

Manual de Derecho de Autor para Entidades Públicas



**Manual
de Derecho de Autor
para Entidades
Públicas**

Manual de Derecho de Autor para Entidades Públicas

Impreso en Lima, Perú

Impreso en el Perú 2013 - Primera Edición

Derecho de Autor:

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y Proyecto USAID | Facilitando Comercio, de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, Calle De La Prosa 104 – San Borja, Lima 41 y Calle Los Tulipanes 147 Oficina 602 - Santiago de Surco, Lima 33, respectivamente.

Autora:

Yvett Jorg Lizano Gálvez

Equipo del INDECOPI responsable del proyecto:

- Martín Moscoso

Responsable del Proyecto en USAID | Facilitando Comercio:

- Catherine Escobedo

Diseño y diagramación:

Segundo Eliades Moreno Pacheco

Corrección gramatical y ortográfica:

Adolfo Medrano

Impresión:

MIRZA EDITORES E IMPRESORES

Av. Arnaldo Márquez #1165

mirzasac@gmail.com

Encuentra más datos en: <http://www.datosperu.org>

Tiraje: 1000

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú - N°.....

2013 INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL / PROYECTO USAID | FACILITANDO COMERCIO

La información contenida en este documento puede ser reproducida de forma total o parcial, comunicando previa y de manera expresa a los propietarios de los derechos de autor, y mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas. Asimismo se deberán enviar tres ejemplares al INDECOPI y tres al Proyecto USAID | Facilitando Comercio.

El contenido de este documento es de responsabilidad de los autores y no necesariamente refleja el punto de vista de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional – USAID.



Índice

Prólogo	5
----------------------	----------

Capítulo I	7
-------------------------	----------

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

¿Qué es el Derecho de Autor? ¿A quiénes protege el Derecho de Autor? ¿Qué protege el Derecho de Autor? ¿Desde cuándo surge la protección? ¿Qué prerrogativas de índole moral se reconoce a los autores? ¿Qué prerrogativas de índole patrimonial se reconoce a los autores? ¿Qué son los derechos conexos? ¿Desde cuándo surge la protección? ¿Qué prerrogativas de índole moral se reconoce a los artistas? ¿Qué prerrogativas de índole patrimonial se reconoce a los titulares de derechos conexos? ¿Qué derechos de orden patrimonial se reconoce a los artistas intérpretes y/o ejecutantes? ¿Qué derechos de orden patrimonial se reconoce a los productores de fonogramas? ¿Qué derechos de orden patrimonial se reconoce a los organismos de radiodifusión?

Capítulo II	15
--------------------------	-----------

MARCO NORMATIVO GENERAL EN MATERIA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL PERÚ

¿Qué normas protegen el Derecho de Autor y los derechos conexos en el Perú? Normas constitucionales y tratados internacionales. Leyes y normas con rango de ley. ¿Cómo se podrían clasificar todas estas normas? Decretos Supremos y otras normas de inferior rango. ¿Qué normas protegen tanto el Derecho de Autor como los derechos conexos? ¿Qué normas sólo protegen el Derecho de Autor? ¿Qué normas sólo protegen los derechos conexos? ¿Qué normas son las más importantes? ¿Todas las normas se aplican a la vez? ¿Existe alguna norma que debe aplicarse en forma preeminente e inmediata? ¿Por qué se ha mencionado a la Constitución y las demás normas de derechos humanos? ¿Qué principios básicos se establecen en el Convenio de Berna? ¿Qué otros principios se establecen en el Convenio de Berna? ¿A quiénes protege la Convención de Roma? ¿Qué principios básicos consagra la Convención de Roma? ¿Qué derechos patrimoniales reconoce la Convención de Roma a los artistas intérpretes y/o ejecutantes? ¿Qué derechos patrimoniales reconoce la Convención de Roma a los productores de fonogramas? ¿Qué derechos patrimoniales reconoce la Convención de Roma a los organismos de radiodifusión? ¿Que establece en rasgos generales la Decisión 351 que aprueba el Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos? ¿Qué establece en rasgos generales el Decreto Legislativo N° 822, Ley Sobre el Derecho de Autor? ¿Qué establece el



Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT, por sus siglas en inglés) y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT, por sus siglas en inglés)? ¿Qué establece la Ley N° 28131 Ley del Artista Intérprete y Ejecutante? ¿Qué establece el Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales?

Capítulo III..... 25

IMPORTANCIA DEL RESPETO DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

¿Por qué es importante el Derecho de Autor en las instituciones públicas?

Capítulo IV 27

CONTRATOS DE CESIÓN, LICENCIA Y OBRA POR ENCARGO

Transmisión del Derecho. ¿Qué derechos pueden transferirse? ¿Qué es una cesión del derecho? ¿Qué es una cesión exclusiva del derecho? ¿Qué es una cesión no exclusiva del derecho? ¿Qué es una licencia de uso? ¿Las cesiones y licencias deben tener determinada formalidad? ¿Debe otorgarse una cesión o licencias en términos generales? ¿Existe algún modelo de cesión y licencia? OBRAS CREADAS POR ENCARGO Y BAJO RELACIÓN LABORAL. OBRAS CREADAS POR ENCARGO ¿Cómo surge la titularidad derivada del Derecho de Autor? ¿Por qué es importante determinar la forma como fueron creadas las obras? ¿Qué es una obra por encargo? ¿Quién es el titular en el caso de una obra por encargo? ¿Qué debe contener el contrato de obra por encargo? ¿Existen algunas consideraciones a tener en cuenta en el momento de redactar el contrato de obra por encargo? ¿Por qué es importante describir la obra y los fines de explotación de la misma? ¿Por qué es importante determinar en el contrato las modalidades de cesión o autorización de uso? ¿Por qué es importante determinar el presupuesto? ¿Por qué es importante determinar la fecha de entrega de la obra? ¿Existe algún modelo de contrato de obra por encargo? OBRAS CREADA BAJO RELACIÓN LABORAL. ¿Cómo se regula la titularidad de las obras creadas bajo relación laboral? ¿Cuándo estamos ante una obra creada bajo relación laboral? ¿Quién es el titular de la obra creada bajo relación laboral? ¿Qué presupuestos deben existir para que pueda hablarse de una obra creada bajo relación laboral? ¿Existen algunas consideraciones a tener en cuenta en el momento de redactar el contrato? ¿Por qué es importante describir la obra y los fines de la explotación de la misma? ¿Por qué es importante determinar en el contrato las modalidades de cesión o autorización de uso? ¿Por qué es importante determinar el presupuesto? ¿Por qué es importante determinar la fecha de entrega de la obra? ¿Existe algún modelo de contrato de obra creada bajo relación laboral? Anexo I.- Modelo de Contrato de cesión de derechos. Anexo II.- Modelo de contrato de licencia de uso; Anexo III.- Modelo de contrato de obra por encargo.

Capítulo V 45

USO Y PRODUCCIÓN DE SOFTWARE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

¿Qué es un software o programa de computación? ¿El software o programa de computación se encuentra protegido por el Derecho de Autor? ¿Quiénes son los autores de un software?



¿Quiénes no son autores de un software o programa de computación? ¿Puede una empresa o institución pública ser autor de un software o programa de computación? ¿Cuál es el proceso de creación de un software o programa de computación? ¿Qué elementos del software se encuentra protegidos? ¿Qué elementos del software no se encuentran protegidos? ¿Todo el código fuente se encuentra protegido?, ¿por qué? A veces existen software que se ven iguales o muy parecidos en la pantalla, ¿eso quiere decir que uno es copia del otro? ¿Por qué algunos software son tan parecidos? Los programas de ordenador o software producidos por la Administración Pública. ¿Quién es el productor de un software producido por la Administración Pública?; ¿Cuándo un programa de ordenador o software se considera creado bajo una relación laboral?; ¿Quién es el titular de los software producidos por los trabajadores de la Administración Pública?; ¿Quién es titular de los software creados en virtud de la ejecución de una obra por encargo (locación de servicios)?; Uso de software preexistente por parte de la Administración Pública. Contrato de cesión del Derecho de Autor y contrato de licencia de uso; ¿Qué es una cesión de derechos? ¿Qué es una licencia de uso? Anexo I.- Modelo de Contrato de desarrollo de software.

Capítulo VI 61

LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO DE OBRAS MUSICALES, PRODUCCIONES FONOGRAFICAS Y OBRAS AUDIOVISUALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

¿Qué es una obra musical? ¿Qué es un fonograma? ¿Qué es una obra audiovisual? ¿Qué se considera como comunicación pública? ¿Las entidades públicas pueden ser titulares de derechos de obras musicales, fonogramas y obras audiovisuales? ¿A quién le corresponde la titularidad de los derechos patrimoniales de las obras audiovisuales creadas en virtud de la ejecución de un contrato de obras por encargo o bajo relación laboral? Iniciativa, coordinación. Responsabilidad.

Capítulo VII 67

EL DERECHO DE AUTOR DE LAS PUBLICACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES Y LA REPRODUCCIÓN REPROGRÁFICA.

¿Qué es una obra literaria? ¿Las entidades públicas pueden considerarse autoras de obras literarias que se hubieran creado por su encargo? ¿En qué casos las entidades públicas son titulares del derecho? ¿Puede una entidad estatal publicar una obra literaria existente? ¿Quién es el editor de una obra? ¿Qué es un contrato de edición? ¿Qué aspectos debe abordar un contrato de edición?; ¿Qué sucede si en el contrato de edición no se ha establecido o abordado estos aspectos? ¿Qué obligaciones tiene el editor? ¿Qué obligaciones tiene el autor? ¿Qué es la reproducción reprográfica? ¿La reproducción reprográfica está permitida? ¿En qué casos está permitida a reproducción reprográfica? Anexo I.- Modelo de contrato de edición.

Capítulo VIII 73

USO DE OBRAS PROTEGIDAS EN INTRANET, INTERNET Y REDES SOCIALES.

Uso de obras en Intranet. Uso de obras protegidas en Internet. Uso de obras protegidas en redes sociales.



Capítulo IX 75

EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

¿En qué casos pueden usarse libremente las obras y producciones protegidas? ¿Dónde están establecidos los límites en la ley?; ¿En qué casos es factible que se pueda efectuar una comunicación al público de una obra, interpretación o producción protegida? ¿Se puede grabar a un profesor en clases y luego transcribir lo grabado con la finalidad de prestar las copias a terceros? ¿En qué casos es factible que se pueda efectuar una reproducción (copia, fotocopia o fijación) de una obra, interpretación o producción protegida? ¿Qué es el derecho de cita? ¿Qué requisitos debo cumplir para hacer uso del derecho de cita? ¿La libertad de información se encuentra asegurada con algún tipo de excepción al Derecho de Autor?; ¿Hay alguna excepción específica para los organismos de radiodifusión (radio, televisión)? ¿Puedo efectuar copias de una obra en forma libre?; ¿Puedo efectuar parodias de una obra sin la autorización del autor de la obra originaria? ¿Qué excepciones específicas existen en el caso del software? ¿Cómo funciona la excepción al derecho de alquiler o préstamo del software o programa de computación? ¿Cómo funciona la excepción al derecho de reproducción del software? ¿Es posible que se pueda modificar un software para corregir algún error? Nota Final.



Prólogo

Presentamos a las diversas instituciones del Estado, este Manual de Derecho de Autor para Entidades Públicas con el propósito de informar los alcances de la legislación nacional e internacional sobre la propiedad intelectual de las obras y producciones del intelecto.

Las entidades públicas son productoras al mismo tiempo que usuarias de obras y producciones diversas: textos, presentaciones, publicaciones periódicas, boletines, fotografías, producciones audiovisuales, software, ilustraciones, mapas, croquis, obras musicales e, incluso, sobre personajes. En consecuencia, conocer sus prerrogativas como titulares del derecho de autor o de los derechos conexos correspondientes, resulta relevante en la medida que dichas producciones constituyen una inversión de recursos públicos.

Si las mencionadas creaciones han sido el resultado del trabajo de empleados de dichas dependencias o, alternativamente, de terceros contratados para la realización de obras por encargo, estas modalidades tendrán una incidencia en la titularidad de derechos sobre aquellas, misma que puede o no haber sido determinada contractualmente, con consecuencias diversas, dependiendo del tipo de obra y de la forma de redacción de las cláusulas aplicables. Resulta imperativo en consecuencia, tomar nota debida de la normatividad aplicable a fin de evitar resultados imprevistos con potencial impacto en el erario nacional. Hemos incluido algunos contratos tipo que, sin perjuicio de su adecuación a la diversidad de necesidades existentes, asegure la correcta atribución de titularidad según lo determine cada entidad pública.

Asimismo, en su rol de usuarios, las entidades públicas no están exentas del cumplimiento de la ley y, por el contrario, son referentes de su acatamiento estricto. En aras de preservar ese rol, este Manual presenta adicionalmente las obligaciones que la ley establece para el uso de obras, tales como la música en los eventos estatales, las producciones audiovisuales de terceros, la utilización de personajes, la forma adecuada de creaciones artísticas diversas, el uso de software exclusivamente legal, sea este propietario o libre, entre otras.

Nuestro país ha suscrito diversos tratados de libre comercio, los cuales están generando bienestar en nuestra población. Dichos acuerdos contienen disposiciones en materia de Derecho de Autor con obligaciones a cuyo cumplimiento el Perú se compromete. Es por este motivo que el INDECOPI, a través de la Dirección de Derecho de Autor, emite este Manual para colaborar con los esfuerzos desplegados por las entidades del gobierno nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales para afirmar el principio de legalidad en pro de la formalización.

Este producto es un aporte del INDECOPI, en la gestión de su Presidente Hebert Tassano, al proceso de reforma del Estado y a la consolidación de una cultura de respeto a la propiedad intelectual en el país, y ha sido posible gracias al trabajo de la consultora Yvett Jorg-Lizano, así como al invalorable apoyo del Proyecto USAID / Facilitando Comercio, a cargo de su directora Elena Conterno, y de Catherine Escobedo, coordinadora de Propiedad Intelectual.

Proteger el Derecho de Autor es tarea de todos.

Martín Moscoso
Director de Derecho de Autor





Capítulo 1

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

¿Qué es el Derecho de Autor?

El Derecho de Autor es un sistema de protección que tiene por finalidad reconocer un derecho de propiedad sobre un bien de carácter intelectual o intangible a favor de la persona que creó dicho bien llamado obra.

Este sistema se basa en el reconocimiento de cierto tipo de prerrogativas, unas de contenido patrimonial y otras de contenido moral. Las primeras permiten a los creadores explotar económicamente sus obras por sí mismos o por terceros, mientras que las segundas hacen posible preservar los derechos ligados a su personalidad, tales como el derecho al nombre, a la libertad de expresión, entre otros.

¿A quiénes protege el Derecho de Autor?

El Derecho de Autor protege al creador de la obra, en la medida que este sea una persona natural, porque sólo el ser humano tiene la aptitud de crear. A este creador se le denomina autor.

Serán autores, por ejemplo, el escritor de una novela, el compositor de una obra musical, el programador de un software, el director de una obra cinematográfica, entre otros.

¿Qué protege el Derecho de Autor?

El Derecho de Autor protege a la obra, entendiéndose por esta a la creación intelectual que cumpla con los requisitos de originalidad y la capacidad de ser reproducida y divulgada por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse en el futuro.

Para que una obra pueda gozar de la protección del Derecho de Autor es necesario que esta sea original. Es decir, que posea la impronta¹ de la personalidad del autor. Igualmente, el objeto de protección del Derecho de Autor se limita a las creaciones en sí mismas, es decir, a las formas de expresión y no a las ideas, métodos, conceptos o procedimientos. Por otra parte, el mérito de la obra no es un factor a tener en cuenta a fin de brindar la protección mencionada.

¹ Impronta 2. f. Marca o huella que, en el orden moral, deja una cosa en otra. Diccionario de la Real Academia Española. 23º Edición



Las obras protegidas pueden clasificarse en dos grandes grupos: las obras literarias y las obras artísticas. Las primeras aluden a los poemas, novelas, guiones y software², mientras las segundas a las obras cinematográficas, arquitectónicas, esculturas, pinturas, fotografías y música, entre otras similares.

¿Desde cuándo surge la protección?

La protección brindada por el Derecho de Autor surge desde el mismo momento en que se crea la obra y, en el caso del Perú, no es necesario algún tipo de formalidad o inscripción (registro).

¿Qué prerrogativas de índole moral se reconoce a los autores?

De acuerdo con la legislación, las prerrogativas de índole moral son perpetuas, inembargables, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

Generalmente, en la legislación comparada se reconoce tres prerrogativas de índole moral a favor de los autores. Estas son:

- **Derecho de paternidad:** Es la facultad del autor de solicitar en cualquier momento ser reconocido como creador de la obra, sea a través de su nombre o a través de un signo que lo identifique como es el caso de un seudónimo transparente. Igualmente, en la faz negativa, este derecho permitirá al autor mantenerse en el anonimato a través de un seudónimo no transparente u omitiendo cualquier mención a su nombre; tal es el caso de la obra publicada en forma anónima.
- **Derecho de divulgación o inédito:** Es la facultad del autor de decidir el momento y la forma en los cuales dará a conocer su obra al público. En su faz negativa, este derecho de divulgación permitirá al autor mantener la obra en un ámbito privado; sin embargo, una vez ejercido este se agota.
- **Derecho de integridad:** Es la facultad del autor de exigir que la expresión de sus pensamientos, sentimientos, opiniones, creencias o puntos de vista, llegue al público tal y como fueron dichas inicialmente por él, facultándole a oponerse a todo tipo de mutilación o deformación de su obra.

Adicionalmente, la legislación peruana ha reconocido tres (03) facultades de orden moral:

- **Derecho de modificación o variación:** Por medio de esta prerrogativa, el autor puede modificar su obra en cualquier momento. Resulta lógico suponer que si tal modificación afecta el derecho de un tercero, el ejercicio del mismo sólo puede efectuarse previa indemnización por los daños causados.
- **Derecho de retiro de la obra del comercio:** Por medio del ejercicio de este recurso, el autor tiene la facultad de retirar la obra publicada del comercio. Al igual que en el caso anterior, si este afectase el derecho de un tercero, el ejercicio del mismo sólo puede efectuarse previa indemnización por los daños causados.
- **Derecho de acceso:** El autor tiene el derecho de acceder al ejemplar único o raro de su obra cuando este se halle en poder de otros, con la finalidad de ejercitar los demás derechos. Un ejemplo clásico podría ser el caso de un artista plástico con la finalidad de ejercitar su derecho de reproducción.

² El software se protege como obra literaria por su código fuente que es la secuencia de instrucciones expresadas mediante un lenguaje alfanumérico. Las obras literarias son aquellas que se realizan a través de un lenguaje determinado.



¿Qué prerrogativas de índole patrimonial se reconoce a los autores?

Debe partirse de la premisa que al autor, a diferencia de otros titulares de derechos conexos, se le reconocen todas las prerrogativas que permitan el avance de la tecnología para controlar la explotación de sus obras. Por ejemplo, el derecho de reproducción primigenio que comprendía también el derecho de distribución. Hoy en día no sólo ambos derechos se ejercen de manera independiente sino que se han creado nuevas formas de explotación de las obras, sobre todo en Internet con el derecho de puesta a disposición.

El ejercicio de estas prerrogativas de índole patrimonial, en el caso de los autores, se efectúa a través de la facultad exclusiva de autorizar, realizar o prohibir cualquier tipo de uso de sus creaciones.

Las prerrogativas de índole patrimonial que permiten el control de la explotación de las obras, reconocidas en la legislación nacional, son las siguientes:

- **Derecho de reproducción:** Mediante esta prerrogativa el autor tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir la fijación, replica, grabación, estampado y, en general, cualquier reproducción de su obra en determinado soporte, sea este de forma permanente o temporal, total o parcial, mediante procedimiento conocido o por conocerse; considerándose como un acto de reproducción la fijación de la obra en medios digitales o electrónicos.
- **Derecho de distribución:** Mediante esta prerrogativa, el autor tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir la puesta a disposición de su obra mediante la venta, alquiler, canje, permuta, préstamo o cualquier otra forma de transmisión de la propiedad de los soportes en los que se encuentre contenida.
- **Derecho de comunicación al público:** El autor tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir el acceso de su obra a dos o más personas reunidas o no, sin que dicho acceso suponga la distribución de sus ejemplares tangibles.
- **Derecho de importación:** El autor tiene el derecho a autorizar o prohibir el ingreso al territorio nacional, por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse, de los ejemplares de su obra; incluyendo la transmisión digital.
- **Derecho de traducción, adaptación o arreglo:** El autor tiene el derecho de hacer o autorizar las traducciones, la adaptación y el arreglo de su obra.

¿Qué son los derechos conexos?

Los derechos conexos, a diferencia del Derecho de Autor, tienen por finalidad proteger a aquellas personas naturales o jurídicas que colaboraron o hicieron posible la divulgación de la obras.

Entre los titulares protegidos por los derechos conexos, se encuentran los artistas intérpretes y/o ejecutantes, los productores de fonograma, los organismos de radiodifusión y otros, tal el caso, por ejemplo, del productor de una fotografía no considerada como obra.

¿Desde cuándo surge la protección?

La protección brindada por el derecho conexo surge desde el mismo momento en que se realiza la interpretación, fijación, emisión, fotografía o imagen en movimiento y, en el caso del Perú, no es necesario algún tipo de formalidad o inscripción (registro).



¿Qué prerrogativas de índole moral se reconoce a los artistas?

Se les reconoce prerrogativas de índole patrimonial únicamente a los artistas intérpretes y/o ejecutantes por ser consideradas personas físicas o naturales, siendo las siguientes:

- **Derecho de paternidad:** Es la facultad del autor de solicitar en cualquier momento ser reconocido como creador de la obra, sea a través de su nombre o de un signo que lo identifique como es el caso del uso de un seudónimo transparente. Igualmente, en la faz negativa, este derecho permitirá al autor mantenerse en el anonimato a través de un seudónimo no transparente u omitiendo cualquier mención a su nombre como es el caso de la obra publicada en forma anónima.
- **Derecho de integridad:** Es la facultad del autor de exigir que la forma de expresión elegida para volcar sus pensamientos, sentimientos, opiniones, creencias, punto de vista, llegue al público tal y como fueron expresadas inicialmente por él; facultándole a oponerse a todo tipo de mutilación, deformación de su obra.
- **Derecho de acceso:** Por medio del ejercicio de esta prerrogativa, el autor tiene el derecho de acceder al ejemplar único o raro de su obra cuando dicho ejemplar o soporte se halle en poder de otros, con la finalidad de ejercitar los demás derechos. Un ejemplo clásico podría ser el caso de un artista plástico con la finalidad de ejercitar su derecho de reproducción.

¿Qué prerrogativas de índole patrimonial se reconoce a los titulares de derechos conexos?

A diferencia del autor, a los titulares de derechos conexos sólo se les reconoce el derecho de controlar la explotación de sus interpretaciones, ejecuciones, fonogramas, emisiones y demás producciones, en algunos casos específicos. Ello a fin de no entrar en conflicto con el control de la explotación de la obra del que gozan los autores, aunque la legislación peruana mediante el artículo 130° del Decreto Legislativo N° 822 permite a los titulares de derechos conexos invocar las mismas disposiciones relativas a los autores en la medida que guarden relación con la naturaleza de su derecho.

¿Qué derechos de orden patrimonial se reconoce a los artistas intérpretes y/o ejecutantes?

A los artistas intérpretes y/o ejecutantes se les reconoce los siguientes derechos de exclusiva:

- **Derecho de reproducción:** Mediante esta prerrogativa, el artista intérprete y/o ejecutante tiene la facultad de autorizar las fijaciones de sus interpretaciones y/o ejecuciones no fijadas. De acuerdo con la Ley del Artista, en concordancia con el artículo 132° literal b) del Decreto Legislativo N° 822, los artistas también tienen el derecho de realizar, autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas o videogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma y mediante tecnología creada o por crearse. Comprendiendo esta prerrogativa la facultad de autorizar, realizar o prohibir la sincronización y/o incorporación de sus interpretaciones y ejecuciones en cualquier obra audiovisual grabada o reproducida de cualquier forma y mediante tecnología creada o por crearse.
- **Derecho de comunicación al público:** El artista intérprete y/o ejecutante tiene la facultad de autorizar el acceso de su interpretación y/o ejecución no fijadas a dos o más personas reunidas o no en un mismo lugar sin que ese acceso suponga la distribución de ejemplares tangibles de dichas interpretaciones y/o ejecuciones.
- **Derecho de distribución:** El artista intérprete y/o ejecutante gozará del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones



fijadas en fonogramas o videogramas, mediante venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma de distribución al público.

