

Formatos de programa de televisión. Originalidad. Apreciación en concreto. "Reality shows"

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Perú

ORGANISMO: Oficina Nacional de Derecho de Autor

FECHA: 21-5-1999

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Texto de la Resolución

OTROS DATOS: Resolución No. 000111 -1999/ODA-INDECOPI

SUMARIO:

"... queda determinar cuándo una obra es original y cuándo no lo es, el caso más evidente se presenta en los supuestos en los cuales la actividad desarrollada consiste en una constatación de actos de la vida real o simplemente cuando la cámara de vídeo por ejemplo reproduce lo que acontece, capta imágenes de un encuentro deportivo, una obra teatral o un accidente automovilístico".

"Si analizamos el programa denominado «ENTRE NOS», verificaremos que no se trata de una simple fijación en un soporte vídeo, de un acontecimiento de la realidad, sino que existe cierto tipo de creación intelectual plasmado en principio en:

1. ***"La ordenación y realización del modo expresivo:*** *existe una «línea maestra» que señala no sólo la secuencia de segmentos sino también la secuencia de imágenes, esta línea o guión es consultado por el director, quien selecciona y dispone las imágenes que se comunicarán al público, así éste determina la imagen que el camarógrafo enfocará que podría ser la del panelista entrevistado en ese momento por la conductora, la del público aplaudiendo, la imagen de la conductora que realiza determinado comentario sobre el tema, la imagen de alguien del público que se ríe, se indigna, llora, que se emociona con la historia contada".*

2. ***"La impronta de la personalidad del autor (es):*** *plasmado en toda la preparación previa para la fijación de las imágenes, así antes de la grabación de cada programa se definen los temas, se investiga y buscan potenciales panelistas a los cuales se entrevista, se elaboran perfiles y verifican si pueden o no expresarse bien y que la historia que cuenten realmente les haya acontecido. Sobre cuya base se elaboran las preguntas que formulará la conductora".*

COMENTARIO: La originalidad de cualquier obra, como es el caso de la audiovisual, responde a una cuestión de hecho, vale decir, que debe ser apreciada de acuerdo a las características de cada caso en concreto. A esos efectos debe distinguirse lo que es la *"obra audiovisual"*, o sea, toda creación

expresada mediante una serie de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, con o sin sonorización incorporada, susceptible proyectarse o exhibirse a través de aparatos idóneos o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, la cual, por ser una “creación”, debe tener características de originalidad; de la “fijación audiovisual”, que es la grabación que proyectada ofrece una sensación de movimiento, sea de una obra audiovisual, de escenas cotidianas, de una representación o ejecución artística o de una emisión de televisión, de suerte que si bien toda obra audiovisual se expresa a partir de una fijación audiovisual, no toda fijación audiovisual contiene una obra audiovisual, pues depende en cada caso de la presencia o no de la impronta de la personalidad del creador, es decir, del requisito de la originalidad. Otra cosa es que algunas legislaciones nacionales otorguen una protección “*sui generis*” (o como un “*derecho conexo*” o a título de “*otros derechos intelectuales*”), a las grabaciones audiovisuales que no sean creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales, en cuyo caso solamente se reconocen a su productor derechos de orden patrimonial, particularmente en relación a su reproducción, distribución y comunicación pública. © Ricardo Antequera Parilla, 2009.

TEXTO COMPLETO:

RESOLUCION Nº 000111 -1999/ODA-
INDECOPI.

EXPEDIENTE Nº 000107-1999/ODA

Lima, 21 de mayo de 1999

DENUNCIANTE : ASTROS S.A.

DENUNCIADOS : DIGITAL AUDIO STUDIO
S.A.

PANAMERICANA TELEVISION S.A.
ALOMI PRODUCCIONES S.A

MATERIA : INFRACCION POR
REPRODUCCION Y COMUNICACIÓN
PÚBLICA DE OBRA MUSICAL.

I. ANTECEDENTES.

Con fecha 03 de febrero de 1999, la denunciante ASTROS S.A. –en lo sucesivo ASTROS -, presenta denuncia en contra de las empresas DIGITAL AUDIO STUDIO S.A. –en adelante DIGITAL-, PANAMERICANA TELEVISION S.A. –en adelante PANAMERICANA- y ALOMI PRODUCCIONES S.A. –en adelante ALOMI- por reproducción y comunicación pública de una obra artística musical, especialmente creada para una obra audiovisual.

ASTROS fundamenta su acción, con los siguientes argumentos:

1. ASTROS es una sociedad anónima que se dedica a la producción de programas de televisión y que en el desarrollo de esta actividad, decidió producir un programa de televisión denominado ENTRE NOS.

2. El programa producido por ASTROS es un “**reality show**”, en el que diariamente se desarrollaba determinado tema de interés, el programa contaba con la participación de un número determinado de personas que narraban sus testimonios y en el cual el público participaba opinando y actuando en una especie de panel, todo ello bajo la conducción de una persona, contratada para este fin. Para realizar el programa se requirió además, contratar a un director, un coordinador, una persona encargada de la determinación del tema, un autor que provea de una obra musical para caracterizar el programa, y de otros elementos que dotaron al mismo del carácter de obra audiovisual, la cual se encuentra obra protegida por la legislación del derecho de autor.

3. A fin de incorporar al programa una música que lo identifique, ASTROS contrató con la empresa DIGITAL. La referida empresa presentó presupuesto que consta en la proforma Nro. 101683, el mismo que fue aprobado por ASTROS, después de elaborada la música, ASTROS pagó a DIGITAL la suma de dos mil seis dólares americanos (\$ 2006.00).

4. Al ser el programa *ENTRE NOS* una obra audiovisual protegida por la Ley Sobre Derechos de Autor, es de aplicación lo previsto en artículo 66° del Decreto Legislativo Nro. 822, Ley Sobre el Derecho de Autor ¹, en consecuencia, los autores, salvo pacto en contrario, habrían cedido en forma exclusiva al productor todos los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual, lo que evidentemente comprendería el derecho de divulgar la obra, así como cada uno de los derechos establecidos en el artículo 31° del citado decreto legislativo, inclusive el de transformación, doblaje y subtulado, todo ello sin perjuicio del derecho moral de los autores.

5. No obstante la presunción establecida en el artículo 66°, el artículo 63° deja a salvo, a menos que exista pacto en contrario, el derecho de cada uno de los autores de disponer libremente de su contribución personal, en tanto se trate de un aporte divisible, a fin de explotarlo en un género diferente y en tanto no perjudique la normal explotación de la obra en común. DIGITAL al haber otorgado una licencia exclusiva a ALOMI sobre la obra musical para utilizar la misma en un programa similar a *ENTRE NOS*, ha excedido los límites establecidos en el artículo 63° acotado.

6. ASTRO solicita a la Oficina que se dicte la medidas cautelares de cese inmediato de la actividad ilícita, a fin de que ALOMI y PANAMERICANA se abstengan de seguir reproduciendo y comunicando al público, la obra materia de la denuncia en el programa denominado *MONICA*, asimismo, solicita se proceda al decomiso de los soportes en los que consta la música del programa.

