

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2011
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Obra arquitectónica. Objeto protegido. Planos. Edificación.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Comunidad Andina

ORGANISMO: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

FECHA: 14-10-2010

JURISDICCIÓN: Judicial

FUENTE: Portal de la Comunidad Andina, por <http://www.comunidadandina.org/>
(documentos oficiales).

OTROS DATOS: Proceso 102-IP-2010

SUMARIO:

“Se consideran obras y son objeto de protección, las obras de arquitectura y, las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias”.

“En la obra arquitectónica, antes de existir la cosa construida hay una definición gráfica y dimensional de concepción pura: los planos, esbozos, plantas, croquis, muestras, anteproyectos, proyectos y maquetas que, en tanto obras, gozan de la protección del derecho de autor; pero que la creación arquitectónica es en sí una edificación, un cuerpo que materializa una conjugación de formas y funciones de habitabilidad, ideadas por una mente creadora”.

COMENTARIO: El artículo 2,1) del Convenio de Berna contempla a título enunciativo, entre las obras protegidas por el derecho de autor, a *“las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”*. Ahora bien, la creación arquitectónica, como obra, tiene la particular característica de presentar dos modos de expresión: la concepción artística del arquitecto se concreta y exterioriza con el acabado de los planos (primera forma de expresión), pero la obra adquiere vida y es susceptible de ser conocida por el público en general a través de su construcción (segunda forma de expresión). Ambos son medios de exteriorización de carácter artístico tutelados por el derecho de autor; uno y otro pueden ser objeto de plagio o de atentados a su integridad; y tanto los planos como la construcción pueden ser objeto de reproducciones ilícitas (duplicación de los diseños o repetición de la construcción). De allí que la concepción arquitectónica, desde la etapa de su diseño plasmado en bocetos o planos, ya goce de protección como obra. Por supuesto, como en toda creación intelectual, la protección por el derecho de autor está referida a aquellos elementos expresivos de la obra que ostenten originalidad. En esta compilación se reseñan varias decisiones donde se ha descartado el plagio de elementos arquitectónicos expresados en algunas unidades masivas de viviendas cuya concepción responde a criterios rutinarios, comunes a este tipo de edificaciones. © Ricardo Antequera Parilli, 2011.

TEXTO COMPLETO:

PROCESO 102-IP-2010

Interpretación prejudicial del artículo 4 literales h) y k) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena con fundamento en la consulta formulada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, República del Ecuador.

Interpretación de oficio de los artículos 1, 10, 11 literal b), 13, 15, 18 y 57 de la misma Decisión.

***Actor: Señor Franklin Abad Abril.
Caso: Derechos de autor.
Proceso interno Nº 049-2009.***

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, a los catorce (14) días del mes de octubre del año dos mil diez.

En la solicitud sobre interpretación prejudicial formulada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, República del Ecuador.

VISTOS:

Que de la solicitud de interpretación prejudicial y de sus anexos se desprende que los requisitos exigidos por el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 125 de su Estatuto fueron cumplidos, por lo que su admisión a trámite fue considerada procedente por auto de veintinueve (29) de septiembre de 2010.

1. ANTECEDENTES

1.1. Partes

La parte demandante es: el señor Franklin Abad Abril.

La parte demandada la constituye: la ingeniera Mercedes Salinas Herrera, por sus propios derechos y como Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Merced.

1.2. Objeto de la demanda

El señor Franklin Abad Abril considera que la Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Merced con la exposición pública de la obra de él que se efectúa en las distintas oficinas de la Cooperativa La Merced de la ciudad de Cuenca, ubicadas en la Av. Carlos R. Vintimilla y Luís Bravo y en la Mariscal Lamar No. 10-80 y 11-67, deriva en la reproducción o copia y uso ilícito o no autorizado de su obra; y, en tal virtud, solicita que “se resuelva conforme a Ley la existencia de la violación a mis derechos de autor y los derechos conexos; que, como medida cautelar se prohíba la reproducción, difusión y exhibición de mi obra (...) y se establezca conforme a Derecho la responsabilidad civil y penal de la demandada como autora de los ilícitos mencionados”.

