

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho patrimonial. Marco conceptual.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Comunidad Andina

ORGANISMO: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

FECHA: 6-4-2005

JURISDICCIÓN: Judicial

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

OTROS DATOS: Proceso 165-IP-2004

SUMARIO:

“... los derechos patrimoniales, derivados de la propiedad intelectual, son derechos exclusivos de explotación económica de la obra, transmisibles, renunciables y temporales. Ellos son, 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 ... Estos derechos se caracterizan por su independencia recíproca, de modo que el ejercicio de uno no perjudica el de los demás”.

[...]

“La exclusividad en el ejercicio de los derechos citados significa también que no se puede autorizar la utilización de una obra, o prestar apoyo para su utilización, so pena de incurrir en responsabilidad solidaria, si el usuario no cuenta con la autorización previa y expresa del titular del derecho o de su representante ...”.

COMENTARIO: Como apunta Colombet, el creador, además del honor, espera sacar provecho de la explotación de su obra ¹ y de allí que el derecho patrimonial o pecuniario del autor esté reconocido en los convenios internacionales y en todas las leyes nacionales sobre la materia. Tomando como referencia las tendencias más comunes en el derecho de tradición latina o continental, son características del derecho patrimonial las siguientes: a) Es un derecho *exclusivo*, de modo que solamente el autor -o su derechohabiente-, puede realizar, autorizar o prohibir todo acto que implique

¹ COLOMBET, Claude: “Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo”. (traducción de Petite Almeida). Ed. UNESCO/CINDOC. París, 1997. p. 63.

el uso de su obra y ese derecho es oponible a todos, incluso al adquirente del soporte material que contiene la creación, a menos que una norma expresa o una cláusula contractual disponga lo contrario; b) Es un derecho *de contenido ilimitado*, desde el momento en que comprende la explotación de la obra *“bajo cualquier forma o procedimiento”* (u otra expresión equivalente) de suerte que la enumeración de las modalidades que conforman ese derecho sólo tienen carácter enunciativo; c) Como se trata de un derecho general que comprende la utilización de la obra por todo medio o procedimiento, conocido o no, *las excepciones a ese derecho exclusivo tienen que ser de interpretación restrictiva*, y en todo caso, las limitaciones legales al derecho exclusivo (y su interpretación) y deben respetar los *usos honrados*, por los cuales las excepciones a ese derecho exclusivo deben circunscribirse a determinados casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los autores; d) Las modalidades de explotación que conforman el derecho patrimonial *son independientes entre sí*, es decir, que la autorización para una forma de uso no implica consentimiento para ninguna otra forma de utilización y los efectos de toda cesión del derecho pecuniario o de una licencia de uso se limitan a los modos expresamente previstos en el contrato; e) El derecho patrimonial es *disponible* por acto entre vivos, a través de un contrato de *cesión de derechos de explotación*, pero el autor puede *fraccionar la validez temporal o espacial* de su derecho patrimonial, de modo que los efectos de la cesión de derechos patrimoniales (o de la licencia de uso de una obra, según el caso), se limitan al tiempo y al ámbito territorial expresamente convenidos y la interpretación de los negocios jurídicos es siempre restrictiva, de manera que no se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los taxativamente concedidos; f) El derecho patrimonial es *expropiable*, en cuanto lo permita la ley especial aplicable o la normativa de derecho común. g) La autorización concedida implica una remuneración para el titular del derecho, salvo que se pacte expresamente una cesión o una licencia gratuita que esté permitida por la ley, lo que no impide que algunas legislaciones dispongan que la remuneración constituye un derecho irrenunciable, que se presuma, salvo pacto expreso en contrario, que toda cesión de derechos o licencia de uso se concede a título oneroso, o que se contemplen legislativamente límites al derecho patrimonial que permitan la utilización libre y gratuita de la obra, en casos de excepción y de interpretación restrictiva que respeten los mencionados *usos honrados*; h) Aunque el derecho patrimonial es *inembargable en sí mismo*, los ingresos derivados de la explotación o los ejemplares de la obra pueden embargarse conforme a la ley especial aplicable, sin perjuicio de que las remuneraciones puedan gozar de los privilegios que se reconocen al salario, se fije legalmente un porcentaje de las mismas como inembargables, se establezca la inembargabilidad de los beneficios del autor generados por algunas formas de uso o se faculte al Juez para limitar los efectos del embargo, para que el autor reciba una parte de la remuneración a título alimentario; i) El derecho patrimonial es *temporal*, porque se extingue luego de un periodo determinado por la ley. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

TEXTO COMPLETO:

VISTOS

La solicitud de interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en “las siguientes normas comunitarias contenidas en la DECISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA NO. 472, QUE CONTIENE LA CODIFICACIÓN DEL TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: Art. 4 ... Art. 31 ... Art. 35 ... DE LA Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que trata sobre el REGIMEN COMÚN SOBRE DERECHOS DE

AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, la interpretación de las siguientes normas: Art. 4 ... I) ... II) ... Art. 8 ... Art. 9 ... Art. 10 ... Art. 13 ... a) ... b) ... c) ... d) ... e) ... Art. 14 ... Art. 21 ... Art. 23 ... Art. 25 ... Art. 28 ... Art. 51 ... a) ... b) ... c) ... d) ... e) ... f) ... g) ... Art. 52 ... Art. 54 ... Art. 55 ... Art. 56 ... a) ... b) ... c) ... Art. 57 ... a) ... b) ... c) ... d) ... Art. 58”, formulada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3, con sede en la ciudad de Cuenca, República del Ecuador, y recibida en este Tribunal en fecha 9 de diciembre de 2004; y,

El informe de los hechos que el solicitante considera relevantes para la interpretación, y que, junto con los que derivan de autos, son del tenor siguiente:

1. Demanda

1.1. Cuestión de hecho

En su demanda, el actor se considera “productor por tanto titular de los derechos de autor y derechos conexos sobre el programa de ordenador y la base de datos que elaboré mientras ejercí las funciones de Registrador de la Propiedad de Cuenca”.

