



Comentarios al caso Apsav contra Arkinka S.A.

(Las prerrogativas exclusivas del derecho de autor
y las limitaciones a su ejercicio)

GUILLERMO BRACAMONTE ORTIZ*

Sumario: I. XXX. II. XXX

INTRODUCCIÓN

Uno de los obstáculos que debe enfrentar toda aquella persona que incursiona en el campo del estudio del derecho de autor y de los llamados derechos conexos en nuestro medio, es la falta de literatura especializada y la escasa jurisprudencia sobre la materia, lo que entre otros ha generado un marcado desconocimiento sobre esta disciplina jurídica, situación que indudablemente ha venido atentando contra la consolidación de una cultura del derecho de autor.

Sin embargo, de manera excepcional, la jurisprudencia administrativa se ha venido encargando desde hace algunos años cubrir el vacío existente en el aspecto jurisprudencial. Los primeros esfuerzos fueron realizados por la Biblioteca Nacional del Perú y por su Dirección de Derechos de Autor y posteriormente el INDECOPI con la Oficina de Derechos de Autor y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, han continuado en la valiosa tarea de trazar un derrotero en lo que a la aplicación del derecho de autor y a los mal llamados derechos conexos se refiere.

(*) Abogado especialista en Propiedad Intelectual. Catedrático en Derechos de Autor. Socio de «Bracamonte Lamas Puccio, De Piérola, Clarke, Del Rosario & Abogados.»

Al respecto, cabe precisar que la nota característica del sistema de protección de los derechos de autor es la exclusiva de explotación a favor de sus causahabientes, por todo el plazo de duración del derecho patrimonial que, como sabemos, en Perú dura toda la vida del creador y 70 años *«post mortem auctoris»*. Sin embargo los derechos de autor no son absolutos. Uno de los aspectos que el legislador debe equilibrar es precisamente el ejercicio de las prerrogativas exclusivas del autor sobre su obra o creación intelectual y el derecho de la colectividad de acceder a la información, a la cultura y al conocimiento.

En efecto, debe tenerse en cuenta que *«la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno...»* es un principio constitucional consagrado en nuestra carta magna, como también lo es *«la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.»*

La libertad de información, el derecho de acceso y difusión de la cultura y el derecho de autor, son derechos fundamentales de las personas consagrados como derechos humanos en los Artículos 2º y 27º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948.

Por lo tanto estos derechos no son ni deben ser vistos como derechos en conflicto, no es aceptable sacrificar unos en desmedro de los otros porque de ser así, perderían el ser humano como individuo y la comunidad, ambos como titulares o beneficiarios de esos derechos esenciales. Es tarea del Estado establecer las políticas oportunas y adecuadas para equilibrar el ejercicio de estos derechos humanos, específicamente la libertad de información, el acceso a la cultura y la protección de los derechos de los autores y creadores intelectuales. Como dice Antequera, refiriéndose al derecho a la cultura y al derecho de autor: *«estos derechos deben ser entendidos como derechos interdependientes que se complementan unos a otros, porque sin autores no hay obras y sin obras no hay cultura.»*¹

Es principio autoral que nadie sin la autorización previa y por escrito del titular del derecho de autor podrá utilizar o explotar una obra que se encuentre dentro del plazo legal de protección. El autor tiene un derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir el uso de su obra, ese *«ius prohibendi»* es fundamental en el sistema de protección de la propiedad intelectual. Esa facultad exclusiva puede ejercitarla el autor por si mismo o a través de terceros como puede ser el caso de las sociedades autorales o sociedades de gestión colectiva. No obstante, el sistema de protección admite excepciones que son las impuestas por el legislador tratando de equilibrar los derechos de la comunidad para ser informada y de acceder a la cultura, con los derechos legítimos de los autores a percibir una retribución por el uso de sus obras. Como dice Delgado Porras, *«su justificación, en la mayoría de los casos, radica en una composición equitativa, cuando no legítima, de la tríada de*

1. ANTEQUERA, Ricardo. Derecho de Autor. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI). Dirección Nacional de Derecho de Autor, Caracas. 2da edición 1998, pág. 94

intereses concurrentes en las producciones intelectuales, a saber, los del autor, los de los explotadores empresariales de las obras y los del público en general.»²

Sin embargo, las excepciones están sujetas a «*numerus clausus*» y deben interpretarse en sentido restrictivo. Como quiera que es regla general establecer una protección absoluta a los derechos de autor, sólo se admiten las excepciones puntual y taxativamente contempladas en la ley.