1.3. Hechos relevantes

a) Hechos

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

- 1. El 24 de enero de 2008, el señor Franklin Abad Abril, en virtud de una invitación personal, presentó ante el directorio de la Cooperativa La Merced una propuesta con dos alternativas de vivienda – tipo para el proyecto de la urbanización Santa Sofía, llevado a cabo por dicha entidad. La propuesta tenía supuestamente alternativas propias y particulares de desarrollo, susceptibles de adaptarse a diversas posibilidades de presupuesto o necesidad de espacio.***
- 2. A la semana siguiente, se comunicó al actor que su propuesta había sido escogida y le invitaron a dialogar sobre las condiciones a cumplir para el éxito del proyecto.***

3. El 6 de marzo de 2008, los planos del diseño arquitectónico fueron entregados al gerente de la Cooperativa, quien solicitó al actor la inserción de algunos cambios al diseño.
4. El 19 de marzo de 2008, el actor entregó una copia del plano arquitectónico definitivo. Posteriormente, la Cooperativa le entregó la documentación técnica y legal necesaria para proceder al trámite de aprobación de planos en el Municipio y el permiso correspondiente para la construcción de veinte viviendas.
5. El 26 de marzo de 2008, el actor contrató al ingeniero Alex Pinos para que efectúe los estudios estructurales de la casa modelo.
6. El 2 de abril de 2008, el actor presentó a la Cooperativa, en virtud de un alza en el precio del acero y el consecuente reajuste en el presupuesto para el proyecto, un nuevo plano para una vivienda más pequeña.
7. El 14 de abril de 2008, la Cooperativa solicitó al actor que detenga por unos pocos días el trabajo que venía realizando.
8. El 30 de abril y el 22 de mayo de 2008, el actor solicitó al gerente de dicha Cooperativa que le informara si quería que continúe con el proyecto o en su defecto le cancelara sus honorarios por el trabajo realizado. El 10 de julio de 2008 le contestaron indicando que “no hemos mantenido ni mantenemos contrato alguno”.
9. Por el material publicitario que se difunde en algunos lugares de la Cooperativa La Merced, el actor presumió que utilizaban su proyecto arquitectónico. Solicitó una inspección judicial como diligencia previa, la cual se evacuó el 26 de septiembre de 2008.

b) Fundamentos de derecho contenidos en la demanda

El señor Franklin Abad Abril manifiesta, en lo principal, los siguientes argumentos:

- “(...) soy titular de los derechos de autor y derechos conexos existentes sobre todos los planos y diseños elaborados por mí y entregados con mi firma a INSER Inmobiliaria (sic) y Servicios La Merced C.A. y exhibidos y difundidos en la Cooperativa La Merced, por tanto como titular de aquellas obras, tengo derecho a exigir que se respeten mis legítimos intereses (...)”.
- “(...) los derechos de autor son imprescriptibles, irrenunciables, inalienables e inembargables y entre ellos están ‘reivindicar la paternidad de las obras y acceder al ejemplar de ellas que se encuentren en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación’ (...) tengo derecho exclusivo a explotarlas y obtener los beneficios pertinentes; derechos exclusivos que comprenden facultar o prohibir su reproducción o la comunicación pública de las obras por cualquier medio (...)”.
- “Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas tiene acceso a la obra, tales como su exposición pública; estos son los actos ilícitos existente (sic) en este caso conforme lo probado por medio de la diligencia previa efectuada (...)”.

c) Contestación a la demanda

La ingeniera Mercedes Salinas Herrera, por sus propios derechos y como Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Merced, en su contestación a la demanda efectuada en la Audiencia de Conciliación, expresa, en lo principal, los siguientes argumentos:

- “(...) del propio texto de la demanda, se desprende que aparentemente se ha presentado a una Compañía denominada Inmobiliaria y Servicios INSER LA MERCED C.A., ‘Una propuesta’ de

diseño de vivienda, lo cual entendemos que al ser una simple propuesta, no podría producir o generar compromiso entre las partes, mucho menos a una tercera persona como es la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO LA MERCED LTDA. que dentro del Cooperativismo realiza actividades financieras, la cual tiene además personería jurídica distinta e incluso actividades igualmente distintas a la de la antes referida compañía, que al decir del actor, a (sic) presentado una determinada propuesta”.

- “Resulta por demás sorprendente, que pretendiendo crear una ficción, (...) el accionante, sueltamente pretenda señalar ‘que presume’ que se ha utilizado un disket, Proyecto Arquitectónico”.
- “Ya de sus propios proceder se infieren sus conductas, así en la confusión manifiesta que tiene respecto de las personas jurídicas que señala en el desarrollo de su demanda, a (sic) generado y presentado ante este mismo Tribunal o Juzgado de lo Contencioso Administrativo, dos acciones que obedecen a un calcado y exacto tenor literal, tanto de los fundamentos de hecho y de derecho, cuanto a su objeto y causa, como son los trámites signados con los números 050-2009 y 049-2009; sin que haya podido concretar a quién demanda”.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,

CONSIDERANDO:

1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Que, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 1, literal c), del Tratado de Creación del Tribunal, la norma cuya interpretación se solicita forma parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

Que, a tenor de la disposición señalada en el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal, en correspondencia con lo establecido en los artículos 4, 121 y 2 del

Estatuto, este Tribunal es competente para interpretar por vía prejudicial las normas que integran el ordenamiento jurídico de dicha Comunidad;

Que, la solicitud de interpretación prejudicial fue admitida a trámite por auto de 29 de septiembre de 2010.

2. NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO A SER INTERPRETADAS

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, República del Ecuador, solicita interpretación prejudicial “La interpretación prejudicial que se solicita se refiere a la interpretación y aplicación de la siguiente norma comunitaria contenida en el ART. 8 DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, CONTEMPLADA EN LA DECISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA NRO. 351 EN SU ART. 4, SECCIÓN II DE LOS CAPÍTULOS, TÍTULO Y LIBRO PRIMERO (...)”.

El Tribunal estima que procede limitar la interpretación del artículo 4 a los literales h) y k) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y con fundamento en la potestad que deriva del artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal, considera pertinente interpretar de oficio los artículos 1, 10, 11 literal b), 13, 15, 18 y 57 de la misma Decisión.

En consecuencia, los textos de las normas a ser interpretadas son los siguientes:

DECISIÓN 351

RÉGIMEN COMÚN SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS CAPÍTULO I

DEL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN

“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 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:

(...)

h) Las obras de arquitectura;

(...)

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

(...)

Artículo 10.- Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario.

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

(...)

b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,

(...)

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

(...)

Artículo 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;

c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;

d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;

e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

(...)

Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;

b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;

c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;

d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;

e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;

f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;

g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;

h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e,

i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

(...)

CAPÍTULO VI

DE LA DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

Artículo 18.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, la duración de la protección de los derechos reconocidos en

la presente Decisión, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

(...)

CAPÍTULO XIII

DE LOS ASPECTOS PROCESALES

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

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

b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;

c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;

d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.

(...)"

3. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

El Tribunal procede a realizar la interpretación prejudicial solicitada, para lo cual analizará aspectos relacionados con:

- Del objeto de la protección de los derechos de autor;

- De los titulares de los derechos. Los derechos patrimoniales de las obras creadas por encargo o bajo relación laboral;

- De los derechos morales;
- De los derechos patrimoniales. La comunicación pública de la obra;
- De la duración de la protección;
- De las facultades de la autoridad nacional competente en caso de infracción a los derechos de autor.

3.1. DEL OBJETO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

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 en donde este derecho se regula en la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Para 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).

Al referirse al objeto de la protección que brinda el derecho de autor, es importante mencionar qué se entiende por “autor”, por “obra” y por “publicación” en la legislación andina, los cuales de acuerdo al artículo 3 de la Decisión 351, son definidos de la siguiente manera: “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 que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra”.

El Tribunal ha sostenido que “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, publicado en la G.O.A.C. N° 1057, de 21 de abril de 2004).

La doctrina menciona, asimismo, algunas características de la “obra” como objeto del Derecho de Autor, entre las que se destacan:

- “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).

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).

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.

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 los literales h) y k) las obras de arquitectura; y, las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias, en su orden.

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. 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 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).

De la misma forma, es pertinente aclarar que, "en las creaciones arquitectónicas no sólo están protegidos los planos, croquis y maquetas, sino también las obras propias de la arquitectura como son las construcciones realizadas a partir de esos planos" (Colombet, Claude, citado por Antequera Parilli, Ricardo, en Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2007, p. 71).

Desde que en "la obra arquitectónica, antes de existir la cosa construida hay una definición gráfica y dimensional de concepción pura: los planos, esbozos, plantas, croquis, muestras, anteproyectos, proyectos y maquetas que, en tanto obras, gozan de la protección del derecho de autor; pero que la creación arquitectónica es en sí una edificación, un cuerpo que materializa una conjugación de formas y funciones de habitabilidad, ideadas por una mente creadora" (Moraes Walter, citado por Antequera Parilli, Ricardo. Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines. Op. cit. p. 71).

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., p.p. 68-69).

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).

Finalmente, el Tribunal ha dicho "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 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, publicado en la G.O.A.C. N° 1195, de 11 de mayo de 2005).

3.2. DE LOS TITULARES DE LOS DERECHOS. LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LAS OBRAS CREADAS POR ENCARGO O BAJO RELACIÓN LABORAL.

El artículo 11 de la Decisión 351 se refiere al derecho moral que tiene un autor sobre su obra, cuyas características son su imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad. El goce de este derecho faculta al autor, entre otras cosas, para reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; al respecto, este Tribunal ha sostenido que: "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". (Proceso 139-IP-2003, publicado en la G.O.A.C. N° 1057 de 21 de abril de 2004).