ASTROS a fin de sustentar su denuncia presenta en calidad de pruebas, copia de la Factura Nro. 001-0002128, emitida por DIGITAL a nombre de ASTROS S.A. recibida por ésta con fecha 02 de enero de 1999; copia del presupuesto Nro. Proforma 101683 dirigido a ASTROS S.A. de fecha 17 de noviembre de 1998; copia de la carta cursada por DIGITAL a

ASTROS solicitándoles procedan a renovar los derechos de uso de la música principal, variaciones y cuñas creadas para el programa de la señora Mónica Zevallos de fecha 18 de diciembre de 1998, copia de la carta de fecha 22 de enero de 1999, cursada por DIGITAL a ASTROS comunicándoles el otorgamiento a terceros de una licencia de uso de la obra objeto de la denuncia; copia de las cartas cursadas por ASTROS con fecha 28 de febrero a PANAMERICANA y ALOMI, comunicándoles la utilización parcial de la obra objeto de la denuncia sin la autorización correspondiente; copia simple de la carta cursada por PANAMERICA a ASTROS de fecha 29 de enero de 1999, en la cual ésta le comunica a ASTROS que la empresa contratada es la licenciataria exclusiva de la música que difunden en las promociones y presentaciones del programa *MONICA*; carta remitida por ALOMI a ASTROS de fecha 27 de enero de 1999, comunicándoles que ALOMI ha adquirido los derechos de uso exclusivo sobre la obra musical de elaborada por encargo en noviembre de 1997 por la empresa DIGITAL para el programa conducido por Mónica Zevallos; copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre la señora Mónica Zevallos y ASTROS S.A. con fecha 15 de octubre de 1997 y copia de un VHS en el cual se puede apreciar la presentación y parte final de los Programas *ENTRE NOS* y *MONICA*.

Con fecha 10 de febrero de 1999, la Oficina admite a trámite la denuncia, corre traslado de la misma a las partes denunciadas y cita a una audiencia de conciliación a realizarse el día 23 de febrero de 1999.

Con fecha 23 de febrero de 1999, se lleva a cabo la audiencia de conciliación programada, en dicha diligencia las partes intercambiaron posiciones no llegando a ningún acuerdo conciliatorio, solicitando a la Oficina se programe fecha para una nueva diligencia.

Con fecha 25 de febrero de 1999, la empresa denunciada PANAMERICA presenta sus descargos, basándose en los siguientes extremos:

1. El programa "MONICA" que PANAMERICANA transmite constituye una

¹ Decreto Legislativo Nro. 822, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de abril de 1996, entró en vigencia el 24 de mayo del mismo año.

producción televisiva, cuya propiedad intelectual corresponde a PANAMERICANA en forma exclusiva, por lo tanto, siendo la titular de los derechos patrimoniales sobre dicha producción, se encuentra facultada a transmitir, copiar, grabar, reproducir y/o explotar comercialmente y universalmente, bajo cualquier título o forma que permita el derecho, el mencionado programa.

2. La titularidad de PANAMERICANA se basa en el contrato de prestación de servicios de fecha 11 de enero de 1999, suscrito entre PANAMERICA y ALOMI, mediante el cual y de acuerdo a lo previsto en el artículo 16° del Decreto Legislativo Nro. 822, ALOMI se obligó a producir por encargo de PANAMERICANA dicho programa.

3. La obligación asumida por ALOMI de producir el programa y los derechos que ostenta PANAMERICANA sobre el mismo, provienen del contrato suscrito entre ambas empresas, por lo tanto, ASTROS no puede sostener validamente que PANAMERICANA utilice indebidamente la música del programa ENTRE NOS, cuyo titular para todos los efectos es DIGITAL de acuerdo a lo estipulado en el Decreto Legislativo Nro. 822, Ley Sobre el Derecho de Autor.

4. Desde que PANAMERICANA contrató con ALOMI, ésta empresa asumió la obligación de entregar las ediciones completas del programa MONICA, incluyendo la música, de la cual ALOMI es la legítima licenciataria, de acuerdo al contrato celebrado con DIGITAL y que presentan en calidad de prueba, por lo tanto PANAMERICANA ejerce en forma regular el derecho de transmitir y explotar el programa televisivo del que es titular y cuya producción ha sido encargada a una productora independiente.

5. La música creada por DIGITAL es totalmente individual y no forma parte integrante de la obra audiovisual, por lo tanto no es aplicable la presunción establecida en el artículo 58° de la Ley Sobre Derechos de Autor, habida cuenta esta norma rige para los casos de coautoría de obras audiovisuales y no es aplicable en el caso de creaciones de obras encargadas a terceros, para lo cual debe

aplicarse el artículo 16° del Decreto legislativo Nro. 822.

6. Para considerar a DIGITAL como coautor de la obra audiovisual tiene que existir indicios o pruebas que acrediten indubitablemente la voluntad de éste de participar como coautor de la obra.

7. Las cartas notariales remitidas por DIGITAL a ASTROS con fecha 18 de diciembre y 22 de enero, así como la factura Nro. 001-0002128 emitida por DIGITAL a favor de ASTROS son pruebas suficientes para concluir que DIGITAL creó la música para el programa de la señora Mónica Zevallos, estos documentos no expresan pacto alguno por el cual dicha música haya sido creada especialmente y/o exclusivamente para el programa "ENTRE NOS" ni tampoco que DIGITAL tenga la calidad de coautor de ningún programa de televisión o grabación audiovisual alguna.

8. Al no haber coordinación ni concertación especial entre ASTROS y DIGITAL para la creación de la obra audiovisual no podemos hablar de obra en colaboración, o de una obra colectiva, ni tampoco de obra, por cuanto un "reality show" no es una obra audiovisual.

9. Debe tomarse en cuenta que cuando ASTROS encarga la obra a DIGITAL, en ningún momento le precisó a ésta última que la música en cuestión era para participar en una obra audiovisual, ello puede ser corroborado al examinar el crédito del vídeo que se acompaña a la denuncia, donde no aparece el nombre de DIGITAL, por lo que entendemos no resulta aplicable el artículo 58° y 66° del Decreto del Decreto Legislativo Nro. 822.

10. Asimismo DIGITAL, mediante carta notarial de fecha 18 de diciembre, le otorga la preferencia para renovar la licencia de uso sobre la música, lo que evidenciaría que los derechos patrimoniales transferidos a ASTROS fueron de carácter temporal y sólo para el año 1998, no existiendo ningún documento o contrato que establezca especialmente lo contrario.

11. Ni en la proforma ni en la factura presentada por la denunciante se establece que la obra

fuera cedida en forma exclusiva a ASTROS, lo cual queda confirmado con las cartas de fecha 18 de diciembre y 22 de enero del año en curso, y la carta de fecha 21 de enero de 1999, donde ASTROS reconoce que la música creada para el programa televisivo fue por encargo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16º de la Ley Sobre el Derecho de Autor.

12. Como la obra fue creada por encargo de ASTROS, en aplicación del artículo 16º de la Ley Sobre el Derecho de Autor, a éste le corresponde la titularidad no exclusiva y temporal de la obra por lo tanto DIGITAL estaría facultado a otorgar licencias o ceder derechos patrimoniales sobre la música que creó por encargo.

La denunciada PANAMERICANA, presenta en calidad de pruebas copia del contrato de prestación de servicios celebrado entre PANAMERICANA TELEVISION S.A. y ALOMI PRODUCCIONES S.A. de fecha 11 de enero de 1999, copia de la carta notarial enviada por ASTROS a DIGITAL de fecha 21 de enero de 1999, en la cual ASTROS le comunica que no obstante el artículo 16º del Decreto legislativo Nro. 822 Ley Sobre el Derecho de Autor, la titularidad de la obra musical le corresponde a ASTROS por cuanto al ser la música un elemento que identifica el programa de televisión, es ilógico suponer que una misma obra musical pueda ser utilizada por diversos programas y en diversos canales y finalmente copia del contrato de licencia de uso de obra musical suscritos entre DIGITAL AUDIO STUDIO S.A. y ALOMI PRODUCCIONES S.A. de fecha 22 de enero de 1999.

