

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Tutela administrativa. Medidas cautelares. Marco conceptual. Requisitos

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Perú

ORGANISMO: Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI

FECHA: 15-3-2002

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Texto digitalizado de la Resolución, cortesía del INDECOPI.

OTROS DATOS: Resolución No. 270-2002/TPI-INDECOPI.

SUMARIO:

“La medida cautelar permite al eventual ganador de un proceso obtener de la Autoridad un pronunciamiento que contenga una acción o una omisión destinada a asegurar que el fallo final – que presumiblemente lo va a favorecer – se cumpla”.

“Por ello, la medida cautelar es concebida como una institución que está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva en un procedimiento, procurando a través de la misma que un eventual daño no se torne en irreparable por el transcurso del tiempo hasta la expedición de la resolución”.

COMENTARIO:

Para una cabal comprensión de la competencia cautelar en sede administrativa atribuida por varias leyes nacionales a las oficinas de derecho de autor, es de hacer notar que conforme al ADPIC: a) Corresponde a los legisladores nacionales la posibilidad de conferir facultades a las autoridades administrativas en cuanto a las acciones y los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, siempre que se cumplan sustancialmente los mismos principios relativos a las acciones y los procedimientos judiciales civiles (arts. 49 y 50,8); b) Las medidas cautelares deben ser rápidas y eficaces (art. 50,1), con el fin de evitar que se produzca una infracción y/o preservar las pruebas pertinentes. Como ocurre con las medidas provisionales en frontera adoptadas en sede administrativa (art. 59), nada impide que contra las medidas provisionales decretadas o ejecutadas por la autoridad administrativa competente en derecho de autor, pueda acudir por la vía judicial a través del procedimiento contencioso-administrativo, en los términos y condiciones que contemple cada ley nacional. Entre las medidas cautelares que pueden dictarse en sede administrativa de acuerdo a las previsiones de cada legislación interna, se encuentran las conocidas como “*de protección urgente*”, por ejemplo: a) El cese inmediato de la actividad ilícita; b) La suspensión de cualquier acto de comunicación pública que no cuente con la autorización respectiva; c) El secuestro de los ejemplares ilícitamente reproducidos y de los aparatos o equipos utilizados para la reproducción ilícita; d) El embargo de los beneficios obtenidos por la explotación no autorizada; e) Cualquier otra providencia que resulte necesaria a los efectos de evitar que se inicie o continúe la infracción y para coleccionar las pruebas de la conducta ilegítima, o que resulte necesaria a los efectos de cumplir con una de las finalidades establecidas en el artículo 50,1 del ADPIC. © Ricardo Antequera Parilli, 2007.

TEXTO COMPLETO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 20 de agosto del 2001, Asociación Peruana de Artistas Visuales (Perú) interpuso denuncia contra la empresa Editora El Comercio S.A. por infracción a la legislación de derechos de autor. Manifestó que ha identificado reproducciones no autorizadas de las obras que administra en el diario "El Comercio", el cual es editado por la empresa denunciada.

Señaló que, mediante diversas cartas dirigidas a la denunciada se le informó sobre la necesidad de contar con la correspondiente autorización para realizar tales reproducciones, adjuntándole una liquidación por concepto de remuneraciones devengadas, así como la identificación de los autores cuyas obras han sido reproducidas. No obstante lo anterior, la denunciada continúa con su actividad sin que hasta la fecha haya cumplido con pagar por el uso de las obras.

Adjuntó medios probatorios que consideró aplicables al caso y solicitó las siguientes medidas:

- El pago de US\$ 54 606.00 por concepto de derechos de autor devengados, más el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas.
- El cese definitivo de la actividad ilícita, que comprende la reproducción y comercialización de soportes con obras.
- El pago de costas y costos del proceso.
- La publicación de una resolución condenatoria por cuenta de la parte denunciada.
- Imposición de una multa.

Mediante providencia de fecha 14 de setiembre del 2001, la Oficina de Derechos de Autor requirió a la denunciante para que acredite la inscripción de los contratos de representación con la sociedad A. MATISSE y PROLITTERIS, ya que tal contrato no se encontraba registrado en la Oficina de Derechos de Autor.