Afirma a este propósito que “el actual Registrador de la Propiedad de Cuenca venía utilizando mi programa y mi base de datos, por tanto presumí que alguna persona me sustrajo o plagió las obras sobre las que yo tengo la legítima titularidad, razón por la cual en Noviembre de 1999, presenté ante el Director Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del IEPI, un trámite de tutela administrativa en la que solicito se lleve a cabo en primer lugar una inspección a los equipos, a los programas y bases de datos que venían funcionando en la Registraduría de la Propiedad de Cuenca ...”; que “La inspección a los equipos que funcionan en la Registraduría de la Propiedad de Cuenca se llevó a cabo apenas el 17 de Mayo del 2002 ... tanto la información que se obtuvo de los equipos en Registraduría de la Propiedad de Cuenca, cuanto la que se recabó durante la inspección a mis equipos, en esa misma fecha, fue entregada al perito técnico señor Iván Mora para que realizara el análisis comparativo y emitiera su informe ... En este informe el perito concluye que, se encontró instalado en los equipos que funcionan en la Registraduría de la Propiedad de Cuenca un programa de ordenador similar al mío, sus estructuras coinciden totalmente en los campos y columnas, tiene el nombre de ‘SISTEMA DE BUSQUEDAS versión 1.0’ y contiene una base de datos exactamente igual a la mía ... Se encontró otro sistema instalado en la Registraduría, que tiene el nombre de SINTER-REG, en éste los códigos dotados a las parroquias son exactamente iguales al del ‘SISTEMA DE BUSQUEDAS versión 1.0’, es

decir a la de la base de datos que es igual a la mía. Por tanto, existe una total coincidencia en los códigos otorgados a las parroquias tanto en mi base de datos, en la del ‘SISTEMA DE BUSQUEDAS versión 1.0’ así como la que consta en el SINTER-REG”.

Alega igualmente que “... en la resolución notificada el 20 de Noviembre del 2002, el señor Director Argudo, acoge toda mi argumentación en Derecho ... reconoce mi derecho como titular del programa y la base de datos elaborada por mí para la Registraduría de la Propiedad, concluye que el PROGRAMA SISTEMA DE BUSEUDAS (sic) versión 1.0 y la base de datos que corre en él encontrados a la fecha de la inspección en la Registraduría de la Propiedad de Cuenca son similares a los míos ... sin embargo afirma que no se comete ilícito por parte del ilegítimo tenedor, por cuanto según el Director dice, no se presta atención público (sic) con ese programa y base de datos ...”; que “... el 4 de Diciembre del 2002, presenté un recurso de reposición al que me remito expresamente, recurso en que solicité entre otras cosas que el Director Argudo se remita a los anexos hechos por el perito a su informe de 31 de mayo de 2002, es decir a los debschemas de las bases de datos del doctor Julio Peñaherrera y los diseños de las bases de datos encontradas en la Registraduría ...”; que “El día 12 de Diciembre del 2002, al solicitar una copia justamente de la documentación descrita en el párrafo anterior me percaté de que ésta no estaba en el proceso ...”; y que “El 13 de Enero del 2003 fui notificado con la resolución mediante la cual niega el recurso de reposición, y confirma la resolución notificada el 20 de Noviembre del 2002 ...”.

1.2. Cuestión de derecho

El Tribunal consultante informa que, según el actor, “el Director de Derechos de Autos (sic) y Derechos Conexos del IEPI, al momento de dictar su resolución no tomó en consideración los informes técnicos periciales emitidos, como el del Sr. Mora de 9 de diciembre de 1999, que dice: ‘... es un sistema diseñado, programado y utilizado para una finalidad propia de la Registraduría de la Propiedad de Cuenca. Sus tablas, sus

pantallas, sus reportes, sus programas, tiene (sic) definitivamente componentes originales, que lo permiten identificar de cualquier otro, por tanto hay creación propia por parte del Doctor Peñaherrera y su programador’, de igual manera se resalta por parte del peticionario, la conclusión del informe pericial de 5 de junio del 2002, que dice: ‘la base de datos y el programador SISTEMA DE BUSQUEDAS tiene una estructura similar a la base de datos del Dr. Julio Peñaherrera y sobre todo los errores encontrados no son simples coincidencias sino son tablas iguales en su estructura e información con variantes que no influyen en su operación. Además las pantallas referentes a búsquedas tienen igualdad en sus campos de Apellidos Paterno, Apellido Materno, Nombres’, de lo que se colige según el compareciente, que las tablas del sistema mencionado es (sic) exacta a las de su programa y que la forma del contenido de ellas es igual al suyo en un 75% al tiempo en que se hizo la inspección”; que “de conformidad con las definiciones de Programa de Ordenador o Software y Productor contenidas en el Art. 3 de la Decisión 351 ... en concordancia con las normas nacionales, el compareciente se considera Productor y Dueño del Programa de Ordenador y de la Base de Datos materia de este caso. Que, de acuerdo con el Art. 4, literales I) y II) de la Decisión 351 ... sus derechos de autor y derechos conexos son objeto de protección de estas normas y más pertinentes”; que “el Director de Derechos de Autor y Derecho (sic) Conexos en sus resoluciones que ahora son impugnadas ante este Tribunal, so pretexto de que el programa y la base de datos en cuestión no son utilizados en la Registraduría de la Propiedad para atención al público, deja sin lugar su petición y ordena el archivo de la causa”; que “el Director Argudo, en sus resoluciones considera que quien tiene en su poder una reproducción más o menos disfrazada de una obra ajena, sin permiso de su titular, no comete un ilícito y ordena el archivo del trámite”.

