

## Fotografía. Imagen personal.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Perú

**ORGANISMO:** Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI

**FECHA:** 5-1-2007

**JURISDICCIÓN:** Administrativa

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

**OTROS DATOS:** Resolución 0045-2007/TPI-INDECOPI

### SUMARIO:

*“Habiéndose determinado que el objeto de protección del Derecho de autor y los derechos conexos son las fotografías o las meras fotografías, y no los elementos fotografiados (como podrían ser personas o cosas), se debe concluir en este punto que el sujeto de protección será el fotógrafo autor de la obra fotográfica, o la persona que tomó la fotografía carente de originalidad, y por lo tanto titulares de los derechos que la ley faculta. Así, ante cualquier afectación o vulneración de sus derechos, como puede ser la modificación o variación de la obra, son dichas personas o aquellos a quienes hayan cedido sus derechos, los legitimados a interponer las acciones judiciales o administrativas que consideren pertinentes”.*

[...]

*“La denunciante sustenta su denuncia en el aprovechamiento no autorizado de su imagen por parte de las denunciadas, la misma que se encuentra incluida en una fotografía de carácter publicitario. Señala además que el artículo 4 de la Ley N° 28131<sup>1</sup> indica que dicha ley es aplicable a diversos «artistas» entre los que se encuentran el banderillero; mago; matador; mentalista; modelo de artistas de las artes plásticas, de obra publicitaria, de pasarela, en espectáculos escénicos, teatrales, cinematográficos, televisivos; rejoneador; ventrílocuo; entre otros; siendo la lista enunciativa mas no limitativa”.*

*Al respecto, la Sala debe precisar que la Ley N° 28131 no sólo regula temas de propiedad intelectual, sino también temas de carácter laboral, gremial y de promoción artística. Es por ello que el artículo 4 de dicha norma contempla una relación extensa de personas que pueden ser considerados «artistas» para todos los efectos de la mencionada norma; sin embargo, ello no significa que los derechos de propiedad intelectual deban ser reconocidos a todos aquellos mencionados en dicho artículo, pues para tales efectos es necesario que se cumplan los requisitos señalados líneas arriba”.*

---

<sup>1</sup> Ley peruana del Artista Intérprete o Ejecutante, nota del compilador.

*“En el presente caso, se observa que en la fotografía materia de denuncia, la denunciante no está interpretando ninguna obra que sea protegida por el Derecho de autor, sino que simplemente se ha caracterizado como una doctora atendiendo a una paciente ...”*

*“En ese sentido, dado que no existen derechos de artista intérprete que deban ser protegidos, la presente denuncia deviene en improcedente [...], sin perjuicio de las acciones civiles que pueda iniciar la denunciante ante el Poder Judicial para la protección de su derecho a la imagen personal”.*

## **TEXTO COMPLETO:**

### **I. ANTECEDENTES**

Con fecha 4 de mayo del 2005, mediante expediente Nº 622-2005/ODA, Betty María Ángela Morales Valdivia presentó ante la Oficina de Derechos de autor una denuncia administrativa por infracción a la Ley del artista intérprete y ejecutante (Ley Nº 28131) y a la Ley sobre Derecho de autor (Decreto Legislativo 822), contra Clínica Internacional S.A. Solicitó lo siguiente:

- Que se imponga a la denunciada una multa fijada a criterio de la Oficina considerando la gravedad de la infracción, el perjuicio económico causado y el provecho ilícito obtenido.
- Que se ordene a la denunciada el pago de remuneraciones devengadas por un valor ascendente a USD 5 000,00 dólares americanos por cada año de uso de la interpretación artística de la denunciante.
- Que se ordene la publicación de la resolución sancionadora en un diario de mayor circulación, a expensas de la infractora.
- Que se ordene a la denunciada el pago de las costas y los costos del procedimiento.

Sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:

i) En noviembre del 2000 la denunciante, en su calidad de modelo, participó en un contrato de “cesión de derechos de uso” con la Agencia Properú Publicidad, en la que se utilizó su interpretación, fijada en una fotografía, de una médico pediatra, al lado de una pequeña niña que recibía sus cuidados; para una campaña publicitaria que la referida agencia de publicidad preparó para su cliente la Compañía

de Seguros Rímac. Dicha campaña se materializó en un panel gigante, brochures comerciales y otros impresos de la referida campaña de seguros, durante el plazo de un año.

ii) Una vez vencido el término de la vigencia de dicha campaña publicitaria cesaron los efectos del contrato de cesión de derechos celebrado con la agencia Properú Publicidad, por lo que dichas imágenes cedidas a dicha empresa para una campaña publicitaria de la Compañía de Seguros Rímac ya no podían ser usadas, salvo expresa aprobación de los representantes legales de la menor denunciante.

iii) La Clínica Internacional obtuvo la fotografía antes descrita, con la interpretación fijada de la denunciante, e hizo uso de ella sin consentimiento previo y por escrito para efectos de hacerla su identidad corporativa, usando su interpretación en múltiples locales, soportes, medios y formatos desde noviembre del año 2001 hasta la fecha:



iv) *Existe un uso real, sistemático y explícito de la imagen de la denunciante, identificándola nítidamente con la institución y la marca CLINICA INTERNACIONAL. Al percatarse de este hecho se comunicó con la denunciada mediante carta notarial de fecha 22 de diciembre del 2004 y carta simple del 24 de enero del 2005, sin obtener respuesta alguna.*

