

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

## **Fotografías no creativas. Protección “sui generis”**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Perú

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

**FECHA:** 17-4-2002

**JURISDICCIÓN:** Administrativa

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

**OTROS DATOS:** Resolución No. 354-2002/TPI-INDECOPI

### **SUMARIO:**

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

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

*“Siguiendo la línea de la Directiva 93/98/CEE, en el Perú se ha otorgado protección a las meras o simples fotografías a través de los llamados derechos vecinos, conexos o afines al derecho de autor”.*

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

*“Asimismo, el artículo 130 del mismo cuerpo legal señala que los titulares de los derechos conexos y otros derechos intelectuales, podrán invocar las disposiciones relativas a los autores y sus obras, en tanto se encuentren conformes con la naturaleza de sus respectivos derechos”.*

*“Esta distinción [entre las fotografías originales y las meras fijaciones fotográficas, nota del compilador] no pretende negar la protección a aquellos bienes o actividades que son fruto del esfuerzo de quien los produce o realiza y que por su contenido pueden tener un elevado valor económico, lo que se busca es proteger cada una de estas creaciones o actividades de acuerdo a su naturaleza y a la regulación jurídica que le corresponde”.*

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

## COMENTARIO:

Las fotografías son objeto de protección por el derecho de autor siempre que reúnan las características de una obra, es decir, constituyan una forma de expresión creativa y personal, con características de originalidad. Pero es posible que una fijación fotográfica no tenga características creativas -e incluso, que por venturas de la casualidad, pueda captar un acontecimiento importante-, pero sea susceptible de tener un valor económico apreciable y cuya explotación libre y gratuita por terceros, tendría las características de un enriquecimiento injusto en perjuicio de quien realizó la fijación. De allí la posibilidad de reconocer, en el marco de los derechos conexos o afines (u “*otros derechos intelectuales*”), un derecho exclusivo de explotación por un tiempo determinado a quien realice una fotografía (u otra fijación obtenida por un procedimiento análogo), que no tenga el carácter de obra. La tutela se limita a determinados derechos de explotación (generalmente los de reproducción, distribución y comunicación pública), “*en los mismos términos reconocidos a los autores fotográficos*”, por lo que deben aplicarse las disposiciones que respecto a los autores contiene la ley en relación con tales derechos. La duración de este derecho “*sui generis*” no se extiende, como en las obras del ingenio, a la vida del “*autor*” y un tiempo después de su muerte, sino que generalmente el plazo fijado en las leyes nacionales se calcula a partir del primero de enero del año siguiente al de la realización de la fotografía. © **Ricardo Antequera Parilli, 2007.**

## TEXTO COMPLETO:

### I. ANTECEDENTES

Con fecha 6 de marzo del 2001, Ingeniería Frigorífica del Sur S.A. (Perú) interpuso acción por infracción a la Ley de Derechos de Autor contra Refriminsa<sup>1</sup>. Señaló ser titular del catálogo publicitario o fotocomposición de máquinas refrigeradas y hornos móviles sandwicheros, cuya característica principal está signada por diversos modelos de refrigeradoras y hornos sandwicheros móviles que son fabricados y comercializados por su empresa, conforme obra en la Partida N° 01033-2000 de la Oficina de Derechos de Autor. Indicó que gracias a lo novedoso de los modelos que se exhiben a través de las tomas fotográficas o fotocomposiciones registradas su empresa ha logrado obtener un incuestionable posicionamiento en el mercado de las

*refrigeradoras y hornos móviles y un considerable ingreso económico por sus ventas, debido principalmente a lo novedoso de su estructura y a la calidad del material empleado en su fabricación. Sostuvo que simultáneamente al ingreso de su empresa al mercado, con los referidos modelos incluidos en las tomas fotográficas registradas, ingresó al mercado diversa publicidad comercial cuya autoría le pertenece. Señaló que la denunciada está explotando de manera ilegal y sin autorización las mismas tomas fotográficas registradas ante la Oficina de Derechos de Autor, beneficiándose económicamente, lo que ocasiona una confusión en el mercado y una merma significativa en las ventas de su empresa. Precisó que la infracción a los derechos de su empresa no sólo se limita a la infracción a los Derechos de Autor, sino que configura una típica competencia desleal, puesto que está utilizando el mismo espacio comercial ganado por su empresa, la misma publicidad y promocionando los mismos modelos registrados a través de las tomas fotográficas registradas.*

<sup>1</sup> Posteriormente, la denunciante precisa que el nombre de la denunciada es Refrigeraciones Miranda – Murillos S.A.

*Indicó que la infracción se agrava teniendo en cuenta que tanto la denunciada como su empresa operan en el mismo mercado y a la vez participan en los mismos eventos comerciales, tales como ferias y exposiciones industriales. Agregó que la denunciada ha scaneado sus muestras fotográficas. Solicitó se adopten como medidas cautelares: el cese de la publicidad consistente en la exhibición de las tomas fotográficas registradas por su empresa, la incautación e inmovilización del material publicitario o fotocomposición materia de la denuncia y de los diferentes modelos de refrigeradoras que se exhiben en el local donde se llevará a cabo la visita inspectiva, la imposición de una multa y el pago de costas y costos que implique el presente proceso.*

*Mediante proveído de fecha 9 de marzo del 2001, la Oficina de Derechos de Autor considerando que la denunciante ha señalado como razón social de la denunciada a la denominación Refrimimsa, y que tal denominación no corresponde a la razón social de una persona jurídica, requirió a la denunciante cumpla con aclarar si la denominación de la denunciada corresponde a la razón social de la empresa a efectos de admitir a trámite la denuncia.*

*Con fecha 15 de marzo del 2001, Ingeniería Frigorífica del Sur S.A. señaló que los actos infractorios denunciados aparecen en el mercado como realizados por Refrimimsa, sin embargo aparentemente se trata de una empresa irregular, por lo que solicitó que se entienda a la denuncia como interpuesta contra Elmer Murillo Sandoval, persona responsable de la producción y venta, y contra los que resulten responsables de los actos denunciados. Adjuntó la tarjeta personal de Elmer Murillo Sandoval donde aparece como gerente general de Refrimimsa.*