"El mismo artículo en examen 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). Las primeras engloban todas las 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). 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)". (Proceso 110-IP-2007, publicado en la G.O.A.C. N° 1588 de 20 de febrero de 2008).

Con base en un análisis doctrinal, este Tribunal también ha indicado que "La paternidad es una potestad jurídica inherente a la personalidad del autor, que le atribuye el poder de hacerse reconocer en todo momento como tal y hacer figurar sobre la obra su propio nombre, en su condición de creador que no nace, precisamente, de la inscripción de la misma en

el Registro respectivo, sino cuando el autor la materializa como suya (...). (Ledesma, Guillermo. *DERECHO PENAL INTELECTUAL*. Editorial Universidad. Primera Edición. 1992. Argentina. Pág. 113). “En tanto que para MANUEL PACHÓN, ‘La facultad de reivindicar la obra, busca impedir que otra persona quiera pasar por autor de la obra, y le permite al verdadero autor obtener que se reemplace el nombre del falso autor por el suyo propio’”. (Pachón Muñoz, Manuel. *Ob. Cit.* Pág. 54). (Proceso 139-IP-2003, ya citado).

Es importante advertir que “El autor, es decir, la persona física que realiza la creación intelectual (artículo 3), es el titular originario del derecho de propiedad sobre la obra, y se presume que es tal autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo o signo de identificación aparezca en la obra correspondiente (artículo 8). Ello no obsta para que una persona natural o jurídica distinta del autor pueda poseer la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra, de conformidad con el régimen que contemplen las legislaciones internas de los Países Miembros (artículo 9)”, y que “La propiedad de la obra se ejerce a través de un haz de derechos morales y patrimoniales de carácter exclusivo. Tales derechos, reconocidos por la Decisión 351, son independientes de la propiedad del objeto material en que se encuentre incorporada la obra (artículo 6)” (Proceso 165-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1195, de 11 de mayo de 2005).

Los derechos patrimoniales, derivados de la propiedad intelectual, son derechos exclusivos de explotación económica de la obra, cuyas características son: ser transmisibles, renunciables y temporales. Entre los derechos patrimoniales se encuentran, entre otros, el derecho de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra, es decir, su fijación en un medio que permita su comunicación o su copia, total o parcial; el derecho de comunicación pública de la obra, a través de un medio que permita el acceso, también a distancia, de las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes, por separado o en conjunto, incluidas las bases de datos de

ordenador por medio de la telecomunicación; el derecho de distribución pública de la obra, de su original o de sus copias o ejemplares, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma; el derecho a la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra original; y el derecho a prohibir la importación, al territorio de cualquier País Miembro, de copias de la obra no autorizadas por su titular (artículo 13). Estos derechos se caracterizan por su independencia recíproca, de modo que el ejercicio de uno no perjudica el de los demás.

El Tribunal ha sostenido que, a propósito de los derechos patrimoniales de las obras creadas por encargo o bajo relación laboral, “la Decisión distingue entre la titularidad originaria y la derivada, y atribuye el ejercicio de tales derechos a las personas naturales o jurídicas, de conformidad con la legislación nacional correspondiente, salvo prueba en contrario (artículo 10). Enseña la doctrina que “Titular originario es la persona en cabeza de quien nace el derecho de autor. El autor de una obra derivada (adaptación, traducción o cualquier otra transformación) es el titular originario de los derechos sobre la misma, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra de la cual deriva ... Como la obra original está contenida en la obra derivada, toda utilización de ésta importa, a la vez, la utilización de aquélla”, por lo que “La utilización de la obra derivada se encuentra sujeta a doble autorización: del titular de ésta y del titular de la obra originaria” (LIPSZYC, Delia: op. cit., p. 126). Tratándose de obras creadas por encargo o bajo relación laboral, la norma comunitaria remite pues el tratamiento de la titularidad y del ejercicio de los correspondientes derechos patrimoniales, por parte de las personas naturales o jurídicas, a la legislación nacional correspondiente” (Proceso 165-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1195, de 11 de mayo de 2005).