El consultante desprende asimismo de la demanda que “las resoluciones impugnadas incumplen el Art. 51 literal d) de la Decisión 351 ... mientras que en la resolución dictada por el Director Argudo el 2 de octubre del 2002 se señala (sic) algunas de las normas legales que tratan acerca de la titularidad sobre programas

de ordenador, exclusivamente los Arts. 7 y 16 de la Ley de Régimen de Propiedad Intelectual y dice: ‘... el actor prueba su presunta titularidad con la declaración realizada ante un notario Público. De acuerdo con esas afirmaciones, se configura la presencia de la creación de una obra por encargo, cuya titularidad le corresponde de manera no exclusiva al comitente ...’, para luego decir en una de sus resoluciones que solo (sic) la titularidad de SINTER REG esta debidamente probada en el proceso”; que “... durante la inspección a los equipos, el 17 de mayo del 2002, su Abogada entregó a la Delegada del IEPI, copias de las declaraciones de prensa hechas por el demandado así como por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cuenca por las cuales el compareciente dedujo que su base de datos de aproximadamente dos millones quinientos mil registros fue plagiada, por cuanto dichas declaraciones expresan que el demandado tenía ya una base tan suficiente como la del compareciente para prestar servicios y ‘fueron hechas apenas en cuatro meses de la posesión como Registrador’, prueba que no obra en la copia del expediente que se ha enviado al Tribunal Distrital”; que “los Arts. 332, 333, 334, 335, 336, de la Ley ... se correlacionan con los Arts. 51, 56 y 57 de la Decisión 351 ... Que, el Director de Derechos de Autor y Derechos Conexos con sus resoluciones impide su legítima defensa de sus derechos de autor y derechos conexos conculcados por el actual Registrador de la Propiedad de Cuenca, además de que pone en riesgo la prueba recabada durante las inspecciones por cuanto al encontrarse instalado en la Registraduría de la Propiedad el SINTER-REG, programa al que fue migrada la base de datos del compareciente y presta la misma utilidad que el suyo”.

Por último, el consultante refiere que, según el actor, “el programa del SINTER-REG es diferente al suyo no así el del SISTEMA DE BUSQUEDAS versión 1.0 que es similar al suyo”; que, “de acuerdo a los informes y a la declaración juramentada del Perito que obra en este proceso, se encontró además de esos dos programas un tercero que sirve para migrar la información del SISTEMA DE BUSQUEDAS al SINTER-REG, hechos que han sido omitidos en las resoluciones que impugna que hacen

que en la actualidad se encuentre en la situación prevista en el Art. 91 del Reglamento a la Ley ... ya que existen indicios de infracciones”; que “la falta de actuación del IEPI en su momento, su constante inobservancia de la normativa vigente entre otras la falta de custodia de la prueba rendida a su favor dentro del proceso y la reticencia a declarar su reposición, conculcan el Art. 55 de la Decisión 351”; que “las resoluciones impugnadas, no consideran la resolución dictada por el Consejo de la Judicatura, por cuanto el demandado fundamenta en ella su defensa ante el IEPI, resolución que se contrapone a los Arts. 54 y 21 de la Decisión 351 ... Termina pidiendo que el Tribunal solicite la Interpretación prejudicial de las normas andinas que se detallaron en el literal b) de esta solicitud y que según el compareciente han sido inobservadas por el Director de Derechos de Autor y Derechos Conexos del IEPI”.

2. Contestación a la demanda

El Presidente del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) indica en su comunicación que contesta “la demanda de la siguiente forma: (...) a.- Negativa pura, simple y llanamente los fundamentos de hecho y derecho contenidos en la demanda objeto de la presente causa. b.- Alego expresamente la legitimidad del Acto Administrativo impugnado por provenir de autoridad competente y haber sido expedido observando las formalidades previstas en la Ley de la materia. c.- Improcedencia de la demanda por carecer de fundamento legal las pretensiones de la parte actora. d.- Impugno desde ahora, la prueba que llegare a presentar el actor en todo cuanto tuviere de ilegal e improcedente ...”.

CONSIDERANDO

Que las normas cuya interpretación se solicita son las “normas comunitarias contenidas en la DECISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA NO. 472, QUE CONTIENE LA CODIFICACIÓN DEL TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: Art. 4 ... Art. 31 ... Art. 35 ... DE LA Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que trata sobre el

REGIMEN COMÚN SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, la interpretación de las siguientes normas: Art. 4 ... I) ... II) ... Art. 8 ... Art. 9 ... Art. 10 ... Art. 13 ... a) ... b) ... c) ... d) ... e) ... Art. 14 ... Art. 21 ... Art. 23 ... Art. 25 ... Art. 28 ... Art. 51 ... a) ... b) ... c) ... d) ... e) ... f) ... g) ... Art. 52 ... Art. 54 ... Art. 55 ... Art. 56 ... a) ... b) ... c) ... Art. 57 ... a) ... b) ... c) ... d) ... Art. 58”;

Que, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 1, literal c, del Tratado de Creación del Tribunal, las normas cuya interpretación se pide forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

Que, a tenor de la disposición prevista en el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal, en correspondencia con lo dispuesto en los artículos 4, 121 y 2 de su Estatuto, este Tribunal es competente para interpretar por vía prejudicial las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

Que, en cumplimiento de la disposición indicada en el artículo 125 del Estatuto, y según consta en la providencia que obra al folio 222 del expediente, la presente solicitud de interpretación prejudicial fue admitida a trámite; y,

Que, una vez examinada la aplicabilidad de las normas sometidas a consulta, el Tribunal encuentra que, salvo los artículos 9 y 51, procede su interpretación. Los textos de las disposiciones a interpretar son del tenor siguiente:

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

“**Artículo 4.-** Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

“Artículo 31.- Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

“Artículo 35.- El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

Decisión 351

“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:

(...)

