



Compilación de criterios jurídicos interpretativos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos

Directores

Hugo R. Gómez Apac
José Rafael Fariñas Díaz
Karla Margot Rodríguez Noblejas

Compiladores

Carlos Sebastián Garcés Vásquez
John Alexander García Rodríguez
Lupe Helena Núñez del Arco Viteri
Mario Mateo Santos Pérez

Quito, diciembre de 2024



Compilación de criterios jurídicos interpretativos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos

Directores:

Hugo R. Gómez Apac
José Rafael Fariñas Díaz
Karla Margot Rodríguez Noblejas

Compiladores:

Carlos Sebastián Garcés Vásquez
John Alexander García Rodríguez
Lupe Helena Núñez del Arco Viteri
Mario Mateo Santos Pérez

Quito, diciembre de 2024

AA.VV. (Hugo R. Gómez Apac, José Rafael Fariñas Díaz & Karla Margot Rodríguez Noblejas), *Compilación de criterios jurídicos interpretativos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores - CISAC, Quito, 2024.

© Hugo R. Gómez Apac, José Rafael Fariñas Díaz & Karla Margot Rodríguez Noblejas

Primera edición: Quito, diciembre de 2024.

Directores:

Hugo R. Gómez Apac
José Rafael Fariñas Díaz
Karla Margot Rodríguez Noblejas

Compiladores:

Carlos Sebastián Garcés Vásquez
John Alexander García Rodríguez
Lupe Helena Núñez del Arco Viteri
Mario Mateo Santos Pérez

Diseño de portada y contraportada:

Andrea Carolina Hidalgo Nevárez

Editado por la Dirección Regional para América Latina y el Caribe de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores – CISAC

ISBN: 978-9942-51-019-8

Edición digital

Queda expresamente prohibida la reproducción total o parcial de este libro, así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo, su traducción, comunicación pública incluida la puesta a disposición, incorporación a un sistema informático, su locación, su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por reprografía (fotocopia, facsímil, fotografía, escaneado y otros), por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y escrito de los titulares del derecho de autor.



Nota de los directores

Los directores consideran pertinente mencionar que el presente libro es una obra previa e independiente a la que se realizará bajo el sello editorial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), conforme al Memorando de Entendimiento suscrito entre ambas instituciones el 11 de septiembre de 2023.

Santiago de Chile – Quito, diciembre de 2024.

Índice

Prólogo de director.....	15
Presentación de director	21
Presentación de la directora.....	23
Presentación de los compiladores	25
Título 1. Del objeto de protección del derecho de autor.....	29
Capítulo I. El objeto de protección del derecho de autor: marco general.....	31
Capítulo II. El objeto de protección del derecho de autor: las bellas artes	33
Capítulo III. El objeto de protección del derecho de autor: la obra escrita.....	35
Capítulo IV. El objeto de protección del derecho de autor: obras cinematográficas y obras dramático-musicales.....	37
Capítulo V. El requisito de originalidad de la obra	39
Capítulo VI. ¿Se presume la originalidad de la obra o es un requisito que requiere ser demostrado? Carga de la prueba de la originalidad.....	41
Capítulo VII. La protección del derecho de autor sin necesidad de formalidad alguna. Presunción de autoría.....	43
Capítulo VIII. La obra fotográfica	47
Capítulo IX. La obra audiovisual.....	51
Capítulo X. La obra audiovisual y la obra multimedia como objeto de protección del derecho de autor.....	55
Capítulo XI. La calidad de director de una obra audiovisual	63
Capítulo XII. La edición de obras audiovisuales. El derecho de edición de los directores como autores de la obra cinematográfica.....	67
Capítulo XIII. Sobre la protección genérica de los elementos de una obra multimedia en el marco de una acción de infracción de derechos patrimoniales de autor	71
Capítulo XIV. La originalidad y la protección de las bases de datos.....	73
Capítulo XV. Si un estudio de audiencia (<i>rating</i>) califica como obra protegida por el régimen de derecho de autor	79
Capítulo XVI. La protección de antologías y compilaciones de obras diversas	85
Capítulo XVII. El diseño editorial como obra protegida. Definición de diseño editorial. La protección del diseño editorial. El diseño editorial por encargo o servicio. El diseño editorial como obra derivada	89
Capítulo XVIII. Las obras de arte aplicado como objeto de protección del derecho de autor.....	95
Capítulo XIX. El programa de ordenador como objeto de la protección del derecho de autor.....	99