*Adjuntó documentos a fin de acreditar lo expuesto.*

*Mediante proveído de fecha 26 de mayo del 2005, la Oficina de Derechos de Autor dispuso admitir a trámite la denuncia presentada por presunta infracción a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública contemplados en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley Nº 28131. Asimismo, invitó a las partes a una audiencia de conciliación. Con fecha 8 de junio del 2005, Clínica Internacional S.A. contestó la denuncia, manifestando lo siguiente:*

i) *La denunciante carece de la calidad de artista intérprete o ejecutante a la que se refiere la ley Nº 28131, pues no se ha acreditado que la misma sea modelo profesional, ni tampoco que forme parte del staff de modelos de la Agencia Properú Publicidad como indirectamente se alude en la denuncia. En consecuencia, no es posible atribuirle titularidad de derecho conexo alguno, por carecer de calidad de artista, intérprete o ejecutante como inexactamente pretende atribuírsele.*

ii) *La Oficina de Derechos de Autor es incompetente para pronunciarse sobre el presente caso. En efecto, la controversia planteada no se refiere a la presunta infracción de un derecho de autor, como incorrectamente sostiene la parte denunciante, sino mas bien, es un caso de naturaleza civil, por tratarse de aspectos relacionados al uso de la imagen, de conformidad con lo señalado por el artículo 15 del Código Civil. En tal sentido, admitir el trámite de la presente denuncia implicará impulsar un proceso nulo.*

iii) *Con fecha 22 de diciembre del 2004, la denunciante se dirigió a la denunciada exigiendo el pago de USD 160 000,00 dólares americanos por la utilización de su imagen y la de su aludida hija, para una campaña publicitaria a favor de la Clínica Internacional*

*S.A. Asimismo, con fecha 18 de abril del 2005, inició un proceso de conciliación extrajudicial por el cual pretendía que se le indemnice hasta por la suma de USD 30 000,00 dólares americanos por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral por el uso no autorizado e indebido de su imagen.*

iv) *En todo momento han intentado un acercamiento con la otra parte, sin embargo, una cerrada pretensión económica ha anulado cualquier posibilidad de solución.*

v) *La denunciante solicitó que se declare nulo todo lo actuado a partir de la resolución de fecha 26 de mayo del 2005, por la cual se admite a trámite la denuncia interpuesta y cita a audiencia de conciliación, y que la presente denuncia sea declarada improcedente.*

vi) *En caso que la Oficina se considere competente para resolver la controversia, igualmente se deberá declarar nulo lo actuado por cuanto la denunciante no cumplió con proporcionar la información señalada en el artículo 194º del Decreto Legislativo 822; es decir, informar a la Oficina el valor que debió de haber percibido de acuerdo al supuesto convenio suscrito con Properú Publicidad.*

*Con fecha 7 de julio del 2005, la denunciante presentó denuncia contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, reiterando los argumentos de la denuncia dirigida contra Clínica Internacional S.A. Agregó lo siguiente:*

i) *El desempeño como personaje de identidad corporativa es el tipo de explotación de mayor jerarquía que puede dársele a la interpretación de un modelo publicitario. En esta categoría de explotación se hace un uso intenso y masivo de la interpretación de la modelo, lo cual desarrolla en el público una fuerte asociación de ideas personaje = marca, por lo que el personaje ve disminuida su capacidad de explotar su imagen para otras marcas o empresas.*

ii) *Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros es responsable solidaria por haber prestado su colaboración y facilitado el material con el que su empresa subsidiaria Clínica Internacional S.A. ha cometido la infracción materia de denuncia. Adjuntó las pruebas que consideró pertinentes.*

Mediante proveído de fecha 10 de agosto del 2005, la Oficina de Derechos de Autor dispuso lo siguiente:

- Declarar improcedente la solicitud de la denunciante para ampliar la denuncia contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguro como responsable solidario.
- Tener por no solicitada la medida cautelar de inspección.
- Requerir a la denunciada Clínica Internacional S.A. a fin que cumpla con informar la fecha desde la cual viene utilizando la fotografía que contiene la interpretación de la denunciante.

Con fecha 19 de agosto del 2005, Clínica Internacional S.A. manifestó que la fotografía que contiene la imagen de la denunciante ha sido dejada de utilizar, sin lugar a dudas, por lo menos en mayo del año 2005; es decir, un mes antes de ser notificada la denuncia de la accionante.

Mediante proveído del 1 de setiembre del 2005, la Oficina requirió a la denunciante para que dentro del plazo de 5 días cumpla con presentar copia del contrato suscrito con la agencia Properú Publicidad.

Con fecha 9 de setiembre del 2005, la denunciante manifestó lo siguiente:

- i) Habiendo transcurrido casi 5 años de la suscripción del referido contrato, el documento se ha extraviado, por lo cual no lo pueden presentar.
- ii) El uso realizado por Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros de la fotografía conteniendo la interpretación fijada de su hija ha sido debidamente acreditado con las pruebas anteriormente presentadas, por lo que no cabe duda que efectivamente en aquel momento brindó sus servicios profesionales como modelo para la misma.
- iii) Las características, jerarquía, magnitud y trascendencia del uso pactado en aquel contrato de la campaña del delfín para Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros son totalmente diferentes al tipo de explotación sistemática y masiva que la denunciada ha venido haciendo de la interpretación fijada de la denunciante, por lo que aun en el caso que se pudiera contar con

el contrato aludido, el monto allí estipulado no sería determinante para la evaluación del monto de las remuneraciones devengadas.