I) Los programas de ordenador;

II) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales”.

“Artículo 8.- Se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra”.

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

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

“Artículo 23.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas”.

“Artículo 25.- La reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia de seguridad”.

“Artículo 28.- Las bases de datos son protegidas siempre que la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual. La protección concedida no se hará extensiva a los datos o información compilados, pero no afectará los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materiales que la conforman”.

“Artículo 52.- La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, en los términos de la presente Decisión, no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En consecuencia, la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Decisión”.

“Artículo 54.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable”.

“Artículo 55.- Los procedimientos que se sigan ante las autoridades nacionales competentes, observarán el debido y adecuado proceso, según los principios de economía procesal, celeridad, igualdad de las partes ante la ley, eficacia e imparcialidad. Asimismo, permitirán que las partes conozcan de todas las actuaciones procesales, salvo disposición especial en contrario”.

“Artículo 56.- La autoridad nacional competente, podrá ordenar las medidas cautelares siguientes:

a) El cese inmediato de la actividad ilícita;

(...)

c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

Las medidas cautelares no se aplicarán respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para el exclusivo uso personal”.

“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”.

“Artículo 58.- Los programas de ordenador, como obras expresadas por escrito, y las bases de datos, por su carácter de compilaciones, gozan de la protección por el derecho de autor, aun cuando se hayan creado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión”.

I. De las obligaciones de los Estados Miembros

La obligatoriedad del orden jurídico de la Comunidad Andina, tanto de rango fundamental como de rango derivado, entraña la prohibición para los Estados Miembros de adoptar unilateralmente medidas contrarias o incompatibles que, faltando al principio de

cooperación leal, pongan en riesgo la consecución de los objetivos del proceso de integración.

Las obligaciones y compromisos de los Estados Miembros pueden estar previstos en normas del orden fundamental o del orden derivado, emanar de los principios generales del derecho de la integración o constituirse por la inejecución o la ejecución incorrecta o insuficiente de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad.

Cada Estado Miembro tiene el deber de cumplir con tales obligaciones y compromisos, independientemente de que los otros Estados o los órganos de la Comunidad cumplan o no con los suyos.

El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal prescribe en forma expresa la obligación de los Países Miembros de adoptar las medidas que fueren necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que integran el orden jurídico de la Comunidad, y les prohíbe la adopción o empleo de medida alguna contraria a tales normas o que obstaculice de algún modo su aplicación.

En este contexto, el incumplimiento comprende la conducta del Estado Miembro que sea contraria al ordenamiento jurídico comunitario, por faltar a la ejecución de las obligaciones y compromisos emanados de dicho ordenamiento y contraídos en su condición de miembro del Acuerdo, bien a través de la sanción de normas internas contrarias al orden, bien por virtud de la falta de sanción de normas internas destinadas a la observancia del orden, bien a causa de cualquier acción u omisión, deliberada o no, que se oponga al orden o que dificulte u obstaculice su aplicación. También cabe considerar omisión la tolerancia de una norma interna incompatible con las obligaciones y compromisos comunitarios.

El Tribunal ha declarado que la disposición citada impone a los Estados Miembros dos obligaciones básicas: “una de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario; y la otra, obligación de no hacer, a fin de que no se adopten medidas que contraríen u obstaculicen el derecho comunitario. Por la

obligación de no hacer, los Países adquieren el compromiso de no adoptar actitudes o expedir actos —sean legislativos, judiciales, ejecutivos, administrativos o de cualquier otra naturaleza— que puedan contradecir u obstaculizar la aplicación del Régimen Jurídico Andino” (Sentencia dictada en el expediente N° 06-IP-93, de 17 de febrero de 1994, publicada en la G.O.A.C. N° 150, del 25 de marzo del mismo año. Criterio reiterado en las sentencias correspondientes a los expedientes Nos. 05-IP-89, 06-IP-94, 01-AI-96, entre otros).

II. Del ejercicio de la acción por incumplimiento

La acción de incumplimiento tiene por objeto garantizar, en sede jurisdiccional, la ejecución, por parte de los Estados Miembros, de sus obligaciones y compromisos comunitarios.

Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos a causa del incumplimiento de tales obligaciones y compromisos, por parte de un Estado Miembro, disponen de dos opciones, excluyentes entre sí, para obtener la tutela jurisdiccional efectiva de tales derechos.

Una opción, a tenor del artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, es la de acudir a la Secretaría General y al Tribunal de Justicia de la Comunidad, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24 eiusdem. Según este procedimiento, el particular afectado puede ejercer la acción en referencia ante el Tribunal de la Comunidad, si la Secretaría General no emite el dictamen de incumplimiento dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación de la reclamación formulada ante ella, si el dictamen que emite no es de incumplimiento, o si, emitido el dictamen, no ejerce la acción dentro de los sesenta días siguientes. De conformidad con el artículo 30 del Tratado, la sentencia que dicte el Tribunal, caso de ser declarativa del incumplimiento demandado, constituirá título legal y suficiente para que el particular afectado pueda ejercer la acción de indemnización de daños y perjuicios ante el Tribunal nacional competente.