Ahora bien, el artículo 10 de la Decisión 351 expresa que “Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba

en contrario”. En tal sentido, es necesario advertir lo siguiente:

1. La titularidad de los derechos patrimoniales y el ejercicio de los mismos, en relación a una obra realizada por encargo, es decir, sin que exista una relación laboral entre el autor de la obra y quien va a ser el titular de los derechos patrimoniales de la misma, se regirá por la legislación nacional. “En estos casos habrá de acudir también (...) a la finalidad del contrato y a las reglas generales sobre la transmisión de los derechos de autor” (Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *Manual de Propiedad Intelectual*. Op. cit., p.p. 68-69).
2. En cuanto a las obras creadas bajo una relación laboral, es indispensable que exista una relación laboral entre el autor de la obra y quien va a ser el titular de los derechos patrimoniales de la misma. Es decir, debe justificarse la relación laboral o de dependencia entre estas dos partes, en tanto que “la relación laboral existe desde que una persona, el trabajador, presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario, a cambio de una remuneración” (Bercovitz-Cano, Rodrigo. *Manual de Propiedad Intelectual*. Op. cit., p.p. 180-181).

Las obras creadas bajo una relación laboral plantean varias inquietudes, una de ellas se relaciona con la verdadera autoría, “podría alegarse que el empleado, al obedecer las instrucciones del patrono sobre la modalidad creativa y las características de la obra a realizar, no crea, sino que es un simple ejecutor siendo el verdadero autor, en consecuencia, el empleador”.

Al respecto, es importante destacar, como lo indica la doctrina, que “resulta que la creación es un acto personal y si

bien el autor empleado debe cumplir con sus obligaciones de carácter laboral e incluso recibir instrucciones respecto al género de la obra o a las características generales de la misma, la forma de expresión le es propia y por tanto nadie puede despojarlo de su condición de creador” (Antequera Parilli, Ricardo, en *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, op. cit. p. 40).

Sobre este punto, en una relación laboral, deviene necesario determinar el grado de subordinación y de instrucción a efectos de la realización de la obra, desde que una cosa es una obra creada por el trabajador sin las órdenes o directrices del empleador en cuanto a los aspectos fundamentales de ella y, otra, una obra creada bajo dichos parámetros. Los efectos jurídicos en uno y otro caso son diferentes, desde que si el trabajador simplemente ejerce una actividad accesoria en la realización de la obra no tendría derechos morales. Dentro de este tema es importante advertir qué es una obra en colaboración y qué es una obra colectiva, en tanto que ambas forman parte de las llamadas obras complejas.

La obra en colaboración, para algunas legislaciones es “la creada conjuntamente por dos o más personas físicas”, o la creada “por dos o más personas que trabajan juntas, o al menos tienen mutuamente en cuenta sus contribuciones y bajo una inspiración común” (Delia Lypszyc, citado por Antequera Parilli, Ricardo, en *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, op. cit. p. 36). Para la doctrina, no son obras en colaboración “las que consisten en una simple yuxtaposición de trabajos individuales, sin ninguna relación entre ellos (...) pues no hay allí un trabajo mancomunado entre los autores para generar una obra común, ni tampoco un resultado que represente un conjunto (...)” (Antequera Parilli, Ricardo, en *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, op. cit. p. 37). La

regulación generalizada para estos casos consiste en disponer que los coautores son de manera conjunta los titulares originarios de los derechos morales y patrimoniales sobre la misma, los que serán ejercidos de común acuerdo, salvo cuando los aportes sean divisibles, en los cuales, salvo pacto en contrario, puede ser su contribución explotada de manera separada “siempre que no perjudique con ello la explotación de la obra común”.

La obra colectiva “está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores, cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual ha sido concebida, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada”. (Antequera Parilli, Ricardo, en *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, op. cit. p. 37). La regulación generalizada para estos casos consiste en disponer que, salvo pacto en contrario, “los derechos de una obra colectiva corresponden a la persona que la edita y divulga bajo su nombre (...)” ó “por la que los autores ceden en forma ilimitada y exclusiva la titularidad de los derechos patrimoniales a la persona natural o jurídica que publica o divulga la obra, lo que instituye a dicha persona en un titular derivado de los derechos de explotación (y un legitimado para la defensa de los derechos morales), salvo pacto en contrario” (Antequera Parilli, Ricardo, en *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*, op. cit. p. 39)..

Finalmente, en las obras creadas en virtud de una relación laboral, la Decisión 351 determina que la titularidad de los derechos patrimoniales y su ejercicio se regirán por la legislación nacional. De manera general, algunas legislaciones han determinado que éstos se regirán por lo pactado en el contrato, si éste se lo hizo por escrito; y a falta de contrato escrito, se adhieren a presumir que los derechos patrimoniales han sido cedidos

en forma no exclusiva al empleador, en lo necesario para su actividad habitual y que éste cuenta con autorización para divulgarla. Sea cual fuere la modalidad adoptada, en ningún caso la cesión de derechos puede alcanzar los de orden moral, que, como se expuso, gozan de las características de imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad.