Con fecha 27 de setiembre del 2005, Clínica Internacional S.A. solicitó que se decrete el apercibimiento de ley y se imponga a la denunciada una multa por obstaculizar la investigación y presentar una conducta procesal inadecuada. Manifestó que:

- i) El hecho que hayan transcurrido casi 5 años de la fecha del contrato no implica que deba deshacerse del mismo y, a la vez, pretender ejercer derechos pro su imagen que dice haber entregado a Properú Publicidad.
- ii) Busca ocultar el monto estipulado en dicho contrato de cesión de derechos de uso de imagen, elemento fundamental para determinar el monto de las remuneraciones devengadas conforme al valor que hubiera percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación.

Mediante proveído de fecha 20 de octubre del 2005, la Oficina de Derechos de Autor denegó la solicitud del recurrente para requerir a la denunciante la presentación del contrato suscrito con Properú Publicidad bajo apercibimiento de multa y la solicitud para oficiar a Properú Publicidad para que presente el contrato mencionado, ya que no constituye un elemento esencial para la evaluación de la infracción materia de la presente denuncia. Con fecha 29 de noviembre del 2005, la denunciante manifestó lo siguiente:

- i) Si bien la denunciada ha admitido el uso no autorizado de la interpretación fijada de la denunciante como representante de su identidad corporativa, no es cierto que dicho uso se haya iniciado en el mes de junio del 2003 y que voluntariamente haya cesado en mayo del presente año. La interpretación fijada comenzó a ser utilizada por la denunciada en noviembre del año 2000 y su explotación cesó en el mes de mayo del 2005, como consecuencia de una carta notarial y una convocatoria a conciliación extrajudicial.
- ii) La denunciada, prevenida de la denuncia ante el Indecopi, decidió retirar el material publicitario que contiene su interpretación

fijada, para ocultar a la autoridad la evidencia sobre la fecha de su infracción.

iii) La interpretación fijada ha sido explotada en 6 formatos diferentes, estos son:

- a. Brochure de 0.80 x 0.20 "Staff Medico".
- b. Gigantografía en ambulancia de 2.40 x 2.40.
- c. Afiche informativo de 0.50 x 0.70 "Red de Salud".
- d. Folleto tríptico de 0.30 x 0.20 "Cartilla de vacunación".
- e. Banderola de 0.80 x 1.40 "Doctora-Paciente".
- f. Gigantografía de 1.50 x 1.50 "Doctora-Paciente"

Adjuntó medios probatorios.

Con fecha 10 de enero del 2006, Clínica Internacional S.A. reiteró sus argumentos y presentó dos presupuestos de agencias de publicidad (JWT Peruana Producción Audiovisual y Toolstudio), sobre cuánto correspondería de remuneración a las modelos de la publicidad en cuestión.

Mediante proveído de fecha 13 de febrero del 2006, la Oficina de Derechos de Autor dispuso que corresponde incorporar el expediente N° 1160-2005/ODA (a fojas 38) al expediente N° 622-2005/ODA, en virtud de lo dispuesto en el artículo cuarto de la providencia del 31 de enero de 2006, emitida en dicho expediente.

Con fecha 7 de septiembre del 2005, mediante expediente N° 1160-2005/ODA, Betty María Ángela Morales Valdivia interpuso una denuncia por infracción a la Ley del artista, interprete y ejecutante y a la Ley sobre Derecho de autor contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, reiterando los argumentos vertidos en la denuncia presentada en el expediente N° 622-2005/ODA. La Oficina, mediante proveído de fecha 31 de enero del 2006, admitió a trámite la denuncia presentada por presunta infracción al derecho de reproducción, distribución y comunicación pública contemplados en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley N° 28131; asimismo, invitó a las partes a una audiencia de conciliación y requirió a la denunciada a fin de que informe, en un plazo de 5 días hábiles, la fecha, el nombre y la dirección de los proveedores a los que ordenó realizar por primera vez la reproducción de materiales en los que se haya incluido la fotografía materia

de la presente denuncia. Finalmente, dispuso acumular el procedimiento seguido en el expediente N° 1160-2005/ODA a los actuados del Expediente N° 622-2005/ODA.

Con fecha 13 de marzo del 2006, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros contestó la denuncia manifestando que:

i) El hecho que Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros y Clínica Internacional conformen el mismo grupo empresarial no significa que será la misma persona jurídica. Cada una de ellas constituye un ente con personalidad jurídica propia.

ii) En el año 2000, Rímac Internacional S.A. Entidad Prestadora de Salud (Rímac EPS) y no Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros (como erróneamente se indica en la denuncia) encargó a la empresa Properú Publicidad la selección de una mujer y una niña para interpretar a una pediatra y a una paciente y usar sus imágenes fotográficas en una campaña publicitaria que dicha empresa deseaba lanzar al mercado en esa época. En ese sentido, se habría suscrito el correspondiente contrato de cesión de derechos de imagen entre dicha agencia publicitaria y la denunciante, por el periodo 2000-2001.

iii) En virtud de un contrato suscrito entre Properú y la denunciante, Rímac EPS sólo usó la fotografía en cuestión para la campaña que lanzó al mercado en esa época y que duró únicamente un año, es decir, en el periodo 2000-2001, luego de lo cual dejó de utilizar cualquier material publicitario que contuviera la fotografía con la imagen de la denunciante. Debido a la antigüedad de ese contrato, no ha sido posible encontrarlo.