¿Qué derechos de orden patrimonial se reconoce a los productores de fonogramas?

Los derechos de exclusiva reconocidos a los productores de fonogramas son los siguientes:

- Derecho de reproducción: Mediante esta prerrogativa, el productor tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir la fijación, réplica, grabación, estampado y, en general, cualquier otra forma de reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, sea esta de forma permanente o temporal, total o parcial, mediante procedimiento conocido o por conocerse; considerándose como un acto de reproducción la fijación del fonograma en medios digitales o electrónicos.
- Derecho de distribución: El productor tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir la puesta a disposición del fonograma mediante la venta, alquiler, canje, permuta, préstamo o cualquier otra forma de transmisión de su propiedad o de copia.
- Derecho de puesta a disposición: El productor tiene la facultad de controlar la puesta a disposición de su fonograma de manera tal que el público pueda tener acceso desde el lugar y momento en que lo elija.
- Derecho de inclusión: El productor tiene el derecho de realizar, autorizar o prohibir la inclusión del fonograma en obras audiovisuales.
- Derecho de modificación: El productor tiene el derecho de hacer, autorizar o prohibir la modificación del fonograma por medios técnicos.

Finalmente, al productor fonográfico se le reconoce un derecho de remuneración simple por la comunicación al público del fonograma; el cual, sólo a falta de acuerdo, deberá ser compartido con el artista intérprete y/o ejecutante en partes iguales.

¿Qué derechos de orden patrimonial se reconoce a los organismos de radiodifusión?

- Derecho de reproducción: Mediante esta prerrogativa, el organismo de radiodifusión tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de sus emisiones sea esta de forma permanente o temporal, total o parcial, mediante procedimiento conocido o por conocerse; considerándose como un acto de reproducción, la fijación de la emisión en medios digitales o electrónicos.
- Derecho de grabación: El organismo de radiodifusión tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir la grabación de sus emisiones en soporte sonoro o audiovisual, de forma permanente o temporal, total o parcial, mediante procedimiento conocido o por conocerse; considerándose como un acto de reproducción, la grabación de la emisión en medios digitales o electrónicos, inclusive de imágenes aisladas de esta o de su retransmisión.
- Derecho de retransmisión: El organismo de radiodifusión tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier forma conocida o por conocerse.





Capítulo 2

MARCO NORMATIVO GENERAL EN MATERIA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL PERÚ

¿Qué normas protegen el Derecho de Autor y los derechos conexos en el Perú?

Las siguientes normas constituyen el marco normativo en materia de Derecho de Autor y derechos conexos en el Perú:

Normas constitucionales y tratados internacionales

1. Constitución Política del Perú (Art. 2 numeral 8).
2. Declaración Universal de Derechos Humanos. (Artículos pertinentes)
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Artículos pertinentes)
4. Convención Universal sobre Derecho de Autor y Protocolos Anexos 1 y 2.
5. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. (Revisión 1971)
6. Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. La Convención de Roma. (1961)
7. Convenio de Ginebra para la protección de los productores fonográficos contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.
8. Convenio de Bruselas sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas transmitidos por Satélite.
9. Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales.
10. Convención multilateral tendiente a evitar la doble imposición de regalías por Derechos de Autor.
11. Decisión 351 que aprueba Régimen Común en materia de Derecho de Autor y de derechos conexos.
12. Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio -ADPIC.
13. Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT, por sus siglas en inglés), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
14. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT, por sus siglas en inglés), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
15. Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales³.

³ Aún no está vigente, a la espera de las treinta (30) ratificaciones.



Leyes y normas con rango de ley

1. Código Civil. (Artículos pertinentes)
2. Código Penal. (Artículos pertinentes)
3. Decreto Legislativo N° 822 - Ley sobre el Derecho de Autor.
4. Decreto Legislativo N° 807 - Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.
5. Ley N° 27861, modificó el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 822.
6. Ley N° 28131 - Ley del Artista intérprete y ejecutante.
7. Ley N° 28571, modificó los artículos 188 y 189 del Decreto Legislativo N° 822.
8. Ley N° 28677 - Ley de Garantía Mobiliaria.
9. Decreto Legislativo 1033 - Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
10. Decreto Legislativo N° 1076, modificó diversos artículos del Decreto Legislativo N° 822 con la finalidad de implementar los acuerdos adoptados en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América.
11. Decreto Legislativo N° 1092, aprobó las Medidas en Frontera en materia de Derecho de Autor, derechos conexos y marcas.
12. Ley No. 29316, modificó diversos artículos del Decreto Legislativo N° 822.

Decretos Supremos y otras normas de inferior rango

1. Decreto Supremo N° 03-94-ITINCI, disposiciones referidas a la protección del Derecho de Autor y los derechos conexos establecidos en la Decisión 351.
2. Decreto Supremo N° 058-2004-PCM, Reglamento de la Ley del Artista intérprete y ejecutante.
3. Decreto Supremo N° 003-2009-EF, Reglamento de la Ley N° 1092.
4. Decreto Supremo N° 09-2009-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo 1033.
5. Resolución Jefatural N° 0276-2003/ODA-INDECOPI que aprueba el Reglamento de Registro de Derecho de Autor y los Derechos Conexos.

¿Cómo se podrían clasificar todas estas normas?

Dada la extensa normatividad en materia de Derecho de Autor y derechos conexos en el Perú, sólo con fines didácticos clasificaremos las normas de acuerdo con el siguiente criterio:

- Normas de alcance general porque protegen tanto el Derecho de Autor como los derechos conexos.
- Normas que protegen sólo el Derecho de Autor.
- Normas que protegen sólo los derechos conexos.

¿Qué normas protegen tanto el Derecho de Autor como los derechos conexos?

1. Constitución Política del Perú (Art. 2 numeral 8).
2. Código Penal. (Artículos pertinentes)
3. Código Civil. (Artículos pertinentes)
4. Declaración Universal de Derechos Humanos. (Artículos pertinentes)
5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Artículos pertinentes)
6. Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio -ADPIC.
7. Decisión 351 que aprueba Régimen Común en materia de Derecho de Autor y de derechos conexos.
8. Decreto Legislativo N° 822 - Ley sobre el Derecho de Autor.
9. Decreto Legislativo N° 807 - Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.



10. Ley N° 27861, modificó el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 822.
11. Ley N° 28571, modificó los artículos 188 y 189 del Decreto Legislativo N° 822.
12. Ley N° 28677 - Ley de Garantía Mobiliaria.
13. Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
14. Decreto Legislativo N° 1076, modificó diversos artículos del Decreto Legislativo N° 822 con la finalidad de implementar los acuerdos adoptados en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América.
15. Decreto Legislativo N° 1092, aprobó las Medidas en Frontera en materia de Derecho de Autor, derechos conexos y marcas.
16. Ley No. 29316, modificó diversos artículos del Decreto Legislativo N° 822.
17. Decreto Supremo N° 03-94-ITINCI, disposiciones referidas a la protección del Derecho de Autor y los derechos conexos establecidos en la Decisión 351.
18. Resolución Jefatural N° 0276-2003/ODA-INDECOPI que aprueba el Reglamento de Registro de Derecho de Autor y los derechos conexos.
19. Decreto Supremo No. 003-2009-EF, Reglamento de la Ley N° 1092.

¿Qué normas sólo protegen el Derecho de Autor?

1. Convención Universal sobre Derecho de Autor y Protocolos. (Anexos 1 y 2)
2. Convenio de Berna. (Revisión 1971)
3. Convención de Ginebra sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales.
4. Convención Multilateral tendiente a evitar la doble imposición de regalías por Derechos de Autor.
5. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT, por sus siglas en inglés).

¿Qué normas sólo protegen los derechos conexos?

1. Convención de Roma. (Revisión 1961)
2. Convenio de Ginebra para la protección de los Productores de Fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.
3. Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite.
4. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT, por sus siglas en inglés), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
5. Ley N° 28131 - Ley del Artista intérprete y ejecutante.
6. Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.
7. Decreto Supremo N° 058-2004-PCM, Reglamento de la Ley del Artista y Ejecutante.

¿Qué normas son las más importantes?

Todas las normas son importantes, sin embargo existen algunas que sientan las bases del sistema de protección instaurado en materia de Derecho de Autor y derechos conexos en el Perú y que son de ineludible consulta. Entre estas últimas resaltan las siguientes:

1. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. (Revisión 1971)
2. Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. La Convención de Roma. (1961)
3. Decisión 351 que aprueba el régimen común sobre Derecho de Autor y derechos conexos.
4. Decreto Legislativo N° 822 - Ley sobre el Derecho de Autor y las normas que lo modificaron.
5. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT, por sus siglas en inglés).



6. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT, por sus siglas en inglés), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
7. Ley N° 28131 - Ley del Artista Intérprete y Ejecutante.
8. Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

¿Todas las normas se aplican a la vez?

Antes de determinar cómo se aplican las normas, es necesario señalar que los tratados o convenios en materia de Derecho de Autor y derechos conexos, establecen estándares mínimos de protección, quedando en libertad los países miembros de dichos acuerdos, de elevar el nivel mínimo de protección establecido.

En nuestro país, la legislación interna ha reconocido niveles de protección mayores que los establecidos en los tratados internacionales. Por ejemplo, en el caso de el Convenio de Berna se reconoce un plazo de protección durante toda la vida del autor y cincuenta años después de su muerte, mientras que nuestra legislación interna reconoce un plazo de setenta años. Por lo tanto, cualquier nacional de otro país que también se adhirió al Convenio de Berna no tiene la necesidad de solicitar la aplicación del Convenio. Estos son de aplicación sólo en el caso que la ley interna establezca niveles de protección del derecho inferiores a los establecidos en los convenios o tratados internacionales.

Las siguientes normas sólo se aplican a los extranjeros:

1. Convenio de Berna para la Protección de las obras literarias y artísticas. (Revisión 1971)
2. Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. La Convención de Roma. (1961)
1. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (TOIEF), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
2. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT por sus siglas en inglés), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
3. Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales^(*4)

Las siguientes normas son de aplicación inmediata:

1. Decisión 351 que aprueba el Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.
2. Decreto Legislativo N° 822, Ley Sobre el Derecho de Autor y las normas que lo modificaron.
3. Código Penal (Artículos pertinentes)
4. Ley N° 28131 - Ley del Artista Intérprete y Ejecutante.

¿Existe alguna norma que debe aplicarse de forma preeminente e inmediata?

Sí, la Decisión 351 que aprueba el régimen común sobre Derecho de Autor y derechos conexos se aplica de forma preeminente e inmediata.

¿Por qué se ha mencionado a la Constitución y las demás normas de derechos humanos?

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 27 ha establecido no sólo el derecho de las personas, y en general de la sociedad, de acceder a la cultura y "gozar de las artes" sino que ha reconocido que los autores tienen el derecho a la protección de sus derechos morales y patrimoniales.

⁴ Aún no está vigente, a la espera de las treinta (30) ratificaciones.



Siendo que la Declaración Universal de Derechos Humanos ha consagrado el Derecho de Autor con un carácter fundamental al igual que el derecho a la vida, al nombre, a la libertad, a la educación, entre otros; nuestra Constitución Política lo establece así, dándole dicha categoría.

El artículo 2 numeral 8 de la Constitución señala:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto".

¿Por qué es importante el Convenio de Berna?

El Convenio de Berna protege a los autores y sus obras, es la norma más importante en el ámbito internacional. En la actualidad se encuentran adheridos a esta Convención más de 160 países. La amplia adhesión de los países a la Convención permite que los autores tengan garantizado un nivel mínimo de protección a nivel internacional.

¿Qué principios básicos se establecen en el Convenio de Berna?

El Convenio de Berna establece dos principios básicos:

Trato Nacional: En virtud de este principio las obras que se crean en un país miembro del convenio, parte de los llamados "Países de la Unión", se encontrarán protegidas en los otros países también miembros, de la misma forma en que aquellos protegen a sus propios nacionales.

Derechos Mínimos: En virtud del cual todos los países miembros del convenio deben reconocer los niveles mínimos de protección establecidos.

¿Qué otros principios se establecen en el Convenio de Berna?

El Convenio de Berna establece que la protección del derecho no está supeditada a ninguna formalidad; por ejemplo, un registro, un reconocimiento, el pago de alguna tasa, etc.

Esto es muy importante porque bastará que se produzca una obra original para que inmediatamente se protejan los derechos de autor a favor de la persona física o natural que la creó. Los registros sólo sirven como un medio de prueba.

El convenio establece un plazo de protección mínimo que en el caso de los autores es de toda la vida y 50 años después de su muerte.

El Convenio establece que en determinados casos excepcionales puede limitarse el Derecho de Autor, sin embargo cualquier excepción o límite que se establezca en los países miembros del convenio necesariamente debe cumplir con la "regla de los tres pasos". Esta determina que el límite no puede atentar contra la normal explotación de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Finalmente el Convenio enuncia las formas de explotación de las obras tales como la reproducción, la ejecución pública, radiodifusión, comunicación al público, "droit de suite", adaptación, arreglo y otra transformación.



¿A quiénes protege la Convención de Roma?

La Convención de Roma (1961) protege a tres categorías de titulares:

1. Los artistas intérpretes y/o ejecutantes, tales como los cantantes, músicos, actores, bailarines y otros que interpretan y/o ejecutan obras.
2. Los productores de fonogramas quienes son los que graban las obras musicales interpretadas y/o ejecutadas en un soporte determinado; por ejemplo, un disco.
3. Los organismos de radiodifusión quienes son los que radiodifunden las obras a través de la radio o la televisión.

¿Qué principios básicos consagra la Convención de Roma?

La Convención de Roma al igual que el Convenio de Berna, establece:

Trato Nacional: En virtud de este principio las obras que se crean en un país miembro del convenio, parte de los llamados "Países de la Unión", se encontrarán protegidas en los otros países miembros, de la misma forma en que aquellos protegen a sus propios nacionales.

Cláusula de Salvaguardia: Estipula que la protección brindada por dicha convención a los artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, no afectará la protección brindada al autor, estableciendo así una convivencia entre uno y otro derecho.

Condición para adhesión: La convención establece que para adherirse a ella, el país debe ser miembro de las Naciones Unidas, miembro de la Unión de Berna o parte en la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

El convenio establece un plazo de protección mínimo de 20 años. Igualmente, establece la posibilidad de limitar el derecho de los artistas, productores y organismos de radiodifusión en determinados casos y en la medida que dichos límites, al igual que en el Convenio de Berna, no atenten contra el uso honrado, ni causen un perjuicio injustificado a los titulares de los derechos.

¿Qué derechos patrimoniales reconoce la Convención de Roma a los artistas intérpretes y/o ejecutantes?

La Convención de Roma reconoce a los artistas intérpretes y/o ejecutantes los siguientes derechos:

El derecho de impedir (prohibir):

- La radiodifusión o la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubiera dado su consentimiento, salvo que la interpretación o ejecución usada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida; por ejemplo, que se hubiese contratado al artista para interpretar una obra musical en su emisión por radio.
- La fijación (grabación) sobre una base material, sin su consentimiento, de su interpretación o ejecución no fijada de su ejecución; por ejemplo, en el caso que el concierto del artista se grabe para su posterior venta en discos.
- La reproducción de su interpretación o ejecución realizada sin su consentimiento o para fines distintos del autorizado o fuera de los límites establecidos.
- Igualmente, reconoce el derecho de recibir una remuneración por la radiodifusión o cualquier otra forma de comunicación al público de sus interpretaciones y/o ejecuciones fijadas (grabadas) en fonogramas.



¿Qué derechos patrimoniales reconoce la Convención de Roma a los productores de fonogramas?

La Convención de Roma reconoce a los productores de fonogramas los siguientes derechos:

- La facultad de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas. (artículo 10)
- Igualmente, reconoce el derecho de recibir una remuneración por la radiodifusión o cualquier otra forma de comunicación al público de sus fonogramas, dejando en libertad a los países para establecer en su legislación interna si este derecho sólo se aplicará a los artistas, a los productores o a ambos. (artículo 12)

¿Qué derechos patrimoniales reconoce la Convención de Roma a los organismos de radiodifusión?

La Convención de Roma reconoce a los organismos de radiodifusión la facultad de autorizar o prohibir:

- La retransmisión de sus emisiones; por ejemplo, cuando alguna persona capta la señal de un canal de televisión y la transmite a través del cable.
- La fijación (grabación) sobre una base material de sus emisiones; por ejemplo, cuando alguien graba una emisión que contiene una serie de televisión en un soporte (CD, USB) para su posterior venta.
- La reproducción de su interpretación o ejecución realizada sin consentimiento o para fines distintos del autorizado o fuera de los límites establecidos.
- La comunicación pública de sus emisiones cuando estas se efectúen en un lugar accesible a las personas mediante el pago de una entrada.

¿Que establece en rasgos generales la Decisión 351 que aprueba el Régimen común sobre Derecho de Autor y derechos conexos?

La Decisión 351 que aprueba el Régimen común sobre Derecho de Autor y derechos conexos, es una norma supranacional que tiene inmediata aplicación a los cuatro países de la Comunidad Andina (Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú).

La Decisión 351 reconoce que el autor es la persona natural o física que crea la obra, aunque da libertad para que las legislaciones internas de los países de la Comunidad Andina reconozcan la titularidad de derechos a través de personas jurídicas, distintas del autor, pero no en la condición de autores sino como titulares (propietarios) del derecho, sea porque las obras se crearon por encargo, bajo relación laboral o fueron objeto de transmisión.

Reconoce los derechos morales de paternidad, divulgación e integridad a favor de los autores y, en el caso de los artistas, los derechos morales de paternidad e integridad.

Reconoce los clásicos derechos de índole patrimonial incorporando el derecho de importación de las copias hechas sin autorización del autor.

Reconoce un plazo mínimo de protección de toda la vida del autor y 50 años después de su muerte.

Establece los límites y excepciones al Derecho de Autor y establece una legislación especial para los programas de ordenador y las bases de datos.

Establece las normas generales relacionadas con la transmisión de los derechos.

Con relación a los derechos afines o conexos al Derecho de Autor, reconoce las prerrogativas de los artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en casi los mismos términos de la Convención de Roma.



Sin embargo, uno de los aspectos más importantes a destacar de la Decisión 351, es que contiene todo un capítulo especial que regula la gestión colectiva de los derechos, otorgando vital importancia para la efectiva protección del Derecho de autor y los derechos conexos en la Comunidad Andina.

¿Qué establece en rasgos generales el Decreto Legislativo N° 822 - Ley sobre el Derecho de Autor?

Tal como señaló Ricardo Antequera, quien elaboró el proyecto de ley que posteriormente daría lugar al Decreto Legislativo 822, esta norma "representó para el Perú el inicio de una tendencia legislativa modernizadora para la protección de los derechos intelectuales, porque permitió adaptar la legislación interna, tanto a las normas de la Comunidad Andina, a través de la Decisión 351 que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y derechos conexos, como a los principales convenios internacionales vigentes para la época, en especial el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, la Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión y el Tratado de la OMC, con su Anexo 1C, que contiene el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)".

A pesar de los años el Decreto Legislativo 822 resulta siendo aún una ley muy avanzada en muchos aspectos, aunque en algunos casos resulte siendo un tanto reglamentaria, razón por la cual hasta la fecha no se ha aprobado su reglamento.

El Decreto Legislativo 822 especifica que el autor es la persona natural o física que crea la obra, aunque en el caso de las obras colectivas, los programas de ordenador y las obras audiovisuales, reconoce el nacimiento de la titularidad a través de personas jurídicas por intermedio de presunciones que admiten prueba en contrario.

Reconoce los derechos morales de paternidad, divulgación, integridad, modificación o variación, retiro y acceso a favor de los autores y, en el caso de los artistas, los derechos morales de paternidad e integridad.

Reconoce los clásicos derechos de índole patrimonial incorporando el derecho de importación de las copias concebidas sin autorización del autor. Igualmente, consagra el principio por el que, cualquier otra forma de explotación de la obra hecha efectiva con el avance de la tecnología y que no se encuentre contemplada, también debe ser reconocida al autor.

Reconoce un plazo mínimo de protección de toda la vida del autor y 70 años después de su muerte.

Establece los límites y excepciones al Derecho de Autor, así como una legislación especial para los programas de ordenador, las bases de datos, las obras audiovisuales, arquitectónicas, de artes plásticas y los artículos periodísticos.

Establece las normas generales relacionadas con la transmisión de los derechos en forma muy detallada, incluyendo determinados contratos nominados, vinculadas con la explotación de las obras.

Con relación a los derechos afines o conexos al Derecho de Autor, reconoce el derecho de los artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, adicionando a estos a los productores de imágenes en movimiento no consideradas como obras y a los fotógrafos realizadores de fotografías simples.

Al igual que la Decisión 351, contiene todo un capítulo especial que regula la gestión colectiva de los derechos, de forma muy detallada.

Con relación a las normas de observancia del Derecho de Autor y conexos, establece que en el Perú los titulares de derechos no sólo pueden acudir a la vía judicial (civil o penal), tal como sucede en otros países, sino a una



vía administrativa especializada, en este caso la Dirección de Derecho de Autor del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI, la cual a través de una comisión ad hoc se encuentra facultada a resolver cualquier causa contenciosa sometida por denuncia de parte o por acción de oficio, pudiendo incluso actuar la misma en rol conciliador, mediador y en algunos casos también como árbitro.

¿Qué establece el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT por sus siglas en inglés) y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT por sus siglas en inglés)?

Cuando se revisó por última vez en el año 1971, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y se aprobó la Convención Internacional para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión en el año 1961, los avances tecnológicos no habían modificado tan profundamente la creación, el uso y la difusión de las obras para preocupar a los autores y demás titulares de derechos conexos.

Como consecuencia de los avances tecnológicos en años recientes, se hizo necesaria la dación de normas como respuesta a las cuestiones planteadas por la tecnología digital particularmente el Internet, explicándose así la elaboración de los llamados “Tratados Internet” en el seno de la OMPI.

Los tratados abordan la temática de la llamada “Agenda digital” en sus disposiciones relativas a (1) la aplicación del derecho de reproducción al almacenamiento de obras en sistemas digitales, (2) las limitaciones y excepciones aplicables en el medio digital, (3) las medidas tecnológicas de protección y (4) la información sobre la gestión de derechos.

¿Qué establece la Ley N° 28131 - Ley del Artista Intérprete y Ejecutante?

Hasta antes de la Ley 28131, se podría decir que existía un vacío respecto del derecho de los artistas intérpretes y ejecutantes en el ámbito audiovisual, en cuanto a sus interpretaciones y ejecuciones fijadas. Ello, considerando que por regla general los contratos de producción audiovisual estipulan que todos los derechos de exclusiva del artista en el ámbito audiovisual se encuentran cedidos al productor audiovisual, quedándose el primero desamparado con relación incluso a sus pares en otros países, donde usualmente se les reconoce determinados derechos residuales vinculados a la explotación de la obra audiovisual.

La Ley N° 28131 no derogó el Decreto Legislativo N° 822, sin embargo introdujo nuevas instituciones jurídicas o los llamados derechos de remuneración, tales como el alquiler de los soportes en los que se encuentran fijados las interpretaciones o ejecuciones protegidas y el de copia privada.

A diferencia del Decreto Legislativo N° 822, la Ley N° 28131 circunscribe la protección otorgada a los artistas a aquellos que interpretan o ejecutan obras artísticas, excluyendo así a los que interpretan o ejecutan obras literarias. Igualmente al referir la definición de artista a la interpretación exhibida o mostrada al público, establece una limitación a la protección que no estaba prevista en el Decreto Legislativo N° 822, dado que en virtud de la mencionada norma no serían protegidas aquellas interpretaciones o ejecuciones efectuadas sin que medie una exhibición o fijadas sin la presencia del público, hecho que desnaturalizaría el derecho reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones y/o ejecuciones fijadas en fonogramas y videogramas. En la actualidad por el desarrollo de la tecnología, la gran mayoría de interpretaciones y ejecuciones, se realizan para su fijación fuera de la presencia del público o inclusive sus interpretaciones son fijadas por separado y posteriormente reunidas por medios técnicos y mezcladas con interpretaciones de otros artistas, fijadas en tiempos y lugares distintos.