La otra opción, a tenor del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, en

correspondencia con el artículo 4 eiusdem, es acudir al Tribunal nacional competente si los derechos subjetivos de la persona natural o jurídica resultan afectados, bien a causa de la omisión o negativa del Estado Miembro a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad, bien por virtud de la adopción o empleo de medidas que sean contrarias a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación. En este supuesto, los procedimientos a seguir serán los previstos en la legislación interna para deducir eficazmente la responsabilidad del Estado Miembro, así como para indemnizar efectivamente los daños y perjuicios del particular afectado.

III. De la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad

De conformidad con el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad, es de su competencia interpretar por vía prejudicial las normas que integran el ordenamiento jurídico comunitario, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Miembros.

A tenor del artículo 33 eiusdem, los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas integrantes del ordenamiento jurídico de la Comunidad, podrán solicitar directamente, mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en el derecho interno. De no ser recurrible la sentencia, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará la interpretación.

A propósito del alcance de esta disposición, el Tribunal ha señalado que "... si los recursos que existan, según el derecho interno, no permiten revisar la aplicación que se haga de la norma comunitaria, tales recursos no deben ser tenidos en cuenta para determinar si la solicitud de interpretación es obligatoria o tan sólo facultativa. En otros términos, únicamente la existencia de un recurso en el derecho interno que permita revisar la interpretación de la norma aplicable convierte en facultativa la

solicitud de interpretación prejudicial la que, en principio, resulta obligatoria" (Sentencia dictada en el expediente N° 03-IP-90, de 25 de septiembre de 1990, publicada en la G.O.A.C. N° 70, del 15 de octubre del mismo año, caso "NIKE INTERNATIONAL").

De cumplir la solicitud con los requisitos previstos en el artículo 125 del Estatuto del Tribunal, éste la admitirá y proveerá a su respecto, mediante una providencia en que se limitará a precisar el contenido y alcance de la norma comunitaria referida al caso concreto. Le está expresamente prohibido al Tribunal de la Comunidad hacer interpretación, por esta vía, del ordenamiento jurídico nacional de los Estados Miembros.

Dictada la providencia interpretativa y transmitida al órgano jurisdiccional solicitante, éste deberá acogerla en la sentencia que pronuncie acerca de la causa sometida a su conocimiento. Y puesto que los tribunales nacionales constituyen parte orgánica y funcional de los Estados Miembros, el incumplimiento de este deber constituiría una infracción del ordenamiento comunitario imputable al Estado Miembro. En el Estatuto del Tribunal se prevé expresamente el derecho de los Estados Miembros y de los particulares de ejercer la acción de incumplimiento cuando el juez nacional, obligado a realizar la consulta, se abstenga de hacerlo, o cuando, realizada ésta, aplique una interpretación diferente a la señalada por el Tribunal de la Comunidad.

IV. Del objeto de la protección de los derechos de autor

Según las orientaciones de Emilio Betti (citado en González, Iris: "Introducción al estudio del arbitraje en Venezuela. Su aplicación en la propiedad intelectual". Ediciones FUNEDA, Caracas, 1999, pp. 30 y ss.), de objetivarse la entidad intelectual en que consiste la idea creadora, podrá difundirse, una vez exteriorizada, a través de un soporte material, y continuar existiendo aunque desaparezca la persona física que la produjo. Por tanto, la entidad en que se objetiva la idea creadora es una obra que se distingue de su creador, de los sujetos a que se dirige y del acto mismo de creación.

Según las citadas orientaciones, la objetivación externa de la entidad necesita de un soporte, concebido éste en sentido amplio, como el medio que hace posible la reproducción o la divulgación de la obra. El citado soporte hace posible la percepción de la obra y sirve de medio de prueba de su existencia. Tal es el caso de la descripción escrita de una invención, el diseño de una marca, un cuadro, una estatua o el lenguaje, “puesto que es por su intermedio que el resultado del acto de creación ha de ser conocido. La necesidad de exteriorización es, entonces, la primera característica del bien inmaterial” (op. cit., p. 30).

En este contexto, la obra del ingenio constituye la forma representativa de la idea creadora, que trasciende su soporte puramente instrumental y que configura el objeto de la tutela normativa. Por ello, una segunda característica del bien inmaterial es su trascendencia.

La separabilidad del contenido intelectual o artístico de la obra respecto de su soporte implica la posibilidad de que aquella circule en un número indefinido de ejemplares, o de que sea reproducida un número indefinido de veces. “Una tercera característica del bien inmaterial es entonces su posibilidad de circular, por la posibilidad de ser reproducido, según lo permita la naturaleza de la obra” (op. cit. p. 31).

De la posibilidad de su reproducción o de su divulgación deriva la aptitud de la obra para sobrevivir, bien a su creador, bien a su soporte, y para hacer posible su disfrute simultáneo, por parte de un número indeterminado de personas.

El artículo 3 de la Decisión 351 define la obra como “Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”, y el artículo 4 eiusdem 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).

Ahora bien, el objeto específico y exclusivo de protección no son directamente las ideas del autor, sino la forma a través de la cual tales ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra literaria, artística o científica (artículo 7).

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-ZAVALLIA, 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.

V. De la protección de los programas de ordenador y de las bases de datos

La disposición del artículo 4 incluye, entre las obras objeto de protección, como si se tratase de obras literarias (artículo 23), a los programas de ordenador (literal I), entendidos tales programas (Software) como la expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador —un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones— ejecute determinada tarea y obtenga determinado resultado. El programa comprende la documentación técnica y los manuales de uso (artículo 3).

Junto a los programas de ordenador, la previsión del artículo 4 incluye a las bases de datos, sometidas o no a tratamiento informático, como objeto de protección (literal II), siempre que, por la forma de selección o de disposición de los datos compilados, tales bases constituyan una creación intelectual (artículo 28). El Tribunal ha destacado a este respecto que “la originalidad en la ‘disposición’ implica que no puede tratarse de una mera acumulación de hechos o datos ... ni tampoco que esa disposición se realice con la aplicación de simples criterios rutinarios ... sino que supone una clasificación de esos datos en forma tal que dé como resultado una ‘creación personal’ ” (Sentencia dictada en el expediente N° 10-IP-99, de 11 de junio de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 468, del 12 de agosto del mismo año, caso: “BASE DE DATOS MERLIN”).