*Mediante proveído de fecha 19 de marzo del 2001, la Oficina de Derechos de Autor admitió a trámite la denuncia contra Elmer Murillo Sandoval y citó a las partes a audiencia de conciliación para el día 9 de abril del 2001. Asimismo, ordenó la medida cautelar de cese inmediato de la actividad ilícita, debiendo la denunciada abstenerse de seguir reproduciendo*

*y distribuyendo las fotografías N° 11, 12 y 14 del catálogo registrado en cualquiera de sus materiales publicitarios. Dispuso la medida cautelar de inspección a realizarse en el inmueble sito en la Av. Antúnez de Mayolo 932, Urb. Mercurio, Los Olivos y en caso de encontrarse folletería, catálogos y cualquier otro tipo de material publicitario conteniendo las fotografías 11, 12, 14 objeto de la partida registral N° 001133-2000 asiento 1 reproducidas en el encarte publicitario del denunciado, se proceda a su incautación. Igualmente, señaló que de verificarse el uso de otras fotografías se tome una muestra de las mismas y se las anexe en el acta de inspección, bajo cuenta, costo y riesgo de la denunciante, a quien en dicho acto se le nombrará depositario. Denegó las medidas cautelares de incautación e inmovilización de los modelos de refrigeradoras, ya que en virtud de la partida registral N° 001133-2000 asiento 1 se inscribió un catálogo publicitario o fotocomposición de máquinas refrigeradoras y hornos móviles sandwicheros, compuesto de catorce fotografías, pero no los modelos de dichas máquinas, por lo que los modelos plasmados en las fotografías registradas no constituyen obras protegidas por el Derecho de Autor.*

*Con fecha 28 de marzo del 2001, Ingeniería Frigorífica del Sur S.A. señaló que por error en el escrito de fecha 15 de marzo del 2001 consignó como denunciado a Elmer Murillo Sandoval siendo lo correcto Elmer Murillos Sandoval, tal como aparece en la tarjeta de presentación adjuntada en el referido escrito.*

*Mediante Informe N° 039-2001-MGG/UFI, Marco Aurelio García Godos – miembro de la Unidad de Fiscalización - dio cuenta que con fecha 28 de marzo del 2001 se constituyó en la Unidad de Fiscalización el representante de la denunciante Ingeniería Frigorífica del Sur S.A., quién tomó conocimiento de la resolución de fecha 19 de marzo del 2001, manifestando que hubo un error mecanográfico en su escrito de fecha 15 de marzo del 2001, en lo que corresponde al nombre del denunciado, por lo que solicitó se suspenda la diligencia de inspección. En consecuencia, no se efectuó la diligencia ordenada por decisión expresa del denunciante.*

Mediante proveído de fecha 29 de marzo del 2001, la Oficina de Derechos de Autor considerando el acta levantada por la Unidad de Fiscalización, en la cual se dejó constancia que el representante del denunciante solicitó la suspensión de la diligencia de inspección, modificó la resolución de fecha 19 de marzo del 2001 debiéndose entenderse por denunciado a Elmer Murillos Sandoval y ordenó efectuar la medida cautelar de inspección el 10 de abril del 2001. Asimismo, invitó a las partes a una audiencia de conciliación a efectuarse el 24 de abril del 2001, quedando en lo demás - la resolución de fecha 19 de marzo del 2001 - subsistente.

Con fecha 5 de abril del 2001, Ingeniería Frigorífica del Sur S.A señaló que producto de sus averiguaciones logró identificar al responsable de la fabricación y venta de los modelos registrados ante la Oficina de Derechos de Autor, el cual es Refrigeraciones Miranda – Murillos S.A., según aparece de la búsqueda en la página web de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), por lo que solicitó se tenga como parte denunciada a dicha empresa ubicada en la Av. Santiago Antúnez de Mayolo 932, Los Olivos.

Con fecha 10 de abril del 2001, se llevó a cabo la diligencia de inspección en el local ubicado en Av. Santiago Antúnez de Mayolo N° 932, distrito de Los Olivos. Se verificó la existencia de 21 folletos conteniendo las fotografías N° 11 y 14 objeto de la partida registral N° 001133-2000 asiento 01 y 1 folleto conteniendo la fotografía N° 12, los mismos que fueron incautados designándose como depositario a Elías Vasquez Díaz. Se dejó constancia de que no se encontró otras fotografías por lo cual no se tomó muestras y se tuvo a la vista la Licencia de Funcionamiento Municipal N° 0000325-2000, de fecha 10 de noviembre del 2000 a nombre de Elmer Murillos Sandoval, indicando como giro de la empresa la venta de equipos de refrigeración. Asimismo, se dejó constancia de que Ilda Miranda Lizano manifestó ser la secretaria del Gerente General de la empresa Refriminsa – Refrigeraciones Miranda Murillos S.A.

Con fecha 20 de abril del 2001, Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. – REFRIMIMSA –

contestó la denuncia presentada manifestando que las imágenes fotográficas contenidas en los folletos de publicidad que exhibe la denunciante no constituyen bienes protegidos por la Ley de Derechos de Autor, al no ser una creación de carácter intelectual, artístico ni literario, ni de derecho conexo a los anteriores, ni creación novedosa e ingeniosa. Señaló que la inscripción en el Registro Nacional de Derechos de Autor y derechos conexos, no sólo se limita a inscribir los derechos reconocidos por la ley como tales, sino también derechos genéricos que no se encuentran protegidos por la ley, siendo el artículo N° 171 del Decreto Legislativo 822 el que establece que la inscripción en el registro no crea derechos, teniendo un carácter meramente referencial y declarativo, constituyendo solamente un medio de publicidad y prueba de anterioridad. Indicó que es usual en las actividades comerciales y productivas de esta naturaleza el emplear modelos ya estandarizados y que nadie se puede irrogar su creación, como pretende la denunciante. Afirmó que en la comparación de ambos folletos publicitarios se aprecian características diferentes, como el papel empleado, el nombre comercial de cada empresa con sus respectivos eslóganes, las direcciones, las muestras de los productos que difieren en su presentación, siendo similares en el ángulo de los productos al reproducirlos. Señaló que tal como ha quedado establecido en el Acta de inspección, su empresa cuenta con un único local de venta, lugar donde muestran a su clientela los diversos modelos de los productos que fabrican, no acostumbrando volantear ni hacer publicidad a través de los diferentes medios de publicidad visual. Por lo anterior, precisó que no se puede sostener que su empresa crea un caos o confusión en la clientela de Lima y provincias.