Con fecha 25 de febrero de 1999, ALOMI presenta su escrito de descargo, basándose el mismo en los siguientes fundamentos:

1. A decir de la denunciada ALOMI, el programa "ENTRE NOS", es un "reality show", el cual por su propia definición es un espectáculo basado en la interacción espontánea entre un o una conductora, los panelistas y el público. Por la naturaleza del mismo, no puede basarse en un guión, menos en diálogos preestablecidos que deban ser

repetidos por la conductora, los panelistas o el público. El "reality Show" es por esencia la transmisión y grabación de un espectáculo en vivo en el cual ninguno de los participantes, y tampoco quien realiza la fijación, sabe como se desarrollará ni menos aún como terminará. Por todas estas consideraciones un "reality show" no es una obra audiovisual, prueba evidente de ello es que ASTROS luego de señalar que los denunciados estamos produciendo y en su caso difundiendo un programa denominado "MONICA" sustancialmente idéntico al programa ENTRE NOS, sólo exija que no se utilice la música del segundo.

2. El productor de una grabación audiovisual, citando a Angel Fernández-Albor Baltar² en su artículo "Los Derechos Afines a los Derechos de Autor" es "...la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual.... Productor, pues puede serlo una persona física o jurídica, ya que la peculiaridad de su actuación no se halla en la ejecución de la técnica de las labores de fijación, sino, como dice la propia Ley, en la toma de una iniciativa y la asunción de responsabilidad frente a la grabación."³

ALOMI señala que de la definición ofrecida por el jurista citado se desprende que el productor de la grabación audiovisual es la persona que tiene la iniciativa y que es responsable de la grabación, siendo importante para ésta, acotar que no se define como productor a quien otorga el financiamiento para la realización de la obra, ni quien participa en su elaboración con dinero.

1. ASTROS no tuvo la iniciativa ni la responsabilidad en la grabación audiovisual ENTRE NOS, quien ideó, planeó el programa ENTRE NOS fue Jimmy Arteaga Grustein, él fue quien preparó un programa piloto para canal 2, y luego de retirarse de éste canal, negoció con ASTROS a fin de que el "reality Show" se transmitiera por CANAL 13, por lo tanto el productor del programa es el citado

² Fernández -Albor Baltar, Angel en Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor Tomo XVII, página 128.

³ El subrayado es de la Oficina.

señor, prueba evidente de ésta aseveración lo constituye el propio vídeo presentado por la denunciante en el cual se consigna en los créditos PRODUCCION Y DIRECCION GENERAL JIMMY ARTEAGA. La labor de productor la desempeño Jimmy Arteaga a título personal en el programa ENTRE NOS y lo realiza a nombre de ALOMI en el programa MONICA.

2. La relación contractual entre ASTROS y la señora Mónica Zevallos es el de un contrato de prestación de servicios, en el cual ASTROS únicamente se compromete a brindar facilidades técnica para que la señora Mónica Zevallos realice el programa ENTRE NOS. En tal sentido ASTROS sólo financiaba la producción audiovisual, siendo el productor Jimmy Arteaga Grustein.

3. En lo que respecta a la música, DIGITAL con la colaboración de Jimmy Arteaga Grustein produjeron la música que luego se utilizaría en el "reality show" ENTRE NOS.

4. Al ser el programa "ENTRE NOS", una grabación audiovisual y no una obra audiovisual no es de aplicación lo previsto en el artículo 66º del Decreto Legislativo Nro. 822, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 16º del citado cuerpo legal, por lo tanto la cesión de derechos es en forma no exclusiva, conservando DIGITAL la posibilidad de ceder los derechos de uso sobre la música a personas distintas al primer cesionario.

5. Los documentos suscritos entre ASTROS S.A. y DIGITAL AUDIO STUDIO S.A. contienen en sí mismos una condición resolutive, la cual consistía en que la música sólo podría ser utilizada en "Programas de Mónica Zevallos", al resolverse el contrato celebrado entre ASTROS y la señora Mónica Zevallos, la condición resolutive contenida en los documentos contratos se produjo.

La denunciada ALOMI, acompaña a sus descargos en calidad de pruebas, copia simple del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre ASTROS S.A. y Mónica Patricia Zevallos Salazar.

Con fecha 25 de febrero de 1999, la denunciada DIGITAL presenta sus descargos,

los cuales contienen se basan en los siguientes extremos:

1. En noviembre de 1997, el señor Jimmy Arteaga Grustein, se presentó en las oficinas de DIGITAL para solicitar la creación de una obra musical que identificaría un programa de televisión que estaba preparando y que estaría conducido por la señora Mónica Zevallos Salazar.

2. Para llevar adelante este encargo el señor Jimmy Arteaga G. brindó a DIGITAL diversas pistas musicales y les informó sobre las características del futuro programa, de manera que se creará una música acorde con las exigencias del mismo.

3. DIGITAL creó diversas demostraciones, las cuales fueron presentadas al señor Jimmy Arteaga Grustein, quien los guió hasta llegar a la creación final, la misma que fue aceptada por éste y sobre cuya base se realizó la versión final de la musicalización que es materia de la controversia.

4. DIGITAL a solicitud del señor ARTEAGA cotizó previamente la creación musical, los servicios de musicalización y envió un presupuesto del trabajo mediante proforma Nro. 101683 de fecha 17 de noviembre de 1997 a ASTROS.

5. Con fecha 02 de enero de 1998, una vez aceptada la versión final de la obra musical por el señor Jimmy Arteaga, DIGITAL procedió a facturar el costo de la creación a la empresa ASTROS S.A. quien canceló la misma.

6. Merced a esta relación se creó un contrato de licencia no exclusiva que permitiría la explotación de la obra creada en un programa de televisión conducido por la señora Mónica Zevallos Salazar.

7. Al tomar conocimiento que el programa ENTRE NOS fue retirado del aire, DIGITAL pensó que ASTROS quería obtener la renovación de licencia, por ello le envió la carta notarial de fecha 18 de diciembre de 1998.

8. Después de varias conversaciones con los ejecutivos de ASTROS, DIGITAL estableció

que el programa no se produciría más y que por lo tanto la creación quedaba éticamente libre de ser negociada a terceros.

9. Existe un cambio de posición en la argumentación de ASTROS por cuanto antes de iniciar la denuncia, mediante carta de fecha 21 de enero de 1999, planteaba que la obra fue creada por encargo, y después argumenta en su denuncia, que la obra no fue creada por encargo como pretendió originalmente sino que es una obra creada especialmente para la obra audiovisual.

10. El programa ENTRE NOS no es una obra audiovisual por cuanto no cumple con los presupuestos del artículo 58º, este artículo establece que una obra audiovisual desde su inicio debe contar para su elaboración con un director responsable, un argumento, un guión y diálogos, sin por lo menos tres de estos elementos indispensables, no se puede hablar de una obra audiovisual.

11. ENTRE NOS no puede ser una obra audiovisual por cuanto es un programa radiodifundido en vivo o pregrabado, el cual carece de argumento, guión y diálogos predeterminados, y no es una obra fijada en un soporte idóneo para ser proyectado, ni menos es una obra cinematográfica o una obra obtenida por un procedimiento análogo a la cinematografía (...) sino es un programa emitido por radiodifusión, lo que es completamente contrario a lo previsto en la ley.

DIGITAL acompaña en calidad de pruebas a su escrito de descargo copia de la carta notarial de fecha 22 de enero remitida a ASTROS por DIGITAL, comunicándoles que habiendo transcurrido el plazo otorgado para renovar el contrato sobre los derechos de uso de la obra musical, le otorgan dicha licencia de uso a terceras personas; copia de la carta de fecha 18 de diciembre de 1998, mediante el cual DIGITAL le otorga a ASTROS un plazo de 48 horas para renovar los derechos de uso de la obra musical creada para el programa de la señora Mónica Zevallos, copia de la carta de fecha 21 de enero de 1999, mediante la cual ASTROS le comunica a DIGITAL, que no obstante el artículo 16º del Decreto legislativo Nro. 822 Ley Sobre el Derecho de Autor, la

titularidad de la obra musical le corresponde a ASTROS por cuanto al ser la música un elemento que identifica el programa de televisión, es ilógico suponer que una misma obra musical pueda ser utilizada por diversos programas y en diversos canales; copia del contrato de licencia de uso de obra musical suscritos entre DIGITAL AUDIO STUDIO S.A. y ALOMI PRODUCCIONES S.A. ; copia de la factura Nro. 001-0002128 de fecha 01 de enero de 1998, emitida por DIGITAL a favor de ASTROS por “ 1 servicio integral de audio programa Mónica Zevallos” y el presupuesto Nro. Proforma 101683 realizado a ASTROS con atención al señor Jimmy Arteaga.