iv) Clínica Internacional podría haber adquirido la fotografía en cuestión de diversas fuentes para intentar convalidar o fidelizar la clientela de Rímac EPS, en tanto muchos de los clientes de Rímac EPS son atendidos en la Clínica Internacional y, en ese sentido, lograr crear una asociación en el público entre Rímac EPS y Clínica Internacional para que acudan a atenderse a dicha clínica. En el supuesto que ésta hubiese sido la razón, debemos enfatizar el hecho que si bien existe una relación empresarial entre las recurrentes y la Clínica

*Internacional, el manejo interno de cada una de estas empresas es totalmente independiente, teniendo cada una sus propias gerencias comerciales y de marketing, dirección y estructura organizacional.*

*Mediante proveído de fecha 24 de marzo del 2006, la Oficina de Derechos de Autor citó a las partes a informe oral, el cual se llevó a cabo el 3 de marzo del 2005.*

*Mediante Resolución Nº 187-2006/ODA-INDECOPI de fecha 2 de junio del 2006, la Oficina de Derechos de Autor declaró improcedente la denuncia presentada por Betty María Ángela Morales Valdivia en contra de Clínica Internacional y Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros; en ese sentido, señaló que carecía de objeto pronunciarse respecto de las nulidades deducidas por la denunciada Clínica Internacional S.A.*

*La Oficina consideró lo siguiente:*

*i) La denunciante habría suscrito un contrato con una agencia publicitaria para la prestación de servicios que tenía por finalidad que la misma posara en la producción de unas fotografías a ser empleadas en una campaña publicitaria.*

*ii) En ejecución del mencionado contrato, la denunciante habría posado para que se efectuaran las tomas fotográficas representando el papel de una paciente infante.*

*iii) De conformidad con la legislación vigente, sólo pueden ser objeto de protección por el derecho de autor las obras fotográficas o las meras fotografías y no las imágenes fijadas en estas.*

*iv) La consideración de obra fotográfica no convierte a la imagen fijada en ella en objeto de protección del derecho de autor o derechos conexos. Así, una fotografía donde se captó la imagen de una modelo puede ser objeto de protección, pero ello no convierte a la modelo en artista intérprete.*

*v) Las interpretaciones de diversos personajes por parte de un modelo publicitario para que dicha interpretación pueda ser captada por una cámara fotográfica o filmadora sólo tendrán protección por el derecho conexo en la medida que el personaje interpretado por el modelo tenga rasgos de originalidad*

*suficiente para ser amparado como obra artística. La Oficina citó como ejemplo las interpretaciones de personajes como “Hamlet”, “Tarzán”, “El Chavo del Ocho”, etc.*

*vi) El personaje interpretado por la denunciante no tiene originalidad suficiente para ser protegido por el Derecho de autor; en ese sentido, la interpretación de dicho personaje no puede ser materia de protección por el derecho conexo reconocido a los artistas intérpretes y ejecutantes.*

*vii) La simple acción de posar para una cámara vestido de médico, enfermera, ama de casa, papá o mamá no constituye la ejecución de una actividad o prestación artística, como no se puede decir que se está “interpretando” un papel cuando se acude a una fiesta disfrazado de médico, paciente, abogado, etc.*

*Con fecha 16 de junio del 2006, la denunciante interpuso recurso de apelación, reiterando los argumentos vertidos en primera instancia y manifestando que se ha producido un perjuicio a su parte por el pronunciamiento extemporáneo e inoportuno por parte de la Oficina respecto a la improcedencia de la denuncia.*

*Con fecha 13 de julio del 2006, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros absolvió el traslado de la apelación reiterando sus argumentos.*

*Con fecha 14 de julio del 2006, Clínica Internacional S.A. absolvió el traslado de la apelación reiterando sus argumentos.*

*Con fecha 27 de octubre del 2006, la parte denunciante solicitó el uso de la palabra.*

*Mediante providencia del 2 de noviembre del 2006, la Sala concedió el uso de la palabra a la parte denunciante; posteriormente, mediante providencia del 13 de noviembre del 2006, la Sala dispuso que los respectivos informes orales solicitados en los expedientes 621-2005/ODA y 622-2005/ODA sean realizados en una sola audiencia.*

*Con fecha 23 de noviembre de 2006, se llevó a cabo la audiencia de informe oral, con la asistencia de las partes.*

Con fecha 30 de noviembre del 2006, la parte denunciante presentó un escrito reiterando sus argumentos.

Con fecha 26 de diciembre del 2006, ante el nombramiento de nuevos miembros de la Sala de Propiedad Intelectual, la Secretaría Técnica dispuso la realización de un nuevo informe oral para el 4 de enero del 2007, fecha en la que se realizó el informe conforme al acta que obra a fojas 465 del expediente.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

De la revisión del expediente, corresponde a la Sala de Propiedad Intelectual determinar si la fijación de la imagen de la denunciante en una fotografía publicitaria constituye una interpretación artística susceptible de protección por derechos conexos.