Si estamos ante el caso de una excepción contemplada en el Capítulo I del Título IV de la Ley sobre el Derecho de Autor de Perú, podremos usar lícitamente una obra sin la autorización previa del autor y sin que medie el pago de derechos.

Respecto de las excepciones, la ley peruana, la Comunidad Andina de Naciones, y los más de 148 Estados Miembros de la Unión de Berna, siguen los principios contenidos en el artículo 9º del Convenio de Berna. Esta norma consagra la llamada «*regla de los tres pasos*» la cual debe tenerse en cuenta para ver si estamos o no frente a un caso de excepción. Ese mismo criterio debe emplearse a la hora de legislar en esta área del derecho de autor. La ley debe instituir excepciones sólo:

1. Cuando se trate de casos especiales.
2. Cuando no atenten a la explotación normal de la obra.
3. Cuando no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

En el caso que analizaremos más adelante las utilizaciones aparentemente se realizaron a modo de cita; con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad y por ser obras de arte que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público.

CASO APSAV CONTRA ARKINKA S.A. (Las prerrogativas exclusivas del derecho de autor y las limitaciones a su ejercicio)

A continuación analizaremos un interesante caso, que sobre infracción a los derechos de autor, siguiera la ASOCIACIÓN PERUANA DE ARTISTAS VISUALES (APSAV), sociedad de gestión colectiva, contra ARKINKA S.A. revista de arquitectura, diseño y construcción, ante la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, expediente N° 000465-2001/ODA, y que terminara con fallo del Tribunal del INDECOPI mediante Resolución N° 0739-2004/TPI-INDECOPI de fecha 19 de Agosto del 2004.

LOS HECHOS

Argumentos de la parte denunciante.

Con fecha 30 de Abril del 2001, ASOCIACIÓN PERUANA DE ARTISTAS VISUALES (APSAV), presentó ante la ODA/INDECOPI una denuncia por Infracción a los Derechos de Autor en contra de ARKINKA S.A. revista que efectuó reproducciones no auto-

2. DELGADO PORRAS, Antonio. Panorámica de la protección civil y penal en materia de Propiedad Intelectual. Cuadernos Civitas. Edición 1998, Pág. 39-40

rizadas de las obras que administra APSAV, como sociedad de gestión colectiva, y que fueran publicadas por la denunciada, sin contar con la autorización previa que exige la ley. APSAV solicita el pago de US\$ 32,080.00 por concepto de derechos de autor devengados, el cese definitivo e la actividad ilícita; el pago de las costas y costos del proceso, la publicación de la resolución condenatoria costas del infractor y una multa.

Argumentos de la parte denunciada.

ARKINKA S.A. afirma en su recurso de descargos a la denuncia de APSAV, que es una revista de arquitectura, diseño y construcción, que en algunas de sus ediciones y a fin de promover la cultura en el país ha desarrollado artículos periodísticos y/o informativos sobre diversos pintores. Dichos artículos contenía información relacionada a la vida y obra de artistas incluyendo, en algunos casos ilustraciones, relacionadas al texto desarrollado con el exclusivo propósito de que el lector pueda formarse una mejor idea del mismo.

Que los artículos de la revista ARKINKA constituyen textos informativos elaborados con ocasión de importantes exposiciones desarrolladas en el mundo.

Que la reproducción de tales obras se realizó conforme al artículo 22° literal g) de la Decisión N° 351, al encontrarse las mismas en forma permanente en lugares abiertos al públicos como son los museos de D'Orsay, el Centro Georges Pompidu, el Tate Gallery, el MOMA, etc.

CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- Para la ODA/INDECOPI es: «Determinar si la denunciada ha reproducido y distribuido obras del repertorio de la denunciante sin la autorización previa y por escrito de la misma».
- Para el Tribunal del INDECOPI es: a) Si se ha demostrado que Arkinka S.A. ha infringido la Ley de Derechos de Autor; b) De ser el caso, fijar las remuneraciones devengadas así como las sanciones a imponerse a la denunciada.; c) De ser el caso, si corresponde la imposición de costos y costas a la denunciada.

FALLOS ADMINISTRATIVOS

RESOLUCIÓN DE LA OFICINA DE DERECHOS DE AUTOR

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA EN PARTE la denuncia por infracción a la Ley sobre el Derecho de Autor presentada por la ASOCIACIÓN PERUANA DE ARTISTAS VISUALES – APSAV, en contra de ARKINKA S.A. imponiéndosele la sanción de AMONESTACION Y PUBLICACION del texto íntegro de la presente resolución, sin incluir el ANEXO 1, en el próximo número de la revista ARKINKA, debiendo establecerse que la publicación deberá realizarse en un lugar de la revista que permita razonablemente cumplir con la función de difusión, debiendo mantenerse el mismo formato de la resolución, el empleo de un tamaño adecuado de fuentes, así como el tiraje declarado por la denunciada en la presente denuncia o en su defecto el tiraje utilizado en los anteriores tres (03) números de la misma.

JURISPRUDENCIA

SEGUNDO.- FIJAR por concepto de derechos de Autor devengados la suma de US\$ 16,883.44 que deberá cancelar la denunciada a favor de la Asociación Peruana de Artistas Visuales - APSAV.

TERCERO.- ESTABLECER como definitiva, la medida cautelar de cese de la actividad ilícita, en consecuencia PROHIBASE a la denunciada la reproducción, distribución, de las obras artísticas cuyos derechos administra la Asociación Peruana de Artistas Visuales - APSAV - sin la autorización previa y por escrito del titular de los derechos; salvo los casos previstos como límites por la legislación.

CUARTO.- DENEGAR el pago de las costas y costos del proceso.

QUINTO.- ORDENAR la inscripción de la presente Resolución en el Registro de Infractores a la legislación del derecho de autor.

RESOLUCIÓN DE LA SALA DE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL INDECOPI

CONFIRMAR en parte la Resolución N° 243-2001/ODA-INDECOPI de fecha 25 de octubre del 2001y, en consecuencia:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la denuncia interpuesta por Asociación de Artistas Visuales – APSAV – contra ARKINKA S.A.

SEGUNDO.- FIJAR por concepto de derechos de autor devengados la suma de US\$ 2,192.00 que la denunciada deberá cancelar a favor de la Asociación Peruana de Artistas Visuales - APSAV.

TERCERO.- AMONESTAR a Arkinka S.A. por la comisión de los actos materia de la presente denuncia.

CUARTO.- REVOCAR la sanción de la publicación de la resolución sancionadora por parte de Arkinka S.A.

QUINTO.- ORDENAR la inscripción de la presente resolución en el registro de infractores

ANÁLISIS DEL TEMA

De las resoluciones materia de análisis se desprende que la denuncia **ARKINKA S.A.** ha reproducido y distribuido obras cuyos derechos administra la **APSAV**, sin contar con la autorización previa y por escrito del autor o titular de los derechos, tal y como lo establece el artículo 37° del Decreto Legislativo N° 822. El punto es verificar si tales reproducciones se han realizado en virtud de algún límite a los derechos de autor establecidos en el Convenio de Berna, La Decisión N° 351 de la Comunidad Andina de Naciones o el Decreto Legislativo N° 822.

Reproducción con fines informativos.-

En el caso materia de este comentario ARKINKA S.A. afirma haber reproducido y puesto al alcance del público las obras bajo control de APSAV, con ocasión de importantes exposiciones desarrolladas en conocidos Museos del mundo. Por su parte APSAV señala que tratándose de una revista de arquitectura, ésta no está dedicada a cubrir acon-

tecimientos de actualidad, lo que constituye un requisito principal para que se configure la excepción invocada, no pudiendo argumentarse que las obras se hayan hecho visibles o perceptibles en el transcurso de un acontecimiento de actualidad, con finalidad informativa.

