos que una excepción o limitación de un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal de la obra (es decir, el derecho de autor o más bien todo el conjunto de derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor), si las utilidades, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho

⁶ Paul Goldstein, *International Copyright. Principles, Law and Practice* § 5.5 (2001) (Traducción de la Oficina Internacional).

⁷ Grupo Especial de la OMC, p. 65, párr. 6.180.

⁸ Aunque de manera indirecta, este punto fue comentado en el programa del Grupo de Estudio Sueco/BIRPI para la Conferencia de Estocolmo: "En tal sentido, el Grupo de Estudio [1964] observó que, de una parte, era evidente que todas las formas de explotar una obra que tenían, o podían adquirir, considerable importancia económica o práctica debían en principio reservarse a los autores; las excepciones que pudieran restringir las posibilidades de que disponían los autores a este respecto eran inaceptables. Por otra parte, no debía olvidarse que las leyes nacionales contenían ya una serie de excepciones en favor de diversos intereses públicos y culturales y que sería inútil suponer que los países estarían dispuestos en este momento a abolir esas excepciones de manera apreciable." *Actas 1967*, Vol. I, p. 112 (Doc S/1).

⁹ Grupo Especial de la OMC, p. 65, párr. 6.182.

de la obra (es decir, el derecho de autor) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables¹⁰.

68. El Convenio de Berna contiene una serie de disposiciones que reconocen que pueden establecerse limitaciones y excepciones a los derechos de los autores en determinadas circunstancias específicas que están justificadas por otras consideraciones de "política pública" distintas de las de tipo económico (...). Cada uno de ellos está sujeto a distintas condiciones, pero se basa en un tipo de consideración normativa que no está centrada en los autores y en razones de tipo económico, como la libertad de información y la "democracia participativa" (Artículo 2.4) y Artículo 2bis.1), la crítica y el análisis (Artículo 10.1), los fines educativos (Artículo 10.2) y la difusión de noticias (Artículo 10bis.1) y 2). La única diferencia existente entre estas disposiciones del Artículo 9.2) es que incorporan (en mayor o menor medida) en el texto de cada una de ellas los resultados del equilibrio obtenido en las sucesivas conferencias de revisión en que han sido adoptadas, mientras que el Artículo 9.2) sirve deliberadamente de disposición global o general que es aplicable eventualmente a todas las excepciones al derecho de reproducción.
69. Como se dijo en líneas precedentes deberá interpretarse que la frase "explotación normal" incluye "además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica"¹¹. En consecuencia, las excepciones previstas en la legislación nacional que no entren en competencia económica (en el presente o en el futuro) con los usos no exentos no deberían oponerse a la segunda condición del artículo 9.2.¹²
70. En el Convenio de Berna de la OMPI, la definición de usos honrados hace referencia a aquello que es normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone al sentido común, asimismo en el artículo 3 de la Decisión 351 (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos) se los define como aquellos usos que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en determinar que los usos honrados, es un criterio que nos permite determinar, desde la óptica de la legislación romano-germánica, cuando es posible restringir o limitar el derecho exclusivo de explotación del autor, consecuentemente, la utilización no autorizada de imágenes protegidas por derechos de autor, entre ellas las obras plásticas artísticas, solo podrá ser lícita si dicho uso se circunscribe dentro de alguno de los supuestos señalados dentro de la norma.

71. Por lo manifestado, la Sala consultante al resolver en aplicación del segundo de los tres pasos, deberá verificar si como consecuencia de la reproducción no autorizada de diversas obras que la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) administra, ésta asociación dejó de percibir utilidades por el hecho de haber sido publicadas en el Diario "El Peruano" de propiedad de la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S. A. y verificar si las obras artísticas bajo administración de la APSAV se promocionan por una circulación de esta naturaleza siendo éste el medio por el cual posibles clientes acceden a dichas obras.

¹⁰ Grupo Especial de la OMC, p. 66, párr. 6.183.

¹¹ Grupo Especial de la OMC, p. 65, párr. 6.180.