Mediante providencia de fecha 9 de octubre del 2001, la Oficina de Derechos de Autor admitió a trámite la denuncia, declarándola inadmisibles

en el extremo referido a las obras que administra la sociedad A. MATISSE y PROLITTERIS, debido a que la denunciante no acreditó la inscripción del contrato de representación respectivo. De otro lado, dispuso la medida cautelar de cese inmediato de la actividad ilícita, disponiendo que la denunciada se abstenga de seguir reproduciendo, distribuyendo o comunicando al público, obras del repertorio que administra la Asociación Peruana de Artistas Visuales.

Con fecha 23 de octubre del 2001, Empresa Editora El Comercio S.A. presentó recurso de apelación contra la resolución que dispuso la medida cautelar. Manifestó que la Oficina de Derechos de Autor debió determinar si se han cumplido con los requisitos exigidos por la ley para su procedencia. Indicó que la autoridad debió analizar si la denunciante cuenta efectivamente con la delegación de derechos de cada uno de los autores, cuyas obras fueron difundidas por su empresa entre los años 1997 y 2001. Además, debió verificarse si la denunciante tiene la autorización de los autores de las obras para otorgar licencias de uso sobre las obras. Señaló que tampoco se ha acreditado que la denunciante represente a Sociéte Des Auteurs Dans Les Arts Graphiques el Plastiques – ADAGP, Visual Intidad de Artistas Plásticos – VEGAP y Visual Artists and Galleries Association, Inc.- Vaga, ni que dichas sociedades representen a cada uno de los autores cuyas obras se han reproducido.

Por otro lado, la denunciada sostuvo que, según el artículo 175 del Decreto Legislativo 822, las acciones por infracción prescriben a los dos años, contados desde la fecha en que cesó el acto infractor. En atención a ello y teniendo en consideración que su empresa fue notificada el 16 de octubre del 2001, se entiende que las reproducidas efectuadas con anterioridad al 16 de octubre de 1999, no deben ser consideradas en la presente denuncia.

Asimismo, la denunciada manifestó que las reproducciones difundidas en el diario "El Comercio" se efectuaron al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 incisos e) y f) de la Decisión 351 (que contempla algunos límites al derecho de autor). Indicó que la denunciante

ha presentado copias recortadas y segmentadas de las reproducciones de las obras, lo que ha impedido que la Autoridad advierta que las reproducciones se realizaron con la finalidad de dar información al público sobre los hechos de actualidad. En cuanto al requisito de peligro en la demora e irreparabilidad del daño, la autoridad debió tener en cuenta que al no haberse acreditado el derecho invocado, no ameritaba un pronunciamiento de la oficina sobre este aspecto. Finalmente, señaló que la resolución de fecha 9 de octubre del 2001 es nula, ya que la Oficina adelantó opinión sobre los hechos denunciados, sin tener en cuenta los descargos de su parte, con lo que se han violentado los derechos de defensa y al debido proceso. Agregó que la Oficina de Derechos de autor no cumplió con motivar y sustentar las razones por las que dictó la medida cautelar.

Mediante providencia de fecha 25 de octubre del 2001, la Oficina de Derechos de Autor indicó que se encuentran registrados ante dicha Oficina los estatutos de la entidad denunciante, así como los contratos de representación recíproca celebrados con Visual entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), Société Des Auteurs Dans Les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP), Sociedad Belga de Autores, Compositores y Editores (SABAM), Visual Artists and Galleries Association Inc. (VAGA), Sucesión Pablo Picasso, Artists Rights Society Inc. – ARS – y VG Bild-Kunst, por lo que se presume que la denunciante se encuentra legitimada, de acuerdo a lo establecido en sus propios estatutos y por los contratos de representación registrados, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