Con fecha 24 de abril del 2001, no pudo llevarse a cabo la audiencia de conciliación dispuesta por la Oficina de Derechos de Autor, debido a la incomparecencia de la parte denunciada.

Mediante proveído de fecha 24 de abril del 2001, la Oficina de Derechos de Autor dispuso:

- Declarar en rebeldía al denunciado Elmer Murillos Sandoval, debido a que la denuncia le fue puesta a conocimiento con fecha 10

de abril del 2001, por lo que debió presentar sus descargos con fecha 19 de abril del 2001 y no como lo hizo el 20 de abril del 2001.

- Tener por presentados los descargos de Elmer Murillos Sandoval con fecha 20 de marzo del 2001 y tenerlo por apersonado al proceso. Señaló que si bien admitió a trámite la denuncia en contra de Elmer Murillos Sandoval, la empresa Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. sin ser parte denunciada presentó los descargos con fecha 20 de abril del 2001, y si bien dichos descargos fueron presentados por la referida empresa fueron suscritos por el señor Elmer Murillos Sandoval.
- Poner a conocimiento de la denunciante los descargos presentados.

Con fecha 3 de mayo del 2001, Refrigeraciones Miranda Murillos S.A – REFRIMIMSA solicitó se señale una nueva fecha para la realización de la audiencia de conciliación.

Mediante proveído de fecha 7 de mayo del 2001, la Oficina de Derechos de Autor dispuso ampliar la denuncia presentada por Ingeniería Frigorífica del Sur S.A. en contra de Refrigeraciones Miranda Murillos S.A - REFRIMIMSA. y le corrió traslado de la misma. Asimismo, citó a las partes a una audiencia de conciliación a realizarse el 14 de mayo del 2001.

Con fecha 14 de mayo del 2001, no pudo llevarse a cabo la audiencia de conciliación dispuesta por la Oficina de Derechos de Autor, debido a la incomparecencia de los denunciados Elmer Murillos Sandoval y Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. – REFRIMIMSA.

Con fecha 11 de mayo del 2001, Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. – REFRIMIMSA señaló, encontrándose dentro del término ordinario de cinco días para presentar sus descargos, que no es posible que se lleve a cabo válidamente la audiencia de conciliación en la fecha programada, por cuanto es necesario que la Oficina de Derechos de Autor tenga a su disposición en dicha actuación los argumentos y las razones de ambas partes involucradas, lo cual no sería posible al no haber presentado su empresa los descargos, lo

que conllevaría a atentarse contra su derecho de defensa. Por lo anterior, señaló que resulta conveniente diferir el plazo para la audiencia conciliatoria.

Con fecha 17 de mayo del 2001, Refrigeraciones Miranda Murillos S.A – REFRIMIMSA contestó la denuncia presentada reiterando los argumentos presentados en su escrito de fecha 20 de abril del 2001. Agregó que la impresión de la publicidad materia de la denuncia fue solicitada a la casa HN Impresiones Graf, con fecha 20 de noviembre del 2000, conforme a la copia del contrato que adjuntó, en la que se establece un pedido de 5,000 volantes de los cuales únicamente se adquirieron 3,000 según la factura de fecha 15 de mayo del 2001. De lo anterior, concluyó que el pedido y muestreo de sus productos se han venido realizando con fecha anterior al registro, ante la Oficina de Derechos de Autor, por la denunciante de sus catálogos publicitarios o fotocomposición de fecha 29 de diciembre del 2000. Señaló que si bien el certificado de la denunciante se refiere a 14 fotografías, el folleto adjuntado a su denuncia cuenta con 15 imágenes o tomas fotográficas, por lo que no queda claro si la integridad de dichas imágenes o fotocomposiciones adjuntadas se encuentran registradas como exclusivas de la denunciante. Adjuntó documentos para sustentar sus argumentos.

Mediante proveído de fecha 18 de mayo del 2001, la Oficina de Derechos de Autor determinó no ha lugar a la solicitud del denunciado de diferir la audiencia de conciliación programada para el día 14 de mayo del 2001 y citó a las partes a una audiencia de conciliación para el día 31 de mayo del 2001. Asimismo, tuvo por presentados los descargos y los puso a conocimiento de la denunciante.

Con fecha 31 de mayo del 2001, no pudo llevarse a cabo la audiencia de conciliación dispuesta por la Oficina de Derechos de Autor, debido a la incomparecencia del representante legal de la empresa Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. – REFRIMIMSA.

Con fecha 22 de junio del 2001, Refrigeraciones Miranda Murillos S.A REFRIMIMSA señaló que no le fue posible acudir a la audiencia de

conciliación fijada, por cuanto habiendo señalado como domicilio procesal el estudio jurídico de su abogado defensor, dicho proveído no le fue comunicado en tiempo oportuno. Varió su domicilio procesal y solicitó se señale nueva fecha para la audiencia de conciliación.

Mediante proveído de fecha 25 de junio del 2001, se citó a las partes a una audiencia de conciliación a realizarse el 9 de julio del 2001. En dicha fecha no se pudo llevar a cabo la audiencia programada por la incomparecencia de la denunciante Ingeniería Frigorífica del Sur S.A.

Mediante proveído de fecha 25 de julio del 2001, la Oficina de Derechos de Autor para mejor resolver, solicitó a la denunciante informe la fecha de la primera publicación de las fotografías N° 11, 12 y 14 del catálogo inscrito bajo la partida registral N° 01033-2000 asiento 1, así como que presente las boletas de venta y/o facturas que acrediten la fecha de impresión de las mencionadas fotografías, por primera vez, por parte de la denunciante y en el plazo de 5 días.