Con fecha 26 de febrero de 1999, la Oficina corre traslado de los escritos de descargo presentados por los denunciados a las partes.

Con fecha 04 de marzo, ASTROS presenta un escrito solicitando se tache como prueba el contrato de prestación de servicios suscritos entre PANAMERICA y ALOMI por encontrarse el mismo testado en algunas cláusulas.

Con fecha 05 de marzo de 1999, la Oficina declara pertinente como prueba el documento presentado por PANAMERICANA, denegando la solicitud presentada por ASTROS.

Con fecha 9 de marzo se lleva a cabo la audiencia de conciliación programada, no llegando ninguna de las partes a un acuerdo conciliatorio.

Con fecha 18 de marzo de 1999, ASTROS presenta un escrito de replica a los descargos presentados por las denunciadas, conteniendo los siguientes extremos.

1. A la aseveración realizada por ALOMI, en el sentido de considerar como productor del programa ENTRE NOS al señor Jimmy Arteaga Grustein, la niega en todos sus extremos, por cuanto consideran que es práctica usual y conocida en la actividad televisiva, que en todo programa exista una persona natural responsable del manejo administrativo y presupuestal, quien actúa en representación de la empresa que lo produce, a esta persona natural por una costumbre de pronto errada, se le reconoce ciertos créditos en la producción y

dirección del programa, ello sin embargo no significa que la empresa que acomete la tarea de reunir a todo el personal creativo y técnico, así como a los conductores, quien es responsable frente a terceros del contenido del programa y quien lleva la puesta en escena y la difusión al público, pueda ver afectada su legal y auténtica calidad de productora, ello bajo la estricta definición que la Ley Sobre el Derecho de Autor reconoce al productor de un programa de televisión, constituya éste una obra audiovisual o una grabación audiovisual protegida por los derechos conexos o vecinos al derecho de autor.

2. Existe una contradicción en la aseveración de DIGITAL, por cuanto no obstante ésta declara que la música no existía antes del programa ENTRE NOS y que la misma fue presupuestada y facturada a ASTROS S.A. dándose a conocer a través de dicho programa, luego sostiene que la obra no fue creada para el programa ENTRE NOS, sino que lo fue para cualquier programa que conduzca la señora Mónica Zevallos Salazar, bajo la producción de cualquier persona natural o jurídica, supuesto que ASTROS niega, por cuanto si la música hubiese sido creada para la señora Mónica Zevallos y no para el programa que ella iba a conducir bajo la producción de ASTROS, ¿por qué DIGITAL no le facturó la misma a la mencionada conductora?, ¿Por qué se la facturó a ASTROS?, ¿Por qué ASTROS pagaría una obra que no era para su programa, y que no sería de propiedad o cuyo derecho de uso podría corresponder a un tercero?,

3. Respecto a la cesión no exclusiva de la música otorgada por DIGITAL a favor de ASTROS, señala que es una posibilidad impensable en la actividad televisiva al no existir antecedentes en el mercado de la televisión, por el cual una obra musical que se crea para identificar cierto programa de televisión de una empresa determinada, luego pueda ser usada por otra empresa competidora que vaya a producir un programa del mismo género.

4. En cuanto a la aseveración de las denunciadas, en el sentido que el programa ENTRE NOS no le corresponde la categoría de obra audiovisual sino de grabación audiovisual

o de videograma, ASTROS manifiesta que cada edición del programa ENTRE NOS representa un productor original resultado del aporte creativo de un grupo de personas encargada de escoger los temas a tratar, diseñar las preguntas que le darán la estructura al programa, a fin de armar una suerte de guión o línea maestra, además del personal que le dotará de la adecuada conducción, escenografía, iluminación, sonido, audio y música. Igualmente concluye ASTROS, en la hipótesis que la Oficina de Derechos de Autor declare desde un punto de vista técnico-legal que el programa ENTRE NOS no califica de obra audiovisual, al productor del mismo igualmente le corresponderán los derechos patrimoniales para proteger el programa y a todos sus elementos, como es el caso de la música, ello en virtud de lo previsto en el artículo 143, concordante con el artículo 130 del Decreto legislativo Nro. 822.

5. Finalmente ASTROS solicita se declare la nulidad de la resolución emitida por la Oficina de Derechos de Autor de fecha 05 de marzo, mediante la cual la Oficina declara pertinente como prueba el contrato de prestación de servicios suscritos entre PANAMERICANA TELEVISION S.A. y ALOMI PRODUCCIONES S.A.C., ASTROS fundamenta su solicitud señalando se el mencionado documento no califica como tal al no contener información fehaciente, ni apta para esclarecer el hecho al encontrarse testado en una serie de partes que a decir del denunciante son necesarias para esclarecer la cuestión controvertida.

ASTROS, acompaña en calidad de pruebas copia simple de la carta notarial remitida por el señor Jimmy Arteaga Grustein a ASTROS con fecha 09 de febrero de 1999, mediante la cual éste solicita se le abone la suma correspondiente a su prestación de servicios comprendido en el periodo de 01 al 31 e diciembre de 1998; copia del memorándum remitido por Jimmy Arteaga G. a Gustavo Delgado C, Gerente General, mediante el cual informa su ausencia en el periodo comprendido desde el 18 de mayo al 03 de junio de 1998; copia de los recibos Nro. 001-005 y 001-004 por honorarios profesionales emitido por Jimmy Arteaga G. a favor de ASTROS S.A.

Con fecha 15 de abril de 1999, ALOMI presenta un escrito en calidad de replica, en el cual esgrime los siguientes argumentos:

1. La grabación audiovisual denominada “reality show” del espectáculo en vivo, denominado ENTRE NOS, no constituye una obra audiovisual.

2. DIGITAL sólo cedió temporalmente y para el programa conducido por la señora Mónica Zevallos, la música objeto de la denuncia, por cuanto al ser el programa ENTRE NOS una grabación audiovisual, no serían de aplicación lo previsto en los artículos 66º y 63º del Decreto Legislativo Nro. 822, sino el artículo 16 de la citada ley, por lo tanto dicha cesión no fue exclusiva sino temporal y sólo por el año 1998, por lo tanto DIGITAL ejerció su derecho al extinguirse el programa ENTRE NOS.

ALOMI acompaña en calidad de pruebas, copia simple de la obra literaria denominada “Producción Audio Visual” del autor Santiago Carpio Valdez, 2da. Edición, Editorial Universidad de Lima.

Con fecha 20 de abril de 1999, DIGITAL presenta su replica, la misma que se sustenta en los siguientes extremos:

1. DIGITAL considera que el argumento en debate sobre el verdadero productor del programa ENTRE NOS le es irrelevante, por cuanto la mencionada empresa ha participado en la creación de una obra musical, la misma que no sería parte integrante de la obra audiovisual.

2. De un examen de copia del memorándum remitido por Jimmy Arteaga a Gustavo Delgado, DIGITAL concluye que el programa ENTRE NOS no es una obra audiovisual por cuanto en virtud del artículo 64º “(...) se considera terminada la obra audiovisual cuando haya sido establecida la versión definitiva, de acuerdo a lo pactado entre el director y el productor, en consecuencia si no estaba el productor de la supuesta obra audiovisual ¿Qué versión definitiva se aprobó?.

3. Si la música fue solicitada por el señor Arteaga, si fue éste quien aprobó la versión

final y finalmente la misma fue creada sin tener en cuenta ningún elemento del programa ENTRE NOS, sino utilizando la creación de DIGITAL, esta no fue “especialmente compuesta para ella”, pues al no haber sido convocados para la creación de una obra audiovisual, la música pudo ser utilizada en un talk show, un concurso de belleza o un noticiero.