Se puede decir que la Ley 28131, se adelantó a lo que estableció recién el año 2012 el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

¿Qué establece el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales?

Aun cuando no se encuentra vigente, este Tratado regula el derecho de los artistas intérpretes y/o ejecutantes cuyas interpretaciones y/o ejecuciones se fijaron en obras audiovisuales.

Este tratado establece los niveles mínimos de protección de los que deben gozar los artistas en el ámbito audiovisual.

Los primeros veinte artículos del tratado contienen normas de orden sustantivo en cuanto a la protección de los derechos, dentro de los cuales se encuentra el artículo 12° que es la norma más importante y la razón por la cual, pese a los años transcurridos desde el inicio del proceso de su negociación, dicho instrumento aún no se había aprobado.

Efectivamente los primeros 19 artículos habían sido aprobados de forma provisional en la Conferencia Diplomática sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales realizada en diciembre de 2000.

El artículo 12 establece en pocas palabras que cuando un artista autoriza la fijación de sus interpretaciones y/o ejecuciones en una fijación audiovisual (por ejemplo una película), los derechos exclusivos que este posea y reconocidos en los artículos 7 al 11 del tratado, pertenecerán o se entenderán cedidos al productor audiovisual. Sin embargo, dicha cesión de derechos no implica que la legislación interna de cada Estado contratante no establezca el reconocimiento de un derecho de remuneración equitativa simple por el uso de tales interpretaciones y/o ejecuciones.



Capítulo 3

IMPORTANCIA DEL RESPETO DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

¿Por qué es importante el Derecho de Autor en las instituciones públicas?

La protección de las obras y demás derechos conexos por parte de una sociedad, permitirá a todos sus integrantes tener acceso de forma permanente porque el sistema de protección del Derecho de Autor generará los suficientes incentivos para que los creadores y productores sigan creando y poniendo a disposición de la gente sus creaciones, hecho que enriquecerá nuestra cultura.

En todas partes, incluidas las sedes de las instituciones públicas, se usan diariamente obras protegidas por el Derecho de Autor. Por ejemplo, en una oficina administrativa solemos escuchar música a fin de crear un ambiente agradable, usamos procesadores de texto para realizar nuestro trabajo, una base de datos para manejar nuestra información, leemos libros, vemos videos. En todos estos casos estamos haciendo uso de las creaciones y producciones de diversos autores, artistas y productores.

Igualmente, en las instituciones públicas diariamente solemos crear obras y producciones protegidas. Por ejemplo, hacemos videos institucionales, escribimos informes, proyectos de resoluciones, dictámenes, elaboramos software, bases de datos, los cuales constituyen un activo importante por su apreciable valor económico.

Las creaciones y producciones protegidas por el Derecho de Autor y los derechos conexos siendo bienes intelectuales e intangibles, muchas veces se consideran de libre uso. Esta costumbre generalizada de usar bienes sin respetar el Derecho de Autor puede, sin embargo, acarrear serios problemas y contingencias. Por ejemplo, si en una institución pública se decide hacer uso de música grabada para crear un ambiente agradable, resulta necesario contar con la autorización de las entidades de gestión colectiva correspondientes y abonar una contraprestación por dichas utilidades.

Si por otro lado se decide reproducir (instalar) un software como herramienta de trabajo, debe contarse con la autorización, mediante las licencias de uso correspondientes, por parte de los titulares del derecho.

Si de acuerdo con la normatividad legal vigente todos tenemos la obligación de respetar el Derecho de Autor, en el caso de las personas que ejercen un cargo público dicho deber es mayor, no sólo por las serias consecuencias que acarrearía el verse involucrado en una denuncia, sino porque los fondos públicos no pueden verse comprometidos para reparar un daño producido a terceros.





Capítulo 4

CONTRATOS DE CESIÓN, LICENCIA Y OBRA POR ENCARGO

Transmisión del Derecho

Antes de abordar las distintas formas de transmisión del Derecho de Autor y de los derechos conexos, es necesario distinguir el concepto de autoría de la titularidad del derecho.

El autor es la persona natural o física que crea la obra; en ese sentido, una persona jurídica no puede tener la categoría de autor, toda vez que la aptitud creativa es propia del ser humano.

Las obras pueden ser resultado de la expresión creativa de un autor o de un conjunto de autores. El segundo caso puede tratarse de obras realizadas en colaboración o colectivas.

Titular es la persona natural o jurídica que tiene los derechos reconocidos en la legislación en materia de Derecho de autor. Esta titularidad puede ser originaria o derivada.

La titularidad originaria emana del acto de creación de la obra, conforme lo señala el numeral 44 del artículo 2º del Decreto Legislativo 822; por tanto, el autor es a la vez el titular originario de su obra.

Por otro lado, la titularidad derivada es aquella que surge por circunstancias distintas de la creación, sea por mandato o presunción legal, o bien por cesión mediante acto entre vivos o transmisión mortis causa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 45 del artículo 2º de la Ley sobre el Derecho de Autor.

¿Qué derechos pueden transferirse?

Sólo los derechos de contenido patrimonial reconocidos en la ley pueden ser objeto de transferencia, entre ellos, los de reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, adaptación y traducción.

Los derechos morales no pueden ser objeto de transferencia, aunque la ley permite que estos puedan ser ejercidos por personas distintas del autor como sucede por ejemplo en el caso de software o programas de computación, las obras audiovisuales y algunos tipos de obras colectivas.



Si bien en muchas oportunidades, se piensa que los derechos de contenido patrimonial pueden transferirse completamente como sucede con los bienes tangibles, esto no ocurre en este caso por constituir los derechos de contenido patrimonial y los de contenido moral una unidad indisoluble, tal como si fueran las dos caras de una moneda. Por ello, cuando se cumple el objeto de la cesión o licencia o vence su plazo, los derechos retornan al autor.

¿Qué es una cesión del derecho?

Por medio de la cesión del derecho, se transfiere a una persona distinta del autor alguna forma de explotación de las obras. Estas pueden ser de dos tipos: exclusiva y no exclusiva.

El autor puede ceder los derechos de forma exclusiva y no exclusiva, y tiene la posibilidad de ceder determinados usos concretos o reservarse expresamente otros, así como limitar el ámbito territorial de la cesión y su plazo de vigencia.

¿Qué es una cesión exclusiva del derecho?

Mediante la cesión exclusiva del derecho, el autor transfiere determinada forma de explotación a una persona obligándose a no cederla a terceras personas o incluso a no explotar la obra él mismo.

Siendo que la cesión en exclusiva supone una limitación efectiva respecto de la explotación de la obra, la ley peruana establece que dicha forma de transferencia debe constar de manera expresa en el contrato.

Sólo en este caso el cesionario puede autorizar la forma de explotación cedida por el autor a terceros.

¿Qué es una cesión no exclusiva del derecho?

Mediante la cesión no exclusiva del derecho, el autor transfiere determinada forma de explotación a una o varias personas, quienes deben explotar la obra en convivencia incluso con el mismo autor.

El cesionario no puede autorizar la forma de explotación cedida por el autor a terceros.

¿Qué es una licencia de uso?

A diferencia de una cesión, la licencia de uso no implica una transferencia del derecho, sólo la autorización del autor a que una persona distinta de este pueda efectuar alguna forma de explotación de la obra.

La licencia al igual que la cesión puede ser exclusiva o no exclusiva. Igualmente, como sucede con una cesión, debe determinarse el ámbito territorial y el plazo.

¿Las cesiones y licencias deben tener determinada formalidad?

Sí, las cesiones y las licencias no sólo deben constar por escrito sino que deben ser previas a cualquier forma de explotación de las obras.

¿Debe otorgarse una cesión o licencias en términos generales?

No, el contrato de cesión o licencia de uso debe establecer de manera expresa cada una de las formas de explotación cedidas o licenciadas; si no se especifica determinado tipo de explotación, se entiende que esta permanece con el autor.



Igualmente, en los contratos de cesiones y licencias de uso se debe establecer el ámbito territorial y el plazo de la cesión.

Las cesiones y licencias de uso se presumen onerosas.

¿Existe algún modelo de cesión y licencia?

No existe un modelo único, dada la libertad contractual que se le otorga a las partes. Sin embargo, podemos guiarnos por el modelo básico que se ha reproducido en el Anexo I y II.

OBRAS CREADAS POR ENCARGO Y BAJO RELACIÓN LABORAL

OBRAS CREADAS POR ENCARGO

¿Cómo surge la titularidad derivada del Derecho de Autor?

Una forma común de clasificar las obras es tomando en cuenta su origen. Se diferencia aquellas creadas por iniciativa del autor de las creadas por instancia o encargo de terceros.

Si bien en un primer momento era bastante común que el autor creara las obras por iniciativa propia, hoy en día con el avance de la tecnología son cada vez mayores los casos en los que las obras se crean por iniciativa de terceros, esto sucede particularmente con los programas de ordenador y bases de datos.

¿Por qué es importante determinar la forma como fueron creadas las obras?

El análisis de este origen es sumamente importante puesto que, si la obra fue creada en cumplimiento de un contrato de locación de servicios con resultado determinado (obra por encargo) o en la ejecución de un contrato de trabajo, este hecho puede determinar una titularidad derivada a favor del comitente o empleador según sea el caso.

¿Qué es una obra por encargo?

Si bien el contrato de locación de servicios en la modalidad de obra por encargo se encuentra regulado en el Código Civil, el “*contrato de obra por encargo*” al que se refiere el Decreto Legislativo N° 822 tiene ciertas particularidades producto de la creación de una “obra” y del nacimiento de derechos de índole patrimonial y moral a favor del “autor”.

Al respecto, Ricardo Antequera señala: “(...) *Bajo esta modalidad, una persona contrata a un autor específico para la realización de una determinada obra futura, a cambio de una contraprestación económica, sin que exista entre el comitente y el comisionado una relación de subordinación o de empleo ni sea aplicable el régimen legal previsto para las relaciones de trabajo*”⁵.

⁵ Antequera Parilli, Ricardo: “Los autores de obras literarias” En: Curso de la OMPI sobre Derecho de Autor y derechos conexos para jueces y fiscales de Perú; organizado por la OMPI, en Lima, entre el 27 y 30 de junio de 1994; p. 31.



Del mismo modo, Delia Lipszyc señala que son obras por encargo las que se hacen en cumplimiento de un convenio, en el cual se encomienda al autor que, a cambio del pago de una remuneración, cree una determinada obra con la finalidad de ser explotada de la forma y según los alcances estipulados.

¿Quién es el titular en el caso de una obra por encargo?

La ley establece que en el caso de las obras creadas por encargo, la titularidad del derecho le corresponde a quien encargó la obra aunque se encuentra limitada a aquellos derechos para los cuales se realizó el encargo.

La Decisión Andina 351, en su artículo 10º establece una cesión legal a favor de aquellas personas naturales o jurídicas, distintas del autor, a fin que ejerzan la titularidad derivada de los derechos patrimoniales de las obras creadas por encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario.

Por su parte, el Decreto Legislativo Nº 822 en su artículo 16º, regula a quién le corresponderá la titularidad derivada de los derechos de índole patrimonial, en el caso de obras creadas a consecuencia de la ejecución de un contrato de obra por encargo; sin embargo, excluye expresamente en esta regulación general a dos categorías de obra, el software y las audiovisuales.

El artículo 16º antes citado señala que, salvo pacto en contrario a falta de acuerdo entre las partes, se presumirá que el autor ha cedido al comitente o en su caso al empleador, los derechos patrimoniales sobre la obra de forma no exclusiva y sólo para su explotación en las actividades habituales en la época de creación, correspondiéndole al comitente o empleador el derecho de decidir respecto de la divulgación de la misma y a defender el derecho moral del autor en su explotación.

Conviene señalar que la norma reconoce a las partes, la libertad contractual para determinar a quién le corresponderían los derechos patrimoniales sobre la obra. A diferencia de cualquier otro tipo de obra ejecutada en virtud de un contrato por encargo regulado en el Código Civil, el comitente será propietario únicamente del soporte material que contiene la obra (*corpus mechanicum*) y no de la obra (*corpus mysticum*). A falta de estipulación contractual al respecto, opera una cesión legal mediante la cual se establece que el autor ha cedido al comitente de forma no exclusiva y sólo en la medida necesaria para el cumplimiento de sus funciones, los derechos patrimoniales; por lo tanto, el comitente únicamente tendrá la facultad de divulgar la obra y de explotarla en las actividades que desarrolla en el tiempo en que esta se creó.

Veamos un ejemplo. Una persona contrata a un escultor para que realice una escultura a ser exhibida en el living de sus oficinas. Quien encargó la obra tendrá la propiedad de la escultura y podrá exhibirla pero no podrá copiar la misma en su logotipo, tarjetas o demás documentación de su empresa ni podrá registrarla como una marca si no cuenta con la autorización del escultor.

¿Qué debe contener el contrato de obra por encargo?

Mediante el contrato de obra por encargo regulado en el Decreto Legislativo Nº 822, el comitente si bien puede y debe especificar las características generales que espera de la obra a desarrollar, tiene que otorgarle al autor el suficiente margen de libertad a fin que pueda desarrollar una labor creativa, la cual se plasme en una obra original, puesto que si el autor se limitara a ejecutar un trabajo mecánico sería un simple ejecutor, tal como sucede con el asistente de un carpintero que cumple las órdenes de su maestro.

Igualmente, a diferencia del contrato de obra por encargo regulado en el Código Civil, el autor no sólo se obliga a entregar el soporte material que contiene la obra, sino que debe obligarse a transferir a favor del comitente, por lo menos algunos derechos de explotación, los cuales permitan cumplir con la finalidad del contrato. En el



caso de obras únicas, sean estas pinturas o esculturas, se transferirá el derecho de divulgación y, en el caso de obras literarias o musicales, se transferirá el derecho de reproducción, distribución y/o comunicación o ejecución pública. Sin embargo, las partes pueden pactar los derechos patrimoniales transferidos al comitente, así como pueden establecer los límites a tales derechos. Sólo a falta de estipulación expresa se aplicará la regulación establecida en el artículo 16º del Decreto Legislativo N° 822.

Al igual que en las obras por encargo reguladas por el Código Civil, la labor independiente ejercida por el autor, le obliga a ser responsable del cumplimiento de la prestación pactada, debiendo incluso responder por el saneamiento de algunos vicios ocultos; sin embargo, tanto el incumplimiento de la prestación por parte del autor como la existencia de algún vicio, no enervará la protección que le brinde el Derecho de Autor a la obra inconclusa o a la obra inútil, en la medida que sea una forma de expresión original, puesto que criterios tales como finalidad, funcionalidad, utilidad y/o idoneidad no son tomados en cuenta a fin de reconocer dicha protección. Por ende, incluso en tales casos, los derechos de autor emergen y debe determinarse a quién le corresponderá la titularidad derivada de dichas obras.

Igualmente, el comitente, antes de la recepción de la obra debe manifestar expresa o tácitamente su aprobación y puede resolver el contrato por incumplimiento de considerarlo necesario, pero tal como se señaló anteriormente, este hecho no impedirá el nacimiento de derechos de autor sobre la obra; por tanto, salvo casos muy especiales, el comitente no podrá solicitar la destrucción del soporte material que la contiene o solicitar su modificación por parte de un tercero, pues dichas acciones constituirían un atentado al derecho moral del autor. Así, por ejemplo, no podrá solicitarse la destrucción de una escultura o la modificación de la obra musical.

¿Existen algunas consideraciones a tener en cuenta en el momento de redactar el contrato de obra por encargo?

Sí, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- La descripción de la obra a realizar y sus fines de explotación.
- Modalidades de cesión o autorización de uso. El ámbito de la cesión (territorio) y si esta es en exclusiva o no.
- Presupuesto y forma de pago.
- Entrega de la obra (manuscritos, soporte material, etc.)

¿Por qué es importante describir la obra y los fines de explotación de la misma?

Es importante describir los aspectos fundamentales de la obra a realizar para evitar posibles contingencias o perjuicios tanto para el autor, quien podrá tener la seguridad de haber cumplido, así como para quien encargó la obra, pues podrá verificar que realmente se ejecutó.

No sólo basta con determinar el género de la obra que se encargó, por ejemplo un guión, una escultura, un software o programa de computación, sino especificar - sea en el mismo contrato o en un documento anexo- que sus características técnicas también forman parte integrante de la creación, al igual que el soporte material en el que se plasmará la obra o la ausencia de este, su duración en caso pueda precisarse, la forma cómo habrá de realizarse, entre otros aspectos para cuantificar en la medida de lo posible que el encargo se realizó y el resultado es la obra esperada. Por ejemplo, si se trata de un software o programa de computación, será necesario establecer cuáles son las funciones que debe realizar, el tipo de lenguaje usado para su desarrollo, y otros aspectos esenciales de su arquitectura.

Finalmente, es importante determinar si la obra se explotará con fines culturales, comerciales, publicitarios, educativos, etcétera; porque de ello dependerá la determinación de los honorarios y el ámbito de las explotaciones (autorizaciones o cesiones).



¿Por qué es importante determinar en el contrato las modalidades de cesión o autorización de uso?

De acuerdo con la normatividad vigente, cada forma de explotación de la obra es independiente. Por ello, en el contrato se debe establecer claramente los derechos que cede o la licencia el autor frente al comitente o empresa que encarga su realización. Por ejemplo, si la obra musical fue creada para formar parte de la banda sonora de una obra cinematográfica (película), será necesario no sólo autorizar la comunicación al público sino también lo relacionado a su reproducción y distribución; si se tratara de una obra literaria, el contrato deberá establecer que el autor autoriza al comitente su reproducción y distribución; si se tratara de una pintura, el autor cederá el derecho de exhibición.

Es importante determinar en el contrato el ámbito de explotación de la obra, por ejemplo, si sólo es en Perú, en un ámbito como la Comunidad Andina o en todo el mundo.

Igualmente, debe establecerse de forma expresa en el contrato si la explotación será exclusiva o no.

¿Por qué es importante determinar el presupuesto?

Es importante determinar de antemano el costo final de elaboración de la obra, debiendo incluirse en el presupuesto no sólo el precio de los materiales necesarios para su ejecución sino todos aquellos costes relacionados, tales como los honorarios del autor, del personal que le prestará colaboración. También si fuera el caso, los aportes creativos vinculados a la investigación, viajes, viáticos y dietas, entre otros. Todo ello con el propósito que las partes tengan muy claro el costo final del encargo.

Del mismo modo, es necesario establecer la forma de pago en el contrato. De esta manera se determinará si este se realizará en efectivo, en cheque, transferencia bancaria, etcétera. Igualmente, deberá precisarse en el contrato el cronograma de pago respectivo, sobre todo si se efectuará en varias partes.

¿Por qué es importante determinar la fecha de entrega de la obra?

En casos de obras únicas como ocurre con las obras de arte, es importante establecer la fecha de entrega, porque una vez ejecutado el contrato y entregado el soporte material a quien la encargó, el autor no podrá ejercer algunos derechos. Igualmente sucede con otro tipo de obras, por ejemplo el software en cuyo caso se estipula generalmente que el autor debe entregar el código fuente.

¿Existe algún modelo de contrato de obra por encargo?

No existe un modelo único por la libertad contractual que se le otorga a las partes, sin embargo, podemos guiarnos por el modelo básico que se ha reproducido en el Anexo III.

OBRAS CREADAS BAJO RELACIÓN LABORAL

¿Cómo se regula la titularidad de las obras creadas bajo relación laboral?

Si bien el contrato de trabajo tiene una regulación especial, las obras creadas bajo esta modalidad se encuentran reguladas en el Decreto Legislativo N° 822, al tener ciertas particularidades producto de la creación y del nacimiento de derechos de índole patrimonial y moral a favor del autor.



¿Cuándo estamos ante una obra creada bajo relación laboral?

Las obras creadas bajo relación laboral son aquellas que realiza un autor asalariado y que están relacionadas con el motivo de su contratación laboral o con el desempeño de las funciones encomendadas durante la vigencia del contrato de trabajo.

No será considerada obra creada bajo relación laboral cuando, por ejemplo, un contador crea una obra literaria consistente en un manual de buenas prácticas contables, en sus ratos libres y sin contar con los materiales ni equipos que le proporcione su empleador.

Para estar frente a una obra creada bajo relación laboral no es preciso que el empleador haya dado instrucciones específicas sobre el contenido de la obra creada (pues para eso contrata a un artista o profesional creativo) sino sólo formula encargos genéricos o específicos sobre el hecho o tarea encomendada. Por ejemplo, debe constar que se contrata a un autor/trabajador para escribir, pintar, diseñar, concebir una obra artística o literaria. Igualmente, se hablará que estamos ante una obra creada bajo relación laboral cuando a pesar de no haber sido contratado el trabajador para ese fin, se le hace un encargo específico, sea a través del propio empleador o de sus superiores, con quienes tiene la relación contractual.

¿Quién es el titular de la obra creada bajo relación laboral?

La Decisión Andina 351 y el Decreto Legislativo 822 establecen en su artículo 10º una cesión legal a favor de aquellas personas naturales o jurídicas, distintas del autor, a fin que ejerzan la titularidad de los derechos patrimoniales de las obras creadas por encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario. El Decreto Legislativo Nº 822 excluye expresamente en esta regulación general a dos categorías de obra: el software y los audiovisuales.

El artículo 16º antes citado, señala que salvo pacto en contrario a falta de acuerdo entre las partes, se presumirá que el autor ha cedido al empleador los derechos patrimoniales sobre la obra de forma no exclusiva y sólo para su explotación en las actividades habituales de este durante la época de creación, correspondiéndole el derecho de decidir respecto de su divulgación y a defender el derecho moral del autor en su explotación.

La norma reconoce a las partes, la libertad contractual para determinar a quién le corresponden los derechos patrimoniales sobre la obra. A diferencia de cualquier otro tipo de obra ejecutada en virtud de un contrato de trabajo, el empleador será propietario únicamente del soporte material que contiene la obra (*corpus mechanicum*) y no de la obra (*corpus mysticum*) y a falta de estipulación contractual, opera una cesión legal mediante la cual se establece que el autor ha cedido al empleador de forma no exclusiva y sólo en la medida necesaria para el cumplimiento de sus funciones, los derechos patrimoniales. Por lo tanto, el empleador tendrá solamente la facultad de divulgar la obra y de explotarla en las actividades que desarrolla durante el tiempo de su creación.

¿Qué presupuestos deben existir para que pueda hablarse de una obra creada bajo relación laboral?

Tal como se expresó en los párrafos precedentes, para que un empleador pueda adjudicarse la titularidad derivada de una obra creada bajo relación laboral, no basta con acreditarlo, sino que adicionalmente deberá confirmar esta forma parte de las obligaciones del trabajador derivadas del contrato.

Las horas de trabajo y los recursos del empleador que el trabajador haya utilizado en el desarrollo de su labor no otorgarán necesariamente a la obra creada la categoría de obra asalariada, puesto que en última instancia el empleador podrá sancionar al trabajador por no cumplir con su función y hacer un uso indebido de recursos o incluso ser causal de amonestación o despido.



Igualmente, a diferencia de las obras creadas en ejecución de un contrato de obra por encargo, acreditar la preexistencia o no de la obra al inicio de la relación laboral no es un elemento determinante.

¿Existen algunas consideraciones a tener en cuenta en el momento de redactar el contrato?

Sí, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- La descripción de la obra a realizar y sus fines de explotación.
- Modalidades de cesión o autorización de uso. El ámbito de la cesión (territorio) y si esta es en exclusiva o no.
- Presupuesto y salario.
- Entrega de la obra (manuscritos, soporte material, etc.)

¿Por qué es importante describir la obra y los fines de explotación de la misma?

Es importante describir los aspectos fundamentales de la obra a realizar a fin evitar posibles contingencias o perjuicios tanto para el autor, quien podrá tener la seguridad de haber cumplido con lo establecido en su contrato de trabajo, como para el patrono, pues podrá verificar que la obra es la que realmente formaba parte de su obligación laboral.