## III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

### 1. Derechos conexos de los artistas intérpretes y ejecutantes

#### Marco doctrinario y protección internacional

Ricardo Antequera Parilli señala que con posterioridad al reconocimiento universal del Derecho de autor, se han incorporado a numerosas legislaciones un conjunto de derechos que, reunidos bajo la denominación de “vecinos”, “conexos” o “afines” al Derecho de autor, tienen como objeto de protección ciertas manifestaciones de diversa índole, que no constituyen una “creación” literaria o artística en sí mismas, pero que tienen una importante vinculación con la difusión de las obras del ingenio.<sup>2</sup>

Prosigue el autor citado señalando que el hecho de ubicar tales prestaciones y producciones en el marco de los derechos “conexos”, y no como objeto del Derecho de autor, hace a una de las diferencias sustanciales entre el sistema latino o continental de protección y el del “copyright” o

anglosajón: el primero solamente reconoce protección autoral a las creaciones intelectuales con características de originalidad (y por tanto producciones artísticas o empresariales no creativas deben ser objeto de un derecho distinto, aunque “vecino” al del autor); el segundo, mediante una fictio iuris, admite considerar como “obra” a expresiones carentes de originalidad, como las grabaciones sonoras o las emisiones de radiodifusión.<sup>3</sup>

En cierto tipo de obras, como pueden ser las obras literarias, arquitectónicas o artísticas (una pintura o escultura), es el mismo autor el que crea la obra y la exterioriza a través de una determinada forma de expresión que puede ser conocida directamente por el público, sin necesidad de ningún intermediario. Sin embargo, existen otras categorías de obras (por ejemplo las obras musicales), que no pueden ser directamente percibidas por el público si no es mediante la participación de una persona que la interpreta (canta) o la ejecuta a través de un instrumento musical. A estas últimas personas se les denomina “artistas intérpretes y ejecutantes”, concepto jurídico que no debe confundirse con el uso coloquial del término “artista” con el que generalmente se identifica a toda persona que realice alguna actividad relacionada con el arte, sea mediante la creación de obras o la interpretación o ejecución de las mismas.

El Glosario de la OMPI define a “artista” como el “actor, cantante, músico, bailarín o, en general, a una persona que represente un papel, canta, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística.”<sup>4</sup>

La Convención de Roma, en su artículo 3, señala lo siguiente: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por: a) « artista intérprete o ejecutante », todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame,

<sup>3</sup> Loc. Cit.

<sup>4</sup> Citado por Fernando ZAPATA LÓPEZ en “La protección de los derechos conexos de los artistas intérpretes y ejecutantes”, ponencia presentada para el Curso de la OMPI sobre Derecho de autor y derechos conexos para Jueces y Fiscales de Perú, realizado en Lima del 27 al 30 de junio de 1994.

<sup>2</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y Marysol FERREYROS CASTAÑEDA. El nuevo Derecho de autor en el Perú. Editorial The Perú Reporting, Lima, 1996. p. 371.

*interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística”.*

A su vez, el artículo 7 de dicha Convención indica que:

“1. La protección prevista por la presente Convención en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir:

a) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieren dado su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación;

b) la fijación sobre una base material, sin su consentimiento, de su ejecución no fijada;

c) la reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su ejecución:

(i) si la fijación original se hizo sin su consentimiento;

(ii) si se trata de una reproducción para fines distintos de los que habían autorizado;

(...)”

Adicionalmente, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones señala en su artículo 34 lo siguiente<sup>5</sup>:

“Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.”

#### Derechos conexos reconocidos por el Decreto Legislativo 822

El artículo 2 numeral 2 del Decreto Legislativo 822 define al artista intérprete o ejecutante de la siguiente manera: “Persona que representa,

*canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra literaria o artística o una expresión del folklore, así como el artista de variedades y de circo”.*

Igualmente, el artículo 132 del Decreto Legislativo 822 señala lo siguiente: “Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La comunicación al público en cualquier forma de sus representaciones o ejecuciones. b) La fijación y reproducción de sus representaciones o ejecuciones, por cualquier medio o procedimiento. c) La reproducción de una fijación autorizada, cuando se realice para fines distintos de los que fueron objeto de la autorización.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de sus actuaciones, cuando aquella se efectúe a partir de una fijación realizada con su previo consentimiento y publicada con fines comerciales.”

#### Derechos reconocidos por la Ley N° 28131 - Ley del artista intérprete y ejecutante

El artículo 2 de la Ley N° 28131, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 19 de diciembre del 2003 –es decir, con posterioridad al año en el que se tomó la fotografía materia de la denuncia, de acuerdo a lo aseverado por la denunciante- define como “artista” a: “Toda persona que representa o realiza una obra artística, con texto o sin él, utilizando su cuerpo o habilidades, con o sin instrumentos, que se exhiba o muestre al público, resultando una interpretación y/o ejecución que puede ser difundida por cualquier medio de comunicación o fijada en soporte adecuado, creado o por crearse.” Asimismo, el artículo 6.1 de la norma citada indica que: “Se entiende por interpretación a la representación de una obra teatral, cinematográfica, musical o de cualquier otro género en la que se aplique la personalidad y creatividad del artista.”

En ese sentido, se puede apreciar que es requisito indispensable para que se considere a una persona como “artista” en los términos de dicha Ley, que la misma represente o realice una obra artística.

<sup>5</sup> La Decisión Andina 351 define “artista intérprete o ejecutante” como: “Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.”



En vista de ello, previamente a analizar la aplicación al caso concreto de los derechos conexos, la Sala estima pertinente reseñar el esquema de protección de una obra.