3.3. DE LOS DERECHOS MORALES.

Acerca de los derechos morales, es importante advertir lo que el Tribunal expuso en la interpretación prejudicial rendida dentro del proceso 110-IP-2007:

“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.

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).

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). Las primeras engloban todas las 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). 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” (Interpretación Prejudicial 10-IP-2007, sentencia de 4 de diciembre de 2007, Caso: Infracción a Derechos de Autor).

El artículo 11 de la Decisión 351 se refiere al derecho moral que tiene un autor sobre su obra; el goce de este derecho faculta al autor para:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento;
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

Conservar la obra inédita o divulgarla;

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, inédito significa un texto “escrito y no publicado”. Es el autor de la obra el que tiene la facultad de mantener la obra inédita o darla a conocer al público en el momento y en la forma que lo estime conveniente.

Sobre el tema, la doctrina considera que: “En cuanto desaparece el deseo de mantener la obra inédita, surgen los derechos patrimoniales, pues mientras la obra se mantenga inédita ésta forma parte de la personalidad del autor.” Y que: “las ventajas económicas para el autor, sólo aparecen una vez que se haya resuelto terminar con el inédito.” (Pachón Muñoz, Manuel. Ob. Cit. Pág. 57).

Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento;

El Tribunal ha sostenido al respecto: “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’”. (Proceso 139-IP-2003, ya citado).

Sobre “la paternidad de la obra”, el Tribunal también ha dicho lo siguiente:

“En relación con dicha facultad, la naturaleza inalienable de los Derechos de Autor implica que aún efectuada la cesión de los derechos patrimoniales, el creador de la obra seguirá teniendo su derecho de reivindicar la paternidad de la misma. Igualmente esta facultad no se extingue con la muerte del autor, de conformidad con su carácter perpetuo.

Por un lado, el derecho de paternidad de la obra otorga la posibilidad de exigir que se mencione al autor cuando esto se ha omitido y, por el otro, de defender la autoría de la obra cuando ésta es cuestionada.

Se advierte que lo que realmente protege este derecho es la relación obra - autor de la manera como éste ha escogido, y por medio de la cual la autoría de su obra es conocida. En consecuencia, se protegerá el verdadero nombre, el seudónimo, o anónimo, de conformidad con la voluntad del autor de la obra. De conformidad con lo anterior, el artículo 8 de la Decisión 351 establece que “se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra.” (Interpretación Prejudicial 10-IP-2007, sentencia de 4 de diciembre de 2007, Caso: Infracción a Derechos de Autor).

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

Sobre el particular, la doctrina enseña que “El derecho a la intangibilidad consiste en impedir que se altere, se modifique, se deteriore, se mutila o se destruya la obra, a fin de evitar grave e injusto perjuicio a los intereses morales del autor, independientemente de los derechos patrimoniales. A través del citado derecho se logra respetar la integridad de la obra (...)”. (Ledesma, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 118). Sin embargo, el autor tiene la facultad para modificar su propia creación, la cual subsiste incluso después de haber cedido sus derechos patrimoniales.

Finalmente, este artículo prevé que, a la muerte del autor, el ejercicio de sus derechos morales pasará a depender de sus derechohabientes hasta 50 años después de la muerte del autor.

3.4. DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES. LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE LA OBRA.

El Capítulo V de la Decisión 351 se refiere a los derechos patrimoniales y el artículo 13 establece el derecho al uso exclusivo que confiere el mismo.

Esta exclusividad en favor del autor, también está consagrada en el artículo 11 bis numeral 1) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, es así que los derechos patrimoniales, como se indicó, se refieren al beneficio o utilidad económica que se obtendrá por la publicación y difusión de la obra; tienen la particularidad de ser transferibles, renunciables y temporales.

De conformidad con el artículo citado, el autor o sus causahabientes tienen el derecho exclusivo 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 palabras, los signos, los sonidos o las

imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento, alquiler o cualquier otro contrato; la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas y la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. Para aclarar, 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.

La Comunicación Pública de la Obra.

El artículo 13 de la Decisión 351 expresa que el autor o 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;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

A continuación, el artículo 15 explica qué ha de entenderse por comunicación pública:

Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

- a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones

públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;

b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;

c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;

d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;

e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;

f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;

g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;

h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e,

i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

En virtud de lo anterior, se debe entender por comunicación pública, el acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada

una de ellas, en consecuencia, no habrá comunicación pública cuando éste tenga lugar en el plano estrictamente doméstico, y que no esté integrado a una red de difusión de cualquier tipo. Asimismo, no es preciso que el público tenga un acceso efectivo a la obra, es suficiente que se dé la mera posibilidad de dicho acceso para que el acto de comunicación sea público.