Con fecha 7 de agosto del 2001, Ingeniería Frigorífica del Sur S.A. cumplió con el requerimiento efectuado mediante proveído de fecha 25 de julio del 2001. Presentó facturas expedidas por el laboratorio de fotografía Peter's de fecha 3 de junio de 1999 y 24 de octubre del 2000, la orden de publicidad emitida por Editora Sport S.A. a favor de la denunciante de fecha 12 de octubre de 1999, una carta enviada a la denunciante por Bellsouth para las coordinaciones de publicación de fecha 3 de marzo del 2000 y una factura emitida por Bellsouth a favor de la denunciante de fecha 1° de mayo del 2000.

Con fecha 10 de setiembre del 2001, Refrigeraciones Miranda Murillos S.A – REFRIMIMSA, señaló que las facturas de revelados de películas de fechas 3 de junio de 1999 (factura N° 01616 y 01617) y 24 de octubre del 2000 (factura N° 002630) no acreditan que correspondan a las fotografías supuestamente protegidas, ya que ninguna indica cual es el objeto fotografiado, teniendo en consideración que resulta común en las empresas del ramo, el fotografiar continuamente productos para fines publicitarios.

Mediante Resolución N° 262-2001/ODA-INDECOPI de fecha 29 de noviembre del 2001, la Oficina de Derechos de Autor:

Primero.- Declaró fundada la denuncia interpuesta por Ingeniería Frigorífica del Sur S.A. en contra de Elmer Murillos Sandoval y Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. REFRIMIMSA., correspondiendo sancionar a los denunciados con la multa de 1,6 UIT.

Segundo.- Estableció como remuneraciones devengadas la cantidad de US\$ 1 395,00 (mil novecientos sesentidos y 00/100 dólares americanos) (debió decir mil trescientos noventa y cinco con 00/100 dólares americanos).

Tercero.- Ordenó a los denunciados el cese definitivo de la actividad ilícita, por lo que estarán impedidos de hacer uso de las fotografías de la denunciante en tanto no cuenten con la autorización respectiva para tal efecto.

Cuarto.- Ordenó a Elías Vázquez Díaz, en su calidad de depositario, la entrega de los 22 folletos incautados, debiéndolos poner a disposición de la Oficina en un plazo de 5 días de notificada la presente Resolución.

Quinto.- Denegó el pago de costas y costos del procedimiento solicitado por la denunciante.

Sexto.- Dispuso la inscripción de la presente Resolución en el Registro de Infractores a la Legislación de Derechos de Autor.

La Oficina de Derechos de Autor tuvo las siguientes consideraciones:

- En la Resolución del 19 de marzo del 2001, mediante la cual se admite a trámite la denuncia, quedó establecido que los modelos de refrigeradoras no son obras protegidas por el derecho de autor, razón por la cual la presente resolución únicamente versó sobre las fotografías N° 11, 12 y 14 inscritas bajo la Partida Registral N° 01033-2000 Asiento 1.
- De acuerdo con el artículo 144 del Decreto Legislativo 822, si bien no se reconoce un derecho de autor sobre las meras fotografías – es decir, aquellas fotos que no son obras – si existe un derecho conexo sobre éstas a favor del productor o realizador de las mismas
- De los documentos que obran a fojas 31 y 32 del expediente se verifica que los

denunciados han reproducido las fotografías N° 11, 12 y 14 del catálogo registrado.

- En el acta de inspección de fecha 10 de abril del 2001 (foja 56) se verificó que en el local ubicado en la Av. Antúnez de Mayolo 932, Los Olivos, se tuvo a la vista el certificado de Funcionamiento Municipal N° 0000325-2000 a nombre del señor Elmer Murillos Sandoval y la señorita encargada manifestó ser la secretaria del gerente general de la empresa Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. REFRIMIMSA, con RUC N° 20290769010, tal como se pudo comprobar con la factura en blanco N° 001-000108.
- Mediante escrito de fecha 17 de mayo del 2001, la denunciada Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. REFRIMIMSA (foja 101) manifestó que el folleto materia de la denuncia fue realizado a través de un pedido de impresión en la casa HN Impresiones Graf con fecha 20 de noviembre del 2000.
- Si bien en sus descargos los denunciados señalan que sus folletos publicitarios fueron elaborados con anterioridad a la fecha de inscripción del catálogo de la denunciante en el Registro de la Oficina, sus pruebas no desvirtúan la presunción establecida en el artículo IV del Reglamento de Inscripciones en el Registro Nacional de Derechos de Autor, toda vez que los comprobantes de pago, folletos y fotos que obran en el expediente (fojas 110 a 119) aluden a tarjetas, stickers y volantes en forma general.
- En lo referente a los documentos presentados por la denunciante en cumplimiento del requerimiento de fecha 25 de julio, pese a que devendrían en innecesarios, cabe señalar que a fojas 148 obra una factura de fecha 31 de octubre del 2000, acompañada de la publicación respectiva de una de las fotos materia de litis en el diario "El Chino", lo cual acreditaría respecto de la foto N° 12 una fecha anterior con relación al registro efectuado por la misma denunciante. Concluyó que los denunciados han incurrido en una infracción a los derechos de autor, al haber reproducido y distribuido sin autorización, en sus folletos las fotografías N° 11, 12 y 14 del catálogo publicitario inscrito.
- Para el cálculo de las remuneraciones devengadas deben tenerse en cuenta los datos proporcionados por los denunciados en

su escrito de fecha 17 de mayo del 2001 (que se llegaron a imprimir 3000 folletos), ya que fueron puestos a conocimiento de la denunciante sin que hasta el momento ésta haya observado su contenido. Así, fijó por concepto de derechos de autor devengados la suma de US\$ 1395,00.

- Para el cálculo de la multa debe observarse el provecho ilícito obtenido como consecuencia del acto infractorio. Así, ascendiendo a US\$ 1 395,00 los derechos de autor devengados, la multa a aplicarse será de 1,6 UIT.
- Consideró que debido a que los denunciados han observado una conducta adecuada dentro del procedimiento, no se los debe sancionar con el pago de costas y costos.
- Los folletos incautados deberán ser entregados a la Oficina a fin de proceder a su destrucción.