Con fecha 6 de diciembre del 2001, la Asociación Peruana de Artistas Visuales - APSAV absolvió el traslado del recurso de apelación manifestando que, de conformidad a la normatividad vigente, ha registrado ante la Oficina de Derechos de Autor sus estatutos, así como los contratos de representación recíproca celebrados con las entidades del extranjero, cuyo repertorio forma parte de la denuncia administrativa. Señaló que, de acuerdo a una

presunción legal, se encuentra legitimada para ejercer los derechos confiados a su administración, y hacerlos valer en toda clase de procedimientos. De otro lado, sostuvo que, de revocarse la medida cautelar impuesta, el costo para la denunciante sería muy alto, puesto que dicho daño no podría ser compensado a través del pago de los derechos devengados, dado que cada nuevo acto de reproducción requiere de la autorización previa y por escrito del titular o de la sociedad de gestión colectiva, además de la correspondiente contraprestación. Agregó que, de declararse infundada la denuncia, el perjuicio causado a la denunciada por no haber podido usar las obras en forma inmediata, sería compensado por APSAV, debido a que las medidas cautelares son bajo cuenta, costo y riesgo de quien las solicita.

Con fecha 22 de enero del 2002, Empresa Editora El Comercio S.A. solicitó se conceda el uso de la palabra

Con fecha 7 de marzo del 2002, se llevó a cabo la audiencia de informe oral, con la participación de ambas partes.

Con fecha 8 de marzo del 2002, Empresa Editora El Comercio S.A. manifestó que en el presente caso no se ha demostrado que exista apariencia del derecho invocado, puesto que las reproducciones que ha realizado su empresa se han hecho al amparo de los supuestos de excepción contemplados en la ley. De otro lado, sostuvo que la expedición de la medida cautelar constituye una seria violación de los derechos constitucionales de libertad de pensamiento y expresión. Agregó que el ejercicio de estos derechos no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores expresamente fijadas en la ley. Indicó que la dación de una medida cautelar constituye una censura previa.

Con fecha 11 de marzo del 2002, Asociación Peruana de Artistas Visuales – APSAV manifestó que la defensa de los derechos de autor – que es un derecho humano – no est  re nida ni con la libertad de expresión ni con el derecho a la información. Indicó que la ley establece casos en los que las obras pueden ser utilizadas libremente, sin necesidad de la

autorización previa y del pago de regalías, precisamente para salvaguardar el derecho de información y acceso a la cultura; sin embargo, cuando las utilidades de las obras no se dan dentro de los casos de excepción establecidos en la ley, se necesita la autorización correspondiente. Señaló que su entidad ha planteado un convenio a los medios de prensa, cuya finalidad no solo es lograr el respeto a los derechos de autor, sino también evitar que la promoción y difusión de los medios sea obstaculizada. De otro lado, indicó que ha quedado acreditado en el presente caso la verosimilitud del derecho invocado, ya que la denunciada utiliza las obras con fines comerciales y publicitarios, como sucede con los nuevos fascículos y láminas coleccionables Maestros de la Pintura. Sostuvo que el uso de las obras que hace la denunciada no está amparado por las excepciones legales, ya que no se está ante un derecho de cita, un uso con fines informativos o docentes, prueba de ello son los documentos que anexó a su denuncia. Precisó que en tales documentos sí se aprecia el contexto en el que fueron realizadas las reproducciones, no como lo señala la denunciada, quien afirma que las copias han sido recortadas y segmentadas. Agregó que la denunciada también ha afectado el derecho moral de los autores, ya que ha presentado algunas obras mutiladas o fragmentadas y sin indicar el nombre del autor. Con relación al peligro en la demora, señaló que éste está dado por el riesgo de que se haga imposible ejecutar lo dispuesto en una sentencia, debido al tiempo que demore emitir el pronunciamiento final. Respecto a la irreparabilidad del daño, manifestó que la denunciada, no obstante la medida cautelar dictada, sigue incurriendo en violaciones al derecho de autor, por lo que no existe garantía que en caso dicha medida sea levantada se respeten estos derechos. Agregó, sobre este rubro, que la medida es necesaria, ya que la demora en la expedición de la resolución final puede significar, en algunos casos, que el cobro de las remuneraciones devengadas no sea posible (por ejemplo, caso de quiebra de la empresa).

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

La Sala deberá determinar si la medida cautelar dictada por la Oficina de Derechos de Autor fue emitida conforme a ley.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

1. La medida cautelar

El tiempo que tome la finalización de un procedimiento a través de la expedición de la resolución que resuelva en forma definitiva la cuestión controvertida, sometida a consideración de la Autoridad Administrativa puede, en algunos casos, resultar perjudicial para los intereses de la parte denunciante. Para evitar ello, existe el instituto procesal de la medida cautelar.