El Tribunal ha precisado además que, de tratarse de una obra, por la originalidad en la selección o en la disposición de los elementos de información recopilados, el titular de la base de datos tendrá derechos exclusivos sobre ella, “pero no podrá impedir que otra persona, sobre similares elementos (especialmente cuando se trate de elementos de información de uso, interés y difusión públicas, que deben reproducirse textualmente), realice otra compilación, con sus propias características de originalidad en la selección o disposición de las materias. Esa originalidad en la ‘segunda’ base de datos, podría estar, por ejemplo, en la selección del material (v.gr.: textos vigentes, modificados o derogados, total o parcialmente, u otros datos que faciliten el acceso a la información) o en la disposición o agrupación del mismo (v. gr.: organización por materias, títulos dados a los módulos de clasificación ... forma de acceso a la información para recuperar o utilizar ésta, etc.). Pero si no está presente la originalidad en la selección o disposición de los textos recopilados, como se ha dicho, sino una acumulación de datos sobre la base de criterios rutinarios, habrá una base de datos, desde el punto de vista técnico, en el sentido de una recopilación de elementos de información ... pero no una base de datos protegida por el derecho de autor, al no cumplir con los requisitos de originalidad a que se refieren los artículos 4 II y 28 de la Decisión

351. Otra cosa es, al contrario, que la recopilación de los datos no la realice el ‘segundo’ compilador con sus propios medios o elementos, sino que se limite a ‘extraerlos’ de la base de datos preexistente (y no protegida por ausencia de originalidad en la selección o disposición de las materias), por ejemplo, mediante su duplicación electrónica no autorizada, pero ya en este supuesto no se estará en presencia de una violación al derecho de autor, sino, de ser el caso, frente a otras figuras de derecho común, como la competencia desleal o el enriquecimiento sin causa, por ejemplo, lo que le corresponderá resolver al Juez nacional en el caso concreto, y conforme a lo alegado y probado en autos. Es igualmente posible que el ‘segundo’ compilador, a los fines de ‘extraer’ los datos de la base preexistente, haya imitado, duplicado o reproducido el ‘software’ original usado para la compilación preexistente (no protegida si está ausente la originalidad en la selección o disposición de los elementos compilados), en cuyo caso tampoco se estará ante un ilícito contra el derecho de autor sobre la base de datos, sino frente a una usurpación de los derechos autorales sobre el programa de ordenador, cuestión que también debe resolver el juez en el caso concreto, de acuerdo a lo alegado y probado en autos” (Sentencia dictada en el expediente N° 10-IP-99, ya citada).

Los programas de ordenador, en tanto que obras expresadas por escrito, y las bases de datos, en tanto que compilaciones, gozan de la protección por el derecho de autor desde su creación, aunque ésta se haya producido antes de la fecha de entrada en vigencia de la Decisión (artículo 58).

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 contemplan

las legislaciones internas de los Países Miembros (artículo 9).

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).

Los derechos morales presuponen un nexo indisoluble entre el autor y su obra, por virtud del cual el autor conserva, con independencia de los derechos patrimoniales, y aún después de la cesión de éstos, el poder jurídico de reivindicar la paternidad de la obra y de proteger su integridad, toda vez que el citado nexo no resulta afectado por la voluntad contractual. El derecho moral es inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable para el autor de la obra, y, en sede comunitaria, significa la posibilidad para dicho autor de conservar inédita la obra o de divulgarla, de reivindicar su paternidad en cualquier momento, y de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o contra su reputación.

Y los derechos patrimoniales, derivados de la propiedad intelectual, son derechos exclusivos de explotación económica de la obra, transmisibles, renunciables y temporales. Ellos son, 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.

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). En 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.

La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, así como a las interpretaciones y demás producciones tuteladas por la norma comunitaria, no se encuentra subordinada a ningún tipo de formalidades, por lo que la omisión del registro de la obra no impide el goce y el ejercicio de los derechos que, por virtud del acto de creación, corresponden a su autor (artículo 52). En el marco de esta protección, el Tribunal ha indicado que el registro no es más que un instrumento declarativo del derecho y, eventualmente, un medio de prueba de su existencia, y que se trata de una opción para el autor que de todos modos no puede ser desconocida por la Administración (Sentencia dictada en el expediente N° 64-IP-2000, del 6 de septiembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 602, del 21 de septiembre del mismo año).

La exclusividad en el ejercicio de los derechos citados significa también que no se puede autorizar la utilización de una obra, o prestar apoyo para su utilización, so pena de incurrir en responsabilidad solidaria, si el usuario no cuenta con la autorización previa y expresa del titular del derecho o de su representante (artículo 54).

En el caso de los programas de ordenador, cuya protección, caso de constituir creaciones originales, se extiende tanto a los programas operativos como a los aplicativos, tengan la forma de código fuente o de código objeto, su modificación para la utilización correcta (artículo 23), y su reproducción, incluso para uso personal, exigen la autorización del titular del derecho, salvo que se trate de la copia de seguridad (artículo 25). Sin embargo, la introducción del programa en la memoria del ordenador, a los efectos del exclusivo uso personal, no será un caso de reproducción ilegal; en cambio, sí lo será el aprovechamiento no consentido del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo (artículo 26).