Para la doctrina, “el concepto de público, al menos en lo que se refiere al acto de comunicación pública, viene modulado no tanto por el número de colectivo al que va destinada la obra, sino por la dimensión económica que tal colectivo tiene de cara a su explotación” (Bercovitz-Cano, Rodrigo. Manual de Propiedad Intelectual. Op. cit., p.p. 180-181).

La Decisión 351 establece de manera no exhaustiva las modalidades o tipos de actos de comunicación pública, incluyéndose en ellas, en consecuencia, a todas aquéllas por las cuales el público pueda llegar a tener acceso efectivo de la obra.

3.5. DE LA DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN.

Por su parte, el artículo 18 de la Decisión 351 reconoce que la protección de los derechos previstos en la norma andina sobre derechos de autor, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

Cuando la titularidad le corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, dependiendo del caso.

3.6. DE LAS FACULTADES DE LA AUTORIDAD NACIONAL COMPETENTE EN CASO DE INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR.

Conforme al artículo 57 de la Decisión 351, de incurrirse en infracción de los derechos de autor, el ilícito y su reparación deberán demandarse ante el órgano administrativo o jurisdiccional competente designado al efecto

por la legislación nacional sobre la materia. La admisión de la demanda dará lugar a la apertura del procedimiento establecido por la legislación del País Miembro, en el cual deberán observarse, entre otros, los principios del debido proceso y, en particular, los de igualdad de las partes, imparcialidad del órgano competente, eficacia, economía procesal y celeridad. Los procedimientos se sujetarán a las normas del derecho nacional, en aplicación del principio de 'complementariedad' entre el derecho comunitario y el derecho nacional, ya que la norma comunitaria se hace efectiva a través de órganos y procedimientos internos del País Miembro de que se trate. Todo proceso llevado a cabo por la autoridad nacional, se reitera, deberá además observar los principios referidos.

Frente al ilícito citado, la tutela resarcitoria persigue la compensación económica de la víctima de la lesión patrimonial, a través de la restitución del objeto y, en su defecto, de la reparación o de la indemnización. El daño es pues el presupuesto de la tutela judicial efectiva, ésta consiste en su resarcimiento, que es el montante económico por la falta de ejercicio del derecho infringido y, éste se encuentra gobernado por el principio de la reparación integral, según el cual, la víctima del daño no debe recibir ni más ni menos que la pérdida que, susceptible de valoración económica, haya efectivamente sufrido.

En este contexto, el restablecimiento del titular en el goce y ejercicio de su derecho exclusivo, por la vía del resarcimiento del daño, constituye el objeto de la decisión de mérito y, por tanto, de la tutela definitiva del derecho de autor.

Sobre el proceso ante la autoridad nacional, el Tribunal ha sostenido "Ahora bien, en el proceso ante la jurisdicción es inevitable la *distantia temporis* entre el momento de la lesión del derecho y el momento de su resarcimiento, lo que hace posible el riesgo de que, en el intervalo, se materialice o se consolide el daño. Hay pues la necesidad de la prevención de este riesgo, a través de la tutela cautelar, sin perjuicio del principio del contradictorio y del derecho a la defensa. Se

trata de una tutela instrumental y provisional cuyo otorgamiento viene a ser el resultado de la valoración, en términos de probabilidad, del derecho invocado y de su lesión (...). La tutela en referencia debe apoyarse en el cumplimiento de los requisitos del *fumus boni iuris*, el cual implica un juicio favorable de probabilidad sobre el derecho cuya lesión se quiere prevenir, y del *periculum in mora*, es decir, del riesgo de que, en el curso del proceso y mientras se dicta la decisión definitiva, se produzca la materialización o la consolidación de la lesión, o de que se vea impedida la efectividad de la tutela de mérito". (Proceso 165-IP-2004, ya citado).

La norma comunitaria atribuye potestad cautelar a la autoridad nacional competente para ordenar el cese inmediato de la actividad ilícita, el embargo o el secuestro preventivo de los ejemplares de la obra producidos ilícitamente y de los aparatos o medios utilizados para ello, así como su incautación o decomiso (artículo 56 de la indicada Decisión 351). El cese de la actividad ilícita puede alcanzarse a través de medidas cautelares como la suspensión de la producción o el retiro del comercio de los ejemplares ilícitos.

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". (Proceso 12-IP-98, publicado en la G.O.A.C. N° 428, de 16 de abril de 1999).