Al respecto, el Convenio de Berna permite que las obras puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la *fotografía*, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos en la medida justificada por el fin de la información.

En este caso el uso de la obra debe ser hecha de manera incidental. Es decir, que la creación protegida no debe ni puede ser el elemento central y principal de la utilización o reproducción. En este aspecto, el Tribunal es claro y acierta al determinar que para que ésta excepción sea válidamente utilizada debe:

- a) Tratarse de la reproducción de la obra con ocasión de informaciones relativas a acontecimientos de actualidad.
- b) La reproducción debe darse en la medida justificada para el fin de la información.
- c) La aparición dentro de la obra debe ser incidental.

Por lo que la utilización para fines futuros debe contar con autorización previa y por escrita del titular del derecho.

Se puede reproducir obras para informar de una muestra de arte pero no se permite una reproducción excesiva, en cuyo caso se debe pagar por las reproducciones en exceso.

Reproducción de obras expuestas permanentemente al público.-

La denunciada alegó en el transcurso del proceso que la reproducción de las obras reproducidas en los artículos de las revistas corresponde a pinturas que se encuentran situadas en forma permanente en un lugar abierto al público como son los museos.

A ese respecto, debemos precisar que es lícito, conforme a la Norma Andina en materia de derechos de autor, realizar, sin autorización del autor y sin pago de remuneración alguna, la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica, de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público.

Lo cual permite garantizar, a criterio del Tribunal del INDECOPI, el libre acceso a la cultura de los ciudadanos permitiendo que se beneficie de la difusión de las obras que se exhiben en los lugares públicos, de tal forma que el público conozca las obras que se exhiben en un determinado lugar. Haciendo hincapié que la ley peruana exige que la reproducción sea realizada por medio de un arte diverso al empleado para la elaboración de la obra original. Lo más importante en esta limitación es que la obra reproducida sea permanentemente expuesta al público, independientemente del lugar donde se realizó la reproducción y debe respetarse el derecho moral del autor.

Derecho de cita.-

La denunciada ha argumentado que los artículos publicados en la revista **ARKINKA** en torno a diversos pintores y escultores constituye una evaluación de su obra y su crítica y que para ello es necesario mostrar al público algunas de las obras del autor materia de análisis.

A ese respecto, la Sala del Tribunal del INDECOPI, indica que para ilustrar al público lector respecto da determinado tema no es necesario reproducir todas y cada una de las obras que se mencionan en el texto, incluso de manera referencial, ya que ello puede determinar un abuso del derecho de cita en perjuicio del titular del derecho de autor.

Como es sabido, las utilizaciones de obras de arte a título de cita sólo pueden ser empleadas siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persigue. En ese aspecto encontramos acertada la opinión del Tribunal cuando considera que algunas de las utilizaciones realizadas por ARKINKA S.A. no encuadran en los «*usos honrados*» y por lo tanto no están amparadas por esta excepción y requieren la autorización previa y por escrito del titular del derecho y que la denunciada no ha demostrado contar con dicha autorización.

CONCLUSIONES

El derecho de autor se sustenta en el reconocimiento de un derecho exclusivo en cabeza del creador intelectual o de su causahabiente. Ese derecho exclusivo determina un «*ius prohibendi*» en beneficio del titular del derecho mientras la obra se encuentra en dominio privado. El ejercicio de los derechos patrimoniales de carácter exclusivo solo puede limitarse en beneficio de la comunidad en su conjunto, si se cumplen previamente con los requisitos necesarios como son:

Cuando se trate de casos especiales.

Cuando no atenten a la explotación normal de la obra.

Cuando no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Hay que tener en cuenta que las normas sobre limitaciones y excepciones al derecho de autor se interpreten restrictivamente a favor del autor y están sujetas a «*numerus clausus*».