Capítulo XX. «Modificación» y «adaptación» de un programa de ordenador para su correcta utilización	103
Capítulo XXI. Particularidades sobre el programa de ordenador.....	107
Capítulo XXII. La obra derivada	111
Capítulo XXIII. El derecho exclusivo del autor de realizar, autorizar o prohibir la adaptación de su obra. La adaptación como una nueva obra protegida	113
Capítulo XXIV. La obra creada por encargo o bajo relación laboral.....	117
Capítulo XXV. Obras plasmadas sobre un soporte físico de propiedad de tercero	121
Título 2. De los titulares del derecho de autor	123
Capítulo I. El autor y la titularidad. Definición y diferencias	125
Capítulo II. La titularidad de derechos de autor por parte de una persona jurídica	127
Título 3. De los derechos morales de autor	129
Capítulo I. Derecho moral de paternidad de la obra	131
Capítulo II. Derechos morales. Derecho moral a la integridad de la obra.....	133
Capítulo III. Criterios para evaluar conflictos entre derecho de propiedad y derecho moral a la integridad de la obra	137
Capítulo IV. Derechos patrimoniales y morales.....	143
Título 4. De los derechos patrimoniales: reproducción, distribución e importación.....	145
Capítulo I. Derechos patrimoniales: derecho de reproducción	147
Capítulo II. Derechos patrimoniales: facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción de una obra.....	151
Capítulo III. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la importación de una obra.....	155
Capítulo IV. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la distribución y comunicación pública de una obra.....	157
Capítulo V. El derecho de participación en la reventa de obras de arte (el <i>droit de suite</i>) ..	161
Título 5. Del derecho patrimonial a la comunicación pública.....	163
Capítulo I. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra.....	165
Capítulo II. El derecho de autor de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de su obra.....	171
Capítulo III. Si el titular autoriza la comunicación pública de una obra por un medio determinado (p.g., radio), no puede inferirse que la autorización se extiende a otras formas de comunicación (p.g., televisión).....	175
Capítulo IV. De la comunicación o ejecución pública no autorizada de una obra audiovisual inscrita en una sociedad de gestión colectiva.....	177
Capítulo V. Comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y otros establecimientos de hospedaje	181

Capítulo VI. De acuerdo con la Decisión 351, ¿los servicios de transporte de pasajeros pueden ejecutar actos de comunicación pública de obras?.....	185
Capítulo VII. En la prestación de servicios de transporte de pasajeros es posible efectuar actos de comunicación pública de obras	187
Capítulo VIII. En la prestación de servicios de transporte de pasajeros es posible efectuar actos de comunicación pública de obras cuando no se percibe remuneración por la comunicación pública.....	189
Capítulo IX. En la prestación de servicios de salud es posible efectuar actos de comunicación pública de obras.....	191
Capítulo X. Si la aparición incidental de obras pictóricas —previamente vendidas a un tercero— en escenas de una obra audiovisual califica o no como comunicación pública de tales obras.....	193
Título 6. De las limitaciones y excepciones.....	197
Capítulo I. La regla de los tres pasos.....	199
Capítulo II. Los derechos patrimoniales: Excepciones al ejercicio de los derechos patrimoniales. Usos honrados. Explotación normal de la obra	203
Capítulo III. Las citas como excepción al derecho de reproducción de la obra	209
Capítulo IV. Cita de la fuente como eximente de cita del autor y «acontecimiento de actualidad».....	213
Capítulo V. La excepción para reproducir y poner al alcance del público obras protegidas por el derecho de autor, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad aplica a los derechos conexos.....	215
Capítulo VI. La reproducción de obras con fines informativos	217
Capítulo VII. La excepción a los derechos de autor de obras arquitectónicas, de bellas artes, fotográficas y de artes aplicadas que se encuentran situadas permanentemente en un lugar abierto al público.....	219
Capítulo VIII. De los límites a la protección del derecho de autor. El literal j) del artículo 22 de la Decisión 351	225
Título 7. De la transmisión y cesión de derechos.....	227
Capítulo I. <u>Las</u> licencias de uso de las obras protegidas	229
Capítulo II. Sobre la cesión del derecho de autor	231
Capítulo III. Sobre las formas de explotación que se pueden pactar en un contrato de transferencia de derechos patrimoniales, así como de autorización o licencia de uso, al amparo de lo establecido en el Artículo 31 de la Decisión 351	233
Capítulo IV. La licencia <i>Creative Commons</i>	237
Capítulo V. La transmisión <i>mortis causa</i> de los derechos patrimoniales del autor	241
Título 8. De los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes, y productores de fonogramas	243