La medida cautelar permite al eventual ganador de un proceso obtener de la Autoridad un pronunciamiento que contenga una acción o una omisión destinada a asegurar que el fallo final – que presumiblemente lo va a favorecer – se cumpla.

Por ello, la medida cautelar es concebida como una institución que está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva en un procedimiento, procurando a través de la misma que un eventual daño no se torne en irreparable por el transcurso del tiempo hasta la expedición de la resolución.

En este contexto es que el artículo 179 del Decreto Legislativo 822 señala que cualquier solicitante de una medida preventiva o cautelar, debe cumplir con presentar ante la autoridad administrativa, las pruebas a las que razonablemente tenga acceso y que la autoridad considere suficientes para determinar que:

- a) El solicitante es el titular del derecho o tiene legitimación para actuar.
- b) El derecho del solicitante está siendo infringido, o que dicha infracción es inminente; y que,
- c) Cualquier demora en la expedición de esas medidas podría causar un daño irreparable al titular del derecho, o si existe un

riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas.

A fin de dictar una medida cautelar, deben cumplirse todos los requisitos antes mencionados, lo que implica que si uno de ellos faltase la medida cautelar no podría ser amparada.

Asimismo, conviene tener presente lo establecido en el artículo 612 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente procedimiento en virtud de su Primera Disposición Complementaria¹, en el sentido que toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

El artículo 177 del Decreto Legislativo 822 establece que las medidas preventivas o cautelares serán, entre otras:

- a) La suspensión o cese inmediato de la actividad ilícita.
- b) La incautación o comiso y retiro de los canales comerciales de los ejemplares producidos o utilizados y del material o equipos empleados para la actividad infractora.
- c) La realización de inspección, incautación o comiso sin aviso previo.

Adicionalmente, el artículo 27 del Decreto Legislativo 807 – aplicable al procedimiento de infracciones de derechos de autor – dispone que las medidas cautelares que pueden ser dictadas por las Oficinas del Indecopi son las siguientes:

- a) La cesación de los actos materia de denuncia.
- b) El comiso, el depósito o la inmovilización de los productos, etiquetas, envases y material publicitario materia de denuncia.
- c) El cese preventivo de la publicidad materia de denuncia.
- d) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el

ingreso al país de los productos materia de denuncia.

e) El cierre temporal del establecimiento del denunciado.

f) Cualquier otra medida que tenga por objeto evitar que se produzca algún perjuicio derivado del acto denunciado o que tenga como finalidad la cesación de éste.

Cabe indicar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 181 del Decreto Legislativo 822, la Oficina de Derechos de Autor tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares en virtud del pedido de una sola parte, sin necesidad de notificar previamente a la otra, en especial cuando haya posibilidad de que cualquier retraso cause un daño irreparable al titular del derecho, o cuando haya un riesgo inminente de que se destruyan las pruebas.

2. Análisis de los requisitos para emitir una medida cautelar

La Sala conviene en precisar que el denunciado pretende que se revoque la medida cautelar impuesta por la Oficina de Derechos de Autor, ya que a su criterio ésta fue dictada sin tener en consideración los requisitos exigidos por la ley.

Conforme se indicó en el numeral precedente, la Autoridad al momento de evaluar el dictado de una medida cautelar, debe verificar que se cumplan los siguientes requisitos:

2.1 La titularidad del derecho invocado o la legitimación para obrar

El artículo 49 de la Decisión 351 señala que las sociedades de gestión colectiva están legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

En ese mismo sentido se encuentra redactado el artículo 147 del Decreto Legislativo 822, el cual añade que la sociedad de gestión colectiva podrá hacer valer los derechos confiados a su administración en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin

¹ Primera Disposición Final del Código Procesal Civil.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

presentar más título que sus estatutos y presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares.