Con fecha 17 de diciembre del 2001, Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. – REFRIMIMSA interpuso recurso de apelación manifestando lo siguiente:

- La resolución impugnada contiene errores de hecho y de derecho que la invalidan, ya que consideró que dentro del análisis de la cuestión en discusión que hace la Oficina de Derechos de Autor se había acreditado que las impresiones hechas por su empresa son anteriores a la inscripción en el registro de las fotografías de la denunciante y que no se había probado que posteriormente su empresa las haya usufructuado.
- Reiteró que dichas fotografías no tienen nada de nuevo ni de novedoso y no son derechos protegidos por la Ley de Derecho de Autor, tal como ha quedado establecido en las sucesivas resoluciones de la Oficina de Derechos de Autor.
- Por lo anterior, dicha Oficina requirió a la denunciante que informe la primera fecha de publicación de las fotografías 11, 12 y 14, así como que cumpla con acreditar su fecha de impresión. Sin embargo, consideró que la denunciante absolvió el pedido de manera deficiente presentando una factura del diario "El Chino" que pudo haberse referido a otro tipo de publicidad, ya que dicha factura no demuestra que la publicidad se refiera.

- *Precisó que la fotografía 12 no es la misma que su empresa usufructuó alguna vez y si bien es cierto que la toma de la propaganda periodística se refiere a un producto similar, ésta ha sido captada de frente con una inclinación ligera a la derecha, mientras que las fotografías de la denunciante fueron tomadas del lado del vértice izquierdo.*
- *La resolución impugnada señala que son 21 folletos incautados los que contienen la foto 12, lo cual es falso, tal como se puede comprobar en el acta de inspección de fecha 10 de abril del 2001, que dice que sólo se encontró un folleto conteniendo la fotografía 12. Además, no se consideró que dicho folleto se encontraba debajo del vidrio de un escritorio, es decir no iba a ser repartido al público sino que era un recuerdo de una propaganda anterior.*
- *Si bien pudo tener publicidad similar a las fotografías de la denunciante, fue antes de la inscripción del catálogo, por lo que en la inspección de los 3 000 folletos impresos, sólo se encontró uno que se guardaba de recuerdo, conteniendo la fotografía N° 12, la única respecto de la cual la denunciante supuestamente ha demostrado anterioridad en su publicación.*

*Con fecha 11 de enero del 2002, Ingeniería Frigorífica del Sur S.A. absolvió el traslado de la apelación manifestando que la denunciada no ha demostrado que los 3 000 folletos publicitados que reproducen las tomas fotográficas de titularidad de su empresa sean de fecha anterior a la solicitud de registro de su catálogo. Señaló que la conducta de la denunciada ha significado para su empresa un perjuicio económico, toda vez que se aprovechó del espacio comercial ganado.*

*Con fecha 23 de enero del 2002, Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. – REFRIMIMSA presentó una placa para impresión offset y una carta del propietario de impresiones Graf para acreditar que la impresión de sus volantes las realizó el 20 de noviembre del 2000.*

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

*Revisado el expediente, corresponde a la Sala*

*determinar si:*

- a) Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. – REFRIMIMSA y Elmer Murillos Sandoval han reproducido las fotografías de propiedad de la denunciante.*
- b) De ser el caso, pronunciarse sobre las sanciones impuestas.*

## III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

### 1. Carácter del registro en derechos de autor

*El artículo 52 de la Decisión 351 señala que la omisión del registro no impide el goce de los derechos reconocidos por la Decisión.*

*El artículo 53 de la Decisión 351 señala que el registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros.*

*De igual forma, el artículo 170 del Decreto Legislativo 822 dispone que la inscripción en el registro es facultativa para los autores y sus causahabientes, y no constitutiva, de manera que su omisión no perjudica el goce ni el ejercicio pleno de los derechos reconocidos y garantizados que la ley confiere.*

*El artículo 171 del Decreto Legislativo 822 señala que la inscripción en el registro no crea derechos, teniendo un carácter meramente referencial y declarativo, constituyendo solamente un medio de publicidad y prueba de anterioridad.*

*En tal sentido, la Sala conviene en señalar que el registro de una obra presume que el titular de la misma es aquel que figura como tal, además permite al autor tener una fecha cierta de creación de su obra para defender sus derechos.*

### 2. La originalidad como requisito de protección por derechos de autor

*Según el artículo 3 de la Decisión 351 concordado con el artículo 2° del Decreto*



*Legislativo 822 se entiende por obra toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.*

*Conforme fuera establecido por esta Sala mediante Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI de fecha 23 de marzo de 1998<sup>2</sup>, que estableció con carácter de precedente de observancia obligatoria el requisito de originalidad en derechos de autor, se entiende por obra toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.*

*En este contexto, la Sala es de la opinión que la originalidad de la obra reside en la expresión - o forma representativa - creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad.<sup>3</sup>*

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

*El requisito de originalidad o individualidad implica que para la creación de la obra debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor. Lo que ya forma parte del patrimonio cultural - artístico, científico o literario - no puede ser individual. Igualmente, la originalidad sirve para diferenciar las obras protegidas por derechos de autor de las banales, de la vida diaria, rutinarias. Tampoco*

<sup>2</sup> Reaída en el expediente N° 633-96-ODA-AI relativo a la denuncia por infracción a la legislación de derechos de autor interpuesta por Agrotrade S.R.Ltda. contra Infrutecsa E.I.R.L. por el supuesto plagio de la etiqueta publicitaria correspondiente al producto ALPHA CPL 10 CE, la misma que fue declarada infundada.

<sup>3</sup> Como señala Lipszyc (Derecho de autor y derechos conexos, Ediciones UNESCO 1993, p. 65) algunos autores prefieren utilizar el término de individualidad en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección.