4. Los noticieros al igual que los programas emitidos en vivo, como también los “reality show” no constituyen obras audiovisuales, porque carecen de los requisitos elementales para constituir una creación audiovisual, como son argumento, guión y diálogos predeterminados, una música compuesta especialmente para la obra y sobre todo de manera especial que sea aprobada la versión definitiva de la obra audiovisual, lo que implica la característica de una previa grabación de imágenes y sonidos.

5. Si el programa ENTRE NOS es una grabación audiovisual, es de aplicación lo previsto en el artículo 16 y 90 del Decreto Legislativo Nro. 822, no pudiendo reivindicar ASTROS un derecho de exclusiva por cuanto el artículo 130 esta previsto en el supuesto que el programa sea considerado una obra audiovisual.

Con fecha 23 de abril de 1999, la Oficina de Derechos de Autor, habiendo las partes expuestos sus posiciones, ordena pase a despacho para resolver el procedimiento de denuncia iniciado por ASTROS.

Con fecha 27 de abril de 1999, ALOMI presenta un escrito, reiterando su posición, presentando en calidad de pruebas que acreditarían que el productor del programa ENTRE NOS es Jimmy Arteaga copia de la demanda interpuesta por ASTROS contra la señora Mónica Zevallos ante el 15avo. Juzgado Civil de Lima sobre declaración judicial en la cual se califica al señor Arteaga de productor y copia de la demanda interpuesta por ASTROS contra Mónica Zevallos ante el 11avo Juzgado Civil de Lima sobre Resolución de Contrato y otros en el cual igualmente se califica de productor al señor Jimmy Arteaga, eximiéndose de adjuntar copia para la otra parte por cuanto

los recaudos presentados exceden más de 50 fojas.

II. CUESTIONES EN DISCUSION

1. Si el programa denominado "ENTRE NOS", es una obra audiovisual o producción audiovisual protegida por la Ley Sobre el Derecho de Autor.
2. ¿Quién es el productor del programa denominado "ENTRE NOS"?
3. ¿A quien le corresponden los derechos patrimoniales de la obra musical que identifica al programa denominado "ENTRE NOS"?
4. Si existe infracción a la legislación de derechos de autor.

I. ANALISIS DE LA CUESTION EN DISCUSION

Autoría y Titularidad

En virtud del artículo 2, numeral 1 del Decreto Legislativo Nro. 822, autor es la persona natural que realiza la creación intelectual.

Delia Lipszyc en su obra "Derechos de Autos y Derechos Conexos", 1993, editado por Unesco, Zavallía y Cerlalc, página 123, señala que "La calificación de "autor" corresponde a la persona que crea la obra. El autor es el sujeto originario del derecho de autor. Las personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas, constituyen acciones que sólo pueden ser realizadas por los seres humanos. (...) la consecuencia natural es que la titularidad originaria corresponda a la persona física que crea la obra". (...) Las personas jurídicas no pueden crear obras. Sólo pueden hacerlo las personas físicas que la integran. Pueden ser **titulares derivados** de algunos derechos de autor pero, para atribuirles la autoría o la titularidad originaria sobre las obras es necesario recurrir a una ficción jurídica"

Ricardo Antequera Parrilli por su parte en su ponencia "Los autores de obras literarias",

expuesta en el Curso de la OMPI Sobre los Derechos de Autor y Derechos Conexos para Jueces y Fiscales del Perú, realizado del 27 al 30 de junio de 1994, señala "De acuerdo al Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, autor es la persona que **crea** ⁴ una obra (...) se advierte entonces que los términos aludidos giran sobre la acción de "crear", actividad intelectual que supone atributos como los de aprender, valorar, sentir, innovar y expresar, todos ellos exclusivos de la persona humana. (...) Así, pues, enlazando los conceptos podemos afirmar que **el autor es la persona física que crea la obra** ⁵.

En virtud a lo expuesto podemos concluir que el autor o los autores de la obra musical objeto de la denuncia son las personas naturales que crearon la misma, por lo tanto no puede considerarse como autor a DIGITAL.

Titularidad Originaria y Titularidad Derivada

Delia Lipszyc en la obra antes citada señala "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 titular originario de los derechos sobre la misma(...)" Acota asimismo, "Titulares derivados. Son las personas físicas o jurídicas que han recibido la titularidad de alguno de los derechos del autor. La titularidad derivada nunca puede abarcar la totalidad de los derechos del autor (moral y patrimoniales)"

Ricardo Antequera en la ponencia anteriormente citada señala "(...) la polémica en torno a la condición de autor de la obra parte, en buena medida, de la confusión de conceptos entre autoría y titularidad, y entre titularidad originaria y titularidad derivada. (...) En efecto si el derecho de autor pertenece al creador y el derecho nace con la creación, es evidente que el título originario sobre la obra debe pertenecer a quien la ha creado, posición que, por supuesto, no es compartida por las legislaciones que reconocen la cualidad de "autor" al productor cinematográfico (v.gr.: Estados Unidos) (...) En cualquier caso, la

⁴ El resaltado es de la Oficina

⁵ El resaltado es de la Oficina

titularidad originaria en cabeza del verdadero creador no impide que algunas o todas las facultades que conforman el derecho patrimonial sean susceptibles de transferencia a un tercero a título derivativo, de manera que la explotación de la obra puede ser ejercida por un derechohabiente de creador -persona natural o jurídica-".

La titularidad derivada puede ser obtenida por una persona natural o jurídica diferente del autor de las siguientes maneras:

1. Por cesión, la misma que puede ser convencional o legal:

a) **Convencional:** en ésta el cedente le transfiere a los cesionarios o titulares derivados todos o algunos de los derechos patrimoniales, reconocidos en la legislación de derechos de autor pudiendo ser ésta en forma exclusiva o no exclusiva o sujeta a alguna condición o plazo.

b) **Por disposición legal -cessio legis-:** los titulares derivados o cesionarios adquieren alguno o todos los derechos de autor por ministerio de la ley, es el caso del artículo 15º, 66º y 71 del Decreto Legislativo Nro. 822 respecto a las obras colectivas, las obras cinematográficas, cuyos productores adquirirán el derecho exclusivo de reproducirla, ponerla en circulación, exhibirlas y emitirlas o el caso de los programas de computación o software.

2. Transmisión mortis causa, la cual se regula por las disposiciones del derecho común en materia de sucesiones, y mediante la cual los derechos patrimoniales se transmiten a los causahabientes del autor.

1. Si el programa denominado "ENTRE NOS", es una obra audiovisual o producción audiovisual protegida por la Ley Sobre el Derecho de Autor.

Para determinar si el programa ENTRE NOS es una obra audiovisual o no, la Oficina considera pertinente establecer previamente una serie de conceptos:

Obra audiovisual: de acuerdo al artículo 2, numeral 19 del Decreto Legislativo Nro. 822 la

obra audiovisual es "Toda creación intelectual expresada mediante una serie de imágenes asociadas que den la sensación de movimiento, con o sin sincronización incorporada, susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos, o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene, sea en películas de celuloide, en videogramas, en representaciones digitales o en cualquier otro objeto o mecanismo, conocido o por conocerse. La obra audiovisual comprende a las cinematográficas y a las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía".

Fijación Audiovisual: De acuerdo al Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, p. 262. la fijación audiovisual es "es la grabación sonora y la visual simultánea de escenas de la vida o de una representación o ejecución, o de una recitación, en directo, de una obra sobre un material duradero y adecuado, que permite que dichas grabaciones sean susceptibles. La fijación audiovisual de una obra representada, ejecutada o recitada, se considera como reproducción de dicha obra".