En el caso de las bases de datos, su protección no se extiende a los datos o informaciones compilados, y no debe afectar los derechos que se posean sobre las obras o materiales de que tales datos o informaciones formen parte (artículo 28). Si tales obras o materiales se encuentran protegidos por el derecho de autor, no podrán ser incorporados a la base de datos sin el consentimiento de sus titulares.

Por lo demás, no hay lugar a confundir ambos objetos de protección: como ha señalado el Tribunal, un mismo programa de ordenador puede ser utilizado para la elaboración de varias bases de datos, y la elaboración de una base de datos puede ser el resultado del uso de varios programas de ordenador (Sentencia dictada en el expediente N° 10-IP-99, ya citada).

VI. De los límites a la protección

La norma comunitaria prevé la posibilidad de que las legislaciones internas de los Países Miembros establezcan limitaciones y

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

En el orden comunitario, tales limitaciones y excepciones significan la posibilidad de realizar lícitamente, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos, enumerados en el artículo 22 de la Decisión: citar una obra publicada en otra, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, y a condición de que la cita se haga conforme a los usos honrados, en la medida justificada por el fin que se persiga (literal a); reproducir para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos o breves extractos de obras lícitamente publicados, a condición de que tal utilización no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro, y que se haga conforme a los usos honrados (literal b); reproducir individualmente una obra, por parte de una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y siempre que la reproducción se realice con el fin de preservar el ejemplar y sustituirlo, en caso de extravío, destrucción o inutilización, o de sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar extraviado, destruido o inutilizado (literal c); reproducir y distribuir por la prensa, o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, radiodifusión o transmisión pública no se hayan reservado expresamente (literal e); reproducir y poner al alcance del público, a propósito de informaciones relativas a acontecimientos de actualidad, por medio de la fotografía, la cinematografía, la radiodifusión o la transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida

justificada por el fin de la información (literal f); reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales, u otras obras similares pronunciadas en público, sobre hechos de actualidad y con fines de información, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y sin perjuicio del derecho de los autores a publicar colecciones de tales obras (literal g); realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de bellas artes, fotográfica o de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público (literal h); realizar grabaciones efímeras de una obra, por parte de organismos de radiodifusión que tengan derecho a radiodifundirla, con sus propios equipos y para utilizarla en sus propias emisiones (literal i); realizar la representación o la ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza, por parte de su personal y de sus estudiantes, siempre que no se cobre por la entrada y que no se tenga un fin lucrativo, directo o indirecto, y a condición de que el público esté compuesto exclusivamente por personal y estudiantes de la institución, padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de dicha institución (literal j); y realizar la transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por éste, siempre que la transmisión o retransmisión sea simultánea a la radiodifusión original, y que la obra se emita sin alteraciones (literal k).

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

VII. De la tutela procesal

De incurrirse en la infracción del derecho de autor, el ilícito y su reparación deberán demandarse ante el órgano administrativo o jurisdiccional designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia (artículo 3). La admisión de la demanda dará lugar a la apertura del procedimiento establecido por la legislación del País Miembro, en el cual

deberán observarse los principios del debido proceso y, en particular, los de igualdad de las partes, imparcialidad del órgano competente, eficacia, economía procesal y celeridad (artículo 55).

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, a través de la reparación o de la indemnización. El daño es pues el presupuesto de la tutela, ésta consiste en su resarcimiento, 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.

Ahora bien, en el proceso ante la jurisdicción es inevitable la distancia 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.

En el ámbito de los derechos de autor, explica la doctrina, “las medidas cautelares tienen fundamental importancia tanto para evitar la

consumación del ilícito como para asegurar pruebas, bienes o el objeto del proceso, e impedir que desaparezcan o se transformen pues las utilizaciones en las que se quebranta el derecho de autor o son fugaces o es relativamente sencillo hacer desaparecer las evidencias ... la inmaterialidad de la obra y su don de ubicuidad determinan que una vez que ella ha sido difundida escape a la custodia del autor o de sus derechohabientes y sea susceptible de ser apropiada, utilizada y transformada sin su intervención ... Atendiendo al objeto de las medidas cautelares, interesan principalmente: 1) las medidas para asegurar bienes: a) para impedir que se realicen o sigan realizando actos ilícitos, b) para asegurar la ejecución forzosa de la sentencia, y c) para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas, y 2) las medidas para asegurar elementos de prueba” (LIPSZYC, Delia: op. cit., pp. 551, 580 y 581).

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). El cese de la actividad ilícita puede alcanzarse a través de medidas particulares 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. La buena fe en el uso de los programas de ordenador comprende los llamados usos honrados y el uso personal que tal como los describe el artículo 3, in fine de la Decisión 351 son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicios irrazonables a los intereses legítimos del autor o se trata de una forma de utilización de la obra exclusivamente para uso propio y en casos como de investigación y

esparcimiento personal” (Sentencia dictada en el expediente N° 12-IP-98, de 20 de mayo de 1998, publicada en la G.O.A.C. N° 428, del 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 particulares 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.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

CONCLUYE

1º Los Países Miembros de la Comunidad Andina se encuentran obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que integran el orden jurídico comunitario, y están impedidos de adoptar o emplear medida alguna contraria a tales normas o que obstaculice de algún modo su aplicación.

2º Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos a causa del incumplimiento de la ejecución, por parte de los Estados Miembros, de sus obligaciones y compromisos comunitarios, disponen de dos opciones, excluyentes entre sí, para obtener la tutela jurisdiccional efectiva de tales derechos. Una opción es la de acudir a la Secretaría General y al Tribunal de Justicia de la Comunidad, con sujeción al procedimiento previsto en el Tratado de Creación de este Órgano Jurisdiccional. La otra opción, a tenor del artículo 31 eiusdem, es acudir al Tribunal

Nacional competente si los derechos subjetivos de la persona natural o jurídica resultan afectados, bien a causa de la omisión o negativa del Estado Miembro a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad, bien por virtud de la adopción o empleo de medidas que sean contrarias a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación. En este supuesto, los procedimientos a seguir serán los previstos en la legislación interna para deducir eficazmente la responsabilidad del Estado Miembro, así como para indemnizar efectivamente los daños y perjuicios del particular afectado.