## 2. El objeto de protección del Derecho de autor: La obra. La originalidad como requisito de protección

Según el artículo 3 de la Decisión 351, concordado con el artículo 2 del Decreto Legislativo 822, se entiende por obra toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

A diferencia de los países de tradición jurídica anglosajona, en la cual se exige que la obra provenga del autor y que no haya sido copiada (como la jurisprudencia inglesa lo formula: la obra es el resultado de "judgement, skill and labour"), en los países de tradición jurídica latina como el nuestro, se exige que la obra refleje la personalidad del autor, que sea individual y tenga altura creativa.

En este contexto, la Sala es de la opinión que la originalidad de la obra reside en la expresión -o forma representativa- creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad.<sup>6</sup> No se requiere que la obra sea novedosa en sentido objetivo.

Si bien toda obra es el producto del esfuerzo de su creador, no todo lo producido con esfuerzo merece protección por Derechos de autor. Ello sólo será posible en la medida que la creación tenga elementos de originalidad suficientes para ser considerada como obra. Admitir lo contrario implicaría proteger incluso aquello que no es objeto de protección por derechos de autor, como la elaboración de la lista de películas que se exhiben en los cines de Lima.

<sup>6</sup> Como señala LIPSZYC (En Derecho de autor y derechos conexos, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALLÍA 1993, p. 65), algunos autores prefieren utilizar el término de individualidad en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección.

El requisito de originalidad o individualidad implica que para la creación de la obra debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor. Lo que ya forma parte del patrimonio cultural -artístico, científico o literario- no puede ser individual. Igualmente, la originalidad sirve para diferenciar las obras protegidas por derechos de autor de las banales, de la vida diaria, rutinarias. Tampoco puede decirse que una creación es original si la forma de expresión se deriva de la naturaleza de las cosas o es una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas o por lógica o si la forma de expresión se reduce a una simple técnica que sólo requiere de la habilidad manual para su ejecución. Sin embargo, de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original, individual.

Así, en la lista enunciada de manera ejemplificativa en el artículo 4 de la Decisión 351, concordado con el artículo 5 del Decreto Legislativo 822, de las obras que merecen una protección por Derecho de autor, la originalidad constituye un filtro para la concesión de la protección en el caso en concreto.

Pero el requisito de originalidad o individualidad no sólo sirve para determinar qué cosa es una obra y qué no, sino también para determinar el alcance de la protección del Derecho de autor. Sólo se protege contra plagio aquella parte de la obra que refleje la individualidad del autor. Ahora bien, la determinación de si una obra es original constituye una cuestión de hecho. Se trata además de una noción subjetiva, en la medida que la originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras. En ese orden de ideas, para el Derecho de autor el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto, no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena.

Así, tenemos que para que una creación intelectual sea considerada como obra, debe necesariamente cumplir con el requisito de originalidad que establece la doctrina del Derecho de autor. Sólo si se cumple esta

condición la interpretación que un artista haga de esa obra será protegida. Por el contrario, cuando un artista represente una creación que no cumple con el requisito de originalidad, no existirá tampoco una interpretación artística que pueda ser protegida.

### 3. Protección de las fotografías en la legislación nacional

Teniendo en cuenta que la imagen de la denunciante se encuentra fijada en una fotografía y que algunos de los argumentos de la denunciante versan sobre la protección que debe tener una obra fotográfica, la Sala estima conveniente precisar la forma de protección de las fotografías, de acuerdo al requisito de originalidad señalado en el apartado precedente.

La fotografía es una imagen fija producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación, cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico electrónico, etc.) utilizado para realizar la imagen.<sup>7</sup>

#### 3.1 Protección de las fotografías por Derecho de autor

El artículo 4 inciso h) de la Decisión 351, concordado con el artículo 5 literal h) Decreto Legislativo 822, establece que están comprendidas entre las obras protegidas las obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía.

Como cualquier otra forma de manifestación susceptible de tutela por el derecho de autor, la forma de expresión debe contener elementos creativos, es decir, con suficientes características de individualidad, y la fotografía no constituye una excepción. En tal sentido, la Sala considera que la originalidad en una fotografía debe circunscribirse a la originalidad de cualquier obra, de acuerdo a los presupuestos anteriormente expresados.

Al respecto, resulta conveniente señalar lo que la Comunidad Europea ha manifestado en su Directiva 93/98/CEE de fecha 29 de octubre de

1993<sup>8</sup>, respecto al análisis de la originalidad de las fotografías. Así, se menciona que para determinar el grado de originalidad de una fotografía deberá tenerse en cuenta si constituye una creación intelectual del autor, un reflejo de su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio, tal como el mérito o la finalidad.

En consecuencia, no cualquier fotografía puede ser objeto de protección por el Derecho de autor.

La Sala conviene en señalar que para que una fotografía sea protegible por la Ley sobre Derecho de autor debe tener elementos creativos individuales que permitan identificar la parte de la personalidad del autor que éste ha plasmado en su creación, y así permitir su distinción respecto de cualquier otra fotografía. Atendiendo a ello, una fotografía para ser obra no puede constituir sólo una simple reproducción de objetos ya existentes.