*puede decirse que una creación es original si la forma de expresión se deriva de la naturaleza de las cosas o es una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas o por lógica o si la forma de expresión se reduce a una simple técnica que sólo requiere de la habilidad manual para su ejecución. Sin embargo, de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original, individual.*

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

*Pero el requisito de originalidad o individualidad no sólo sirve para determinar qué cosa es una obra y qué no, sino también para determinar el alcance de la protección del derecho de autor. Sólo se protege contra plagio aquélla parte de la obra que refleje la individualidad del autor.*

*Ahora bien, la determinación de si una obra es original constituye una cuestión de hecho. Se trata además de una noción subjetiva, en la medida que la originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras. En ese orden de ideas, para el derecho de autor el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena.*

*Respecto a lo señalado por Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. – REFRIMIMSA en relación a que las fotografías de la denunciante no tienen nada de nuevo ni de novedoso y no son derechos protegidos por la Ley de Derechos de Autor, la Sala advierte – siguiendo a Espín – que se viene afirmando que para que una obra sea objeto de derecho de autor no es necesario probar su novedad, en el sentido de que no exista ninguna anterior que le sea idéntica. Así, dos fotógrafos pueden elegir como motivo de su trabajo el mismo tema: amanecer en la ciudad, el retrato de un personaje, y los*

dos resultados serán protegidos, siempre que se revele evidente la impronta personal de cada uno de los autores<sup>4</sup>.

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

La fotografía es una imagen fija producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación, cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico electrónico, etc.) utilizado para realizar la imagen.<sup>5</sup>

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

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

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

Al respecto, resulta conveniente señalar lo que la Comunidad Europea ha manifestado en su Directiva 93/98/CEE de fecha 29 de octubre de 1993<sup>6</sup>, respecto al análisis de la originalidad de

<sup>4</sup> Isabel Espín Alba, La Originalidad en la protección de las obras fotográficas, pp.128 y 129.

<sup>5</sup> Documento Unesco/OMPI/CGE/SYN/3-II. Citado por Lipszyc (nota 3), p. 83.

<sup>6</sup> Considerando 17 de la Directiva 93/98/CEE:

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

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

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

La Sala conviene en señalar que el artículo 3 inciso c) del Reglamento de Inscripciones en el Registro Nacional de Derechos de Autor dispone que no podrán ser objeto de registro las fotografías que se limiten a simples reproducciones de personas, de cosas, o de objetos ya existentes o muestren un mero carácter documental. En tal sentido, para que una fotografía sea protegible como obra por la Ley de derechos de autor debe tener elementos creativos individuales que permitan identificar la parte de la personalidad del autor que éste ha plasmado en su creación y así permitir su distinción respecto de cualquier otra fotografía. Atendiendo a ello, una fotografía para ser obra no puede constituir sólo una simple reproducción de objetos ya existentes.

Debe tenerse en cuenta que algunas veces el tomar una fotografía implica el desarrollo del talento del fotógrafo, ya que es él quien selecciona el material sensible que va a utilizar, observa, elige el motivo, encuadra o compone la imagen, busca el ángulo preciso, la perspectiva, mide la luz, elige el tipo de película, prepara la cámara fotográfica (velocidad y apertura del objetivo) y dispara, una y otra vez, desde el mismo ángulo o desde distintos.<sup>7</sup>

En este contexto se puede afirmar que la originalidad en las fotografías puede radicar, por un lado, en el encuadre o en la composición o en cualquier otro elemento importante de la imagen (juego de luz, perspectiva, combinación de tonalidades)<sup>8</sup> de la fotografía o de la toma fotográfica; y, por otro lado, en la fase de su ejecución, ello en la medida que la originalidad puede radicar en el procedimiento de revelado

<sup>7</sup> Ver Lipszyc (nota3), p. 84.

<sup>8</sup> En Lipszyc (nota 3), pp. 84 y 85.

de la película, fotomontajes, retoques, etc.<sup>9</sup>

### 3.2 Protección de las fotografías por derechos conexos

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

Es posible, que una fijación fotográfica no tenga características creativas - e incluso, que por venturas de la casualidad, pueda captar un acontecimiento importante - pero sea susceptible de tener un valor económico apreciable y cuya explotación libre y gratuita por terceros, tendría las características de un enriquecimiento injusto en perjuicio de quien realizó la fijación.<sup>10</sup>

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

Siguiendo la línea de la Directiva 93/98/CEE<sup>11</sup>,

<sup>9</sup> Fernández-Albor Baltar, Los derechos afines a los derechos de autor en el Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual. En: Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor, Marcial Pons, Tomo XVII, España 1996, p. 139.

<sup>10</sup> Antequera Parilli / Ferreyros Castañeda, El Nuevo Derecho de Autor en el Perú, Lima 1996, p. 426.

<sup>11</sup> El artículo 6 de la Directiva 93/98/CEE, señala que las fotografías que constituyan originales en el sentido que sean creaciones intelectuales propias serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados Miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías. De ello se puede deducir, que a nivel de la Comunidad Europea también se plantea la distinción entre obra fotográfica y la mera fotografía, sin embargo se deja en libertad a cada País Miembro determinar la forma como protegerá (si es que así lo decide) a las simples fotografías.

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

en el Perú se ha otorgado protección a las meras o simples fotografías a través de los llamados derechos vecinos, conexos o afines al derecho de autor.

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

Asimismo, el artículo 130 del mismo cuerpo legal señala que los titulares de los derechos conexos y otros derechos intelectuales, podrán invocar las disposiciones relativas a los autores y sus obras, en tanto se encuentren conformes con la naturaleza de sus respectivos derechos.

Por lo anterior, los titulares de derechos conexos pueden invocar los siguientes derechos reconocidos a los autores de obras:

#### a) El derecho de reproducción

Conforme al artículo 13 inciso a) de la Decisión 351 en concordancia con el artículo 32 del Decreto Legislativo 822, el autor (en el presente caso el titular del derecho conexo) tiene el derecho exclusivo de realizar o autorizar la reproducción de su obra (en el

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

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

presente caso de la mera fotografía) por cualquier forma o procedimiento.

La reproducción alcanza a cualquier forma o procedimiento que permita la fijación de la obra o la obtención de ejemplares de la misma<sup>12</sup>. Ejemplo de esta modalidad de explotación que figura en el artículo 14 de la Decisión 351 es la grabación de los sonidos y la obtención de soportes sonoros de esa fijación.

En consecuencia, es ilícita toda reproducción total o parcial de la simple fotografía por cualquier medio o procedimiento sin la autorización expresa del titular.