No sólo basta determinar el género de la obra, por ejemplo un guión, una escultura, un software o programa de computación sino especificar -sea en el mismo contrato o en un documento anexo- que sus características técnicas también forman parte integrante de la creación, al igual que el soporte material en el que se plasmará la obra o la ausencia de este, su duración en caso pueda precisarse, la forma cómo habrá de realizarse, entre otros aspectos para cuantificar en la medida de lo posible que el encargo se realizó y el resultado es la obra esperada. Por ejemplo, si se trata de un software o programa de computación, será necesario establecer cuáles son las funciones que debe realizar, el tipo de lenguaje usado para su desarrollo, y otros aspectos esenciales de su arquitectura.

Finalmente, con relación a este aspecto, es importante determinar si la obra se explotará con fines culturales, comerciales, publicitarios, educativos, etcétera; porque de ello dependerá la determinación de los honorarios y el ámbito de las explotaciones (autorizaciones o cesiones).

¿Por qué es importante determinar en el contrato las modalidades de cesión o autorización de uso?

De acuerdo con la normatividad vigente, cada forma de explotación de la obra es independiente. Por ello, en el contrato se debe establecer claramente los derechos que cede o la licencia el autor frente al comitente o empresa que encarga su realización. Por ejemplo, si la obra musical fue creada para formar parte de la banda sonora de una obra cinematográfica (película), será necesario no sólo autorizar la comunicación al público sino también lo relacionado a su reproducción y distribución; si se tratara de una obra literaria, el contrato deberá establecer que el autor autoriza al comitente su reproducción y distribución; si se tratara de una pintura, el autor cederá el derecho de exhibición.

Es importante determinar en el contrato el ámbito de explotación de la obra, por ejemplo, si sólo se explotará en Perú, en un ámbito determinado como la Comunidad Andina o en todo el mundo.

Igualmente, debe establecerse de forma expresa en el contrato si la explotación será exclusiva o no.

¿Por qué es importante determinar el presupuesto?

Es importante determinar de antemano el costo final de elaboración de la obra, debiendo incluirse en el presupuesto no sólo el precio de los materiales necesarios para su ejecución sino todos los costes relacionados que correrán por cuenta del empleador.



Finalmente, es necesario establecer en el contrato el monto del salario a percibir por parte del autor.

¿Por qué es importante determinar la fecha de entrega de la obra?

En casos de obras únicas como las obras de arte, es importante determinar su fecha de entrega porque una vez ejecutado el contrato y entregado el soporte material a quien la encargó, el autor no podrá ejercer algunos derechos. Igualmente sucede con otro tipo de obras, por ejemplo el software en cuyo caso se estipula generalmente que el autor debe entregar el código fuente.

¿Existe algún modelo de contrato de obra creada bajo relación laboral?

No existe un modelo único, dado la libertad contractual que se otorga a las partes, sin embargo, podemos guiarnos por el modelo básico que se ha reproducido en el Anexo III, con la salvedad que estas cláusulas puedan estar incluidas en un contrato de trabajo.



Anexo I

El siguiente modelo de contrato contiene cláusulas generales, las partes pueden adicionar otras cláusulas y términos que consideren convenientes.

CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS

Conste por el presente documento el CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS que celebran de una parte con RUC N°....., domiciliad(o)(a) en....., debidamente representad(o)(a) por.....identificad(o)(a) con D.N.I. N°....., según poderes inscritos en la Partida Electrónica N°.....del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de....., a quien en adelante se denominará EL CESIONARIO y de la otra parte....., identificado con DNI N°....., con domicilio en....., a quien en adelante se denominará EL AUTOR, en los términos y condiciones siguientes:

CLÁUSULA PRIMERA: Antecedentes

EL AUTOR es titular originario y exclusivo de la siguiente.....(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera).

EL CESIONARIO es una empresa dedicada a prestar los servicios de.....(se especifica los servicios que presta la empresa).

CLÁUSULA SEGUNDA: Objeto y alcances de la cesión

Por medio de la presente cláusula, EL AUTOR cede a favor de EL CESIONARIO los siguientes derechos patrimoniales respecto de la (se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera).

1. Derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la.....(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera), en soporte.....(especificar el soporte) o, en su defecto, si se desea la cesión más amplia colocar la frase "bajo cualquier forma o procedimiento creado o por crearse en el futuro".
2. Derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la distribución de la(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera), en soporte(especificar el soporte).
3. Derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la comunicación al público de la.....(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera), en soporte(especificar el soporte) o en su defecto si se desea la cesión más amplia colocar la frase "bajo cualquier forma o procedimiento creado o por crearse en el futuro".
4. Derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la adaptación, traducción de la.....(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera).
5.(colocar cualquier otra forma de explotación que se desea ceder).
6. Derecho de ceder total o parcialmente los derechos patrimoniales cedidos a favor de terceros sin necesidad de autorización previa de EL AUTOR.

CLÁUSULA TERCERA: Exclusividad (si se desea ceder el derecho así)

Por medio de la presente cláusula, EL AUTOR cede a EL CESIONARIO los derechos mencionados en la cláusula segunda de forma exclusiva; por lo tanto, EL AUTOR se obliga a no ceder los derechos a terceros ni a explotar los mismos durante el plazo de vigencia del presente contrato.



CLÁUSULA CUARTA: Plazo y Territorio

La cesión se efectúa por el plazo de.....años y se encuentra supeditada al siguiente territorio

CLÁUSULA QUINTA: Contraprestación (se puede cambiar el término obra por interpretación, fonograma, según sea el caso)

EL cesionario se obliga a pagar a EL AUTOR la suma total de S/.....() como contraprestación por la cesión efectuada.

(Igualmente, se puede pactar en esta cláusula que la contraprestación será un porcentaje de los beneficios que se obtengan por la explotación de las obras, producciones, interpretaciones, etcétera.)

EL CESIONARIO hará pago a EL AUTOR mediante depósito bancario en las cuentas bancarias que EL AUTOR designe o bien mediante cheque girado a nombre de EL AUTOR, a decisión de este. EL AUTOR entregará a EL CESIONARIO factura o recibo por honorarios –según corresponda a su estado de contribuyente–, por la suma recibida según aparece precisada en el párrafo precedente, conforme a las disposiciones tributarias vigentes.

Las partes declaran que el importe que EL CESIONARIO pagará a EL AUTOR en virtud de este acápite, constituye el monto total de la contraprestación que EL CESIONARIO pagará, declarando EL AUTOR que lo recibe a conformidad.

CLÁUSULA SEXTA: Toda comunicación entre las partes relativa al presente contrato deberá realizarse por escrito y dirigirse al domicilio de cada parte según aparece precisado en el párrafo introductorio del presente contrato.

CLÁUSULA SÉPTIMA: Las partes acuerdan que la obra/producción/interpretación se registrará a su nombre ante la Dirección de Derecho de Autor –INDECOPI. EL COMITENTE deja constancia que en el formulario de solicitud de inscripción a depositarse ante la Dirección de Derecho de Autor –INDECOPI, se consignará el nombre de EL AUTOR.

CLÁUSULA OCTAVA: EL AUTOR se obliga a mantener indemne a EL CESIONARIO contra cualquier reclamo de terceros relacionado a la OBRA o de algún modo vinculado a su elaboración. De manera enunciativa mas no limitativa, EL AUTOR deberá mantener indemne a EL CESIONARIO contra cualquier reclamo relacionado con la OBRA, en caso haya sido elaborada sin contar con la autorización de los autores de obras preexistentes; en contravención a normas legales o en caso la misma viole o infrinja algún derecho protegido por los Derechos de Autor, derechos de marcas o cualquier otro derecho intelectual, así como los derechos a la persona, al honor, a la imagen o cualquier otro derecho fundamental de la persona; o en caso viole o afecte los derechos de terceros, así como cualquier reclamo por otro supuesto.

Asimismo, teniendo en cuenta la obligación de EL AUTOR de mantener indemne a EL CESIONARIO ante cualquier reclamo de terceros relacionado con la OBRA o su elaboración, este último deberá informar a EL AUTOR de cualquier reclamo que existiese para que pueda iniciar la defensa correspondiente.

CLÁUSULA NOVENA: No será necesario que ante algún incumplimiento las partes se intimen en mora puesto que para todas las obligaciones del presente contrato se aplicará la mora automática, y se deberán pagar los máximos intereses legales contados desde el momento en que se debió cumplir con la obligación.

CLÁUSULA DÉCIMA: La invalidez, total o parcial, de una o más de las disposiciones contenidas en el presente contrato, no afectará la validez de las demás normas en este documento. Por el contrario, se entenderá que el contrato es eficaz en su totalidad, debiéndose considerar como inexistente(s) la(s) cláusulas(s) total o



parcialmente inválida(s); y, en consecuencia, los derechos y obligaciones de las partes se ejecutarán según lo establecido en el contrato.

CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA: Todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes de forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: En todo cuanto no está previsto por el presente contrato, regirá lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 822 –Ley Sobre el Derecho de Autor y la Decisión Andina 351 –Régimen Común sobre Derecho de Autor y derechos conexos.

Las partes contratantes se ratifican en el contenido y términos del presente contrato que suscriben en duplicado en, el día de mes de 20.....



Anexo II

El siguiente modelo de contrato contiene cláusulas generales. Las partes pueden adicionar otras cláusulas y términos que consideren convenientes.

CONTRATO DE LICENCIA DE USO

Conste por el presente documento el CONTRATO DE LICENCIA DE USO DE DERECHOS que celebran de una partecon RUC N°, domiciliad(o)(a) en, debidamente representad(o)(a) poridentificad(o)(a) con D.N.I. N°..... según poderes inscritos en la Partida Electrónica N°..... del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de, a quien en adelante se denominará EL LICENCIATARIO y de la otra parte....., identificado con DNI N°.....con domicilio en....., a quien en adelante se le denominará EL AUTOR, en los términos y condiciones siguientes:

CLÁUSULA PRIMERA: Antecedentes

EL AUTOR es titular originario y exclusivo de la siguiente(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera).

EL LICENCIATARIO es una empresa dedicada a prestar los servicios de(se especifica los servicios que presta la empresa).

CLÁUSULA SEGUNDA: Objeto y alcances de la Licencia

Por medio de la presente cláusula EL AUTOR licencia a favor de EL LICENCIATARIO los siguientes derechos patrimoniales respecto de la.....(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera).

1. Derecho de realizar la reproducción de la(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera), en soporte(especificar el soporte) o, en su defecto, si se desea la cesión más amplia colocar la frase "bajo cualquier forma o procedimiento creado o por crearse en el futuro".
(Hay que especificar la cantidad de ejemplares que se autoriza reproducir).
2. Derecho de realizar la distribución de la(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera), en soporte.....(especificar el soporte).
3. Derecho exclusivo de realizar la comunicación al público de la.....(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera), en soporte(especificar el soporte) o en su defecto si se desea la cesión más amplia colocar la frase "bajo cualquier forma o procedimiento creado o por crearse en el futuro".
4. Derecho exclusivo de realizar la adaptación, traducción de la(se especifica la obra, interpretación, fonograma, etcétera).
5.colocar cualquier otra forma de explotación que se desea licenciar).

CLÁUSULA TERCERA: Exclusividad (si así se desea licenciar el derecho)

Por medio de la presente cláusula, EL AUTOR licencia a EL LICENCIATARIO los derechos mencionados en la cláusula segunda de forma exclusiva; por lo tanto, EL AUTOR se obliga a no licenciar los derechos a terceros.



CLÁUSULA CUARTA: Plazo y territorio

La licencia se efectúa por el plazo de.....años y se encuentra supeditada al siguiente territorio .

CLÁUSULA QUINTA: Contraprestación (se puede cambiar el término obra por interpretación, ejecución, fonograma, de acuerdo a cada caso)

EL LICENCIATARIO se obliga a pagar a EL AUTOR la suma total de S/..... (.....) como contraprestación por la licencia otorgada.

(Igualmente, se puede pactar en esta cláusula que la contraprestación será un porcentaje de los beneficios que se obtengan por la explotación de la obras, producciones, interpretaciones, etcétera.)

(Se puede especificar que el pago sea mensual, anual o un solo pago por todo el plazo del licenciamiento).

EL LICENCIATARIO hará pago a EL AUTOR mediante depósito bancario en las cuentas bancarias que este designe o bien mediante cheque girado a su nombre, a decisión de parte. EL AUTOR entregará a EL LICENCIATARIO factura o recibo por honorarios –según corresponda a su estado de contribuyente–, por la suma recibida, de acuerdo a la forma en que aparece precisada en el párrafo precedente y conforme a las disposiciones tributarias vigentes.

Las partes declaran que el importe que EL LICENCIATARIO pagará a EL AUTOR en virtud de este acápite, constituye el monto total de la contraprestación, declarando EL AUTOR que lo recibe a conformidad.

CLÁUSULA SEXTA: Toda comunicación entre las partes relativa al presente contrato deberá realizarse por escrito y dirigirse al domicilio de cada parte según aparece precisado en el párrafo introductorio del presente contrato.

CLÁUSULA SÉPTIMA: Las partes acuerdan que la obra/producción/interpretación se registrará a su nombre ante la Dirección de Derecho de Autor –INDECOPI. EL LICENCIATARIO deja constancia que en el formulario de solicitud de inscripción a depositarse ante la Dirección de Derecho de Autor –INDECOPI, se consignará el nombre de EL AUTOR.

CLÁUSULA OCTAVA: EL AUTOR se obliga a mantener indemne a EL LICENCIATARIO contra cualquier reclamo de terceros relacionado a la OBRA o de algún modo vinculado a su elaboración. De manera enunciativa mas no limitativa, EL AUTOR deberá mantener indemne a EL LICENCIATARIO contra cualquier reclamo relacionado con la OBRA, en caso haya sido elaborada sin contar con la autorización de los autores de obras preexistentes; en contravención a normas legales o si viola o infringe algún derecho protegido por el Derecho de Autor, derechos de marcas o cualquier otro derecho intelectual, así como los derechos a la persona, al honor, a la imagen o cualquier otro derecho fundamental de la persona; o en caso viole o afecte los derechos de terceros, y cualquier reclamo por cualquier otro supuesto.

Asimismo, teniendo en cuenta la obligación de EL AUTOR de mantener indemne a EL LICENCIATARIO ante cualquier reclamo de terceros relacionado con la OBRA o su elaboración, este último deberá informar a EL AUTOR de cualquier reclamo que existiese para que pueda iniciar la defensa correspondiente.

CLÁUSULA NOVENA: No será necesario que ante algún incumplimiento las partes se intimen en mora puesto que para todas las obligaciones del presente contrato se aplicará la mora automática, y se deberán pagar los máximos intereses legales contados desde el momento en que se debió cumplir con la obligación.



CLÁUSULA DÉCIMA: La invalidez, total o parcial, de una o más de las disposiciones contenidas en el presente contrato, no afectará la validez de las demás normas en este documento. Por el contrario, se entenderá que el contrato es eficaz en su totalidad, debiéndose considerar como inexistente(s) la(s) cláusula(s) total o parcialmente inválida(s); y, en consecuencia, los derechos y obligaciones de las partes se ejecutarán según lo establecido en el contrato.

CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA: Todo litigio o controversia, derivado o relacionado con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de _____, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: En todo cuanto no esté previsto por el presente contrato, regirá lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 822 –Ley sobre el Derecho de Autor y la Decisión Andina 351 –Régimen Común Sobre Derecho de Autor y derechos conexos.

Las partes contratantes se ratifican en el contenido y términos del presente contrato que suscriben en duplicado en _____, el día _____ de mes _____ de 20.....



Anexo III

El siguiente modelo de contrato contiene cláusulas generales, las partes pueden adicionarle otras cláusulas y términos que consideren convenientes. Aplicable también a las obras creadas bajo relación laboral con las cláusulas adicionales que correspondan dependiendo del régimen laboral.

CONTRATO DE OBRA POR ENCARGO

Conste por el presente documento el CONTRATO DE OBRA POR ENCARGO que celebran de una parte..... con RUC N°, domiciliad(o)(a) en....., debidamente representad(o)(a) poridentificad(o)(a) con D.N.I. N°....., según poderes inscritos en la Partida Electrónica N°del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de....., a quien en adelante se denominará EL COMITENTE; y de la otra parte, identificad(o)(a) con DNI N°.....con domicilio en....., a quien en adelante se le denominará EL AUTOR, en los términos y condiciones siguientes:

CLÁUSULA PRIMERA: Por el presente, EL COMITENTE encarga a EL AUTOR la creación de una obra (descripción general de la obra a realizar).

CLÁUSULA SEGUNDA: Las características de LA OBRA son las que siguen:

- LA OBRA versará sobre
- LA OBRA consistirá en
- LA OBRA tendrá una extensión aproximada de
- LA OBRA será redactada en idioma
- LA OBRA será original y no incorporará elemento alguno que pueda ser considerada como infractora de Derechos de Autor que sean de titularidad de tercero.
- LA OBRA será creada, redactada y revisada por EL AUTOR.

CLÁUSULA TERCERA: Adicionalmente, por este acto, EL COMITENTE contrata los servicios de EL AUTOR a fin de que este lleve a cabo lo siguiente:

- Sugiera las obras artísticas a ser incorporadas en LA OBRA(opcional)

CLÁUSULA CUARTA: EL AUTOR se obliga a prestar los servicios a que se refieren las cláusulas PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA de forma personal no pudiendo encargar la creación de LA OBRA a terceras personas, siendo esta prestación de obligación personal y condición esencial del presente contrato.

CLÁUSULA QUINTA: EL AUTOR deja expresa constancia que, por medio del presente contrato, cede con carácter exclusivo a EL COMITENTE los siguientes derechos patrimoniales sobre LA OBRA.

1. (especificar el derecho a ser cedido)
2. (especificar el derecho a ser cedido)
3. (especificar el derecho a ser cedido)

La cesión de derechos patrimoniales que por este acto EL AUTOR realiza a favor de EL COMITENTE, tendrá ámbito, siendo su plazo de duración....., según lo establecido por el Artículo 52º del



Decreto Legislativo Nº 822 – Ley sobre el Derecho de Autor, aplicable a la fecha de suscripción del presente contrato.

EL AUTOR autoriza por este acto la posterior transmisión de los derechos patrimoniales detallados en este acápite por parte de EL COMITENTE a favor de tercero. (Opcional)

CLÁUSULA SEXTA: EL AUTOR se obliga a entregar LA OBRA terminada a EL COMITENTE, a más tardar el día

CLÁUSULA SÉPTIMA: EL COMITENTE se obliga a pagar a EL AUTOR la suma total de S/..... (.....) de la manera siguiente:

- Se abonará a EL AUTOR la suma de S/ (.....) al inicio del encargo.
- Se abonará a EL AUTOR la suma de S/ (.....) con la entrega de (opcional)
- Se abonará a EL AUTOR la suma de S/ (.....) con la entrega de la obra a conformidad del COMITENTE.

EL COMITENTE hará pago a EL AUTOR mediante depósito bancario en las cuentas bancarias que este designe o bien mediante cheque girado a su nombre, a decisión de EL COMITENTE. EL AUTOR entregará a EL COMITENTE factura o recibo por honorarios –según corresponda a su estado de contribuyente–, por la suma recibida según aparece precisada en el párrafo precedente, conforme a las disposiciones tributarias vigentes.

Las partes declaran que el importe que EL COMITENTE pagará a EL AUTOR en virtud de este acápite, constituye el monto total de la contraprestación por este contrato e incluye la cesión de los derechos patrimoniales sobre LA OBRA que realiza EL AUTOR a favor de EL COMITENTE.

(puede especificarse cuáles otros costos asume EL COMITENTE)

CLÁUSULA OCTAVA: En caso LA OBRA no cumpla con las especificaciones señaladas bajo el acápite SEGUNDO precedente y/o no sea entregada por EL AUTOR a EL COMITENTE dentro del plazo fijado bajo el acápite SÉPTIMO precedente y/o EL AUTOR no cumpla con llevar a cabo lo establecido bajo el acápite TERCERO precedente, EL COMITENTE tendrá la potestad de resolver el presente contrato de pleno derecho, sin más requisito que dar cuenta a EL AUTOR por escrito de su decisión.

CLÁUSULA NOVENA: Toda comunicación entre las partes relativa al presente contrato deberá realizarse por escrito y dirigirse al domicilio de cada uno, según aparece precisado en el párrafo introductorio del presente contrato.

CLÁUSULA DÉCIMA: Las partes acuerdan que EL COMITENTE registrará LA OBRA a su nombre ante la Dirección de Derecho de Autor –INDECOPI. EL COMITENTE deja constancia que en el formulario de solicitud de inscripción de obra a entregarse ante la Dirección de Derecho de Autor –INDECOPI, consignará a EL AUTOR.

CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA: EL AUTOR se obliga a mantener indemne a EL COMITENTE contra cualquier reclamo de terceros relacionado a la OBRA o de algún modo vinculado a su elaboración. De manera enunciativa mas no limitativa, EL AUTOR deberá mantener indemne a EL COMITENTE contra cualquier reclamo relacionado con la OBRA, en caso haya sido elaborada en contra de lo indicado en el presente contrato, en contravención a normas legales o si viola o infringe algún derecho protegido por el Derecho de Autor, derechos de marcas o



cualquier otro derecho intelectual, así como los derechos a la persona, al honor, a la imagen o cualquier otro derecho fundamental de la persona; o en caso viole o afecte los derechos de terceros, y cualquier reclamo por otro supuesto.

Asimismo, teniendo en cuenta la obligación de EL AUTOR de mantener indemne a EL COMITENTE ante cualquier reclamo de terceros relacionado con LA OBRA o su elaboración, este último deberá informar a EL AUTOR de cualquier reclamo que existiese para que pueda iniciar la defensa correspondiente.

CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: No será necesario que ante algún incumplimiento cualquiera de las partes intente a la otra en mora puesto que para todas las obligaciones del presente contrato se aplicará la mora automática y se deberán pagar los máximos intereses legales contados desde el momento en que se debió cumplir con la obligación.

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: La invalidez, total o parcial, de una o más de las disposiciones contenidas en el presente contrato, no afectará la validez de las demás normas en este documento. Por el contrario, se entenderá que el contrato es eficaz en su totalidad, debiéndose considerar como inexistente(s) la(s) cláusula(s) total o parcialmente inválida(s); y, en consecuencia, los derechos y obligaciones de las partes se ejecutarán según lo establecido en el contrato.

CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: Todo litigio o controversia, derivado o relacionado con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de....., a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes de forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: En todo cuanto no está previsto por el presente contrato, regirá lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 822 –Ley Sobre el Derecho de Autor y la Decisión Andina 351 –Régimen Común sobre Derecho de Autor y derechos conexos.

Las partes contratantes se ratifican en el contenido y términos del presente contrato que suscriben en duplicado en, el díade mes.....de 20.....



Capítulo 5

USO Y PRODUCCIÓN DE SOFTWARE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

¿Qué es un software o programa de computación?

Un software es la expresión de un conjunto de instrucciones realizadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada (máquina), es capaz de hacer que un computador ejecute una tarea u obtenga un resultado.

La protección del programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso, sin embargo, no hay que confundir al software con las bases de datos, esta última se encuentra protegida sólo si la selección y disposición de la información que la conforma es original.

¿El software o programa de computación se encuentra protegido por el Derecho de Autor?

Sí, al estar expresados mediante un lenguaje determinado, estos se encuentran protegidos como si fueren obras literarias, aunque el conjunto de instrucciones que hacen posible que se protejan como tales no puedan ser realmente "leídas" por las personas que usan los programas de computación.

¿Quiénes son autores de un software?

Son autores del software todos los que efectuaron un aporte creativo en su elaboración. Por ejemplo, quien redactó la documentación preparatoria, quien diseñó la arquitectura del software, quien escribió el código fuente sobre la base de algoritmos y quien finalmente redactó la documentación técnica o los manuales de uso.

¿Quiénes no son autores de un software o programa de computación?

En líneas generales no son autores de un software quienes no intervienen en su proceso de creación o quienes interviniendo sólo aportan información, ideas o se limitan a ser ejecutores simples.