En opinión de la Sala, este artículo recoge una presunción a favor de las sociedades de gestión colectiva a fin de facilitar su labor en defensa de los derechos de los autores que administra. De acuerdo a ello, se presume que la sociedad de gestión colectiva cuenta con la autorización de los autores que dice representar para iniciar las acciones administrativas y judiciales que sean necesarias para la defensa de los derechos de autor. Debe precisarse que en caso de autores extranjeros para la aplicación de esta presunción a favor de la sociedad de gestión colectiva nacional sólo es necesaria la existencia de un contrato de representación entre dicha sociedad con la sociedad de gestión colectiva del país del cual proviene el autor no siendo exigible la presentación del contrato del autor extranjero con la sociedad extranjera.

No admitir dicha presunción implicaría que la sociedad de gestión colectiva tuviese que presentar todas y cada de una de las autorizaciones de los respectivos autores de las obras sustento de la denuncia, significando que la sociedad tenga que incurrir en costos adicionales muy altos para interponer sus denuncias e implicaría la dilatación del trámite del proceso, favoreciendo dicha exigencia tan sólo al denunciado.

Esta presunción es acorde con los principios de economía procesal, celeridad, simplicidad y veracidad que rigen el procedimiento administrativo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 55 de la Decisión 351 y por el artículo 32 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS, actualmente recogidos en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario. En tal sentido, el denunciado para que no se le aplique la presunción, debe

demostrar que la sociedad no representa al autor de la obra o probar que dicho autor no se encuentra adscrito a la sociedad de gestión colectiva extranjera con la cual la sociedad de gestión colectiva nacional tiene el contrato de representación, entre otros supuestos, de lo contrario la Administración hará valer la presunción a favor de la sociedad de gestión colectiva.

Sin perjuicio de esa legitimación, las sociedades deberán tener a disposición de los usuarios, en los soportes utilizados por ellas en sus actividades de gestión, las tarifas y el repertorio de los titulares de derechos, nacionales y extranjeros, que administren, a efectos de su consulta en las dependencias centrales de dichas asociaciones.

De acuerdo con el artículo 50 de la Decisión 351 concordado con el artículo 154 del Decreto Legislativo 822, los contratos de representación a fin de surtir efectos frente a terceros deberán ser inscritos por la sociedad de gestión colectiva en la oficina nacional competente.

La Sala conviene en señalar que la Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV) ha acreditado que ha celebrado, entre otros, los siguientes contratos de representación recíproca:

- *Société Des Auteurs Dans Les Arts Graphiques et Plastiques – ADAGP (Francia)*
- *Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos – VEGAP (España)*
- *Visual Artists and Galleries Association, Inc. – VAGA (Estados Unidos de América)*
- *Sociedad Belga de Autores, Compositores y Editores - SABAM (Bélgica)*
- *Sucesión de Pablo Picasso*
- *Artists Right Society, Inc. – ARS*
- *VG Bild-Kunst*

En virtud de las consideraciones antes expuestas, la Sala considera que la Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV) está legitimada para interponer la presente denuncia, en representación de sus asociados y de las entidades con las cuales ha celebrado contratos de representación recíproca.

2.2 Infracción del derecho o infracción inminente.

En el presente caso, a fin de demostrar la comisión de la infracción cometida por Empresa Editora El Comercio S.A., la Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV) adjuntó a su denuncia copias de partes de distintas ediciones del diario EL COMERCIO, en el que se aprecian fotografías de obras de artes plásticas, también conocidas como obras visuales, principalmente pinturas.

Cabe recordar que en la lista enunciativa de obras protegidas por el derecho de autor, contenida en el artículo 5 del Decreto Legislativo 822, se encuentran incluidas las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, incluidos los bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Legislativo 822, el autor de una obra tiene por el solo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la ley.

Sobre el alcance de los derechos patrimoniales de autor, la citada norma, en sus artículos 30 y 31, sostiene que el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa. El derecho patrimonial comprende, entre otros derechos, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.

El artículo 37 del Decreto Legislativo 822 señala que siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor.

Ahora bien, la Sala conviene en señalar que así como la Constitución Política del Perú reconoce como un derecho fundamental de

toda persona la libertad de creación intelectual, artísticas, técnica y científica, también considera con un derecho humano la libertad de información y acceso a la cultura.