#### b) El derecho de distribución

El artículo 13 inciso c) de la Decisión 351 dispone que el autor (en el presente caso el titular del derecho conexo) tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la distribución pública de ejemplares o copias de la obra (en el presente caso de la mera fotografía) mediante la venta, arrendamiento o alquiler.

#### c) Derecho de comunicación pública

El artículo 15 de la Decisión 351 define a la comunicación pública como todo acto por el cual una o varias personas reunidas o no en el mismo lugar, puedan tener acceso a la obra (en el presente caso a la mera fotografía) sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, por cualquier medio o procedimiento, para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, aclarándose que todo el proceso necesario y conducente a que la obra sea accesible al público constituye comunicación.

Este artículo contiene una lista enunciativa de las modalidades de comunicación pública, la que comprende la comunicación de obras musicales, bien en “vivo” (es decir, con los

intérpretes o ejecutantes frente al público) o a partir de soportes o grabaciones previas.

El hecho de ubicar a tales prestaciones y producciones en el marco de los derechos conexos y no como objeto del derecho de autor, hace una de las diferencias sustanciales entre el sistema latino o continental de protección y el del copyright o anglosajón: el primero solamente reconoce protección autoral a las creaciones intelectuales con características de originalidad (y por tanto producciones artísticas o empresariales no creativas deben ser objeto de un derecho distinto, aunque vecino al del autor); el segundo, mediante una fictio iuris, admite considerar como obra a expresiones carentes de originalidad, como las grabaciones sonoras o las emisiones de radiodifusión.<sup>13</sup>

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

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

#### 3.3 Análisis del caso concreto. Requisito de originalidad

La Sala conviene en precisar que si bien la partida registral N° 1033-2000/ODA corresponde al catálogo publicitario o fotocomposición de máquinas refrigeradas y hornos móviles sandwicheros compuesto por 14

<sup>12</sup>Ver Antequera Parrili/Ferreyros (nota 10), p. 129. Si bien dicho texto hace referencia al Decreto Legislativo 822, resulta aplicable al caso, debido a que la figura de la reproducción como la regulaba la Ley 13714 no ha sufrido modificaciones en la ley vigente.

<sup>13</sup>Antequera Parilli / Ferreyros Castañeda (nota 10), p. 371.

fotografías, debido a que en el presente caso se discute la utilización por parte de los denunciados de las fotografías N° 11, 12 y 14, corresponde evaluar sólo si dichas fotografías contienen elementos de originalidad que merezcan ser protegidos por la normativa de derechos de autor.

Cabe agregar que sólo se protege la fotografía más no el elemento fotografiado, ya que admitir lo contrario determinaría que ninguna otra persona pueda tomar una fotografía de una persona u objeto fotografiado con anterioridad, además debe recordarse que el derecho de autor protege la forma como se plasman las ideas mas no la idea o su contenido.

La Sala considera que las fotografías sólo reproducen la imagen de refrigeradoras y hornos móviles sandwicheros, en la medida que en su elaboración y producción no se aprecian elementos de originalidad (juego de luces, enfoque, uso de sombras, etc.) que permitan calificarlas de obras, constituyendo una simple reproducción de la realidad.

Conforme se indicó en el punto 2 de la presente Resolución, si bien toda obra es el producto del esfuerzo de su creador, no todo lo producido con esfuerzo merece protección por derechos de autor.

En atención a lo señalado, la Sala es de la opinión que las fotografías de la denunciante no contienen carácter subjetivo alguno que involucre creatividad e inspiración que reflejen de alguna manera los atributos, cualidades o la impronta de la personalidad de la denunciante.

En consecuencia, la Sala determina que no corresponde otorgar protección por derechos de autor a las fotografías de la denunciante, sino sólo por los derechos conexos.

#### 4. Infracción a la Ley de Derechos de Autor

El artículo 173 del Decreto Legislativo 822 señala que los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en la legislación sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos, o sus representantes, podrán denunciar la infracción de sus derechos ante la Oficina de Derechos de Autor en su condición de Autoridad

Administrativa Competente; no constituyendo esta última, en ninguno de los casos, vía previa.

Asimismo, el artículo 183 del mismo cuerpo legal establece que se considera infracción la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 822.

Si bien las fotografías de la denunciante no gozan de la calidad de obras conforme a lo señalado en el punto anterior, éstas se encuentran amparadas por lo dispuesto en el artículo 144<sup>14</sup> de la norma antes citada. En consecuencia, para que cualquier persona hubiese podido utilizar las fotografías de Ingeniería Frigorífica del Sur S.A. debió tener su autorización previa.

Del análisis de las pruebas presentadas por la denunciante y de acuerdo a lo verificado en la diligencia de inspección, se advierte que los denunciados han comercializado y reproducido folletos conteniendo las fotografías que pertenecen a la denunciante, puesto que coinciden con las fotografías N° 11, 12 y 14, que aparecen en el catálogo inscrito en la Oficina de Derechos de Autor.

Asimismo, se ha constatado que los denunciados no contaban con la respectiva autorización para el uso de las fotografías del mencionado catálogo.

Cabe señalar que los denunciados reconocieron tácitamente la existencia de folletos conteniendo las fotografías de Ingeniería Frigorífica del Sur S.A., en su escrito de fecha 17 de mayo del 2001, al expresar que “se llegaron a imprimir 3000 folletos” (foja 101).

Respecto a lo señalado por los denunciados en relación a que la denunciante no ha acreditado que sus fotografías sean de fecha anterior a las que aparecen en sus volantes, conviene señalar

---

<sup>14</sup> Artículo 144.- Quien realice una fotografía u otra fijación por un procedimiento análogo que no tenga el carácter de obra de acuerdo a la definición contenida en la ley, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos a los autores fotográficos. La duración de este derecho será de 70 años contados a partir del primero de enero del año siguiente a la realización de la fotografía.

que la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario, de acuerdo al artículo 53 de la Decisión 351<sup>15</sup> y al artículo IV del Reglamento de Inscripciones en el Registro Nacional de Derechos de Autor<sup>16</sup>. Así, en el presente caso Ingeniería Frigorífica del Sur S.A. solicitó el registro del catálogo con las fotografías en cuestión el 21 de diciembre del 2000. Además los documentos presentados por los denunciados (los comprobantes de pago que aluden a volantes en general, los folletos, fotos y la placa offset) no otorgan fecha cierta a sus volantes.