Debe tenerse en cuenta que algunas veces el tomar una fotografía implica el desarrollo del talento del fotógrafo, ya que es él quien selecciona el material sensible que va a utilizar, observa, elige el motivo, encuadra o compone la imagen, busca el ángulo preciso, la perspectiva, mide la luz, elige el tipo de película, prepara la cámara fotográfica (velocidad y apertura del objetivo) y dispara, una y otra vez, desde el mismo ángulo o desde distintos.<sup>9</sup>

En este contexto, se puede afirmar que la originalidad en las fotografías puede radicar, por un lado, en el encuadre o en la composición o en cualquier otro elemento importante de la imagen (juego de luz,

<sup>7</sup> Documento Unesco/OMPI/CGE/SYN/3-II. Citado por LIPSZYC (nota ;Error! Marcador no definido.), p. 83.

<sup>8</sup> Considerando 17 de la Directiva 93/98/CEE: "Considerando que la protección de los fotógrafos en los estados miembros es objeto de diversos regímenes; que, para conseguir una armonización suficiente del plazo de protección de las obras fotográficas, en particular de aquella que, debido a su carácter artístico o profesional, sean importantes en el mercado interior, es necesario definir el grado de originalidad requerido en la presente Directiva: que una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio, tal como el mérito o finalidad."

<sup>9</sup> Ver LIPSZYC (nota ;Error! Marcador no definido.), p. 84.

perspectiva, combinación de tonalidades)<sup>10</sup> de la fotografía o de la toma fotográfica; y, por otro lado, en la fase de su ejecución, ello en la medida que la originalidad puede radicar en el procedimiento de revelado de la película, fotomontajes, retoques, etc.<sup>11</sup>

### 3.2 Protección de las fotografías por derechos conexos

De lo desarrollado en el punto anterior, no cabe duda que aquellas fotografías que tienen rasgos de originalidad son protegibles por el Derecho de autor. Sin embargo, el problema se plantea cuando se intenta decidir sobre la protección que merecen la inmensa cantidad de fotografías que a diario se toman y revelan en forma casi mecánica, y que no tienen originalidad alguna.

Es posible que una fijación fotográfica no tenga características creativas – e incluso, que por venturas de la casualidad, pueda captar un acontecimiento importante – pero sea susceptible de tener un valor económico apreciable y cuya explotación libre y gratuita por terceros, tendría las características de un enriquecimiento injusto en perjuicio de quien realizó la fijación.<sup>12</sup>

En este contexto, se plantea el problema de la forma de protección de las llamadas meras o simples fotografías.

En el caso de Alemania, se protege tanto la obra fotográfica como la fotografía con valor histórico y las simples fotografías, en estos dos últimos casos se protegen por derechos conexos, sin embargo varía la protección en cuanto a su plazo. Así, cuando se trata de las obras fotográficas, el plazo de protección es de 70 años, en el caso de las fotografías con valor histórico, el plazo es de 50 años, y en las simples fotografías es de 25 años<sup>13</sup>.

En el caso de Austria e Italia, se establecen regímenes distintos según se trate de obras de arte -en ese caso protegidas por el Derecho de autor- o bien de simples fotografías, sobre las cuales sólo se reconoce un derecho conexo.

En la misma línea se hallan las normas españolas<sup>14</sup>, las que protegen con el Derecho de autor a la obra fotográfica y con otro derecho de propiedad intelectual, similar a aquél (derechos conexos o afines), a la mera fotografía. Así, el realizador de una mera fotografía queda fuertemente protegido con un derecho de exclusiva sobre la explotación de la fotografía, similar en lo patrimonial al que se atribuye a los autores, aunque de duración claramente inferior. Sin embargo, dicho realizador no recibe reconocimiento alguno, en principio, dentro del campo de los derechos morales.<sup>15</sup>

El artículo 6 de la Directiva 93/98/CEE, antes citado, señala que las fotografías que constituyan originales en el sentido que sean creaciones intelectuales propias serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados Miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías. De ello se puede deducir, que a nivel de la Comunidad Europea también se plantea la distinción entre obra fotográfica y la mera fotografía, sin embargo se deja en libertad a cada País Miembro determinar la forma como protegerá (si es que así lo decide) a las simples fotografías.

En el caso peruano, siguiendo la línea antes descrita, se ha otorgado protección a las meras o simples fotografías a través de los llamados derechos vecinos, conexos o afines al Derecho de autor.

<sup>10</sup> Loc. Cit. (nota ¡Error! Marcador no definido.), pp. 84 y 85.

<sup>11</sup> Fernández-Albor Baltar. *Los derechos afines a los derechos de autor en el Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual*. En: *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*. Marcial Pons, Tomo XVII, España 1996, p. 139.

<sup>12</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y Marysol FERREYROS CASTAÑEDA. Op. Cit., p. 426.

<sup>13</sup> Schricker (Coordinador), Urheberrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich 1987, § 72. 1 y ss, pp. 853 y ss.

<sup>14</sup> Artículo 128 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.- Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas.

<sup>15</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Editorial Tecnos, Madrid 1997, p. 1711.

Así, el artículo 144 del Decreto Legislativo 822 establece que quien realice una fotografía u otra fijación por un procedimiento análogo que no tenga el carácter de obra de acuerdo a la definición contenida en la ley, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos a los autores fotográficos. La duración de este derecho será de 70 años contados a partir del primero de enero del año siguiente a la realización de la fotografía.

Tal como se señaló anteriormente, el hecho de ubicar a tales prestaciones y producciones en el marco de los derechos conexos y no como objeto del Derecho de autor hace una de las diferencias sustanciales entre el sistema latino o continental de protección y el del copyright o anglosajón.<sup>16</sup>

Esta distinción no pretende negar la protección a aquellos bienes o actividades que son fruto del esfuerzo de quien los produce o realiza y que por su contenido pueden tener un elevado valor económico, lo que se busca es proteger cada una de estas creaciones o actividades de acuerdo a su naturaleza y a la regulación jurídica que le corresponde.