Los software son por lo general obras de carácter utilitario, su creación casi siempre parte de una necesidad específica. Las empresas, instituciones públicas o personas que encargan la creación de un software tienen en claro para qué se concibe, así como los problemas a



solucionar o incluso las funciones que debe realizar; ello, sin embargo, no los convierte en autores, porque el Derecho de Autor no protege las ideas, planes o concepciones sino las creaciones formales. Veamos un ejemplo:

Una persona tiene en su mente la visión de una escultura que desea crear. Mientras esta idea o visión se encuentre en la mente del escultor y no se haya exteriorizado o plasmado de alguna manera, por ejemplo, en un boceto, no goza de la protección del Derecho de Autor. Para que ello suceda es necesario no sólo que la obra se cree sino que la persona participe en el proceso de creación, aportando no sólo las ideas, concepciones o visiones. Sucede lo mismo en el caso de un software, pues uno puede tener en claro qué es lo que desea elaborar, pero mientras este programa no se cree (realice) y no intervenga en dicha creación, no podrá ser considerado su autor.

¿Puede una empresa o institución pública ser autor de un software o programa de computación?

No, una empresa o institución pública no puede ser autora del software o programa de computación que haya encargado desarrollar. Los autores sólo pueden ser las personas físicas o naturales, es decir, sus trabajadores o locadores. Las empresas o instituciones públicas sólo pueden ser titulares (propietarios) del software, pudiendo emanar dicha propiedad de la ley (presunción) o de contratos (contratos de trabajo, locación de servicios o cesiones) que celebren con los autores.

¿Cuál es el proceso de creación de un software o programa de computación?

En líneas generales, un software tiene el siguiente proceso de elaboración⁶:

- Fase de análisis y evaluación de los fines, tareas y resultados perseguidos, las necesidades de los usuarios, la determinación del tipo de hardware adecuado (requerimiento técnico) y de las especificaciones técnicas del software.
- Selección del algoritmo y las estructuras de datos.
- Selección del lenguaje o lenguajes de programación.
- Especificación de la lógica y estructura del programa.
- Codificación.
- Depuración y comprobación.
- Redefinición de los anteriores pasos si es necesario.
- Elaboración de documentación.
- Mantenimiento.

¿Qué elementos del Software se encuentran protegidos?

Los siguientes elementos se encuentran protegidos:

- **Documentación Preparatoria o "Descripción del Programa"**

Es la documentación que el autor o autores deben realizar⁷ antes de proceder a la elaboración del código fuente. En esta documentación se encuentran plasmadas no sólo las ideas de los autores para desarrollar el software sino también de forma detallada o esquemática, la "arquitectura" o diseño del programa, las secuencias, estructura e incluso sus partes, así como la presentación completa de operaciones. Esta documentación es un paso necesario y previo a la programación del software en sí.

⁶ Borking, Jhon J. En "Third party protection of software and firmware", Elsevier Science Publishers B.V. Amsterdam-New York-Oxford, 1985, pp. 67-68.

⁷ La relación es como el boceto a la escultura o los planos arquitectónicos a una casa.



El cuidado de la documentación preparatoria por parte del autor y/o titulares de un software⁸ y su negativa a dar información a terceros de manera directa, fue una de las razones que desalentaron a los productores de software a aceptar la protección ofrecida por las patentes de invención, para cuya obtención debe publicarse y describir necesariamente el invento. La elaboración de esta documentación implica casi siempre una importante inversión y contiene el conocimiento, técnica y creatividad del autor o autores.

Igualmente, si con el acceso al código fuente a través de la reingeniería inversa se puede lograr elaborar un software bastante similar al descompilado, con el acceso a la documentación preparatoria, las posibilidades de copia total o parcial del software son bastantes mayores.

- **Código Fuente y Código Objeto**

El código fuente es el conjunto de instrucciones que se escriben en determinado lenguaje mnemónico llamado de "ensamble" o ensamblador que un programa "intérprete" o "compilador" transformará en instrucciones válidas para la máquina.

Sin embargo, el software si bien se expresa en código fuente se usa en código objeto o código máquina.

Este último no se encuentra expresado en forma de símbolos, tan igual como el código fuente sino que es el resultado final de un proceso de "compilación" que los traduce a un conjunto de altas y bajas intensidades eléctricas que son comprendidas por la máquina a fin de ejecutar las instrucciones dadas en el código fuente.

Si bien el código objeto no es una forma de expresión perceptible, es necesario señalar que entre este y el código fuente existe una correspondencia casi exacta, de modo que el código objeto no es más que un reflejo o copia del código fuente en otra forma de expresión. Tanto así, que la compilación del código fuente siempre dará como resultado el programa objeto y viceversa, al descompilar el código objeto, nos quedará una versión aproximada del código fuente.⁹

Analizada la naturaleza de ambas formas de expresión de un software y a pesar que el código objeto como tal, no cumple con los supuestos de protección del Derecho de Autor, por expresa disposición de nuestra legislación este se encuentra protegido como parte integrante del software al igual que su expresión en código fuente. (Artículo 61º del Decreto Legislativo N° 822).

El código objeto (ejecutable) es la parte del programa de ordenador que se reproduce en la máquina y es objeto de cesión o licencia (distribución). El Derecho de Autor pone especial énfasis en impedir la reproducción no autorizada de este, en cambio impide y/o restringe el acceso (conocimiento) de terceros al código fuente.

- **La documentación técnica y los manuales de uso**

Es toda documentación que no formando parte del software, se encuentra destinada a facilitar la comprensión o la aplicación de un programa de ordenador. Nuestra legislación por expresa disposición ha

⁸ En algunos casos se invoca la protección prevista a los secretos industriales.

⁹ Si bien en teoría dicha descompilación es factible, es difícil llegar a la versión original del código fuente a través del código objeto.



extendido la protección del software a los manuales de uso y a la documentación técnica¹⁰, por lo que se aplica las normas especiales de software y no las de obras literarias.

¿Qué elementos del software no se encuentran protegidos?

Para que cualquier elemento del software se encuentre protegido es necesario que sea original.

Aunque esto podría ser muy sencillo, en el caso de los software -por ser obras de carácter utilitario-, la aplicación del concepto de originalidad, en el sentido que la obra sea una expresión de la impronta de la personalidad de su creador, en la práctica excluiría de la protección a la mayoría del software creado en la actualidad, sobre todo aquellos elaborados por ciertos programas que facilitan la labor de programación poniendo a disposición del programador herramientas (librerías).

Para los software debe aplicarse una evaluación de su originalidad distinta a la que se hace en otro tipo de obras, este es el criterio denominado de la "originalidad reducida".

Este criterio significa que en el momento de juzgar si un software es original o no, sólo se evaluará la ausencia de copia, de modo que, todo software se considerará original en la medida que no sea una copia de otro en sus elementos protegidos; por tanto, quien alegue la falta de originalidad de un software, deberá probar la existencia de copia en dicho software con relación a otro anteriormente creado.

La protección brindada por el Derecho de Autor no se extiende a la funcionalidad del software, a las cualidades o características de orden tecnológico, al procedimiento para desarrollar la obra, a la interfaz usuario, a los algoritmos, etc.

¿Todo el código fuente se encuentra necesariamente protegido?

No, existen secuencias del código fuente que no pueden protegerse porque si esto ocurriera se estaría impidiendo la producción de más software.

¿Por qué?

- **Fusión idea y expresión**

La diferencia entre la idea y expresión, respecto de la clásica distinción entre forma y contenido para delimitar qué se protege y qué no por el Derecho de Autor, presenta una especial dificultad en el caso de los software, puesto que en el código fuente se funde muchas veces la idea con la expresión de la misma, dado el fin utilitario de la obra consistente en que un máquina produzca un resultado determinado o cumpla con una función específica.

Esta fusión se da por razones técnicas porque en la labor de escribir un código fuente existe una única forma de describir determinadas funciones; por lo tanto, si se le otorgara a un autor la posibilidad de impedir una copia de esta secuencia de instrucciones, se estaría imposibilitando en el futuro que otros programadores puedan elaborar más software que cumplan dicha función. A su vez esto frenaría no sólo una mejora tecnológica en los software sino en definitiva el uso de esa idea, la cual, tal como se ha establecido, no se encuentra protegida por el Derecho de Autor.

¹⁰ Artículo 234. Programa de ordenador (software): 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 computador ejecute una tarea u obtenga un resultado. La protección del programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.



Para evaluar si existe una fusión entre la idea y su expresión, es necesario preguntarnos si hay otra forma de expresar dicha secuencia de instrucciones; por ejemplo, una determinada instrucción. Si después de hacer esta pregunta concluimos que existe una sola manera de redactar la instrucción, entonces sabremos que se ha producido una fusión entre la idea y su expresión; por ende, dicha forma de expresión deberá ser excluida de la protección del Derecho de Autor (así cumpla con los requisitos de originalidad y capacidad de reproducción o divulgación). En cambio, si existen muchas formas de expresar dichas ideas o una función, entonces la que elija el programador se encontrará protegida (independientemente de ser una forma literal o no; por ejemplo, la estructura de determinado comando).

A veces existen software que se ven iguales o muy parecidos en la pantalla, ¿eso quiere decir que uno es copia de otro?

No necesariamente, muchas veces vemos software que se parecen mucho en pantallas (look and feel), sin embargo ello no implica que uno sea una copia de otro, ya que la misma apariencia sensible en pantalla de un software puede ser lograda mediante el uso de instrucciones distintas.

La apariencia en pantallas de un software no se encuentra necesariamente protegida por el Derecho de Autor¹¹, aunque esta pueda tener elementos creativos no porque sea resultado de las instrucciones efectuadas en el código fuente sino porque en sí puede constituir una obra de otro género, tal como sucede con los videojuegos donde podemos apreciar obras artísticas (dibujos), obras audiovisuales (secuencias de imágenes en movimiento) e incluso música.

¿Por qué algunos software son tan parecidos?

Esto sucede porque en muchos casos, estos software han sido elaborados con base en una herramienta, como por ejemplo el Visual Basic, programa que tiene como función reducir la actividad humana en el proceso de escritura del código fuente a la selección de funciones y módulos ofrecidos por la biblioteca del "generador" y a proporcionar al ordenador los datos correspondientes.

Los "nuevos" programas se producen en la mayoría de los casos de forma automática y pueden considerarse copia parcial de algunos de los módulos contenidos en la biblioteca del programa usado para su creación, los cuales no se encuentran protegidos por el Derecho de Autor (formas necesarias o fusión idea/expresión).

Si bien un software hecho de esta manera puede no ser original, también es cierto que alguna secuencia del código fuente de este sí puede serlo, porque en la medida que existan otras maneras de expresar la idea o de elaborar una función, incluso con el empleo de la misma herramienta (Visual Basic), dicha forma de expresión distinta será protegida por el Derecho de Autor.

Claro que si dos obras derivadas se hacen con base en una misma obra originaria (Visual Basic), este hecho ocasionará que tengan más elementos en común entre ellas que si hubieran sido creadas en función a distintos programas; por lo tanto, el grado de originalidad en este tipo de software es aún más reducido que en otros que están hechos con lenguajes de programación con mayores márgenes para que el programador pueda expresar su creatividad.

En este punto también es importante destacar que el empleo de tales herramientas de programación ocasiona que el diseño de los controles usados en la interfaz usuario sea muy similar. Ello, sin embargo, no supondrá necesariamente la existencia de plagio o copia servil de un software con respecto a otro, puesto que tal similitud podrá responder a un estándar de la herramienta usada, del sistema operativo e incluso a un requerimiento del

¹¹ Salvo que estemos hablando de una protección sobre la selección y presentación de la información que se puede visualizar en una pantalla.



usuario. Por ende, la ecuación misma herramienta + mismo requerimiento + mismo usuario da como resultado mayor similitud en la interfaz usuario (pantallas), sin que dicha similitud implique necesariamente que un código fuente sea igual al otro, ya que cada programador con base en sus conocimientos, técnica, experiencia, habilidad y talento podrá diferenciarlos.

En estos casos, a quien alegue plagio o copia servil, no le bastará con acreditar similitudes en la interfaz usuario (look and feel) o en la forma como ambos software logran que el ordenador responda de una u otra manera (misma funcionalidad) sino que será necesario que acredite la posibilidad real que el supuesto plagario o copista haya tenido acceso al código fuente de la obra copiada.

Los programas de ordenador o software producidos por la Administración Pública

Antes de abordar este tema, es preciso que recordemos algunos conceptos. La autoría alude al acto de creación de la obra. Para la legislación peruana sólo pueden ser autores las personas naturales o físicas; no pueden ser autores las personas jurídicas.

En cambio, la titularidad alude no al acto de creación de la obra sino a la propiedad de los derechos patrimoniales que nacen a partir de dicha creación. Por ende, el autor será siempre el titular originario de la obra porque fue su acto de creación el que dio lugar al nacimiento del derecho, mientras que cualquier persona que adquiere el Derecho del Autor será considerado titular derivado de ese derecho.

Habiendo recordado los conceptos de autoría y titularidad, abordaremos qué sucede con los software producidos en la Administración Pública.

¿Quién es el productor de un software producido por la Administración Pública?

Para determinar quién tiene la categoría de productor, debemos analizar el artículo 2º numeral 32º del Decreto Legislativo N° 822.

El artículo 2º numeral 32 define como productor a aquella persona natural o jurídica que tiene:

- La iniciativa,
- coordinación y
- responsabilidad

en la producción de la obra.

Iniciativa: Es claro que en la creación de un software en el marco de un contrato de trabajo, la iniciativa le corresponde al empleador, quien encarga la elaboración de un programa de ordenador de acuerdo con unas directrices, en un modo y plazo determinado.

Coordinación: Se encuentra referida no a la simple labor de inspección en la ejecución de la obra sino a que el empleador haya tenido una participación decisiva en la realización del programa, solicitando información respecto de los avances, aprobación de etapas, etcétera. En estos casos se entiende que el empleador ejercerá esta coordinación a través de un empleado que supervise o controle la elaboración del software.

Responsabilidad: Esta se traduce en el despliegue de toda una actividad técnico – empresarial necesaria para la creación de la obra, en la cual el productor es el responsable de organizar y mantener una estructura administrativa, un personal de planta calificado y permanente, instalaciones y equipos, además



de proporcionar los suficientes recursos tecnológicos y financieros, sin los cuales no es posible la labor creativa. Igualmente, se considera productor al que ante la imposibilidad de asumir la actividad técnico empresarial, la traduce en sólo financiamiento.

Para ser considerado productor de acuerdo a los alcances del Decreto Legislativo N° 822, debe haberse efectuado las tres tareas, es decir, debe acreditar haber tenido la iniciativa, la coordinación y responsabilidad en la creación de la obra.

El artículo 70º del Decreto Legislativo N° 822, señala que: "Se presume, salvo prueba en contrario, que es productor del programa de ordenador la persona natural o jurídica que aparezca indicada como tal en la obra de la manera acostumbrada".

En razón de ello, el primer paso para identificar al productor de un software, es remitirse al ejemplar de la obra a fin de presumir que la persona natural o jurídica señalada de la manera acostumbrada en el soporte, es quien ejerce ese rol. Generalmente en la primera pantalla del software aparece la siguiente frase "derechos reservados (nombre de la institución pública o persona jurídica)", "Copyright (nombre de la institución pública o persona jurídica)", "©(nombre de la institución pública o persona jurídica)".

Y sólo a falta de identificación en el soporte o de alguna prueba en contrario que rompa la presunción establecida en el artículo 70º, se procederá a analizar quién cumple las condiciones establecidas en el artículo 2º, numeral 32 del Decreto Legislativo N° 822 para ser identificado como tal. Así, deberá analizarse en cada caso específico, quién tuvo la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la creación de la obra.

¿Cuándo un programa de ordenador o software se considera creado bajo una relación laboral?

Para que un empleador pueda adjudicarse la titularidad derivada de una obra creada bajo relación laboral, no basta con acreditar esa situación durante el período creativo, sino que adicionalmente deberá demostrarse que la creación de la obra forma parte de las funciones del trabajador o que bajo la facultad directriz de cada empleador esta le fue encomendada.

Así, por ejemplo, si el Jefe del Departamento de Contabilidad de una empresa escribe un libro durante su horario de trabajo, el empleador no puede adjudicarse la titularidad derivada de tal obra, si es que la creación de la misma no fue efectuada en ejecución de las obligaciones propias del trabajador.

Las horas de trabajo y los recursos del empleador que el trabajador pueda haber usado para crear su obra, no otorgarán necesariamente a su producto la categoría de obra asalariada.

¿Quién es el titular de los software producidos por los trabajadores de la Administración Pública?

La asignación de una titularidad sobre un programa de ordenador o software creado en virtud del contrato de trabajo, debe en principio ser producto de un acuerdo entre las partes (convencional) y sólo ante una falta de acuerdo o una omisión a este respecto o a sus alcances, opera la cesión legal, la cual presume que el Derecho de Autor de carácter patrimonial respecto del software ha sido transferido por el autor o los autores al productor en forma ilimitada y exclusiva.

Si el empleador tuvo la iniciativa, coordinación y responsabilidad en la creación del programa de ordenador o software, entonces este será su productor y, por lo tanto, titular del derecho.



¿Quién es titular, de los software creados en virtud de la ejecución de un contrato de obra por encargo (locación de servicios)?

La asignación de una titularidad sobre un programa de ordenador o software creado en virtud de un contrato de locación de servicios, debe en principio ser producto de un acuerdo entre las partes (convencional) y sólo ante una falta de acuerdo o una omisión a este respecto o a sus alcances, opera la cesión legal, la cual presume que el Derecho de Autor de carácter patrimonial respecto del software ha sido transferido por el autor o los autores en forma ilimitada y exclusiva al comitente o locatario.

Es claro que la iniciativa en la creación de un software en el marco de un contrato de obra por encargo, le corresponde al comitente, quien confía la elaboración de un programa de ordenador de acuerdo con unas directrices, en un modo y plazo determinado.

La coordinación, se encuentra referida no a la simple labor de inspección en la ejecución de la obra sino a que el comitente haya tenido una participación decisiva en la realización del programa, mediante aportaciones creativas de su propio personal informático¹²; por ende, se entiende que su simple participación en la realización del análisis funcional, corresponde al planteamiento del problema y no a la actividad creativa en sí, por lo que es usual que en este último caso la coordinación le corresponda al contratista.

Igualmente, la responsabilidad no se encuentra referida a quién asume la situación por cualquier incumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato o por los vicios ocultos que la obra pueda presentar, sino que esta se traduce en el despliegue de toda una actividad técnico – empresarial, necesaria para la creación de la obra, por lo cual es usual que la responsabilidad le corresponda al comitente.

Así, para ser considerado productor de acuerdo a los alcances del Decreto Legislativo N° 822, es necesario que a quien se le atribuya la titularidad por efecto de la presunción establecida en el artículo 71º aludido, acredite haber cumplido necesariamente las tres condiciones; es decir, haber tenido la iniciativa, la coordinación y responsabilidad en la creación de la obra. Claro está que no existe limitación en el número de personas que pueden ser consideradas productoras de determinada obra. Por ejemplo, la empresa A contrata a la empresa B para que elabore un software y le permite a esta subcontratar a la empresa C. La iniciativa en la creación de la obra la posee A, la coordinación la puede poseer B y la responsabilidad puede ser compartida tanto por A y B, por ende A y B tendrán la condición de productores.

Entre los contratos de obra por encargo más comunes con relación a la creación de software, se puede mencionar al contrato atípico de "Desarrollo de un software", por medio del cual el contratista se obliga a crear y entregar un determinado software en todas sus formas de expresión (código objeto, código fuente, manual de usuarios, documentación técnica, documentación preparatoria y auxiliar) al comitente, a cambio de una determinada contraprestación.

En el título o documento que sirve de prueba para acreditar la existencia de este tipo de contratos, se suele encontrar las siguientes cláusulas: Objeto del contrato, detalle del encargo, contraprestación, plazo de ejecución del encargo, lugar de desarrollo de la obra, tipo de información o herramientas que el comitente ofrecerá al contratista a fin de cumplir con el encargo, supervisión de la ejecución de la obra, pruebas para determinar la conformidad de la obra y fecha de entrega tanto en código objeto, como código fuente y demás documentación auxiliar o complementaria; manifestaciones y garantías del contratista, causas de resolución, indivisibilidad del contrato, prohibición de subcontratación, prohibición de cesión de la posición contractual y novación, relación de

¹² Conforme a la Conferencia Diplomática de Roma, el empleado de una persona jurídica que realiza determinada actividad por cuenta de esta, por ejemplo la fijación de sonidos, no puede considerarse productor en los términos del acuerdo sino que tendrá tal condición la persona jurídica (o sea el empresario) y no el empleado.



la contratista con los autores (empleados), confidencialidad en el manejo de la información a ser proporcionada por el comitente, comunicaciones entre las partes, ley aplicable y jurisdicción competente y, de forma opcional, cláusulas para recurrir al arbitraje.

En los mencionados contratos también pueden constar aquellos derechos que el autor conservará o su porcentaje de participación en su explotación, en cuyo caso la presunción establecida en el artículo 71º del Decreto Legislativo Nº 822 quedará limitada a los otros derechos que no se reserve por vía contractual el autor.

Si el locatario o comitente tuvo la iniciativa, coordinación y responsabilidad en la creación del programa de ordenador o software, entonces este será su productor y, por lo tanto, titular del derecho; salvo que exista un pacto en contrario.

En los casos de coproducción, los cotitulares sólo podrán explotar la obra de común acuerdo. Por ende, entre ellos no podrán oponerse la exclusividad de su derecho; sin embargo, sí podrán oponerla frente a terceros incluso contra los propios autores, quienes no pueden explotar la obra sin la autorización de los coproductores.

Habiendo determinado quién es el titular de los derechos de autor de los programas de ordenador creados bajo relación laboral y por encargo en la Administración Pública, corresponde ocuparnos de aquel software preexistente a ser usado por la Administración Pública.

Uso de software preexistente por parte de la Administración Pública

La Administración Pública también usa programas de ordenador existentes en el mercado. En estos casos se puede licenciar su uso o se puede adquirir la titularidad de dichos software.

La ventaja de adquirir un software comercial es que el proceso de mejora y mantenimiento no correrá por cuenta del usuario sino del titular de los derechos; sin embargo, muchas veces en la Administración Pública se requiere satisfacer necesidades muy específicas, pudiendo optarse en estos casos por adaptar un software existente a los requerimientos específicos.

En estos casos, corresponde que se elaboren contratos de cesión o licencia de uso.

Contrato de cesión del Derecho de Autor y contrato de licencias de uso

Tanto el contrato de cesión de derechos y los contratos de licencia de uso de software tienen su base en la normas del Derecho de Autor, por lo tanto, al momento de analizarlos debe tenerse en consideración las particularidades propias de esta normatividad.

Una de las características más importantes de las obras intelectuales es que al ser bienes incorporales pueden cederse o licenciarse a un número indeterminado de personas de forma simultánea.

Debido a esta característica, las legislaciones en materia del Derecho de Autor establecen que las cesiones de los derechos de explotación deben efectuarse por escrito; asimismo, se especificará en dichos contratos de forma expresa cada uno de los derechos cedidos (derecho de reproducción, distribución, comunicación al público, adaptación, etcétera), de manera que los que no fueran mencionados permanecen con el autor.

La persona que recibe la cesión (el cesionario) pasa a partir de la misma a ser titular de los derechos de explotación (aparece normalmente como titular del "copyright").



El titular derivado en virtud de una cesión, deberá cerciorarse no sólo respecto a cuáles derechos le confiere cesión el autor de la obra, sino que debe probar que la persona que cedió los mismos los poseía, puesto que de no ser el autor, los derechos conferidos por este no existen, resultando ilícitos los actos de explotación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 37º del Decreto Legislativo N° 822.

En el caso de los software, la legislación ha establecido una presunción legal a favor del productor. Por tanto, la transferencia de los Derechos de Autor se entiende efectuada inmediatamente después de creada la obra y esta es ilimitada y exclusiva, no siendo de aplicación los artículos referidos a la cesión de derechos de los otros tipos de obra sino el artículo 71º del Decreto Legislativo N° 822.

¿Qué es una cesión de derechos?

La cesión de derechos se encuentra regulada en el artículo 89º del Decreto Legislativo N° 822.