¹² Convenio de Berna

3. Que no se perjudiquen los legítimos intereses del titular.

72. El artículo 21 de la Decisión 351 dispone que se harán efectivas las limitaciones, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos, siendo oportuno diferenciar entre lo que se entiende por autor y titular.
73. El autor siempre va a ser aquella persona natural que con su intelecto e imaginación plasma y crea una obra, mientras que el titular es quien ejerce los derechos morales y patrimoniales el que no necesariamente es el autor. Pueden converger en una misma persona las dos calidades, sin embargo, no siempre el titular va a ser una persona natural.
74. Puede por ejemplo puede titular de una obra una persona jurídica, sin embargo, jamás será autor ya que por su calidad propia de persona ficticia, no lo puede ser, quedando limitada esta calidad para la persona natural, he ahí la razón por la cual la norma habla de titular y no de autor.
75. Profundizando ya el tema, la tercera regla de los tres pasos indica que no debe perjudicar los legítimos intereses del titular de la obra, en razón de lo cual hace falta analizar que se entiende por legítimo interés.
76. En las actas de la Conferencia de Estocolmo se ofrecen pocas indicaciones sobre el sentido de esta condición, aparte de la observación que figura en el programa de la Conferencia de que existía "la dificultad considerable de hallar una fórmula capaz de salvaguardar los intereses legítimos del autor al tiempo que se concede un margen suficiente de libertad a la legislación nacional para satisfacer importantes necesidades sociales o culturales¹³". Además, se observó que la formulación propuesta en el programa "al parecer, ofrece una garantía a todos los intereses opuestos en cuestión." Estas observaciones indican que el tercer criterio del Artículo 9.2) exige que se equilibren nuevamente los intereses, lo cual queda confirmado al considerar el sentido de las palabras fundamentales utilizadas en su formulación.
77. Así pues, en el contexto presente, los "intereses" en cuestión son los del "autor", y no los del "titular de los derechos" como en el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Como los derechos de los autores que están protegidos en virtud del Convenio de Berna incluyen los derechos patrimoniales y de otro tipo (morales) en virtud del Artículo 6bis, está claro que el término "intereses" que figura en el Artículo 9.2) abarca los intereses pecuniarios y de otro tipo¹⁴.
78. En cuanto al término "legítimo" según el diccionario tiene el sentido de "conforme a, sancionado o autorizado por, leyes o principios; lícito; justificable; apropiado"¹⁵. Por este término se podría entender el carácter lícito en un sentido positivista, pero el Grupo Especial de la OMC observó asimismo que tiene la

¹³ *Ibid.*, Vol. I, p. 113 (Doc S/1, p. 43).

¹⁴ Nordemann *et al* (p. 109) señalan que la referencia al "autor" en el Artículo 9.2) siempre deberá interpretarse como "el autor y sus derechohabientes u otros titulares de derechos exclusivos de explotación" y prosigue afirmando: "el equilibrio de intereses que nos ocupa... guarda relación no solamente con los intereses personales del autor sino también con los intereses económicos que puedan estar representados por los titulares de derechos de autor." No obstante, éste no sería necesariamente el caso del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC puesto que los derechos morales quedan expresamente excluidos del ámbito de dicho Acuerdo.

¹⁵ OED, p. 2496.

connotación de legitimidad desde una perspectiva más normativa¹⁶. Por lo tanto, parece razonable concluir que, si bien la frase "intereses legítimos" abarca todos los intereses (patrimoniales y de otro tipo) de los autores que han de ser protegidos en virtud de las Actas de Estocolmo/París, no se trata de un concepto incondicional o absoluto: debe existir alguna justificación normativa en la que se basen esos intereses. Dicho de otro modo, existe una esfera "adecuada" de aplicación para los intereses de los autores que no ha de explotarse independientemente de otras consideraciones. Al parecer, esto trae de nuevo a colación la clase de mecanismo en aras del equilibrio que se aplica en virtud del segundo criterio del Artículo 9.2), aunque evidentemente el tercer criterio va más allá del examen de los intereses puramente patrimoniales del autor.