3° La entidad en que se objetiva la idea creadora es una obra que se distingue de su creador, de los sujetos a que se dirige y del acto mismo de creación. La objetivación externa de la entidad necesita de un soporte, concebido éste como el medio que hace posible la reproducción o la divulgación de la obra, así como la percepción de la misma, y sirve de medio de prueba de su existencia. La obra del ingenio constituye la forma representativa de la idea creadora, que trasciende su soporte puramente instrumental y que configura el objeto de la tutela normativa. La separabilidad del contenido intelectual o artístico de la obra respecto de su soporte implica la posibilidad de que aquella circule en un número indefinido de ejemplares, o de que sea reproducida un número indefinido de veces. Por tanto, el bien inmaterial se caracteriza por la necesidad de su exteriorización, por su trascendencia, y por la posibilidad de circular o de ser reproducido.

4° De la posibilidad de su reproducción o de su divulgación deriva la aptitud de la obra para sobrevivir, bien a su creador, bien a su soporte, y para hacer posible su disfrute simultáneo, por parte de un número indeterminado de personas. 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.

5° El objeto específico y exclusivo de protección no son directamente las ideas del autor, sino la forma a través de la cual tales ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra literaria, artística o científica. A los efectos de su tutela, la obra, 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, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, 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.

6° Son obras objeto de protección los programas de ordenador, entendidos como la expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador ejecute determinada tarea y obtenga determinado resultado. También son objeto de protección las bases de datos, sometidas o no a tratamiento informático, siempre que, por la forma de selección o de disposición de los datos compilados, tales bases constituyan una creación intelectual original. La protección de la base de datos no se extiende a los datos o informaciones compilados, y no debe afectar los derechos que se posean sobre las obras o materiales de que tales datos o informaciones formen parte. Un mismo programa de ordenador puede ser utilizado para la elaboración de varias bases de datos, y la elaboración de una base de datos puede ser el resultado del uso de varios programas de ordenador.

7° La originalidad en la base de datos supone una clasificación de esos datos en forma tal que dé como resultado una creación personal. Por la originalidad en la selección o en la disposición de los elementos de información recopilados, el titular de la base de datos tendrá derechos exclusivos sobre ella, sin que pueda impedir que otros, sobre similares elementos, elaboren otra recopilación,

con sus propias características de originalidad en la selección o disposición de las materias. Si no está presente la originalidad en la selección o disposición de los textos recopilados, habrá una base de datos desde el punto de vista técnico, pero la misma no gozará de protección por el derecho de autor.

8º *La propiedad de la obra se ejerce a través de un haz de derechos morales y patrimoniales de carácter exclusivo. Tales derechos son independientes de la propiedad del objeto material en que se encuentre incorporada la obra. El autor, es decir, la persona física que realiza la creación intelectual, 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. 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.*

9º *El derecho moral es inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable para el autor de la obra, en el sentido y en la medida en que éste tiene la posibilidad, en sede comunitaria, de conservar inédita la obra o de divulgarla, de reivindicar su paternidad en cualquier momento, y de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o contra su reputación. Y los derechos patrimoniales, derivados de la propiedad intelectual, son derechos exclusivos de explotación económica de la obra, transmisibles, renunciables y temporales.*

10º *La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, así como a las interpretaciones y demás producciones tuteladas por la norma comunitaria, no se encuentra subordinada a ningún tipo de formalidades, por lo que la omisión del registro de la obra no impide el goce y el ejercicio de los derechos que, por virtud del acto de creación, corresponden a su autor.*

11º *La norma comunitaria prevé la posibilidad de que las legislaciones internas de los Países Miembros establezcan limitaciones y excepciones a la protección por el derecho de autor, pero somete tales limitaciones y excepciones a la exigencia de que se trate de usos honrados, es decir, de usos que no atenten contra la explotación normal de las obras y que no causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular o titulares de los derechos. Se trata, además, de limitaciones y excepciones que alcanzan a restringir los derechos patrimoniales del autor, no sus derechos morales.*

12º *De incurrirse en la infracción del derecho de autor, el ilícito y su reparación deberán demandarse ante el órgano administrativo o jurisdiccional designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia. 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, a través de la reparación o de la indemnización. El daño es pues el presupuesto de la tutela, ésta consiste en su resarcimiento, 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. En la tutela de mérito, 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.*

13º *La tutela cautelar es instrumental y provisional. Su otorgamiento viene a ser el resultado de la valoración, en términos de probabilidad, del derecho invocado y de su lesión, y debe apoyarse en el cumplimiento de los requisitos del fumus boni iuris y del periculum in mora. La norma comunitaria*

atribuye potestad cautelar a la autoridad nacional competente, es decir, al órgano designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia, 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. El cese de la actividad ilícita puede alcanzarse a través de medidas particulares como la suspensión de la producción o el retiro del comercio de los ejemplares ilícitos.

De conformidad con la disposición prevista en el artículo 35 del Tratado de Creación del

Tribunal, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3, con sede en la ciudad de Cuenca, República del Ecuador, deberá adoptar la presente interpretación en la sentencia que pronuncie y, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 128, tercer párrafo, del Estatuto del Tribunal, deberá remitir dicha sentencia a este órgano jurisdiccional.

Notifíquese la presente interpretación mediante copia certificada y sellada, y remítase también copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.