Teniendo en consideración lo anterior, es que la legislación en materia de derechos de autor al contemplar los alcances de tales derechos ha tenido en consideración el derecho que tiene toda persona a la información y a la cultura. Las normas de derecho autor deben buscar un punto de equilibrio entre el interés público a la información y acceso a la cultura con el derecho que tienen los titulares de los derechos de autor a obtener una debida protección. La forma que se ha logrado este objetivo es estableciendo límites al derecho de explotación del autor.

En efecto, “las excepciones son instrumentos esenciales para alcanzar un equilibrio entre los intereses de los autores y el interés público en el régimen del derecho de autor, y no constituyen únicamente restricciones a los derechos, sino que reflejan la importancia que se concede en el campo del derecho de autor a las libertades fundamentales y los intereses principales de la sociedad.”²

Los límites al derecho de autor constituyen casos específicos en los que, por mandato legal, el usuario para explotar la obra no necesita contar con la autorización previa del titular del derecho de autor ni pagar una remuneración al mismo.

Debe tenerse en consideración que la explotación de una obra, al amparo de las limitaciones, debe darse conforme a los usos honrados, es decir, que el uso de la obra por parte del usuario no debe interferir con la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del derecho de autor o del titular del derecho respectivo.

Entre las limitaciones que contempla la legislación de Derechos de Autor, la Sala

² Dusollier, Severine. Pouillet, Yves. Buydens, Mireille. Derecho de autor y acceso a la información en el entorno numérico. En Boletín de Derecho de Autor, VolXXXIV, N° 4. Ediciones UNESCO. Octubre –Diciembre 2000.

considera conveniente, en atención a la materia del presente procedimiento, señalar las siguientes:

a. Es lícito realizar, sin necesidad de la autorización del autor ni el pago de remuneración, la reproducción 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 para el fin de la información. (artículo 22 literal f) de la Decisión 351 de la Comunidad Andina concordado con el artículo 45 literal a) del Decreto Legislativo 822)

b. Es lícita la reproducción de una obra de arte expuesta permanentemente en lugares abiertos al público así como calles, plazas u otros lugares públicos, o de la fachada exterior de los edificios, realizada por medio de un arte diverso al empleado para la elaboración del original. (artículo 22 literal h) de la Decisión 351 de la Comunidad Andina concordado con el artículo 45 literal c) del Decreto Legislativo 822)

c. Es permitido realizar, sin autorización del autor ni pago de remuneración, citas de obras lícitamente divulgadas, con la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente, y a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga. (artículo 22 literal a) de la Decisión 351 de la Comunidad Andina concordado con el artículo 44 del Decreto Legislativo 822)

La Sala conviene en precisar que al tratarse de limitaciones al derecho de explotación sobre las obras, conforme lo dispone el artículo 50 del Decreto Legislativo 822, su interpretación es restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados.

Teniendo en cuenta el marco legal antes descrito así como los argumentos expuestos por las partes y los medios probatorios presentados, se advierte que el denunciado ha reproducido obras de artes plásticas. En tal sentido, sin perjuicio del pronunciamiento de fondo que deba hacer la Autoridad Administrativa, al emitir la correspondiente

resolución final en la denuncia de la cual deriva la presente apelación, la Sala determina que por las consideraciones antes expuestas y de la evaluación efectuada respecto a la procedencia de la medida cautelar dictada, existen indicios de que, aparentemente, los derechos que representa la denunciante podrían haber sido infringidos.

2.3 Daño irreparable al titular por la demora en la expedición o riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas

Previamente al análisis de este requisito, la Sala conviene en señalar que el cese de la actividad denunciada es una medida cautelar innovativa, es decir, una medida a través de la cual se dispone la modificación del estado material (situación real) que rodea al proceso. Esta modificación o variación se produce sea ordenándose que alguien deje de hacer algo o que empiece a hacer algo que no se viene ejecutando.

La medida cautelar de cese de la actividad denunciada sólo tiene por finalidad que el denunciado se abstenga de realizar determinada conducta, por lo que su expedición no implica que el denunciante logre la satisfacción del daño sufrido hasta ese instante, para ello deberá esperar a la emisión de la resolución final.