Capítulo I. El artista intérprete o ejecutante de obras audiovisuales y sus derechos conexos	245
Capítulo II. Derecho de comunicación pública a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes.....	249
Capítulo III. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos)	253
Capítulo IV. La edición de la obra cinematográfica y su vinculación con los derechos conexos de los actores	257
Capítulo V. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos	259
Título 9. De la comunicación o ejecución pública no autorizada mediante la retransmisión de una obra audiovisual inscrita en una sociedad de gestión colectiva	263
Capítulo I. El informe oral en el proceso 139-IP-2020	265
Capítulo II. La diferencia entre la retransmisión de una obra audiovisual (derecho de autor) y la retransmisión de una señal (derecho conexo).....	269
Título 10. De los derechos conexos de organismos de radiodifusión	279
Capítulo I. Organismos de radiodifusión como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos	281
Capítulo II. El derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de televisión por cualquier medio o procedimiento	283
Capítulo III. Las limitaciones y excepciones a los derechos de los organismos de radiodifusión en virtud de lo señalado en la Decisión 351 y la Convención de Roma. Licencias o autorizaciones obligatorias	287
Título 11. De las sociedades de gestión colectiva.....	295
Capítulo I. Las sociedades de gestión colectiva. Su naturaleza, facultades, obligaciones y los requisitos de cumplimiento para la concesión de la autorización de funcionamiento.....	297
Capítulo II. Noción de sociedad de gestión colectiva. Obligaciones y facultades	311
Capítulo III. Las diferencias entre el reconocimiento de personería jurídica y autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva	315
Capítulo IV. Las sociedades de gestión colectiva. Su naturaleza, objeto y funciones. Límites a su actuación.....	317
Capítulo V. La afiliación a una sociedad de gestión colectiva. Principio de exclusividad de la actividad de una sociedad de gestión colectiva	327
Capítulo VI. Legitimación activa por parte de las sociedades de gestión colectiva para recaudación.....	333
Capítulo VII. La legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva	337
Capítulo VIII. Sobre la capacidad de las sociedades de gestión colectiva de delegar la representación judicial y extrajudicial de sus afiliados a un tercero para la defensa de sus derechos.....	341