El contrato de cesión de Derecho de Autor tiene por objeto transferir cada uno de los derechos de carácter patrimonial. En dicho contrato de transferencia debe constar de forma expresa cada uno de los derechos patrimoniales necesarios para el correcto uso del software; por ejemplo, se debe ceder los derechos de reproducción, distribución, comunicación al público, adaptación, etcétera. La norma aludida establece que cada forma de utilización es independiente. Por lo tanto, los derechos no cedidos expresamente no formarán parte de la cesión y permanecerán en poder del productor.

En un contrato de cesión de derechos debe establecerse el carácter exclusivo o no de ese ejercicio puesto que, de conformidad con el artículo 89º acotado, de no establecerse tal exclusividad se entenderá que la cesión es no exclusiva.

En un contrato de cesión de derechos, debe establecerse el ámbito territorial en el cual se ejercerá el derecho, puesto que de no establecerse ello, de conformidad con el artículo se entiende que el derecho sólo puede ejercitarse en el lugar en el que se efectuó la cesión.

En un contrato de cesión de derechos debe establecerse el plazo de duración, puesto que de no establecerse, se entenderá que el derecho patrimonial se transfiere sólo en la medida necesaria para el fin del contrato; por lo tanto, cumplida su finalidad, el derecho transferido retorna al autor o al productor en su caso.

¿Qué es una licencia de uso?

El creador de una obra tiene el derecho exclusivo de utilizarla y de decidir si desea o no explotarla y en qué modo. La licencia de uso es el contrato por el cual el autor le concede a una persona la facultad de utilizar su obra a cambio de una prestación determinada (precio).

El apartado 16) del artículo 2º del Decreto Legislativo N° 822 establece que la "Licencia" es la "autorización o permiso que concede el titular de los derechos (licenciante) al usuario de la obra u otra producción protegida (licenciataria), para utilizarla en una forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato de licencia. A diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad de los derechos".

Con las obras literarias y artísticas se ha accedido tradicionalmente a la licencia de uso de la obra de manera implícita a través de la compra del soporte en la que está contenida; por ejemplo, si compro un libro, tengo el derecho de leerlo; si compro un cuadro, tengo el derecho de exhibirlo y; en el caso de la música, de escucharla. Se da por sentado que, quien compra el soporte, adquiere el derecho de usarla. Por el contrario, en el caso de los software no sucede lo mismo, una persona puede adquirir una copia del programa de ordenador, sin embargo, para utilizarlo debe tener la



licencia de uso otorgada por el titular del derecho. Ello debido fundamentalmente a la gran capacidad y a la facilidad con que estas obras pueden ser reproducidas, lo cual convierte a cualquier usuario en un potencial distribuidor.

Debido a este fenómeno, en un primer momento los titulares de los derechos de los programas de ordenador o software optaron por elaborar contratos de licencias de uso muy detallados, por lo que la licencia de uso comercial pasó así a componerse, materialmente, de dos partes fundamentales:

Las condiciones generales, que mencionan al titular de los derechos de explotación y expresan las condiciones de uso del programa de ordenador; y la individualización, que expresa con qué usuario se ha contratado.

Debido a la mayor demanda de los software comerciales destinados a una gran cantidad de usuarios, los contratos de licencia en soporte impreso con cláusulas extensas, rigurosas y con sumo detalle, comenzaron a constituir un entorpecimiento para el tráfico comercial, razón por la cual frente a la necesidad de identificar al usuario legítimo del software fue necesario dejar constancia de la celebración de los contratos, mediante otro tipo de registros o instrumentos.

Un fase de desarrollo de estas licencias la constituye la llamada "shrink-wrap", en la que las condiciones de contratación se expresan de una manera visible en el mismo soporte donde está fijada una copia del programa. De esta forma, para acceder a la copia de la obra resulta necesario «rasgar el envoltorio». Las condiciones de uso se entienden por aceptadas cuando el usuario rompe dicha cubierta para acceder al programa.

Con el fenómeno de la piratería, para que un usuario ilegítimo tampoco pudiera alegar que la licencia le había sido transferida de un usuario legítimo, la norma entiende que en el caso de los programas de ordenador los derechos de uso son intransferibles (artículo 95 del Decreto Legislativo 822), salvo que el titular de los derechos de explotación haya expresamente concedido esa posibilidad en el contrato respectivo.

Hoy en día, las grandes compañías de software abren una cuenta electrónica a favor de los usuarios legítimos con la finalidad que estos puedan registrar sus contratos. Dicho registro constituye el título del usuario, a fin de acreditar que la copia del software que está usando fue autorizada por el titular de los derechos.

Debe quedar claro que, en el caso de adquirirse una licencia de uso, no se tendrá la condición de titular (propietario) de la obra, sólo la facultad de usar esta de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato de licencia.



Anexo I

Algunas recomendaciones: La parte más importante en el momento de encargar el desarrollo de un programa de ordenador es determinar los siguientes aspectos:

1. Documentación Técnica. (debe establecerse con cierto grado de detalle las características del programa de ordenador o software a desarrollar).
2. Monto de la contraprestación.
3. Ámbito de la cesión de derechos.

CONTRATO DE DESARROLLO DE SOFTWARE

De una parte,....., identificada con RUC N°....., con domicilio en....., provincia de, departamento de....., debidamente representada por su Gerente General, identificado con DNI N°.....; a quien en lo sucesivo se le denominará el LOCADOR ; y

De otra parte,.....identificada con RUC N°, con domicilio en....., provincia de, departamento de....., debidamente representada por su Gerente General....., identificado con DNI N°.....; a quien en lo sucesivo se le denominará el LOCATARIO.

Ambas partes se reconocen recíprocamente la necesaria capacidad jurídica y de obrar para este otorgamiento y:

EXPONEN

Primero: El LOCADOR está interesado en contratar los servicios del LOCATARIO para que realice el desarrollo de un software(en adelante el "software"), de acuerdo a las características que para tal efecto se han establecido.

Segundo: El LOCATARIO es una empresa....., especializada en el desarrollo de sistemas y software informático. En virtud de lo anterior, ambas partes convienen en la celebración del presente CONTRATO DE DESARROLLO DE SOFTWARE, que se regirá de acuerdo con las siguientes:

CLÁUSULAS

CLÁUSULA PRIMERA: CARACTERÍSTICAS DEL SOFTWARE

El LOCADOR diseñará y desarrollará el software de acuerdo a las siguientes características:

- 1.1. El software deberá poder
- 1.2. Las características operativas del software están descritas en el Anexo I, el cual forma parte integrante del presente contrato.
- 1.3. El software deberá llevar registros en bases de datos de todos los puntos que se señala en el archivo "Bases de datos necesarias", adjunto a este contrato como Anexo II.
- 1.4. El software deberá tener los controles operativos para....., entre otros, de acuerdo a los definido en el documento "Administrables del Sistema", adjunto a este contrato como Anexo III.



- 1.6. El software estará preparado para instalar más módulos....., y el LOCATARIO podrá asesorar al LOCADOR en la contratación de las empresas proveedoras necesarias para
- 1.7. El servicio materia del presente contrato incluye la necesaria capacitación para el LOCADOR o para las personas que este designe, respecto al manejo de las "Bases de datos necesarias" y los "Administrables por el sistema".
- 1.8. El diseño gráfico y de textosserá evaluado conjuntamente entre las partes, y el diseño final deberá ser aprobado exclusivamente por EL LOCADOR. Dentro del Anexo I se muestra información que sirve de guía, tal como:.....
- 1.9. Durante la fase de diseño, desarrollo e implementación del software, el LOCATARIO designa al Sr..... para servir de contacto con el LOCADOR.
- 1.10. Durante la fase de diseño, desarrollo e implementación del software, el LOCADOR designa al Sr. para servir de contacto con el LOCATARIO.

CLÁUSULA SEGUNDA: SOPORTE TÉCNICO

El LOCATARIO ofrece un servicio de soporte técnico del software materia del presente contrato durante un plazo de(.....) años, sin que ello implique un costo adicional para el LOCADOR. El plazo del servicio técnico se iniciará desde el día que el software sea entregado y aprobado a conformidad del LOCADOR.

Esto no incluye el desarrollo, modificación y/o ampliación de nuevas aplicaciones del software, ni las labores normales de help desk; solo incluye posibles errores de programación anteriores.

CLÁUSULA TERCERA: PLAZO DE EJECUCIÓN Y PAGO

Se dispondrá de(.....) meses para la programación del software y.....(.....) meses más para resolver los detalles de , contando el tiempo desde la fecha de firma del presente contrato. Se efectuarán pruebas piloto no masivas, a fin de verificar el buen funcionamiento de .

Por el desarrollo del software ".....", hasta el momento del lanzamiento y la realización de pruebas que confirmen su correcto funcionamiento, el LOCADOR pagará al LOCATARIO el monto de:(.....), el cual incluye todos los impuestos de ley. Dicha importe será pagado de la siguiente manera:

-(.....) por adelantado.
-(.....) a la aprobación de la arquitectura del software y demás documentación preparatoria.
-(.....) al comprobarse la correcta verificación del software.

CLÁUSULA CUARTA: PROPIEDAD INTELECTUAL

En virtud del presente contrato de obra por encargo para el desarrollo de software, el LOCATARIO cede en forma exclusiva, ilimitada y a nivel mundial, por el máximo de tiempo legalmente permitido, todos los derechos patrimoniales sobre el software ".....".

En virtud de lo anterior, las partes acuerdan expresamente que el LOCADOR adquiere todos los derechos de explotación en exclusiva de la documentación preparatoria, código fuente, aplicativos y manuales de uso del software ".....", con exclusión de cualquier otra persona natural o jurídica, nacional o extranjera, incluido el propio LOCATARIO, y sin ningún tipo de limitación, ni restricción en cuanto a territorio, cantidad, forma, modo o tiempo. En particular por el presente contrato quedan en exclusiva para el LOCADOR los siguientes derechos:

- 4.1. El de reproducción directa o indirecta, entendiéndose por tal el derecho de fijar o de hacer fijar el software.....en todo o en parte, con carácter provisional o permanente sobre cualquier



soporte magneto-óptico o formato por cualquier sistema, procedimiento o medio que permitan su reproducción y/o la obtención de copias de la totalidad, de partes o fragmentos de este. El almacenamiento del código objeto del software de forma digital en un soporte electrónico, incluidos servidores de una red mundial informática, o Internet, Intranet y Extranet, tendrá la consideración de acto de reproducción.

- 1.2. El de distribución, entendiéndose por tal derecho la puesta a disposición al público de copias o reproducciones del software que puedan ponerse en circulación como objetos tangibles o no, en cualquier soporte o formato y por cualquier sistema o procedimiento mediante su venta, alquiler, préstamo, licenciamiento o cualquier otra forma de transferencia temporal o definitiva, en exclusiva o no, de la titularidad, posesión o uso para cualquier finalidad lícita.
- 1.3. El de traducción del software, entendiéndose por tal la posibilidad de traducir sus textos, así como el manual de usuario, a cualquier otro idioma.
- 1.4. El de comunicación al público, incluido el acceso público al programa y a su base de datos por medio de cualquier medio de telecomunicación, inalámbrico o no; así como el acceso al público mediante una red informática mundial o Internet, Intranet y Extranet.
- 1.5. Los derechos de propiedad intelectual e industrial que puedan derivarse del software ".....", pero sin limitarse a estos, tales como las bases de datos que se generen, los gráficos, personajes, animaciones y el resto de obras intelectuales contenidas en el software ".....", así como las marcas y nombres de dominio respectivos.
- 1.6. El de defensa de los derechos morales del software ".....".

El LOCATARIO, así como sus funcionarios, empleados, programadores, asesores y empresas afiliadas y sucursales, renuncian expresamente a ejercer cualquiera de los derechos antes descritos, así como a participar de los ingresos que EL LOCADOR pueda obtener en el futuro por el uso, disfrute y/o explotación del programa de ordenador cedido. Asimismo, las partes acuerdan que para la transmisión de los derechos cedidos a favor del LOCADOR a terceros, mediante acto entre vivos, sean exclusivos/onerosos/tales o no, los mismos podrán efectuarse sin requerir ninguna clase de autorización, conformidad o consentimiento por parte del LOCATARIO.

Igualmente el LOCATARIO, así como sus funcionarios, empleados, programadores, asesores y empresas afiliadas y sucursales, expresamente se obligan a no utilizar o reutilizar la documentación preparatoria, código fuente y/o el manual de uso del software "....." en algún otro programa, proyecto o encargo futuro de desarrollo de software de igual o muy similar naturaleza al del software ".....".

CLÁUSULA QUINTA: CLÁUSULA DE PENALIDAD POR INCUMPLIMIENTO:

En caso de retraso y/o incumplimiento en la prestación del servicio, se impondrá a los AUDITORES una penalidad equivalente a la cantidad de S/.....(.....00/100 Nuevos Soles) por cada día de atraso.

En caso se produzcan deficiencias o defectos en la prestación de los servicios de manera reiterada, el LOCADOR podrá optar en contratar a un tercero, a cuenta del LOCATARIO para que preste su concurso o exigir al LOCATARIO, por su cuenta o riesgo que vuelva a realizar los servicios, cubriendo el íntegro de los costos.

CLÁUSULA SEXTA: ACTOS POSTERIORES.

El LOCATARIO se compromete a proporcionar al LOCADOR, a simple petición de este, todos los documentos, firmas y autorizaciones que se requieran, sin límites ni cargos adicionales, a fin de hacer efectiva la presente transferencia y cesión, así como hacer respetar y/o valer los derechos que el LOCADOR tiene sobre el software "....." ante terceras entidades, sean estas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y para cualquier tipo de trámite, gestión o procedimiento que fuese necesario.



CLÁUSULA SÉPTIMA: ACCIONES DE TERCEROS

El LOCATARIO responderá en exclusiva frente a cualquier acción o reclamación de terceros que se produzca con motivo o como consecuencia de la cesión y/o ejercicio de los derechos otorgados al LOCADOR mediante el presente contrato; y, en cualquier caso, este podrá repetir contra el LOCATARIO por cualquier reclamación de la que fuera objeto.

CLÁUSULA OCTAVA: IMPUESTOS

El pago que efectúe el LOCADOR a favor del LOCATARIO por las prestaciones indicadas en el contrato, estará sujeto a las retenciones de impuestos a que hubiere lugar de acuerdo con la ley aplicable.

CLÁUSULA NOVENA: CONFIDENCIALIDAD

En cuanto a la confidencialidad, las partes acuerdan:

Que toda la información que intercambien las partes en el desarrollo del presente contrato es de carácter reservado y confidencial. El LOCATARIO se compromete a guardar la más estricta reserva sobre la información y a no divulgar a terceros distintos del LOCADOR o a usar para propósitos distintos del cumplimiento del objeto de este contrato, toda o cualquier parte de la información a que tenga acceso en razón de este contrato, o que haya sido recibida o averiguada por el LOCATARIO directa o indirectamente del LOCADOR, o de otros contratistas o consultores, u originada de otra manera y adquirida por el LOCATARIO y/o los miembros de su personal, en conexión con o como resultado de la realización de trabajos y/o servicios objeto de este contrato. Cualquier información proporcionada por el LOCADOR de conformidad con el presente contrato será de su propiedad exclusiva.

El LOCATARIO y los miembros de su personal no podrán usar el nombre del LOCADOR en material promocional o hacer comunicados publicitarios con respecto a las labores objeto del presente contrato sin obtener primero el permiso escrito del LOCADOR. Asimismo, el LOCATARIO queda obligado a no hacer anuncios publicitarios o manifestaciones de cualquier índole en los que se vea involucrado el LOCADOR. El incumplimiento a lo previsto en esta cláusula, será justa causa para dar por terminado el contrato, quedando a favor del LOCATARIO las indemnizaciones a que por ley tenga derecho.

El LOCATARIO reconoce que todo material confidencial, técnico o comercial, que se adquiera o utilice en la ejecución de este contrato es devolutivo y le será entregado al LOCADOR inmediatamente después de haber dejado de ser requerido y, a más tardar, al tiempo de terminación del contrato.

Para todos los efectos, se entenderá que la información que incluya los documentos producidos, podrá ser utilizada exclusivamente por el LOCADOR o por quien este último decida, para los fines que crea convenientes.

La violación de cualquiera de los términos de la presente cláusula de confidencialidad por parte del LOCATARIO significará automáticamente el pago a favor del LOCADOR, de una indemnización de(.....), sin perjuicio de los daños y deterioros que pudieran ocasionarse.

CLÁUSULA DÉCIMA: LEGISLACIÓN APLICABLE

El presente contrato se rige y será interpretado de acuerdo a las leyes del Perú.



CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA: RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquier controversia que surja entre las partes en relación a la interpretación y/o ejecución y/o aplicación del presente contrato, incluso aquellas que pudieran vincularse a la nulidad o invalidez del presente contrato, se someterán a arbitraje de derecho ante la Cámara de Comercio de Lima.

Las partes declaran haber leído todas y cada una de las cláusulas precedentes del presente contrato de desarrollo de software, y estar de acuerdo con ellas, en fe de lo cual lo suscriben en(.....) ejemplares, en la ciudad dea losdías del mes dede 20.....



Capítulo 6

LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO DE OBRAS MUSICALES, PRODUCCIONES FONOGRAFICAS Y OBRAS AUDIOVISUALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

¿Qué es una obra musical?

La obra musical es una creación intelectual expresada mediante sonidos. Su originalidad se encuentra particularmente en la melodía, en la armonía o en el ritmo, en dos o en todos estos elementos aunque también puede radicar en la letra. Sin embargo, no necesariamente una obra musical contiene letra porque puede ser sólo instrumental.

¿Qué es un fonograma?

Un fonograma, a diferencia de una obra musical, no es el sonido sino la primera fijación de sonidos. Puede contener una obra musical aunque también únicamente la fijación de sonidos. Por ejemplo, los sonidos o ruidos de la naturaleza, la voz humana, sonidos o ruidos producidos casual o voluntariamente por animales, cosas, el hombre, sonidos electrónicos, etcétera.

¿Qué es una obra audiovisual?

De acuerdo con la normativa peruana, la obra audiovisual es toda creación intelectual expresada mediante una serie de imágenes asociadas que den la sensación de movimiento con o sin sincronización incorporada, susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos, o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independiente de las características del soporte material que las contiene, sea en películas de celuloide, en videogramas, en representaciones digitales o en cualquier otro objeto o mecanismo, conocido o por conocerse. Comprende a la obra cinematográfica y las obtenidas por un procedimiento análogo a esta.

¿Qué se considera como comunicación pública?

Para estos efectos es todo acto mediante el cual dos o más personas reunidas o no en un mismo lugar tienen acceso a una obra musical, un fonograma o una obra audiovisual sin la previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.



Entre los actos de comunicación pública se puede mencionar a:

- Representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de obras musicales (por ejemplo, en los conciertos con la interpretaciones y/o ejecuciones de artistas en vivo) o las realizadas en lugares públicos y abiertos al público.
- La proyección o exhibición pública de producciones audiovisuales, fonogramas o imágenes en movimiento, no consideradas obras en las que se hubiere incorporado las obras musicales y los fonogramas.
- La radiodifusión de producciones musicales, fonogramas y audiovisuales o fijaciones audiovisuales no consideradas obras. Esto ocurre cuando un organismo de radiodifusión público o privado, como un canal de televisión, incorpora en sus emisiones obras musicales, fonogramas y obras audiovisuales.
- La retransmisión, por una entidad emisora distinta de la de origen, de la producción radiodifundida.
- Su captación en lugar accesible al público (oficinas), mediante cualquier instrumento idóneo (aparato de radio o televisión), de obras musicales, fonogramas u obras audiovisuales.
- En general, la difusión, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse, de producciones musicales, fonogramas, imágenes en movimiento no consideradas como obras u obras audiovisuales.

Hoy en día vemos que muchos organismos públicos a través de la instalación de aparatos de televisión o aparatos de radio en sus sedes, efectúan actos de comunicación al público de obras musicales, fonogramas musicales y obras audiovisuales sin tener en cuenta que para efectuar estos actos de explotación es necesario contar con la autorización previa y por escrito de los autores y compositores musicales, y de los productores audiovisuales o que, a partir de estos actos de comunicación pública, se genera un derecho de remuneración a favor de los productores fonográficos.

A veces se piensa que como los organismos de radiodifusión ya efectuaron el pago a las sociedades de gestión colectiva, esto les exonera del mismo, perdiendo de vista que el pago realizado por dichos organismos de radiodifusión o cable sólo les autoriza a radiodifundir o retransmitir la obra musical a los aparatos receptores (televisores) ubicados en las casas (ámbito doméstico), mas no en los lugares abiertos al público como son las sedes de las instituciones públicas.

Considerando que la música grabada y las obras audiovisuales forman muchas veces parte de nuestra vida laboral diaria o son necesarias en el momento de desarrollar determinadas actividades (reuniones de fin de año, eventos de carácter oficial en los que se use música, ceremonias, etc.), es necesario que los organismos públicos comiencen a prever en sus presupuestos el pago del Derecho de Autor y de los derechos conexos que deben realizar a los respectivos titulares, los cuales en el Perú se encuentran representados por las sociedades de gestión colectiva.

La gestión colectiva del Derecho de Autor y los derechos conexos, surge como un mecanismo alternativo frente a la masificación de la explotación de las obras y producciones protegidas por la sociedad.

Con el avance de la tecnología, los autores van perdiendo el control efectivo de la explotación de sus bienes, razón por la cual se hizo necesaria la creación de asociaciones de autores en primer término y luego asociaciones de otros titulares que tengan por finalidad la gestión colectiva de sus derechos.

Para que una entidad de gestión colectiva pueda existir como tal, de acuerdo con la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, es necesario que cuente con la autorización de una entidad competente, que en el caso del Perú es la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI.

A la fecha se encuentran autorizadas a funcionar como sociedades de gestión colectiva las siguientes entidades:

- Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC)
- Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV)



- Asociación Nacional de Artistas Intérpretes y Ejecutantes (ANAIE)¹³
- Unión Peruana de Productores Fonográficos (UNIMPRO)
- Entidad de Gestión de Derechos de Productores Audiovisuales del Perú (EGEDA)
- Sociedad Nacional de Intérpretes y Ejecutantes de Música (SONIEM)
- Inter Artis Perú.

La ventaja de contratar con las entidades de gestión colectiva es que nos ahorran el costo de identificación, localización y transacción con cada autor, productor fonográfico o audiovisual y nos ofrecen el acceso a amplios catálogos de obras y producciones protegidas a tarifas generales.

¿Las entidades públicas pueden ser titulares de derechos de obras musicales, fonogramas y obras audiovisuales?

Sí, en muchos casos con la finalidad de cumplir con la labor de difusión de los servicios que prestan las institucionales públicas o para formar parte de su identidad corporativa o de la puesta en valor de nuestra cultura, es necesario que encarguen las creaciones y producción de obras musicales, fonogramas o incluso de videos institucionales.

En el caso de las obras musicales y los fonogramas, resulta aplicable lo expresado en el capítulo referido a los contratos de licencia y cesión de derechos; en cambio, en el caso de las obras audiovisuales al igual que para los software, existe una legislación especial a la cual nos referiremos.

Antes de analizar a quién le corresponde la titularidad de una obra audiovisual, es necesario preguntarse quiénes son sus autores.

El artículo 53° del Decreto Legislativo N° 822, establece que se presume coautores de una obra audiovisual, salvo pacto en contrario, a las siguientes personas:

1. El director o realizador
2. El autor del argumento
3. El autor de la adaptación
4. El autor del guión y los diálogos
5. El autor de la música especialmente compuesta para la obra audiovisual
6. El dibujante en el caso de los diseños animados.

La razón por la que el mencionado artículo presume pero no excluye a otras personas como autores de la obra, es que la calidad de autor nace de haber realizado un aporte creativo a la obra, por ende, también podrían ser considerados coautores, los escenógrafos, los coreógrafos, los diseñadores del vestuario, etcétera.

¿A quién le corresponde la titularidad de los derechos patrimoniales de las obras audiovisuales creadas en virtud de la ejecución de un contrato de obra por encargo o bajo una relación laboral?

Por lo general, la obra audiovisual en sus distintas categorías (cinematográfica, televisiva, video clip, etc.), tiene una entidad singular a pesar de estar constituida por múltiples contribuciones tanto de índole literaria (guiones, diálogos) como de índole artística (música, dibujos, fotografías, imágenes en movimiento).