En atención a lo expuesto, la Sala advierte que en el volante que obra en autos (fojas 31) y en los folletos incautados en la diligencia de inspección se utilizaron las fotografías de la denunciante.

Por lo anterior, la Sala concluye que Elmer Murillos Sandoval y Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. - REFRIMIMSA han infringido el artículo 144 del Decreto Legislativo 822 en perjuicio de Ingeniería Frigorífica del Sur S.A.

##### 5. Remuneraciones devengadas

El artículo 193 del Decreto Legislativo 822, establece que de ser el caso, sin perjuicio de la aplicación de la multa, la autoridad impondrá al infractor, el pago de las remuneraciones devengadas a favor del titular del respectivo derecho o de la sociedad que lo represente.

A efecto, el pago de las remuneraciones causadas a favor del titular debe entenderse de acuerdo al monto que dicho titular hubiera percibido en caso de haber autorizado la explotación de su derecho conexo.

En ese orden de ideas, la Sala considera que debe encontrarse una base de cálculo lo más

objetiva posible para la fijación de estos derechos, estimando pertinente advertir que no se deben solicitar y aplicar por estos conceptos montos arbitrarios que no se sustenten en hechos objetivos, puesto que nuestra legislación no acepta el abuso del derecho<sup>17</sup>.

Previamente a fijar las remuneraciones devengadas a favor de la denunciante, la Sala precisa que con fecha 17 de mayo del 2001, los denunciados señalaron que se llegaron a imprimir 3000 folletos, afirmación que no fue desvirtuado o contradicho por la denunciante.

En atención a lo expuesto, la Sala considera que las pruebas presentadas no permiten encontrar una base de cálculo objetiva a efectos de fijar las remuneraciones devengadas en el presente caso. Por tal motivo, la Sala utilizará la tarifa establecida en el Tarifario General de la Asociación Peruana de Artistas Visuales – APSAV<sup>18</sup> para este tipo de explotación (alquiler para reproducción y distribución).

Según lo afirmado por la denunciada se llegaron a imprimir 3000 folletos.

De acuerdo al mencionado tarifario, el monto será fijado en atención al tamaño del aviso, el tipo de presentación (a color o en blanco y negro) y el tiraje.

Tamaño:	Formato 1/8 en color
Tirada:	3 000
Costo por fotografía:	US\$ 465.
Número de fotografías:	3
Costo total:	US\$ 1 395,00

En consecuencia, Elmer Murillos Sandoval y Refrigeraciones Miranda Murillo S.A. – REFRIMIMSA deberán abonar por concepto de remuneraciones devengadas la suma de US\$ 1 395,00 (mil trescientos noventa y cinco con 00/100 dólares americanos).

<sup>15</sup> Artículo 53.- El registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros.

<sup>16</sup> Artículo IV.- El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se anule administrativamente o se declarase judicialmente su invalidez.

<sup>17</sup> Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho.

<sup>18</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano, en la sección Boletín Oficial, el 13 de diciembre de 1999.

## 6. Sanción. Multa

A la Autoridad Administrativa le corresponde no sólo tutelar estos derechos y, a través de ello, cautelar el acervo cultural del país, sino también difundir la importancia y el respeto de los derechos de autor para el progreso económico, tecnológico y cultural de nuestra sociedad. Con la imposición de una sanción se busca directa e indirectamente cumplir con estos objetivos.

La Sala estima que la sanción debe ser impuesta tomando en cuenta en primer lugar el provecho ilícito obtenido por el denunciado al realizar el acto infractorio. Asimismo, para determinar la sanción a imponerse debe tenerse en cuenta el fin disuasivo de la misma, la conducta procesal del denunciado y la gravedad de la falta.

A efectos de calcular el monto de la multa a imponerse, la Sala tomará en cuenta lo siguiente:

- No existe información objetiva que permita determinar cuál ha sido la magnitud del provecho ilícito obtenido por los denunciados, ya que no es posible establecer de que manera repercutió el uso de las fotografías de la denunciante en su patrimonio.
- La conducta procesal de los denunciados. En el presente caso, la Sala considera que los denunciados no realizaron ningún acto para obstaculizar el normal desarrollo del procedimiento.
- El beneficio obtenido del acto infractorio es indirecto, ya que no se han beneficiado directamente de la utilización de las fotografías de la denunciante sino de las ventas de los productos que aparecen en ellas.

Por las consideraciones anteriores y de acuerdo a lo efectuado también por la Oficina de

Derechos de Autor, la sanción de multa a imponerse ascenderá a 1,6 UIT.

## IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

CONFIRMAR la Resolución N° 262-2001-ODA-INDECOPI de fecha 29 de noviembre del 2001, y en consecuencia:

Primero.- Declarar fundada la denuncia interpuesta por Ingeniería Frigorífica del Sur S.A. en contra de Elmer Murillos Sandoval y Refrigeraciones Miranda Murillos S.A. – REFRIMIMSA por infracción a la Ley sobre Derechos de Autor, correspondiendo sancionar a los denunciados con la multa de 1,6 UIT.

Segundo.- Establecer como remuneraciones devengadas la cantidad de US\$ 1 395,00 (mil trescientos noventa y cinco con 00/100 dólares americanos), monto que deberán abonar los denunciados a favor de Ingeniería Frigorífica del Sur S.A.

Tercero.- Ordenar a los denunciados el cese definitivo de la actividad ilícita, por lo que estarán impedidos de hacer uso de las fotografías de la denunciante en tanto no cuenten con la autorización respectiva para tal efecto.

Cuarto.- Ordenar a Elías Vásquez Díaz, en su calidad de depositario, la entrega de los 22 folletos incautados, debiéndolos poner a disposición de la Oficina de Derechos de Autor en un plazo de 5 días de notificada la presente resolución, a efectos de proceder a su destrucción.

Quinto.- Denegar el pago de las costas y costos del procedimiento solicitado por la denunciante.

Con la intervención de los vocales: Luis Alonso García Muñoz-Nájar, Begoña Venero Aguirre y Juan Francisco Rojas Leo.