79. En cuanto a los otros términos utilizados en esta condición, "perjuicio" connota "daño, detrimento o lesión," mientras que "injustificado" y "no injustificado" connotan el hecho de no ser "proporcionado" o "dentro de los límites de la razón, ni mucho menor ni mucho mayor de lo que podía considerarse probable o apropiado" o "de un monto o tamaño justo, promedio o considerable"¹⁷. Obviamente, será más difícil demostrar el "perjuicio injustificado" que si se trata de probar únicamente que ha habido "perjuicio"¹⁸. Por lo tanto, las palabras "[ni cause] un perjuicio injustificado" permiten establecer excepciones que puedan ocasionar un perjuicio importante o sustancial a los intereses legítimos del autor, siempre y cuando a) la excepción satisfaga de otro modo la primera y segunda condición estipuladas en el Artículo 9.2) y b) sea proporcionada o se halle dentro de los límites de lo razonable, es decir, no sea injustificada. El requisito de proporcionalidad supone evidentemente que pueden existir condiciones sobre el uso que hagan que el perjuicio ocasionado esté "justificado", por ejemplo, cuando esos intereses estén protegidos mediante el requisito de que el uso deberá efectuarse sujeto a ciertas condiciones o directrices, que dicho uso deberá atribuirse (cuando en caso contrario se produzca un perjuicio injustificado a los derechos morales de un autor) o incluso que deberá efectuarse un pago al respecto¹⁹.
80. La legitimación opera en función de la titularidad del derecho de autor invocado, en el presente caso la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) es quien interpone denuncia por la supuesta infracción a los derechos de autor de las obras que administra contra de la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S. A., por el uso no autorizado de obras artísticas que forman parte del patrimonio bajo administración de la APSAV, en consecuencia, todo titular de derechos de autor de obras protegidas tendrán intereses legítimos en la protección de sus derechos sean estos morales o patrimoniales, sin perjuicio de lo manifestado en el numeral 76 de la presente interpretación prejudicial.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ SOED, p. 2496 (significado de "razonable").

¹⁸ Actas 1967, Vol II, p. 883 (observación del Profesor E. Ulmer, Presidente de la Comisión Principal I). Asimismo, en el mismo sentido se declara lo siguiente en la página 63 de la Guía de la OMPI: "...cada copia causa perjuicio: una simple fotocopia puede sustituir al ejemplar de una revista, el cual queda así invendido y si el autor, en virtud de su artículo, está asociado a los beneficios de la edición perderá los ingresos que le habrían correspondido por ese ejemplar".

¹⁹ Esta última posibilidad recibe el apoyo específico de los comentarios contenidos en el Informe de la Comisión Principal I, en relación con el ejemplo siguiente, ofrecido por el Profesor Ulmer, el Presidente de esa Comisión, en el curso de los debates: "...un gran número de copias destinadas a utilizarse en proyectos industriales... es posible que no perjudique de manera injustificada los intereses legítimos del autor, siempre y cuando se pague una remuneración equitativa con arreglo a la legislación nacional. Si se trata de un pequeño número de copias es posible que no haga falta pagar nada, especialmente si son de uso individual o científico". Actas 1967, Vol. II, pp. 1145-1146. Los comentarios del Profesor Ulmer aparecen en la página 883 (traducción de la Oficina Internacional).

81. La Sala consultante al aplicar el tercer paso, deberá velar por el cumplimiento del requisito y que no exista una vulneración de los legítimos intereses de los titulares de las obras artísticas que se discuten en el proceso interno.
82. En definitiva, en el presente caso, la Sala consultante para poder determinar que se trató de una limitación al derecho de autor, deberá analizar si la publicación realizada por la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. de diversas obras de autores representados por la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales (APSAV) y que fueron publicadas en el diario oficial "El Peruano" cumple con las condiciones determinadas por la norma comunitaria, es decir, que la reproducción por prensa haya sido acerca de hechos de la actualidad y con fines informativos, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos.
83. Este Tribunal estima conveniente referirse a cuál es la interpretación apropiada que debe darse a la disposición contenida en el literal f) del artículo 22 de la Decisión 351, a cuyo tenor se lee: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: (...) f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información".

El literal f) del artículo 22 de la Decisión 351 debe interpretarse de manera sistemática con los demás literales, por lo que es lícito realizar, sin autorización del autor ni el pago de una contraprestación, reproducir y poner al alcance del público obras plásticas (pinturas), siempre y cuando se haga de conformidad con los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga. El medio utilizado resulta indiferente, se aplica por igual a pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, lo que verdaderamente califica al acto es el REPRODUCIR, DISTRIBUIR Y COMUNICAR PÚBLICAMENTE.