Teniendo en cuenta la naturaleza excepcional de este tipo de medidas – en la medida que se trata de una prejuzgamiento de la conducta denunciada – la ley exige que la denunciante demuestre la necesidad de la medida cautelar solicitada, ya sea porque de continuar la actividad denunciada se le causaría un daño irreparable o porque existe un riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas.

El concepto de daño irreparable está vinculado con el peligro en la demora (*periculum in mora*) en resolver el conflicto de intereses. Es por ello que al pedirse una medida cautelar debe acreditarse al juzgador que si no se concede la medida, el arco de tiempo que necesariamente transcurre hasta que se emita la resolución final, va a originar una situación peligrosa y perjudicial, cuyas consecuencias luego no podrán ser reparadas.

Según la doctrina, la situación que motiva la medida debe ser presentada de tal manera que el juzgador considere que si no se concede la medida cautelar se producirá un perjuicio que no habrá forma de resarcir. Si bien jurídicamente todo daño puede ser reparado patrimonialmente, la referencia a un perjuicio irreparable debe ser entendida en un sentido realista.

La determinación de qué daños son irreparables y cuáles no lo son deberá analizarse en cada procedimiento, debiéndose tener en cuenta las peculiaridades del caso. No obstante ello, la Sala considera que, en principio, aquellas conductas que afectan a bienes o derechos de contenido no patrimonial (tales como: honor, la dignidad y la integridad de las personas), tienden, por lo general, a provocar daños irreparables. También existen determinadas conductas que, no obstante, estar dirigidas contra bienes o derechos de tipo patrimonial pueden causar daños irreparables a su titular.

Así, en los procedimientos de denuncia por infracción a los derechos de autor, existirá un daño irreparable en aquellos casos en los que de continuarse con la actividad denunciada hasta la emisión de la resolución final se ocasionase un perjuicio directo a la explotación normal de la obra, es decir, que de no dictarse la medida cautelar se produciría, entre otros efectos, una disminución en las ventas de los ejemplares de la obra, en su circulación y la pérdida de su valor comercial.

Al respecto, cabe señalar, por ejemplo, en una infracción por reproducción no autorizada de obras literarias, puede resultar necesaria el dictado de alguna medida cautelar, como el cese de la actividad denunciada, ya que, si el titular del derecho de autor tuviese que esperar hasta la emisión de la resolución final para que la conducta ilícita cesara, podría ocurrir que cuando quisiese vender los ejemplares lícitos de su obra, el mercado ya esté abastecido con los ejemplares ilícitos, lo que afectaría significativamente la demanda de los ejemplares lícitos.

Situación distinta se presenta en aquellos casos en los que la conducta denunciada no

afecta ni la normal explotación de la obra ni el valor comercial de la misma. En estos supuestos, la Sala considera que no se está ante un daño irreparable sino ante un daño que puede ser resarcido, ya sea a través de las remuneraciones devengadas que se pudieran fijar a nivel administrativo o a través de la indemnización por daños y perjuicios que el titular pudiese solicitar ante el órgano jurisdiccional.

Con relación a esta idea, se puede citar el caso de las reproducciones no autorizadas de alguna caricatura en los muros de una ciudad. En estos casos, la actividad ilícita no compite con la labor del titular del derecho de autor – como puede ser la elaboración o la realización para su posterior comercialización de historietas, obras audiovisuales o productos de merchandising sobre la caricatura – por lo que difícilmente se afectará la normal explotación de la obra. Ahora bien, el daño económico producto de la infracción es posible que sea resarcido con la fijación de un monto por concepto de remuneraciones devengadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Sala conviene en señalar que existen circunstancias en las que, no obstante, que el daño causado puede ser resarcido económicamente de manera plena, es necesario dictar la medida cautelar correspondiente. Ello, por lo general, sucederá cuando haya peligro que el patrimonio del denunciado no pueda afrontar el monto de la deuda (por ejemplo: estados de insolvencia). En esos casos, la medida cautelar evitará que el daño patrimonial aumente y se vuelva incobrable.