En el caso de la tutela de mérito, cuyo objeto, como se indicó, es el restablecimiento del titular en el goce y ejercicio de su derecho exclusivo, por la vía del resarcimiento del daño, la norma comunitaria atribuye potestad a la autoridad nacional competente para disponer el pago de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos, así como el pago por el infractor de las costas del proceso y el retiro

definitivo del comercio de los ejemplares ilícitos.

En cuanto a los aspectos no disciplinados por la norma comunitaria, el Tribunal ratifica la aplicabilidad del régimen procesal establecido en la legislación nacional correspondiente, por virtud de la regla del complemento indispensable.

La Decisión 351, en su artículo 57, establece las medidas que podrá ordenar la autoridad nacional competente de los Países Miembros de la Comunidad Andina cuando haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley, al disponer:

Ante la infracción comprobada de los derechos de autor, la autoridad nacional competente podrá ordenar:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho.
- b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;
- c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;
- d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud".

En virtud de lo anteriormente expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

PRIMERO: La normativa sobre derechos de autor tiene como objeto de protección a la obra intelectual, aunque ésta se mantenga inédita; 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.

La obra protegida debe ser original, con características propias que la hagan diferente; lo que se protege es la individualidad, originalidad y estilo propio del autor para manifestar sus ideas.

SEGUNDO: El autor es la persona natural o física que ha generado la obra a través de su esfuerzo y trabajo creativo, obteniendo como resultado una obra individual y original de la que es titular. La normativa sobre derechos de autor también contempla una presunción de autoría y se presume autor, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, seudónimo, u otro signo que la identifica, aparezca indicado en la obra.

Asimismo, el autor puede ser protegido por la originalidad en la concepción plástica, o en la ejecución plástica, o en ambas.

TERCERO: Se consideran obras y son objeto de protección, las obras de arquitectura y, las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias.

CUARTO: En la obra arquitectónica, antes de existir la cosa construida hay una definición gráfica y dimensional de concepción pura: los planos, esbozos, plantas, croquis, muestras, anteproyectos, proyectos y maquetas que, en tanto obras, gozan de la protección del derecho de autor; pero que la creación arquitectónica es en sí una edificación, un cuerpo que materializa una conjugación de formas y funciones de habitabilidad, ideadas por una mente creadora.

QUINTO: El autor tiene el derecho de: conservar la obra inédita o divulgarla; reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. A su muerte, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes.

SEXTO: El autor o sus causahabientes, tienen el derecho exclusivo 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 palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento, alquiler o cualquier otro contrato; la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias y la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. Para aclarar, 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.

SÉPTIMO: Por comunicación pública se entiende el acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, en consecuencia, no habrá comunicación pública cuando éste tenga lugar en el plano estrictamente doméstico, y que no esté integrado a una red de difusión de cualquier tipo. Asimismo, no es preciso que el público tenga un acceso efectivo a la obra, es suficiente que se dé la mera posibilidad de dicho acceso para que el acto de comunicación sea público.

OCTAVO: Tratándose de obras creadas por encargo o bajo relación laboral, la norma comunitaria remite el tratamiento de la titularidad y del ejercicio de los correspondientes derechos patrimoniales, por parte de las personas naturales o jurídicas, a la legislación nacional correspondiente. De manera general, algunas legislaciones han determinado que éstos se regirán por lo pactado en el contrato, si éste se lo hizo por escrito; y a falta de contrato escrito, se adhieren a presumir que los derechos patrimoniales han sido cedidos en forma no exclusiva al empleador, en lo necesario para su actividad habitual y que éste cuenta con autorización para divulgarla. Sea cual fuere la modalidad adoptada, en ningún caso la cesión de derechos puede alcanzar los de orden moral, que, como se expuso, gozan de las características de imprescriptibilidad,

inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad.

NOVENO: La protección de los derechos previstos en la norma andina sobre derechos de autor, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

Cuando la titularidad le corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, dependiendo del caso.

DÉCIMO: La Decisión 351, en su artículo 57, establece las medidas que podrá ordenar la autoridad nacional competente de los Países Miembros de la Comunidad Andina cuando haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley.

Entre estas medidas se encuentran previstas: el pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido; el retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho; o, las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, República del Ecuador, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial cuando dicte sentencia dentro del proceso interno No. 049-2009, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 128, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal.

NOTIFÍQUESE y remítase copia de la presente interpretación a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.



Leonor Perdomo Perdomo
PRESIDENTA

Carlos Jaime Villarroel Ferrer
MAGISTRADO

Oswaldo Salgado Espinoza
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo

MAGISTRADO

Isabel Palacios Leguizamón

SECRETARIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. **CERTIFICO.-**

Isabel Palacios L.
SECRETARIA