¹³ A la fecha de publicación de esta Guía, dicha entidad ha solicitado a la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI la revocatoria de su autorización para funcionar como sociedad de gestión colectiva, habiéndose resuelto la revocatoria mediante Res. N.º 21-2013/DDA-INDECOPI. Dicha Resolución ha sido impugnada



Si todos los que efectuaron un aporte creativo a la obra audiovisual (coautores) debieran ponerse de acuerdo para controlar su explotación resultaría imposible, razón por la cual la norma (Decreto Legislativo N° 822) ha regulado de manera especial esta categoría en el Título VI, Capítulo I, habiéndola excluido expresamente lo mismo que al software respecto de la aplicación del artículo 16º y de algunos artículos sobre la transmisión de los derechos.

El artículo 66º del Decreto Legislativo N° 822 establece una presunción, la misma que supone que a falta de acuerdo entre los coautores y el productor audiovisual, se entiende que los coautores de la obra audiovisual han cedido en forma ilimitada y exclusiva los derechos de explotación (por ejemplo, el derecho de reproducción, comunicación pública, distribución, puesta a disposición) facultando incluso al productor a ejercitar el derecho moral de divulgación.

En virtud de lo anteriormente señalado, debemos concluir que la asignación de una titularidad derivada sobre una obra o fijación audiovisual creada en virtud de un contrato de locación de servicios o contrato de trabajo, debe en principio ser producto de un acuerdo entre las partes (convencional) y sólo ante una falta de acuerdo o una omisión a este respecto o a los alcances del mismo, opera la presunción antes explicada.

Si una entidad pública tiene la necesidad de encargar la creación de una obra audiovisual, tal como un video institucional, es necesario en principio que se determine el destino de explotación de la obra para que en el contrato se establezca de forma expresa la cesión de los derechos patrimoniales necesarios para dichos fines. Si en el momento en el que se encarga la creación de la obra audiovisual no se tiene aun claramente establecida dicha forma de explotación o usos, es mejor no efectuar ningún tipo de pacto al respecto, ello con el propósito que pueda operar la presunción antes mencionada.

Ahora en este punto resulta necesario determinar, al igual que en el caso del software, quién es productor de la obra audiovisual porque muchas veces se confunde a este con el realizador, productor ejecutivo, entre otros.

Para ser considerado productor de la obra audiovisual, es necesario que dicha persona (institución pública) acredite haber cumplido necesariamente las tres condiciones, es decir, haber tenido la iniciativa, la coordinación y responsabilidad en la creación de la obra, ello de conformidad con el artículo 2º numeral 32 del Decreto Legislativo N° 822.

Iniciativa

Es claro que la iniciativa en la creación de la obra o fijación audiovisual en el marco de un contrato de obra por encargo o un contrato de trabajo, corresponde al comitente o al empleador, quien encarga la elaboración de la obra o fijación audiovisual de acuerdo con unas directrices, en un modo y plazo determinado. No es necesario que el encargo especifique de manera detallada la forma de elaboración de la obra o las características que ella deba tener en específico.

Coordinación

La coordinación a la que alude el numeral 32 del artículo 2º, se encuentra referida no a la simple labor de inspección en la ejecución de la obra sino a que el comitente o empleador haya tenido una participación decisiva en su realización a través de determinada persona, intervención que puede darse tanto directamente si es una persona natural, por parte de un empleado o de una persona contratada para que ejecute esta labor.

En la creación de las obras audiovisuales y en la actividad artística en general, sea cinematográfica, televisiva, teatral, musical, etc.; es común que el "productor" designe a una persona natural como la responsable de coordinar y administrar los recursos humanos y logísticos utilizados, tarea que es diferente a la del director, quien



está a cargo de los aspectos artísticos o estéticos (razón por la cual la doctrina considera que el director es uno de los coautores de una obra audiovisual).

Responsabilidad

Finalmente, la responsabilidad no se encuentra referida a quién asume la situación por cualquier incumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato o por los vicios ocultos que la obra pueda presentar sino que esta se traduce en el despliegue de toda una actividad técnico – empresarial, necesaria para la creación, tal como ocurre en el llamado "cine de producción", en el cual el productor es el responsable de organizar y mantener una estructura administrativa, un personal de planta calificado y permanente, instalaciones y estudios propios, además de proporcionar los suficientes recursos tecnológicos y financieros, sin los cuales no es posible la creación de la obra. Por ello es usual que la responsabilidad corresponda al comitente o empleador. Igualmente, se considera productor al que ante la imposibilidad de asumir la actividad técnico empresarial, la traduce en sólo financiamiento.

Se dice que el productor no es el simple empresario que invierte económicamente en la producción de la obra, sino es aquel que tiene la última palabra respecto de su ejecución y el que escoge los elementos artísticos, técnicos y ejecutivos bajo su realización.





Capítulo 7

EL DERECHO DE AUTOR DE LAS PUBLICACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES Y LA REPRODUCCIÓN REPROGRÁFICA

¿Qué es una obra literaria?

Una obra literaria es una creación expresada mediante un lenguaje determinado y puede tener diversos contenidos, unos de carácter científico, literario o técnico; igualmente, puede ser de diverso género desde libros de texto hasta poemas, disertaciones, novelas, cuentos, guiones, diálogos, etcétera.

¿Las entidades públicas pueden considerarse autoras de obras literarias que se hubieran creado por su encargo?

No, tal como se ha señalado anteriormente, la condición de autor sólo puede ser detentada por las personas naturales o físicas, no así por las personas jurídicas sean estas de derecho privado o público.

Las personas jurídicas de derecho público sólo pueden tener la condición de titulares derivados del Derecho de Autor.

¿En qué casos las entidades públicas son titulares del derecho?

Las entidades públicas son titulares del derecho en el caso que hubieran encargado la creación de la obra o que un trabajador fuese contratado para efectuar tales labores creativas.

En caso se hubiese efectuado el encargo a terceros, en el contrato deben especificarse claramente cuáles formas de explotación se están cediendo, de manera tal que si no se hace, es de aplicación el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 822 que presume que los derechos se han cedido al comitente de forma no exclusiva y sólo en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de creación de la obra.

Algunas dudas surgen con relación a las obras literarias creadas por parte de los servidores públicos. Por ejemplo, en estos casos, debe acreditarse que dentro de sus funciones o responsabilidades se encontraba la creación de la obra literaria y a falta de esta el encargo específico en tal sentido.



¿Puede una entidad estatal publicar una obra literaria existente?

Sí, las entidades estatales como parte de su labor de difusión, investigación, capacitación y en general cumplimiento de sus fines, se ven muchas veces en la necesidad de contar con diversas publicaciones, tales como folletos, publicaciones periódicas, manuales o libros.

Como muchas veces los recursos públicos son limitados o no se cuenta con el tiempo suficiente, se opta por no encargar la creación de una obra sino única y exclusivamente ser el editor de esta.

¿Quién es el editor de una obra?

El editor de una obra es la persona natural o jurídica que mediante un contrato de edición se obliga a asegurar la publicación y difusión de la obra.

¿Qué es un contrato de edición?

Un contrato de edición es aquel documento mediante el cual un autor cede a una persona denominada editor, el derecho de publicar, distribuir y divulgar la obra por su propia cuenta y riesgo en las condiciones pactadas en el contrato.

¿Qué aspectos debe abordar un contrato de edición?

Un contrato de edición debe contemplar los siguientes aspectos:

- La identificación del autor, del editor y de la obra.
- Si la obra es inédita o no.
- El ámbito territorial del contrato.
- El idioma en que ha de publicarse la obra.
- Si la cesión confiere al editor un derecho de exclusiva.
- El número de ediciones autorizadas.
- El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición.
- El número mínimo y máximo de ejemplares que alcanzará la edición o cada una de las que se convengan.
- Los ejemplares que se reservan al autor, a la crítica, a la promoción de la obra y los que servirán para sustituir los ejemplares defectuosos.
- La remuneración del autor.
- El plazo dentro del cual el autor debe entregar el original de la obra al editor.
- La calidad de la edición.
- La forma de fijar el precio de los ejemplares.

Adicionalmente a estos aspectos a considerar, se sugiere que en el contrato de edición se haga constar que el autor de la obra garantiza su originalidad, ello con la finalidad de evitar cualquier contingencia futura con relación a algún tipo de plagio burdo o inteligente.

Si bien el editor deberá responder frente al afectado en el caso que un plagio se hubiese producido, la garantía otorgada por el autor podrá permitir el resarcimiento del daño producido.

¿Qué sucede si en el contrato de edición no se han establecido o abordado estos aspectos?

Si en el contrato de edición no se hubiese incluido alguna provisión relacionada a la explotación de la obra literaria, la norma peruana establece que, a falta de disposición expresa en el contrato, se entenderá que:



- La obra ya ha sido publicada con anterioridad.
- Se cede al editor el derecho por una sola edición, la cual deberá estar a disposición del público en el plazo de seis meses, desde la entrega del ejemplar al editor en condiciones adecuadas para la reproducción de la obra.
- Se publicará en el idioma en el que está expresada la obra entregada por el autor.
- El número mínimo de ejemplares que conforman la primera edición, es de mil.
- El número de ejemplares reservados al autor, a la crítica, a la promoción y a la sustitución de ejemplares defectuosos, es del cinco por ciento (5%) de la edición, hasta un máximo de cien ejemplares, distribuidos proporcionalmente para cada uno de esos fines.
- El autor deberá entregar el ejemplar original de la obra al editor, en el plazo de noventa días a partir de la fecha de suscripción del contrato.

¿Qué obligaciones tiene el editor?

- a) Publicar la obra en la forma pactada, sin introducirle modificación alguna que el autor no haya autorizado.
- b) Indicar en cada ejemplar el título de la obra y, en caso de traducción, también el título en el idioma original; el nombre o seudónimo del autor, del traductor, compilador o adaptador, si los hubiere, a menos que ellos exijan la publicación anónima; el nombre y dirección del editor e impresor; la mención de reserva del Derecho de Autor, el año y lugar de la primera publicación y las siguientes, si correspondiera; el número de ejemplares impresos y la fecha en que se terminó la impresión.
- Someter al autor las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario.
- Distribuir y difundir la obra en el plazo y condiciones estipulados, y conforme a los usos habituales.
- Satisfacer al autor la remuneración convenida, y cuando esta sea proporcional -a menos que en el contrato se fije un plazo menor-, liquidarle semestralmente las cantidades que corresponden. Si se ha pactado una remuneración fija, esta será exigible desde el momento en que los ejemplares estén disponibles para su distribución y venta, salvo pacto en contrario.
- Presentarle al autor, en las condiciones indicadas en el numeral anterior, un estado de cuentas con indicación de la fecha y tiraje de la edición, número de ejemplares vendidos y en depósito para su colocación, así como los ejemplares inutilizados o destruidos por caso fortuito o fuerza mayor.
- Permitir al autor de forma periódica la verificación de los documentos y comprobantes demostrativos de los estados de cuenta, así como la fiscalización de los depósitos donde se encuentren los ejemplares objeto de la edición.
- Solicitar el registro del Derecho de Autor sobre la obra y hacer el depósito legal, en nombre del autor.
- Restituir al autor el original de la obra objeto de la edición, una vez finalizadas las operaciones de impresión y tiraje, salvo comprobada imposibilidad de orden técnico.
- Numerar cada uno de los ejemplares.

¿Qué obligaciones tiene el autor?

- Responsabilizarse por la autoría y originalidad de la obra frente al editor.
- Garantizar al editor el ejercicio pacífico y, en su caso, exclusivo del derecho objeto del contrato.
- Entregar al editor en debida forma y en el plazo convenido, el original de la obra objeto de la edición.
- Corregir las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario.

¿Qué es la reproducción reprográfica?

La reproducción reprográfica es la realización de copias de facsímil de ejemplares originales o copias de una obra por medios distintos a la impresión, por ejemplo, la fotocopia.



¿La reproducción reprográfica está permitida?

Sí, la reproducción reprográfica está permitida, pero únicamente en ciertos casos; esto es porque la masificación de la reproducción reprográfica puede causar un inmenso daño a los titulares del Derecho de Autor y a los editores, ya que la fotocopia de un libro evita la adquisición del ejemplar original.

¿En qué casos está permitida la reproducción reprográfica?

- Está permitido efectuar reproducciones reprográficas (fotocopias), para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos o de breves extractos de obras lícitamente publicadas (libros y otras publicaciones), a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.

Por ejemplo, una institución educativa puede efectuar la reproducción de un extracto pequeño de una obra literaria con la finalidad de evaluar la comprensión de lectura de sus estudiantes.

- Está permitida la reproducción por reprografía de breves fragmentos o de obras agotadas (ediciones de libros), publicadas de forma gráfica, para uso exclusivamente personal.

En este caso se permite el fotocopiado de parte de un libro con la finalidad de efectuar un uso personal. No puede entenderse por este concepto, el fotocopiado de un libro para circularlo en diversas áreas de una institución pública.

Sólo se permitirá el fotocopiado de un libro si su edición se encuentra agotada.

Este límite no permite la digitalización de un libro, por ejemplo, para su almacenamiento en la Intranet de la entidad pública.

- Está permitida la reproducción individual de una obra por bibliotecas o archivos públicos que no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente, para preservarlo y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o para reemplazar en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado, siempre que no resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo y condiciones razonables.

Este es un límite única y exclusivamente a ser aplicado por las bibliotecas de las entidades públicas y no en otras áreas estatales.

- La reproducción de una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga.

Solo está permitido el fotocopiado de libros en el caso de actuaciones probatorias; no así para capacitar, ilustrar o informar a los magistrados, asistentes o auxiliares judiciales o funcionarios públicos.



Anexo I

El siguiente modelo de contrato de edición contiene cláusulas generales, las partes pueden adicionarle otras cláusulas y términos que consideren convenientes.

CONTRATO DE EDICIÓN

Conste por el presente documento el Contrato de Edición que celebran de una parte....., identificad(o)(a) en....., domiciliad(o)(a) en.....en adelante EL AUTOR; y de otra parte la empresa editora, identificada con....., debidamente representada por....., identificad(o)(a) con....., en su condición de....., de acuerdo con el poder otorgado y que consta inscrito en, a la que en adelante se denominará LA EDITORA, amb(o)(a)s domiciliad(os)(as) en....., en los términos y condiciones siguientes:

CLÁUSULA PRIMERA. - EL AUTOR es titular del Derecho de Autor sobre la obra inédita denominada ".....", inscrita en la Partida Registral Nro.....de la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI, de ahora en adelante LA OBRA.

CLÁUSULA SEGUNDA. - LA EDITORA es una empresa dedicada a la publicación de obras. Tiene entre sus funciones efectuar labores de difusión, capacitación,....., (se especifica el objeto social de la empresa o institución relacionada con la edición del libro)

CLÁUSULA TERCERA. - Por medio del presente contrato, EL AUTOR cede el derecho no exclusivo/exclusivo de publicar, distribuir y divulgar LA OBRA a la EDITORA, por el plazo deaños contados a partir de la suscripción del presente contrato, en idiomay para el territorio

CLÁUSULA CUARTA. - El tiraje del libro será de.....(.....) ejemplares. En caso de variación del tiraje inicial por parte de la EDITORA por una cantidad menor de los ejemplares establecidos, esta variación deberá ser comunicada por escrito a EL AUTOR, antes de proceder a su impresión. En el caso de efectuarse un tiraje mayor al autorizado en la presente cláusula, dicho incremento de tiraje deberá previamente ser autorizado por EL AUTOR.

CLÁUSULA QUINTA. - LA EDITORA fijará el precio de tapa de los libros publicados e igualmente correrá con los gastos de promoción y publicidad de LA OBRA en la forma y condiciones que estime conveniente para su difusión.

CLÁUSULA SEXTA. - Como remuneración EL AUTOR percibirá el.....del precio de venta al público de LA OBRA. El monto correspondiente por este concepto se cancelará trimestralmente, a partir de la fecha de salida a la venta del libro. (También puede establecerse una suma fija).

CLÁUSULA SÉPTIMA. - A la firma del presente contrato, LA EDITORA abonará a favor de EL AUTOR por concepto de regalías mínimas garantizadas (o por concepto de anticipo de regalías), la suma de(.....).

CLÁUSULA OCTAVA. - LA EDITORA podrá realizar reimpressiones o reediciones de LA OBRA materia del presente contrato, previo consentimiento por escrito de EL AUTOR, del nuevo tiraje a realizar; cancelando los Derechos de Autor en los mismos términos, ajustándose los pagos a las condiciones estipuladas en la cláusula sexta.



CLÁUSULA NOVENA. - EL AUTOR recibirá 50 ejemplares de LA OBRA materia del contrato sin costo alguno. El otro 50% queda reservado para la promoción de la misma.

CLÁUSULA DÉCIMA. - EL AUTOR se obliga a entregar la obra para su edición, en el plazo de.....días contados a partir de la firma del presente contrato.

Por su parte, LA EDITORA se compromete a poner en circulación LA OBRA en un plazo máximo de.....días, contados a partir de la firma del presente contrato. En caso contrario, EL AUTOR queda facultado para contratar con terceros.

CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA: LA EDITORA se obliga a someter las pruebas de la tirada a EL AUTOR.

CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: Toda comunicación entre las partes relativa al presente contrato deberá realizarse por escrito y dirigirse al domicilio de cada parte, según aparece precisado en el párrafo introductorio del presente contrato.

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: EL AUTOR garantiza la autoría y originalidad de la obra y por ende se obliga a mantener indemne a LA EDITORA contra cualquier reclamo de terceros relacionado a LA OBRA o de algún modo vinculado a su elaboración. De manera enunciativa mas no limitativa, EL AUTOR deberá mantener indemne a EL EDITOR contra cualquier reclamo relacionado con LA OBRA, en caso haya sido elaborada sin contar con la autorización de los autores de obras preexistentes, en contravención a normas legales o si viola o infringe algún derecho protegido por el Derecho de Autor, derechos de marcas o cualquier otro derecho intelectual, así como los derechos a la persona, al honor, a la imagen o cualquier otro derecho fundamental de la persona; o en caso viole a afecte los derechos de terceros, y cualquier reclamo por otro supuesto.

Asimismo, teniendo en cuenta la obligación de EL AUTOR de mantener indemne a LA EDITORA ante cualquier reclamo de terceros relacionado con LA OBRA o su elaboración, este último deberá informar a EL AUTOR de cualquier reclamo que existiese para que pueda iniciar la defensa correspondiente.

CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: La invalidez, total o parcial, de una o más de las disposiciones contenidas en el presente contrato, no afectará la validez de las demás normas en este documento. Por el contrario, se entenderá que el contrato es eficaz en su totalidad, debiéndose considerar como inexistente(s) la(s) cláusulas(s) total o parcialmente inválida(s); y, en consecuencia, los derechos y obligaciones de las partes se ejecutarán según lo establecido en el contrato.

CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: Todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de....., a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: En todo cuanto no esté previsto por el presente contrato, regirá lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 822 – Ley sobre el Derecho de Autor.

Las partes contratantes se ratifican en el contenido y términos del presente contrato que suscriben en duplicado en....., el día de mes..... de 20.....



Capítulo 8

USO DE OBRAS PROTEGIDAS EN INTRANET, INTERNET Y REDES SOCIALES

La tecnología permite nuevas formas de explotación de las obras protegidas, sin embargo, con el auge del Internet y las redes sociales. estas nuevas formas de explotación se han multiplicado.

Hoy en día, mediante el Internet podemos acceder fácilmente a software, películas, juegos, música y obras literarias a través de los e-book, y si bien esta facilidad ha generado un nuevo mercado de explotación de sus obras a los titulares de derechos, también ha debilitado la capacidad de control en este nuevo ambiente.

Es común que en los foros de discusión no sólo se intercambien opiniones sino también archivos conteniendo material protegido por el Derecho de Autor y los derechos conexos. Si estos usos no se encuentran adecuadamente regulados y no se establece una política de respeto de la propiedad intelectual, se puede causar graves perjuicios a los titulares de derechos, dada la capacidad de transmisión de la información y de contenidos entre los cibernautas.

Uso de las obras en Intranet

Las entidades públicas cuentan con Intranet, que constituye una red interna a la que acceden los trabajadores públicos a través de nombres de usuarios y contraseñas.

En estas redes internas se suele almacenar (reproducir) no sólo información y datos que no se encuentran protegidos por el Derecho de Autor sino también algunas obras propias o de terceros, por ejemplo, partes de libros, videos, fotografías, música, entre otras.

El control de los derechos de explotación sobre sus obras reconocidos a los autores también opera en estas redes internas, puesto que tal y como la norma lo establece, se considera como un acto de reproducción no sólo la fijación de una obra en un soporte material sino en cualquier medio electrónico, inclusive digital.

Por ejemplo, si para efectos de información de los usuarios de las redes internas consideramos necesario que se digitalice parte de un libro, esto constituye un acto de reproducción que debe ser necesariamente autorizado por el titular del derecho. Si después de la digitalización consideramos necesario colgarlo en la Intranet institucional, dicho acto de comunicación al público también deberá contar con la autorización del respectivo titular del Derecho de Autor. Sucede lo mismo con cualquier otro tipo de obra.



Si la obra es de titularidad de la entidad pública no existirá problema alguno, dado que esta posee la prerrogativa de controlar la explotación económica de dicha obra mediante su reproducción, comunicación al público o su puesta a disposición de manera que los usuarios de tales redes puedan elegir el momento y el lugar para acceder a ella.

El problema se presenta cuando las obras corresponden a terceras personas (autores) y/o titulares derivados del Derecho de Autor. En estos casos, para poder efectuar el almacenamiento (reproducción), comunicación pública y/o su puesta a disposición, es necesario contar con la autorización de los respectivos titulares del Derecho de Autor o, en su defecto, con la sociedad de gestión colectiva que los represente.

Uso de las obras protegidas en Internet

Se tiene la falsa percepción que todo lo que encontramos en Internet es de uso libre; en consecuencia, en la creación y diseño de determinadas páginas institucionales, publicaciones o incluso presentaciones, nuestra primera fuente para extraer fotografías, música o parte de un texto, lo tomamos de Internet perdiendo de vista que en muchos casos las obras que circulan allí no necesariamente cuentan con la autorización de los titulares del derecho. Por lo tanto, si recurrimos a dichas fuentes, podríamos resultar incurriendo en una infracción del Derecho de Autor y/o de los derechos conexos.

Uso de las obras protegidas en Redes Sociales

El uso generalizado de las redes sociales ha hecho necesario que las instituciones públicas comiencen a hacer uso de ellas con la finalidad de reforzar su identidad corporativa o de estar mucho más cerca de los ciudadanos. En las redes sociales no sólo se intercambia información, comentarios sino opiniones, puntos de vista hasta artículos que en muchos casos están protegidos por el Derecho de Autor.

La actividad desarrollada en las redes sociales no sólo se limita hoy en día al intercambio de información sino que en ellas se comparten archivos que contienen obras y producciones protegidas, tales como música, películas, artículos, etcétera, sin contar para ello con la autorización previa y por escrito de los titulares del derecho.

Estamos convencidos que las redes sociales son un importante medio para que los creadores puedan explotar sus obras y producciones, y que cobrarán mayor desarrollo en un corto plazo. Sin embargo, debe partirse de la premisa que las obras y producciones intelectuales contenidas en ellas, no son de libre uso por parte de los usuarios y que la normativa del Derecho de Autor también se aplica en dicho entorno.



Capítulo 9

EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

¿En qué casos pueden usarse libremente las obras y producciones protegidas?

El sistema de protección del Derecho de Autor se ha establecido con la finalidad de incentivar a que los autores y otros titulares del derecho, tales como los artistas y productores sigan creando y poniendo a disposición de toda la sociedad dichas creaciones.

Si bien el sistema se encuentra diseñado para que sólo el autor, artista o productor puedan autorizar el uso o explotación de sus obras, interpretaciones y producciones, sin embargo se ha previsto supuestos excepcionales en los que sea posible usarlas sin pedir dicha autorización, con la finalidad de restablecer un justo equilibrio entre su derecho y el derecho de la sociedad a acceder a la información, educación y cultura.

Como se trata de supuestos excepcionales, estos límites o excepciones no sólo deben interpretarse de forma restrictiva sino que deben cumplir con determinadas condiciones; no hacerlo así supondría que pierda sentido todo el sistema de protección del Derecho de Autor.