Sobre la base de estos fundamentos,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA EMITE EL SIGUIENTE PRONUNCIAMIENTO:

PRIMERO:

La normativa sobre Derechos de Autor tiene como objeto de protección a la obra intelectual, la cual debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario, artístico o científico y como producto del ingenio humano, por su forma de expresión, tendrá especiales características de originalidad. Esta protección será reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino.

El Tribunal reconoce a las obras plásticas (pinturas) como objeto de protección de los derechos de autor, siempre que estas, al igual que el resto de obras literarias, artísticas y científicas, cuenten con originalidad y creatividad del autor, por lo tanto, es derecho exclusivo del autor, o en su caso de sus derechohabientes, la reproducción de dichas pinturas por cualquier forma o procedimiento.

SEGUNDO:

Los derechos morales que se reconocen al autor sobre su obra, tienen las características de imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad; el efectivo ejercicio de estos derechos facultan al autor, entre otras cosas, a reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento y consecuentemente exigir que se identifique al autor de una obra cuando ha sido omitido y, por el otro, a defender la autoría de la obra cuando ésta es cuestionada.

El derecho patrimonial exclusivo de reproducción de la obra persigue que el autor pueda generar copias totales o parciales de la obra original o transformada, por cualquier medio o procedimiento, lo que implica la facultad de explotar la obra.

El autor es el gestor de la creación intelectual, por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se dé a conocer al público, a través de cualquier medio, ésta contenga su nombre, derecho que se conoce como de "paternidad de la obra".

TERCERO:

El artículo 3 de la Decisión 351 define qué es usos honrados de la siguiente manera: "Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor."

El concepto de usos honrados parte de lo que se denomina **buena fe comercial**. Y en armonía a lo mencionado se toma en consideración lo que la doctrina señala sobre el tema: "Tal y como se emplea en la ley, la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo "comercial", por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. En consecuencia, el criterio corporativo toma importancia, pues el juicio de valor debe revelar con certeza que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe.

En la jurisprudencia internacional se utiliza la regla de los tres pasos: que consiste en determinar lo siguiente:

- 1) El establecimiento de casos especiales;
- 2) Que no se atente contra la normal explotación de la obra; y,
- 3) Que no se perjudiquen los legítimos intereses del titular.

CUARTO:

La Sala consultante debe tener presente que las excepciones establecidas en el artículo 22 de la Decisión 351 no son de carácter taxativo, en consecuencia, este Tribunal ha considerado²⁰ que será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra, siempre y cuando se haga de conformidad con los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, *v.gr.*, educativo, informativo o para realizar actuaciones judiciales o administrativas; sin embargo, si ello implicara fines

²⁰

Resolución TJCA 44-IP-2013

lucrativos, deberá requerirse la autorización previa del autor y el pago de la remuneración respectiva.

En el caso *sub lite* deberá determinarse si los fines perseguidos por la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S. A. al reproducir y poner al alcance del público las obras plásticas, bajo administración de la APSAV, fueron propios de su actividad, esto es, con la intención de informar²¹, transmitir cultura, dar a conocer acontecimientos considerados importantes o de cualquier otro tipo a sus lectores.

De acuerdo con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Juez Nacional consultante, al emitir el fallo en el proceso interno, debe adoptar la presente interpretación. Asimismo, deberá dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 128 del Estatuto vigente.

De conformidad con el último párrafo del artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman la presente Interpretación Prejudicial los Magistrados que participaron en su adopción.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros

Leonor Perdomo Perdomo²²

MAGISTRADA

MAGISTRADA

Hernán Rodrigo Romero Zambrano
MAGISTRADO

Luis José Díez Canseco Núñez
MAGISTRADO

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

Luis José Díez Canseco Núñez
PRESIDENTE

Gustavo García Brito
SECRETARIO

Notifíquese al Juez Consultante mediante copia certificada 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.

PROCESO 248-IP-2014

²¹ "informar. (Del lat. informāre). 1. tr. Enterar, dar noticia de algo. U. t. c. pml.(...)" (Diccionario de la Real Academia Española)

²² La señora Magistrada Leonor Perdomo Perdomo no firma la presente Interpretación Prejudicial, toda vez que renunció al cargo de Magistrada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con posterioridad a su adopción y antes de la suscripción de la misma.