Por otro lado, la ley contempla un supuesto adicional, referido a que exista un riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas. Ello tiene por finalidad preservar todo medio probatorio que permita a la Autoridad administrativa emitir un pronunciamiento sobre la veracidad o no de los hechos denunciados; por lo general, ello será necesario cuando, por la naturaleza de la infracción, el denunciado esté en capacidad de destruir los bienes infractores o la información referida a la magnitud de la infracción, impidiendo de esta forma que la autoridad pueda sancionar la conducta denunciada.

En ese sentido, la Sala es de la opinión que en aquellos casos en los que el denunciado no esté en capacidad de destruir los medios probatorios – entre otras razones, porque no están en su poder, porque hay demasiados ejemplares distribuidos en todo el mercado – el riesgo de que se destruyan los medios probatorios desaparece.

La Sala conviene en señalar, conforme lo establecido en el artículo 179 del Decreto Legislativo 822 – que no sólo hay que invocar la existencia de alguno de los supuestos antes mencionados, sino que es necesario demostrar efectivamente su existencia; y, de ser posible, explicar cómo se materializan en el caso concreto, correspondiendo la carga de la prueba al denunciante.

Con relación al tema de la probanza, es conveniente precisar que el concepto de daño irreparable no es asimilable a la insatisfacción generada por cualquier violación de un derecho, sino que será menester alegar la existencia concreta de un peligro, así como también señalar cuáles son los hechos que demuestran que el daño que se ocasione afectará necesariamente el cumplimiento de la sentencia definitiva.³

Sobre la valoración de la prueba adquiere un papel preponderante el juzgador, quien, por un lado, deberá determinar si el peligro alegado por el denunciante ha sido suficientemente probado, y, por otro lado, deberá establecer el correlato entre el peligro en la demora y la naturaleza del perjuicio. Los hechos alegados deben afectar realmente el cumplimiento de la sentencia, ya que de otro modo no se configuraría el presupuesto normativo concretado en la expresión perjuicio irreparable.⁴

Cabe precisar que no es necesario que se demuestre la presencia de los dos supuestos a los que alude la ley – que la demora en la expedición de medidas pueda causar un daño irreparable al titular del derecho, o que exista un riesgo comprobable de que se destruyan las

pruebas –, siendo suficiente que se acredite la existencia de uno de éstos, ello dependerá del tipo de medida cautelar que se solicite.

De la revisión de lo actuado en el procedimiento, la Sala advierte que si bien la denunciante solicitó la aplicación de medidas cautelares para evitar que se continúe realizando la actividad denunciada, no ha sustentado debidamente cómo dicha actividad puede ocasionar al titular del derecho que representa un daño que no pueda ser resarcido plenamente en la resolución final (daño irreparable), o de qué manera puede perjudicar al normal desarrollo del procedimiento (riesgo de que se destruyan las pruebas).

Finalmente, en virtud de lo señalado, la Sala determina que, en el presente caso, no se ha demostrado que la expedición de la medida cautelar de cese de la actividad denunciada sea necesaria para evitar un daño irreparable a los titulares del derecho que representa la denunciante.

3. Conclusión

Atendiendo a las consideraciones expuestas en el numeral precedente, la Sala considera que si bien la denunciante ha acreditado que tiene legitimidad para iniciar el presente procedimiento y que existirían indicios que hacen presumir la posible infracción a los derechos que representa, no ha demostrado que la demora en la expedición de la medida cautelar le pueda ocasionar un daño irreparable, ni ha señalado en qué consistiría dicho daño.

En consecuencia, la Sala determina que no se configuran los requisitos exigidos por la ley para emitir la medida cautelar de cese de la actividad denunciada, por lo que debe revocarse la medida dictada por la Oficina de Derechos de Autor mediante resolución de fecha 9 de octubre del 2001.

³ Arazi, Medidas Cautelares, Editorial Astrea, Buenos Aires 1997, p. 297

⁴ Arazi (nota 3), p. 297.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

REVOCAR la medida cautelar dictada por la Oficina de Derechos de Autor, mediante resolución de fecha 9 de octubre del 2001.

*Con la intervención de los vocales:
Luis Alonso García Muñoz-Nájar,
Begoña Venero Aguirre,
Carmen Padrón Freundt
y Luis Abugattás Majluf.*