Para que una obra audiovisual, pueda considerarse como tal, debe cumplir con ciertos requisitos:

1. Debe tratarse de una forma de **expresión**⁶ a través de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, es decir de imágenes sucesivas y no fijas como por ejemplo una serie de diapositivas, las cuales no pasan de ser obras fotográficas o las meras fotografías en sucesión. En una obra audiovisual puede intervenir un procedimiento de fijación en un soporte material determinado como el fotomagnético "film" o el electrónico "vídeo" o puede existir una obra audiovisual sin estar fijada, por cuanto en el medio televisivo, de acuerdo a algunas técnicas es factible la realización de una obra de esta clase para su emisión en "directo".

⁶ El resaltado es de la Oficina

2. Las obras audiovisuales deben ser susceptibles de ser proyectadas o exhibidas a través de cualquier aparato idóneo u otro medio de comunicación de la imagen y el sonido como son proyectores de películas, equipos de vídeo, televisión o computación.

3. Debe distinguirse la obra audiovisual (corpus misticum) del soporte material (corpus machanicum) que le sirve de receptáculo como por ejemplo un film, vídeo o un videograma, soporte digital y cualquier otro conocido o por conocerse.

4. Finalmente, como cualquier otra categoría de obra, la audiovisual debe tener el requisito de originalidad a fin de ser protegida por el derecho de autor y no ser simplemente una fijación audiovisual.

La actividad creativa se manifiesta en este tipo de obras en la selección y disposición de las imágenes estén estas grabadas o no⁷.

Tomando de referencia al doctor Antonio Delgado debemos acotar “ Estas obras -las obras audiovisuales- son creaciones intelectuales cuya forma o expresión típica consiste en una serie de imágenes asociadas y que únicamente es perceptible por un medio técnico. Normalmente incorporan palabras (diálogos, comentarios) o sonidos (de la naturaleza, composiciones musicales, efectos especiales), sincronizados con las imágenes. Pero estas circunstancias, no obstante el significado del adjetivo “audiovisual”, no se considera como una nota definitoria de esa categoría de creaciones (v. gr. el cine mudo) . Igualmente por lo general, en la producción de estas obras interviene un procedimiento de fijación (fotomagnético -film- o electrónico -vídeo-). Tampoco esta fijación debe tomarse como algo esencial al concepto de obra audiovisual y, menos aún, como requisito para su protección, salvo en aquellas legislaciones nacionales en las que la fijación constituya una condición general de protegibilidad para toda la obra. Porque el medio televisivo, de acuerdo con su técnica específica, permite la realización de una obra de esta clase para su emisión “en directo”.

⁷ El resaltado es de la Oficina

Como creación intelectual, no sólo debe distinguirse la obra audiovisual del soporte material que le sirve de receptáculo (film -, vídeo) , sino también del videograma, es decir de la primera fijación visual y sonora o exclusivamente visual, de la realización de una obra audiovisual , de la ejecución de otra obra, o de una secuencia de cualesquiera imágenes con o sin sonido..., por ejemplo -termina diciendo Antonio Delgado- la fijación, en soporte vídeo, de un concierto o de otro acontecimiento de la realidad, sin que intervenga ninguna actividad de creación, manifestada en la selección o disposición de las imágenes grabadas sobre tales hechos, no es una obra audiovisual, sino un videograma.”

Apreciación de la originalidad:

La originalidad por mínima que ésta sea, hace que la obra se encuentre protegida por el derecho de autor. La originalidad se presume, quien alega lo contrario debe probarlo.

Para apreciar la originalidad de una obra audiovisual, es necesario no equiparar el concepto de originalidad con el de novedad, por cuanto una creación no novedosa, puede cumplir el requisito necesario para ser considerada una obra protegida por el derecho de autor.

En este punto, queda determinar cuando una obra es original y cuando no lo es, el caso más evidente se presenta en los supuestos en los cuales la actividad desarrollada consiste en una constatación de actos de la vida real o simplemente cuando la cámara de vídeo por ejemplo reproduce lo que acontece, capta imágenes de un encuentro deportivo, una obra teatral o un accidente automovilístico.

Para que una secuencia de imágenes que den la sensación de movimiento puedan considerarse una obra es necesario:

La ordenación y realización del modo expresivo: el filme no debe limitarse a ser una mera verificación de la realidad que se presenta. Para que pueda considerarse obra "se captarán acontecimiento de la actualidad o realidades previas, pero estos elementos tienen el carácter de materiales que se llevan

a un medio diverso donde se combinan y se obtienen las imágenes asociadas que se plasman en la película. **El autor entra en la disposición de la realidad que esta captando**".⁸

Existencia de una impronta significativa de la personalidad del autor: Esta se manifiesta "a partir del momento en que el cinematógrafo prepara y dispone previamente la realidad cuya percepción va a fijar la cámara, y en que el filme se constituye como una sucesión de imágenes en movimiento, sincronizadas y organizadas con un plan previo".⁹

Si analizamos el programa denominado "ENTRE NOS", verificaremos que no se trata de una simple fijación en un soporte vídeo, de un acontecimiento de la realidad, sino que existe cierto tipo de creación intelectual plasmado en principio en:

1. **La ordenación y realización del modo expresivo:** existe una "línea maestra" que señala no sólo la secuencia de segmentos sino también la secuencia de imágenes, esta línea o guión es consultado por el director, quien selecciona y dispone las imágenes que se comunicarán al público, así éste determina la imagen que el camarógrafo enfocará que podría ser la del panelista entrevistado en ese momento por la conductora, la del público aplaudiendo, la imagen de la conductora que realiza determinado comentario sobre el tema, la imagen de alguien del público que se ríe, se indigna, llora, que se emociona con la historia contada.

2. **La impronta de la personalidad del autor (es):** plasmado en toda la preparación previa para la fijación de las imágenes, así antes de la grabación de cada programa se definen los temas, se investiga y buscan potenciales panelistas a los cuales se entrevista, se elaboran perfiles y verifican si pueden o no expresarse bien y que la historia que cuenten realmente les haya acontecido. Sobre cuya base se elaboran las preguntas que formulará la conductora.

Otro aspecto a considerar es el del mérito de la obra, la calidad de la obra no representa un criterio para distinguir las obras protegidas de las simples producciones o fijaciones audiovisuales, dado el carácter personal y subjetivo que podrían tener los críticos, jueces o autoridad, que podría devenir en toda clase de arbitrariedades. El mérito de una obra dependerá del gusto en este caso del espectador, lo cual no guarda ninguna vinculación con la categoría de "obra" que le otorgue la legislación del derecho de autor.

Con base a lo anteriormente expuesto, debemos concluir que programa ENTRE NOS, es una obra audiovisual protegida por el derecho de autor, siendo en consecuencia de aplicación las normas especiales previstas en el Capítulo I del Título VI del Decreto Legislativo Nro. 822, Ley Sobre el Derecho de Autor.

A fin de esclarecer algunos argumentos esgrimidos por las partes sobre las fijaciones audiovisuales o las imágenes en movimiento no consideradas como obras, debemos establecer:

1. Las grabaciones audiovisuales se encuentran protegidas por los derechos conexos, en virtud del cual los productores de tales grabaciones gozarán del derecho exclusivo de autorizar o no la reproducción, distribución y comunicación pública, inclusive de las fotografías realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual. Artículo 143 segundo párrafo del Decreto Legislativo Nro. 822.

2. Los productores o titulares de las grabaciones audiovisuales podrán invocar las disposiciones relativas a los autores y sus obras, en tanto se encuentren conformes con la naturaleza de sus respectivos derechos, en consecuencia es de aplicación la presunción de titularidad a favor del productor prevista por el artículo 66º del Decreto Legislativo 822.

Respecto a artículo 64º acotado por DIGITAL, debe interpretarse en concordancia al Capítulo II del Decreto Legislativo Nro. 822, por cuanto en virtud del artículo 54, el plazo de duración de la protección otorgada por el derecho de

⁸ En Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Editorial Tecnos S.A. , 1997.