Capítulo IX. De la presunción de representación a favor de las sociedades de gestión colectiva.....	343
Capítulo X. Sobre la prueba en contrario que hace desaparecer la presunción de legitimidad a favor de las sociedades de gestión colectiva.....	347
Capítulo XI. Validez y alcance de los convenios de representación recíproca celebrados entre sociedades de gestión colectiva	349
Capítulo XII. Requisitos para la efectividad de las autorizaciones a las sociedades de gestión colectiva.....	353
Capítulo XIII. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva	355
Capítulo XIV. Tarifas de sociedades de gestión colectiva y concursos para concertación de precios.....	359
Capítulo XV. Criterios referenciales para cálculo de tarifas de sociedades de gestión colectiva.....	361
Capítulo XVI. De la publicación de las tarifas de las sociedades de gestión colectiva	363
Capítulo XVII. Las sociedades de gestión colectiva tienen que establecer criterios o parámetros que permitan diferenciar aquellos casos en los que la utilización de las obras es de naturaleza predominante de las que no	365
Capítulo XVIII. Las Sociedades de Gestión Colectiva reducen costos de transacción en la gestión de derechos de autor y derechos conexos	367
Capítulo XIX. La posición monopólica de las Sociedades de Gestión Colectiva	369
Capítulo XX. La intensidad de la regulación depende de la magnitud del interés público involucrado: la magnitud de las externalidades negativas que podría ocasionar la actividad regulada.....	371
Capítulo XXI. La Sociedad de Gestión Colectiva y el interés público subyacente	373
Capítulo XXII. Las potestades de supervisión y control de los actos de administración de las Sociedades de Gestión Colectiva	375
Capítulo XXIII. La potestad sancionadora sobre las Sociedades de Gestión Colectiva	381
Capítulo XXIV. El abuso de posición de dominio en el mercado: el caso de las sociedades de gestión colectiva y la libertad contractual de estas sociedades para negociar el pago de montos distintos a las tarifas	383
Título 12. De las infracciones y responsabilidades.....	391
Capítulo I. Naturaleza de la responsabilidad al calificar un acto como infracción a los derechos de autor sobre una obra	393
Capítulo II. La naturaleza de la responsabilidad por la infracción a los derechos de autor sobre una obra, y las condiciones atenuantes de dicha infracción.....	395
Capítulo III. Infracción a derechos de autor por vulneración a la integridad de la obra ...	399
Capítulo IV. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de vulneración al derecho moral a la integridad	401
Capítulo V. La responsabilidad solidaria a la que se refiere el artículo 54 de la Decisión 351.....	403

Capítulo VI. La grabación de un espectáculo en vivo (un concierto de música) como medio de prueba de una infracción	405
Capítulo VII. Indemnización por daños y perjuicios	409
Capítulo VIII. La indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor.....	411
Capítulo IX. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de programas de ordenador o <i>software</i>	413
Capítulo X. La figura del <i>downgrade</i> y su aplicación para el cálculo de la reparación o indemnización por daños y perjuicios.....	417
Capítulo XI. Criterios a tener en cuenta para determinar la infracción a los derechos patrimoniales de importación de obras artísticas	421
Capítulo XII. Criterios a tener en cuenta para establecer el nexo entre el infractor y la mercancía importada	423
Capítulo XIII. Sobre la pérdida o destrucción de las mercancías incautadas y su incidencia en la probanza de la infracción de derechos de autor.....	425
Título 13. De los aspectos procesales y principio de complemento indispensable.....	427
Capítulo I. Medidas cautelares ante la presunta infracción de derechos de autor	429
Capítulo II. El principio de complemento indispensable	431
Anexo 1. Decisión 351 de 1993 - Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.....	433
Anexo 2. Sentencia en acción de incumplimiento emitida en el proceso 01-AI-2019, caso Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco) <i>vs.</i> República de Colombia ...	447
Anexo 3. Sentencia de interpretación prejudicial emitida en el proceso 227-IP-2023, caso Asociación de Empresas de Telecomunicaciones del Ecuador (Asetel) <i>vs.</i> Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos (Sayce)	483
Reseña de los directores.....	501
Reseña de los compiladores.....	505

Abreviaturas

GOAC
TJCA

Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Decisiones andinas

- Decisión 351** Decisión 351 — «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos» de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la GOAC 145 del 21 de diciembre de 1993. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace145.pdf>
- Decisión 486** Decisión 486 — «Régimen Común sobre Propiedad Industrial» de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 600 del 19 de septiembre de 2000. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace600.pdf>
- Decisión 608** Decisión 608 — «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina» de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la GOAC 1180 del 4 de abril de 2005. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1180.pdf>

Prólogo de director

Hugo R. Gómez Apac
Magistrado Principal por la República del Perú
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú conforman la Comunidad Andina, el proceso de integración jurídica, económica y social más venturoso de Latinoamérica en términos de institucionalidad, logros comerciales y armonización de políticas económicas y sociales, y también uno de los que ha afrontado los mayores desafíos. Ha sobrevivido a la deserción de Chile y Venezuela, al enfrentamiento armado entre dos países miembros —Perú y Ecuador, a mediados de la década de los noventa del siglo pasado—, a las tensiones diplomáticas entre sus gobiernos y a los acuerdos de libre comercio celebrados individualmente por sus integrantes con terceros países. Resiliencia es una característica que describe bien a este proceso de integración, el más longevo de la región, que nació con la firma del Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969.