De lo expuesto, se puede concluir que la legislación peruana protege a la fotografía ya sea por el área del Derecho de autor, cuando ésta goce de originalidad, como por los derechos conexos, en los casos en los que no se cumpla con esta última exigencia. En este último caso, se reconoce al titular sólo derechos de carácter patrimonial (derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la fotografía) más no derechos de naturaleza moral, como sí sucede en el caso de las obras fotográficas.

### 3.3. Sujeto de protección

Habiéndose determinado que el objeto de protección del Derecho de autor y los derechos conexos son las fotografías o las meras fotografías, y no los elementos fotografiados (como podrían ser personas o cosas), se debe

concluir en este punto que el sujeto de protección será el fotógrafo autor de la obra fotográfica, o la persona que tomó la fotografía carente de originalidad, y por lo tanto titulares de los derechos que la ley faculta. Así, ante cualquier afectación o vulneración de sus derechos, como puede ser la modificación o variación de la obra, son dichas personas o aquellos a quienes hayan cedido sus derechos, los legitimados a interponer las acciones judiciales o administrativas que consideren pertinentes.

### 4. Análisis del caso concreto

La protección que otorga la legislación sobre Derecho de autor está referida básicamente a la protección de las obras. Adicionalmente se reconocen ciertos derechos a aquellas personas que son necesarias para que las obras puedan ser percibidas por el público, como es el caso de los intérpretes de una canción o los actores de una obra dramática. Sin la participación de dichas personas, una canción no pasaría de ser una obra literaria, pues no habría ninguna ejecución de sonidos; igualmente, sin la participación de los actores, una obra de teatro no pasaría de ser una obra literaria igualmente protegida por el Derecho de autor.

En ese sentido, la ejecución o representación de obras que efectúan los artistas es objeto de protección mediante el reconocimiento de derechos conexos.

Aplicando la legislación vigente descrita en los numerales anteriores, para que sea protegida una interpretación artística efectuada por alguno de los artistas descritos en el artículo 4 de la Ley Nº 28131, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

- a. Que el sujeto de protección sea una persona natural o física, independientemente de su formación, experiencia o trayectoria artística.
- b. Que la interpretación sea de una obra literaria o artística.
- c. Que la obra representada cumpla con el requisito de originalidad.
- d. Que la interpretación sea realizada por el artista utilizando su cuerpo o habilidades, aplicando su personalidad y creatividad artística.

<sup>16</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y Marysol FERREYROS CASTAÑEDA. Op. Cit., p. 371.

e. Que la interpretación se exhiba o muestre al público.

f. Que la interpretación pueda ser difundida por cualquier medio de comunicación o fijada en un soporte.

La denunciante sustenta su denuncia en el aprovechamiento no autorizado de su imagen por parte de las denunciadas, la misma que se encuentra incluida en una fotografía de carácter publicitario. Señala además que el artículo 4 de la Ley N° 28131 indica que dicha ley es aplicable a diversos "artistas" entre los que se encuentran el banderillero; mago; matador; mentalista; modelo de artistas de las artes plásticas, de obra publicitaria, de pasarela, en espectáculos escénicos, teatrales, cinematográficos, televisivos; rejoneador; ventrílocuo; entre otros; siendo la lista enunciativa mas no limitativa.

Al respecto, la Sala debe precisar que la Ley N° 28131 no sólo regula temas de propiedad intelectual, sino también temas de carácter laboral, gremial y de promoción artística. Es por ello que el artículo 4 de dicha norma contempla una relación extensa de personas que pueden ser considerados "artistas" para todos los efectos de la mencionada norma; sin embargo, ello no significa que los derechos de propiedad intelectual deban ser reconocidos a todos aquellos mencionados en dicho artículo, pues para tales efectos es necesario que se cumplan los requisitos señalados líneas arriba.

En el presente caso, se observa que en la fotografía materia de denuncia, la denunciante no está interpretando ninguna obra que sea protegida por el Derecho de autor, sino que simplemente se ha caracterizado como una doctora atendiendo a una paciente. Como ya se ha dicho, para que una interpretación artística sea susceptible de protección, el artista debe representar una creación intelectual que a su vez cumpla con el requisito de originalidad que exige el Derecho de Autor.

En tanto no exista una creación protegida por el Derecho de autor, no existirá tampoco una interpretación artística sobre la cual se pueda reclamar los derechos reconocidos por la Ley N° 28131 y por el Decreto Legislativo 822:



En ese sentido, dado que no existen derechos de artista intérprete que deban ser protegidos, la presente denuncia deviene en improcedente, por lo que corresponde confirmar la Resolución dictada por la Oficina, sin perjuicio de las acciones civiles que pueda iniciar la denunciante ante el Poder Judicial para la protección de su derecho a la imagen personal.

#### IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

CONFIRMAR en todos sus extremos la Resolución N° 187-2006/ODA-INDECOPI de fecha 2 de junio del 2006.

Con la intervención de los vocales: Begoña Venero Aguirre, María Soledad Ferreyros Castañeda, Teresa Mera Gómez y Tomás Unger Golsztyn

**BEGOÑA VENERO AGUIRRE**  
 Presidenta de la Sala de Propiedad Intelectual