⁹ Ob. Cit.

autor a las obras audiovisuales se extingue a los setenta años de su primera publicación o en su defecto, al de su **terminación**, por lo tanto es indispensable determinar cuando la obra audiovisual se considera terminada y no como erróneamente interpreta DIGITAL para determinar su calidad de obra audiovisual.

Aplicación del artículo 16º y 90º del Decreto Legislativo Nro. 822.

El artículo 16º del Decreto Legislativo Nro. 822, establece una cesión legal no exclusiva a favor del empleador o comitente. Esta cesión no es temporal sino indefinida y sólo abarca aquellos derechos patrimoniales necesarios para el cumplimiento de sus actividades en la época de creación de la obra.

El artículo 90º por su parte se aplica a las cesiones contractuales, en las cuales las partes no han pactado la exclusividad o no de los derechos patrimoniales.

Tanto el artículo 16º como el artículo 90º excluyen expresamente dos categorías de obras, las audiovisuales y los programas de ordenador, por cuanto en el Decreto Legislativo Nro. 822, en los Capítulos I y II del Título VI, ha previsto normas especiales. Ello en razón a que es tipo de obras son complejas.

En cuanto a la supuesta condición resolutive alegada por ALOMI y supuestamente prevista en la factura Nro. 001-0002128 y en el presupuesto Nro. Proforma 101683, de un examen de los mencionados documentos, podemos concluir que no existe tal condición, por cuanto en ellos no se ha previsto que la cesión de derechos sea por el plazo de un año o por el tiempo de duración del programa, en consecuencia, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 66º, la cesión legal es ilimitada y exclusiva.

2. Quien es el productor del programa denominado "ENTRE NOS"

Ricardo Antequera Parilli en la obra "El Nuevo Derecho de Autor en el Perú" ¹⁰ señala "(...) las innovaciones tecnológicas y la complejidad en

la realización de las obras audiovisuales hizo nacer al lado del llamado "cine puro" o "cine de autor" (es decir, aquel en que el papel preponderante en la obra corresponde al director y, eventualmente, al argumentista), el denominado "cine de producción", que refiere, además del elemento creativo, toda una complicada estructura administrativa y un elevado soporte financiero, y sin su existencia la elaboración de la obra sería imposible".

"Surgió entonces la figura del productor, es decir, la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra (art.2, num. 32).

"Por ello con el cine a gran escala nacieron los grandes productores, con instalaciones y estudios propios, y con una planta permanente de autores, artistas y técnicos que los obligó a financiar un sinnúmero de películas por año, para mantener activa toda esa infraestructura".

"Sin embargo la tradición latina, que se funda en el principio de creatividad, atributo exclusivo del ser humano -lo que no es, generalmente, el productor-, afirma que la aprobación del argumento y la elección de los colaboradores (además del financiamiento de la obra) si bien constituye una actividad técnico empresarial que precisa no solamente dinero, sino también inteligencia, gusto y un cierto sentido artístico, no son por ello actos de creación, de manera que el productor- persona física o moral-, no es autor o coautor de la obra (...)".

El artículo 65º del Decreto legislativo Nro. 822, establece que se presume **PRODUCTOR, salvo prueba en contrario**¹¹, la persona natural o jurídica que aparezca acreditada en la forma usual en la obra.

Si examinamos el vídeo presentado por la denunciante de la obra audiovisual denominada "ENTRE NOS", verificaremos que en los créditos del mismo, figura **ENTRE NOS PROGRAMA PRODUCIDO POR ASTROS S.A. DERECHOS RESERVADOS, LIMA-PERU 1998.**

¹⁰ Ricardo Antequera Parilli y Marysol Ferreiros Castañeda. En el Derecho de Autor en el Perú, Edición 1996, Peru Reporting.

¹¹ El resaltado es de la Oficina

De esta verificación debemos concluir que el productor de la obra audiovisual denominada "ENTRE NOS", por presunción legal es la empresa ASTROS S.A.

La Ley Sobre el Derecho de Autor, establece que el productor de una obra audiovisual puede ser una persona natural o jurídica. Cuando el productor es una persona jurídica se entiende que ésta contratará a un conjunto de "productores"¹² sean éstos generales, ejecutivos, técnicos, literarios, de locaciones, cada uno de ellos encargado de realizar una actividad determinada, que realizará ésta no a título personal sino en nombre de la empresa que lo contrató y pago por sus servicios.

ASTROS, con fecha 18 de marzo de 1999, acompaña a su escrito los recibos por honorarios profesionales 001-0005 y 001-004, emitidos por el señor Jimmy Arteaga Grustein a favor de ASTROS S.A., además de copia de una carta notarial de fecha 9 de febrero de 1999, en el cual el mencionado señor, solicita a la empresa denunciante le abone sus honorarios profesionales del periodo comprendido entre el 01 al 31 de diciembre de 1998, tal y como la empresa lo realizaba desde hace 14 meses.

Estas pruebas acreditan que el mencionado señor fue contratado por ASTROS S.A. para cumplir la función de director y "productor" del programa pero no a nombre propio como asevera ALOMI sino a nombre de la empresa que le contrató.

3. A quien le corresponden los derechos patrimoniales de la obra musical que identifica al programa denominado "ENTRE NOS"

Ricardo Antequera en la obra anteriormente citada expone "(...) dado el rol preponderante que tiene el productor en lo que hace a la realización y al financiamiento de la obra, es necesario establecer un régimen que le permita

¹² Término empleado en la actividad cinematográfica y televisiva para denominar a la jerarquía de productores que intervienen en el "cine de producción". En producción Audio Visual de Santiago Carpio Valdez, Editado por la Universidad de Lima, página 29. Este término no coincide con la definición otorgada por la Ley Sobre el Derechos de Autor.

la titularidad derivada de los derechos de explotación, que de acuerdo al contenido del Decreto Legislativo es el siguiente:

1. Se presume, salvo pacto en contrario, que los autores de la obra audiovisual (art. 58º), han cedido al productor, en forma exclusiva y por toda su duración (art. 54º), todos los derechos patrimoniales sobre la obra, y esa cesión presume también la autorización de los autores para que el productor proceda a la divulgación (art. 66º). (...)"

Se consideran coautores, de acuerdo al tipo de obra, a las siguientes personas:

1. El director o realizador, quien tiene el ejercicio de los derechos morales sobre la obra audiovisual, vale decir de la creación en colaboración resultante de las diversas aportaciones.
2. El autor del argumento
3. El autor de la adaptación
4. El autor del guión y diálogos
5. El autor de la música especialmente compuesta para la obra.
6. El dibujante, en el caso de dibujos animados.

Ha quedado acreditado en el procedimiento y por manifestación de DIGITAL en su escrito de descargo de fecha 25 de febrero de 1999, que la música que identifica el programa "ENTRE NOS", fue creada especialmente para el mencionado programa, por cuanto Jimmy Arteaga G., por encargo de ASTROS, fue quien coordinó con el autor o autores para la creación de la misma e incluso fue quien aprobó la versión final de la misma, en consecuencia, se presume que el autor o autores de la obra musical, han cedido a ASTROS los derechos patrimoniales sobre la misma en forma exclusiva.

4. ¿Existe infracción a la legislación de derechos de autor?

La titularidad exclusiva de los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual corresponde a la empresa ASTROS S.A.

La cesión exclusiva, confiere el derecho al cesionario de explotar la obra con exclusión de

cualquier otra persona, inclusive el propio autor.

Sin embargo el artículo 63º, contiene una excepción a la regla general, así señala "salvo, pacto en contrario, cada uno de los autores puede disponer libremente de la parte de la obra audiovisual que constituya su contribución personal, cuando se trate de un aporte divisible, para explotarlo en un género diferente, siempre que no perjudique con ello la explotación de la obra en común".