El Convenio de Berna, tratado en materia de Derecho de Autor, establece una regla a fin de aplicar la excepción, esta se denomina "La regla o prueba de los tres pasos", la misma que en resumen es la siguiente:

1. Toda excepción al derecho debe encontrarse establecida por una norma con rango de ley.
2. La explotación permitida no debe originar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
3. Su aplicación no debe ser contraria a la explotación normal de la obra.

¿Dónde están establecidas las excepciones en la ley?

Las excepciones al derecho se encuentran establecidos en el artículo 21° de la Decisión 351 y en el Capítulo IV del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor y en caso de los software en los artículos 72°, 73°, 74°, 75° y 76° de dicha norma.



¿En qué casos es factible que se pueda efectuar una comunicación al público de una obra, interpretación o producción protegida?

Una obra, tal como un tema musical, puede ser comunicada lícitamente sin la necesidad de contar con la autorización del autor ni el pago de una remuneración en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de un ámbito exclusivamente doméstico, siempre que no exista un interés económico directo o indirecto y la comunicación no fuese deliberadamente propalada al exterior.
 - a. Es decir que podemos hacer uso de la música en nuestra casa (sede natural del hogar) para celebrar determinada reunión familiar, por ejemplo un aniversario, en la medida que no exista tipo alguno de lucro directo o indirecto (como el cobro de alguna entrada o el pago de algún consumo) y siempre y cuando no se ubiquen parlantes o equipos que permitan propagar intencionalmente la música al exterior del inmueble. Ejemplo de esta excepción son los cumpleaños que se celebran en casa. Los que no pueden pasar como supuestos permitidos por esta excepción son las llamadas "polladas" en las cuales sí existe un interés económico directo que se expresa en el cobro de entradas.
2. Las efectuadas en el curso de actos oficiales o ceremonias religiosas, de pequeños fragmentos musicales o de partes de obras de música, siempre que el público pueda asistir a ellos gratuitamente y ningún participante en el acto perciba una remuneración específica por su interpretación o ejecución.
 - a. Un ejemplo clásico de esta excepción es, la ceremonia de inauguración o clausura de determinado año en una institución pública, en la que es necesario comunicar obras musicales protegidas. Para que pueda aplicarse esta excepción no puede comunicarse al público la obra musical completa y ningún artista o intérprete debe haber cobrado por la interpretación o ejecución en dicho acto. Otro ejemplo de esta excepción son las partes de canciones que pueden interpretarse en una ceremonia litúrgica. En estos casos, si se interpreta la pieza musical completa y los artistas intérpretes y ejecutantes cobran por su interpretación, por ejemplo en una boda, la excepción no aplica.
3. Las verificadas con fines exclusivamente didácticos, en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que la comunicación no persiga fines lucrativos, directos o indirectos, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución.
 - a. Un ejemplo típico de esta excepción es la realización de algún tipo de actividad como la clausura del año escolar en una institución educativa en la que los alumnos con la finalidad de demostrar su talento, realizan actuaciones en las que es necesario interpretar o ejecutar obras musicales, piezas teatrales, obras coreográficas, obras literarias, etcétera. En dicha actividad necesariamente debe participar el personal involucrado, alumnos, profesores, padres de familia y demás integrantes de la comunidad educativa, no puede darse acceso a la actividad al público en general.

Para que esta excepción pueda ser aplicada no puede haber cobro de entrada al establecimiento educativo ni tipo alguno de lucro directo o indirecto. En este sentido, es poco probable que esta excepción se aplique por ejemplo a una kermesse o similares actividades para sacar fondos.

4. Las que se realicen dentro de establecimientos de comercio, para los fines demostrativos de la clientela, de equipos receptores, reproductores u otros similares o para la venta de los soportes sonoros o audiovisuales



que contienen las obras, siempre y cuando la comunicación no fuere deliberadamente propalada al exterior, en todo o en parte.

- a. Esta excepción se aplica a aquellos locales comerciales en los que se venden equipos de música, televisores y/o soportes que contienen obras, fonogramas. La comunicación de las obras en este caso se hace con la finalidad de demostrar al público la calidad de sonido, imagen, o el contenido de los soportes sonoros o audiovisuales. Esta excepción se aplica siempre y cuando no se propale intencionalmente la música o el vídeo al exterior del local en todo o parte.
5. Las realizadas como indispensables para llevar a cabo una prueba judicial o administrativa.
- a. Esta excepción se aplica en el caso que sea necesario para resolver mejor determinada controversia administrativa o judicial, comunicar al público determinada obra. Un ejemplo de un supuesto en el cual aplica esta excepción se presenta en el caso de los peritajes.

¿Se puede grabar a un profesor en clases y luego transcribir lo grabado con la finalidad de prestar las copias a terceros?

Antes era un tanto complicado que podamos tomar apunte textual de las clases; sin embargo, hoy en día con el avance de la tecnología es muy fácil grabar las clases de nuestros profesores.

Esta excepción permite que podamos tomar nota de nuestras clases o incluso que podamos grabar o filmarlas; sin embargo, estas grabaciones no pueden ser reproducidas o divulgadas en forma de colección total o parcialmente sin la autorización previa y por escrito de los profesores.

Esta excepción se aplica porque las clases de los profesores constituyen obras protegidas por el Derecho de Autor.

¿En qué casos es factible que se pueda efectuar una reproducción (copia, fotocopia o fijación) de una obra, interpretación o producción protegida?

Existen casos en los que se puede lícitamente copiar y/o grabar una obra. Sin embargo, estos usos tolerados o excepciones no pueden efectuarse en concurrencia con el derecho exclusivo del autor de explotar su obra.

1. Está permitido fotocopiar artículos o breves extractos de obras para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, a condición de que tales copias se hagan conforme a los usos honrados y que las mismas no sean objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tengan directa o indirectamente fines de lucro.

Esta excepción se aplica en el caso que sea necesario fotocopiar parte de una obra literaria para un examen de comprensión de lectura por ejemplo. No se aplica en el caso de separatas efectuadas por instituciones educativas destinadas a la venta.

2. Está permitido fotocopiar breves fragmentos de obras u obras agotadas, publicadas de forma gráfica, para uso exclusivamente personal.

Mediante esta excepción pueden copiarse algunos capítulos de determinada obra (libro) o incluso de la obra completa si la edición se encuentra agotada. Sin embargo, el uso que se dé a la fotocopia debe ser personal. Por ejemplo, una institución pública no podría usar esta excepción para fotocopiar parte de una obra y divulgarla entre sus trabajadores.



3. Está permitido fotocopiar una obra por bibliotecas o archivos públicos que no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente, para preservarlo y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o para reemplazar en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado, siempre que no resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo y condiciones razonables.
4. Está permitido copiar una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga.
5. Está permitido reproducir una obra de arte expuesta permanentemente en las calles, plazas u otros lugares públicos, o de la fachada exterior de los edificios, realizada por medio de un arte diverso al empleado para la elaboración del original, siempre que se indique el nombre del autor si se conociere, el título de la obra si lo tuviere y el lugar donde se encuentra.

Esta excepción se aplica a toda obra que se encuentre en un lugar público como una calle, plaza, avenida o en cualquier lugar abierto, tal como un museo, biblioteca, los ambientes de libre acceso de una institución pública.

La razón de esta excepción radica en el hecho que una obra situada de manera permanente en un lugar público constituye una exposición destinada a poner al alcance de todos, su contenido intelectual y estético.

Sin embargo, ello no implica que la colocación de la obra en dicho lugar, conculque el derecho del autor: es por ello que si este decide retirarla del lugar público, inmediatamente la excepción no resulta ser aplicable, puesto que así como el autor tiene el derecho de poner a disposición del público su obra, también tiene el derecho de retractarse y retirarla de tal puesta a disposición.

A fin de que la excepción se verifique, la reproducción debe ser realizada por medio de un arte diverso al empleado para la elaboración del original. Por ejemplo, en el caso de una pintura es permitida la reproducción a través de la fotografía.

Igualmente, no es suficiente a fin de aplicar estas excepciones, que las obras se encuentren en un lugar público o de acceso al público. Ambas normas (Decisión 351 y Decreto Legislativo 822) establecen que estas deben estar situadas "permanentemente" en dichos espacios. Este requisito impedirá la posibilidad de utilizar las obras cuya colocación pública se efectúe de forma esporádica u ocasional. No será de aplicación en el caso que parte de las obras reproducidas pertenecieran a colecciones privadas y que de manera esporádica se exhibieran en algunos museos.

En este sentido, no será de aplicación esta excepción en el supuesto de que las obras de arte se exhiban de forma esporádica u ocasional al público o pertenezcan a colecciones itinerantes. Igualmente, en sentido inverso, esta excepción es aplicable a las obras retiradas de manera ocasional de la vía pública o del lugar público para su reparación, conservación etc.

6. Está permitido prestar al público el ejemplar lícito de una obra expresada por escrito, por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro.

Esta excepción permite que las bibliotecas o archivos públicos puedan prestar los ejemplares de su colección permanente a los usuarios, sin necesidad de solicitar la autorización de los autores. Esta es una excepción al derecho de alquiler o distribución del que goza el autor.



¿Qué es el derecho de cita?

Citar como su nombre lo indica es tomar un pasaje relativamente corto de una obra para incluirlo en otra, con la finalidad de demostrar, explicar, ilustrar o hacer más comprensible lo señalado por un autor. La cita también se realiza para referirse a opiniones de otro autor de una forma auténtica o incluso para criticarlo.

¿Qué requisitos debo cumplir para hacer uso del derecho de cita?

Para hacer uso del derecho de cita ha de cumplirse con algunos requisitos:

1. La obra citada debió haber sido previamente divulgada de forma lícita.

Para que pueda citarse una obra de terceros, es necesario que haya sido previamente divulgada con la autorización del autor por cualquier medio. En este punto debe distinguirse el concepto de publicación que es poner al mercado la cantidad suficiente de ejemplares, del concepto de divulgación que implica hacer accesible la obra al público. Para citar una obra bastaría con que esta hubiese sido divulgada.

Por ello, es factible citar una obra que haya sido difundida por la radio o la televisión (por ejemplo una obra teatral) para que un crítico o comentarista pueda rescatar pasajes de la misma y usarlos en su reseña.

2. La cita debe ser textual o debe existir una fidelidad con la obra citada, así como con el pensamiento del autor.

Sólo nos encontraremos ante una cita lícita, cuando se reproduzca textualmente lo que alguien ha dicho o ha escrito o cuando se ilustre un texto con una obra artística reproducida fielmente, de manera que si una persona inserta en su texto una obra de terceros, efectuando cualquier tipo de modificación, agregados o una síntesis de la obra ajena, no nos hallaremos frente a esta excepción sino frente a una obra compuesta o derivada, la cual tendrá la protección del Derecho de Autor en la medida que se haya contado con la autorización del autor de la obra primigenia.

3. Debe reconocerse el derecho de paternidad del autor (señalando su nombre, su seudónimo o la mención que la obra fue publicada de forma anónima) y la fuente. Para cumplir con este requisito es necesario conocer cómo fue divulgada la obra; por ejemplo si fue publicada, se considerará que se cumple con este requisito en la medida que se haga mención al título de la obra, al año y lugar de publicación, al número de edición y la página de la cual se extrajo; en cambio, si la obra fue radiodifundida, bastará con efectuar la referencia del organismo de radiodifusión y la fecha; de esta misma manera, si la obra se exhibió, se cumplirá con la formalidad colocando el lugar de exhibición o cualquier referencia necesaria que permita que el público pueda conocer los datos de la obra citada con fines de consulta.
4. La cita debe realizarse conforme a los usos honrados, es decir que esta no debe atentar contra la normal explotación de la obra citada. En este caso debe evaluarse dos aspectos: la medida justificada y la finalidad para la que se realiza la cita.
 - a. La cita debe realizarse en la medida justificada para cumplir con el fin para la que se hace. Esta evaluación debe tener en cuenta dos aspectos, un aspecto cuantitativo referido a la extensión de la cita, el cual necesariamente se encuentra condicionado a la finalidad para la cual se efectúa.

Por ejemplo, si la cita se hace con fines de docencia o investigación se permitirá una extensión mayor que si esta se efectúa con fines informativos, en los que el libre uso de una obra de terceros se hace para cumplir sólo estrictamente con los fines de la información.



- b. Finalidad de la cita: Las citas de obras de terceros pueden tener múltiples propósitos, tales como el comentario, crítica, reseñas con fines históricos, académicos, informativos, incluso judiciales, políticos, artísticos, etc.

Igualmente, debe tenerse en cuenta factores, tales como si la obra en la que se incluyó la cita tiene un carácter comercial o en su defecto fines docentes o no lucrativos, también la naturaleza de la obra protegida, la cantidad usada con relación a la obra en la que se incluyó, la importancia de la parte utilizada frente a toda la obra del autor citado y las consecuencias de tal utilización en el mercado en el que se explota la obra citada y del uso sobre su valor.

¿La libertad de información se encuentra asegurada con algún tipo de excepción al Derecho de Autor?

Efectivamente, los periódicos, revistas, programas periodísticos y, en general, la prensa encuentran en nuestra ley, excepciones muy específicas que permitirán asegurarnos la libertad de información. Entre las excepciones tenemos las siguientes:

- a) Se permite la difusión, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medios sonoros o audiovisuales, de imágenes o sonidos de las obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información.

Para que pueda aplicarse esta excepción debe tratarse de la reproducción de una obra con ocasión de informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, el vídeo o un fonograma, siempre y cuando las obras sean vistas u oídas en ese contexto.

Lo que se pretende con esta excepción es satisfacer la necesidad de información sobre hechos de actualidad, dentro de límites razonables. Ocurre que al informar sobre determinados acontecimientos de actualidad, con frecuencia se hacen visibles y audibles, en el transcurso de uno de esos acontecimientos, obras artísticas (música, pinturas, etc.) de forma incidental. Por ejemplo, en un desfile militar, una manifestación deportiva o el recibimiento de un Jefe de Estado se interpreta música militar o se entonan cánticos. La transmisión radial o televisiva de tales acontecimientos no puede evitar la utilización de aquellas obras, ni siquiera cuando solamente se transmiten algunos episodios de la ceremonia en cuestión.

Debe tenerse en consideración que las obras reproducidas deben formar parte integrante del evento o acontecimiento del cual se informa, por lo que no es posible reproducir, sin autorización, obras que no formaron parte del mismo, aunque estén vinculadas con el evento. Por ejemplo, esta excepción no es aplicable si en el proceso de edición se sincroniza música.

En estos casos, sin embargo, el medio de comunicación podría amparar dicho uso en los supuestos de cita con fines informativos, cumpliendo con las formalidades establecidas para hacer uso de dicha excepción.

Se trata de la utilización de obras con fines informativos, que deben haber sido vistas u oídas en el curso del acontecimiento, lo que determina que la reproducción se ha producido por la presencia de una obra artística durante la captación de la información, siendo inevitable su participación en el curso de dichos acontecimientos.¹⁴

¹⁴ Santiago Schuster, Los derechos reconocidos a los autores en los Tratados. Documento OMPI/DA/ANG/99/12, p. 10.



En principio, la finalidad esencial de la reseña de un acontecimiento de actualidad consiste en reconstruir el ambiente, dando al público la impresión de haberlo vivido o saber lo que sucedió. Por consiguiente, para lograr la finalidad informativa, no hace falta reproducir la totalidad de las obras musicales interpretadas durante una ceremonia.

De lo anterior, se concluye que la información presentada al público tiene por finalidad dar a conocer un tema de interés general o un hecho de actualidad, que ha ocurrido o que está ocurriendo, por lo que la reproducción de una obra sólo cumple un fin accesorio dentro del contexto de la información.

- b) La difusión por la prensa o la transmisión por cualquier medio, a título de información de actualidad, de los discursos, disertaciones, alocuciones, sermones y otras obras de carácter similar pronunciadas en público, y los discursos pronunciados durante actuaciones judiciales, en la medida en que lo justifiquen los fines de información que se persiguen, y sin perjuicio del derecho que conservan los autores de las obras difundidas para publicarlas individualmente o en forma de colección.

Un ejemplo típico de esta excepción fue la transmisión por parte de la prensa de los alegatos de las partes ante un Tribunal Internacional en el diferendo limítrofe que sostenemos con un país vecino. Otro ejemplo sería el discurso presidencial de Fiestas Patrias.

- c) La emisión por radiodifusión o la transmisión por cable o cualquier otro medio, conocido o por conocerse, de la imagen de una obra arquitectónica, plástica, de fotografía o de arte aplicado, que se encuentren situadas permanentemente en un lugar abierto al público.

Un ejemplo de esta excepción se presenta cuando en un reportaje efectuado a determinada ciudad, se visualiza un monumento u obra de arte colocada en una plaza o avenida.

Esta excepción al igual que lo establecido para las obras que se encuentran de manera permanente en un lugar público y abierto, tiene su razón de ser en que constituye una exposición destinada a poner al alcance de todos, el contenido intelectual y estético en cuestión, que se logra no sólo con la permanencia en un lugar público sino con su difusión a través de la prensa.

¿Hay alguna excepción específica para los organismos de radiodifusión (radio, televisión)?

Existen dos excepciones específicas para los organismos de radiodifusión:

La primera se encuentra establecida en el artículo 46° del Decreto Legislativo 822 y permite a los organismos de radiodifusión realizar con sus propios equipos grabaciones de obras, para ser utilizadas una sola vez y luego de tres (03) meses deben ser destruidas a menos que se haya establecido un plazo mayor con el autor o que su contenido tenga un carácter documental excepcional. En este último caso, dicha grabación debe ser conservada en un archivo oficial necesariamente.

Finalmente, sólo se aplica esta excepción en la medida que el organismo de radiodifusión hubiese obtenido la autorización para radiodifundir la obra o se encuentre abonando el derecho a las sociedades de gestión colectiva correspondientes.

La otra excepción se encuentra establecida en el artículo 47° de la norma citada, la misma permite que los organismos de radiodifusión transmitan o retransmitan su señal a través de repetidoras u otros medios.



Para que pueda aplicarse esta excepción son necesarios dos requisitos:

- Que la transmisión o retransmisión se realice en forma simultánea (aunque técnicamente exista una pequeña diferencia de segundos entre una y otra) con la transmisión original.
- Que la transmisión o retransmisión se realice en forma inalterada con la transmisión original.

¿Puedo efectuar copias personales de una obra en forma libre?

Sí, puedo efectuar copias personales de una obra, interpretación o producciones publicadas, pero estas sólo pueden ser usadas en forma personal.

Esta excepción puede aplicarse para casi todo tipo de obras, por lo que expresamente se han excluido los siguientes casos:

- a) Las obras de arquitectura en forma de edificios o construcciones.
- b) La reproducción íntegra de un libro.
- c) La reproducción gráfica de una obra musical (partitura)
- d) Una obra plástica hecha y firmada por un autor.
- e) Un software.
- f) Una base o compilación de datos.

¿Puedo efectuar parodias de una obra sin autorización del autor de la obra originaria?

Sí, puedo parodiar¹⁵ una obra sin la autorización del autor; sin embargo, debo cumplir con los siguientes requisitos:

- a) La obra a parodiar debe haber sido divulgada con la autorización del autor.
- b) Que no exista riesgo de confusión entre la parodia y la obra a parodiar.
- c) Que la explotación de la parodia no cause un daño ni interfiera con la explotación de la obra original o con su autor.

En cualquier caso debe convenirse una remuneración con el autor de la obra a parodiar.

¿Qué excepciones específicas existen en el caso del software?

En los casos de software existen excepciones específicas. Estas pueden clasificarse así:

- a) Excepción al derecho de alquiler del software (art. 72)
- b) Excepciones al derecho de reproducción del software (art. 73 y 74)
- c) Excepción al derecho de adaptación o transformación del software (art. 75)
- d) Excepción al derecho de reproducción del código fuente para interoperabilidad (art. 76)

¿Cómo funciona la excepción al derecho de alquiler o préstamo del software o programa de computación?

Muchas máquinas hoy en día tienen en su interior software que permiten su funcionamiento. Estas máquinas pueden ser alquiladas en su condición de bienes muebles tangibles, por lo que la incorporación de un software en su interior no puede obstaculizar su alquiler o préstamo.

¹⁵ Parodia: Imitación burlesca. Diccionario de la Real Academia Española 23. Edición.



Para que pueda aplicarse esta excepción se deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a) El software debe estar necesariamente incorporado a la máquina.
- b) El software no puede ser reproducido durante el uso normal de la máquina.
- c) Debe alquilarse la máquina y no el software incorporado a la misma.

No puede aplicarse a este límite la Pc, laptop u otras máquinas en las que se incorpora un software, porque para su funcionamiento es necesario reproducirlo (ejecutarlo).

¿Cómo funciona la excepción al derecho de reproducción del software?

En el caso del software no es aplicable la excepción de la copia personal. Sin embargo, si se usan otro tipo de excepciones específicas, las cuales están contempladas en los artículos 73° y 74° del Decreto Legislativo N° 822.

Para que un software funcione no sólo es necesario que se fije o grabe en la memoria interna de la máquina (Pc) pues por cada vez que se "ejecuta", este se graba en la memoria temporal de la máquina (RAM). Es por ello que en el caso específico del software, adicionalmente a comprar una copia, es necesario contar con una licencia de uso.

El artículo 73° en su primera parte establece que el usuario lícito puede reproducir el software con la finalidad de usarlo. Es decir que la persona con el derecho a utilizar el software, es quien tiene la licencia de uso respectiva y puede ejecutarlo (reproducirlo) en la memoria interna de la máquina (PC, Laptop, etc.).

Igualmente, el artículo 74° permite que el usuario lícito pueda realizar una reproducción del software (en la memoria temporal) con la finalidad de "ejecutarlo" y también a realizar una copia de seguridad para restituirlo en caso de daño o pérdida, por ejemplo cuando se proceda a formatear la máquina por presencia de algún virus.

¿Es posible que se pueda modificar un software para corregir algún error?

Sí, el artículo 75° del Decreto Legislativo N° 822 establece que es posible modificar un software con la finalidad de corregir algún tipo de error. En estos casos el software modificado sólo puede ser usado de forma personal. También puede efectuarse cualquier otro tipo de modificación distinto a la simple corrección de errores con la finalidad de lograr su utilización para el cual fue adquirido.

Igualmente, el artículo 76° permite la ingeniería inversa del software; es decir, llegar del código objeto al código fuente con la finalidad de lograr la interoperabilidad con otros software, tal como se explicó cómo funciona el Derecho de Autor en lo que se refiere a software o programas de computación.

Para poder realizar la ingeniería inversa de un software es necesario cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Que tales actos sean realizados por el licenciataria legítimo o por cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa o, en su nombre, por parte de una persona debidamente autorizada por el titular.

La labor de ingeniería inversa sólo está reservada al usuario lícito del software, que es quien obtuvo la licencia de uso respectiva o a la persona facultada para usar una copia, por ejemplo el trabajador de la empresa licenciada.

- b) Que, la información indispensable para conseguir la interoperabilidad no haya sido puesta previamente, o después de una solicitud razonable al titular, de manera fácil y rápida, tomando en cuenta todas las circunstancias, a disposición de las personas referidas en el numeral primero.



- c) Que dichos actos se limiten estrictamente a aquellas partes del programa original que resulten imprescindibles para conseguir la interoperabilidad.
- d) En ningún caso, la información que se obtenga en virtud de lo dispuesto en este artículo, podrá utilizarse para fines distintos de los mencionados en el mismo (interoperabilidad), ni para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión o para cualquier otro acto que infrinja los Derechos del Autor. Dicha información tampoco podrá comunicarse a terceros, salvo cuando sea imprescindible a efectos de interoperabilidad del programa creado de forma independiente. En este aspecto existe una obligación legal de secreto de la persona que ha efectuado la ingeniería inversa para lograr la interoperabilidad.

Nota Final:

Resulta un tanto complicado aseverar con total certeza que determinado uso establecido como excepción lo es realmente, debe hacerse una evaluación caso por caso puesto que las excepciones no deben atentar con la normal explotación de la obra o producción protegida ni causar un perjuicio injustificado al titular de los derechos. Es por ello que, en caso de duda, es mejor obtener la autorización del autor y abonar la remuneración correspondiente por dicho uso.