En este caso, el autor o autores de la obra musical pueden utilizar o explotar libremente su obra, pero no pueden ceder o licenciar algunos o todos los derechos patrimoniales, que permitan incluir la obra en otra producción u obra audiovisual, del mismo género y menos aún perjudicar la normal explotación de la obra para la cual se creo ésta.

Al haber DIGITAL celebrado un contrato de licencia con ALOMI, para que la obra se explotara en un género igual y al haber perjudicado la normal explotación de la obra en común, ha cometido infracción a los derechos de autor, ello en virtud del artículo 63º del Decreto Legislativo Nro. 822

Por su parte, en lo que respecta a ALOMI y PANAMERICANA, estas empresas han grabado, reproducido y comunicado al público la música especialmente creada para la obra denominada "ENTRE NOS", en un programa del mismo género sin estar autorizados para ésta forma de explotación de la obra, en virtud a lo prescrito en el artículo 63º antes acotado, además de causar un perjuicio a la explotación de la obra audiovisual ENTRE NOS, por lo cual deberá declararse fundada la denuncia.

Sanción a Imponerse

Las sanciones administrativas que la Oficina de Derechos de Autor puede imponer, con la finalidad de desincentivar la conducta que da lugar a la violación de los derechos de autor.

Para determinar la sanción a imponerse, se tomará en cuenta el tipo de obra protegida, sea esta un software, una obra audiovisual, una obra literaria, una musical,

además de evaluar diversas circunstancias ocurridas en el expediente y la conducta de las partes.

En el presente caso, debe aplicarse al infractor la sanción de multa, basada en el provecho ilícito obtenido como consecuencia del acto infractorio.

En cuanto a la multa a imponerse a los denunciados, como lo ha señalado la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, mediante Resolución Nº 483-96-TRI-SPI, la multa es la sanción "...pecuniaria impuesta por la autoridad, no sólo con el fin de tutelar los derechos de autor de los denunciados y, a través de ellos cautelar nuestro acervo cultural, sino también para difundir la importancia de estos derechos para el progreso económico y cultural de nuestro país".

La base para calcular esta multa será la suma pagada ALOMI a DIGITAL por la licencia de uso de la obra musical, ascendiente a siete mil quinientos dólares americanos (US \$ 7500.00) que convertidos a nuevos soles¹³ ascendería a 8.9 Unidades Impositivas Tributarias.

Añade la Sala, en la Resolución precitada, que el "...fin de imponer una multa es propiciar un cambio de conducta de los agentes por prácticas que contravienen las normas o disuadirlos para que sean más cuidadosos en sus acciones. Asimismo, la aplicación de la multa debe ser tal que disuada al infractor de continuar con su práctica ilegal, dado que el impacto económico de la multa le generará una pérdida contra los beneficios o utilidades que hubiere obtenido de su práctica ilegal. En caso contrario, es decir, de coincidir la multa con el provecho ilícito esperado, no se lograría disuadir al infractor a no cometer la falta y podría ser considerada por el infractor como tan sólo un costo adicional de ejercicio de su actividad ilegal."

A fin de lograr este efecto disuasivo, corresponde incrementar en un 100 % el provecho ilícito obtenido por las denunciadas,

¹³ Tipo de cambio venta mercado paralelo 3.33 del día 20 de mayo de 1999.Fuente SBS.

en consecuencia las denunciadas DIGITAL, ALOMI y PANAMERICANA, una multa solidaria de dieciocho (18) Unidades Impositivas Tributarias.

Las remuneraciones devengadas

La Oficina de Derechos de Autor, de acuerdo al artículo 193º se encuentra facultada a imponer el pago de remuneraciones devengadas a favor del titular de los derechos. Las remuneraciones devengadas no son indemnizaciones que busque reparar integralmente el daño causado.

Las remuneraciones devengadas de acuerdo al artículo 194º del Decreto Legislativo Nro. 822, "será establecido conforme al valor que hubiera percibido el titular del derecho (...), de haber autorizado su explotación..."

ASTROS, solicita por concepto de remuneraciones devengadas la suma de cincuenta mil dólares americanos (US \$ 50 000).

ASTROS S.A. es titular de la obra audiovisual denominada ENTRE NOS, por lo tanto esta empresa podrá libremente ceder o licenciar los derechos de reproducción, distribución o comunicación pública, pero ello no le faculta a disponer, vía contrato de licencia o cesión, de los derechos patrimoniales de la obra musical objeto de la presente denuncia, por cuanto en virtud del artículo 63º anteriormente citado, el derecho de disponer de la contribución personal y divisible que conforma la obra audiovisual, lo detenta el autor o autores de la obra musical, siempre y cuando lo ceda para un género diferente y no entorpezca la normal explotación de la obra común.

Al haber quedado establecido que ASTROS no puede disponer de la obra musical en forma independiente de la obra audiovisual, no habría dejado de percibir ninguna suma de dinero por este concepto, por lo tanto debe denegarse dicho extremo de la denuncia.

Nulidad de la Resolución de fecha 05 de marzo de 1999.

ASTROS interpone recurso de nulidad en contra de la resolución de fecha 05 de marzo de 1999, mediante la cual la Oficina de

Derechos de Autor declara pertinente la prueba aportada por la denunciante PANAMERICANA.

ASTROS fundamenta su recurso señalando que el documento presentado por PANAMERICANA no tiene mérito probatorio, por cuanto éste se encuentra testado en varias partes.

De un análisis del documento testado, presentado por PANAMERICANA y tomando en cuenta que cada cláusula del contrato tiene un título determinado, el cual no se encuentra testado en la copia presentada, la Oficina verificó que las cláusulas que atañen al tema materia de discusión se encuentran previstas en las cláusulas undécima y duodécima, siendo irrelevante para resolver la cuestión en discusión las cláusulas testadas, así la cláusula quinta, se refiere a la contraprestación por los servicios de producción y la forma de pago; la cláusula séptima referida a las facilidades de producción aportadas por PANTEL y la cláusula decimosexta referida a la resolución del contrato.

Con base a lo anteriormente expuesto, la Oficina considera que debe declararse infundada el recurso de nulidad a la resolución de fecha 5 de marzo presentado por ASTROS.

IV. RESOLUCION DE LA OFICINA

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la denuncia presentada por ASTROS S.A., en contra de PANAMERICANA TELEVISION S.A., ALOMI PRODUCCIONES S.A. y DIGITAL AUDIO STUDIOS S.A., en consecuencia, sanciónese a las empresas PANAMERICANA TELEVISION S.A., ALOMI PRODUCCIONES y DIGITAL AUDIO STUDIOS S.A. con una multa de dieciocho (18) Unidades Impositivas Tributarias, suma que deberá ser cancelada por las infractoras en el término de cinco (5) días en la Tesorería del INDECOPI, bajo apercibimiento de ser cobrada por la vía coactiva, la misma que de conformidad con lo prescrito en el artículo 37º del Decreto Legislativo Nro. 807, será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) en el caso que el

infractor cancele el monto de la multa con anterioridad a la culminación del término señalado en el presente artículo, en tanto no se interponga recurso impugnativo.

SEGUNDO.- ORDENAR el CESE inmediato de la actividad ilícita en el sentido que las empresas PANAMERICANA TELEVISION S.A. y ALOMI PRODUCCIONES S.A. y DIGITAL se abstengan de fijar, reproducir y comunicar al público la obra musical objeto de la presente denuncia, en cuanto al decomiso de todos los soportes en los que conste la obra, deniéguese la medida solicitada.

TERCERO.- DENENGAR el pago de devengados solicitado por la denunciante ASTROS S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa.

CUARTO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de nulidad planteado a la resolución de fecha 05 de marzo de 1999, por las razones expuestas en la parte considerativa.

QUINTO.- ORDENAR la inscripción de la presente Resolución en el Registro de Infractores a la Legislación de Derechos de Autor.