La armonización de políticas económica y sociales, rasgo que aproxima al proceso de integración a un mercado común, exhibe a la fecha, como uno de sus logros más notables, la presencia de regímenes jurídicos comunes, como es el que existe en materia de propiedad intelectual, el bloque jurídico más conocido y de mayor aplicación y usanza por parte de las autoridades administrativas y judiciales, las empresas y los ciudadanos. Dentro de este bloque identificamos, por su claro protagonismo en el ámbito cultural, a la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena - «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 145 del 21 de diciembre de 1993.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) es el órgano jurisdiccional del proceso de integración con competencia para resolver disputas y asegurar la aplicación coherente y uniforme del derecho andino por parte de los jueces nacionales —lo que abarca, según la jurisprudencia de esta corte regional, a las autoridades administrativas—. Esta segunda función, la de garantizar la observancia homogénea del ordenamiento jurídico comunitario andino, se canaliza a través de la figura de la interpretación prejudicial, instrumento procesal por virtud del cual la corte andina explica —con carácter vinculante— a los jueces nacionales que van a resolver una controversia interna aplicando una o más normas del derecho andino cómo deben interpretarse estas normas.

La jurisprudencia no es otra cosa que la interpretación jurídica del derecho positivo. Este, entendido como legislación, está integrado por normas jurídicas supranacionales, constitucionales, legales y reglamentarias emitidas por una autoridad (hay quienes agregan las de efectos singulares). En su tarea de administrar justicia, los jueces interpretan dichas normas, desarraigando de ellas principios, doctrinas, conceptos, instituciones y demás reglas jurídicas. La norma jurídica del derecho positivo es como un útero o matriz de la cual el juez, cual partero, extrae criterios jurídicos interpretativos, neonatos abstractos que regulan conducta humana, razonamientos que califican como normas jurídicas. De ahí el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho.

La corte andina, como lo hace cualquier otro tribunal de justicia en su respectiva jurisdicción, interpreta la norma jurídica del derecho positivo concernido, siendo el andino el que le atañe a ella. Extrae de la legislación andina criterios jurídicos interpretativos, y puede ocurrir —de hecho, suele ocurrir—, que en un momento posterior, su argumentación interpretativa arranque nuevos criterios pero de los criterios previamente separados, de modo que su jurisprudencia exhibe toda una ramificación de criterios judiciales interpretativos.

La norma positiva y la norma interpretativa no caminan divorciadas. El cometido de la segunda es explicar lo que hay dentro de la primera. Así, la primera es el continente y la segunda el contenido. Y cuando el interesado se pregunta por lo que preceptúa la legislación andina, por ejemplo para indagar si ella está siendo violada por un país miembro o irrespetada por un órgano comunitario, la respuesta está en no solo revisar las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y singulares del ordenamiento positivo andino, sino también la comprensión de lo que de ellas ha establecido el TJCA a través de su jurisprudencia. Y es mediante las interpretaciones prejudiciales cómo la corte andina ha explicado en gran medida el sentido, contenido y alcance del derecho andino. En términos cuantitativos, desde que inició sus funciones en 1984 hasta el 2024, esta corte regional ha emitido 7.137

interpretaciones prejudiciales. Si sumamos las sentencias expedidas en las otras competencias jurisdiccionales, el TJCA ha resuelto en total 7.403 asuntos judiciales en el período de 40 años, lo que explica que sea conocida como la tercera corte internacional más activa del mundo, superada por número de sentencias únicamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte de Justicia de la Unión Europea.

El arte de interpretar, es nuestro deber reconocerlo, es un proceso cognitivo que no garantiza un único resultado. La apreciación literal de la norma jurídica posiblemente aporte poco o nada al texto escrito, pero tal cosa no ocurre con los otros métodos, como el histórico, sistemático, teleológico, de la *ratio legis* o el evolutivo, los cuales, con mayor potencial creativo, no solo pueden conducirnos a conclusiones distintas del que arrojaría el gramatical, sino incluso a resultados dispares entre sí. La norma jurídica puede ser entendida en más de un sentido, y el método que se use nos puede proveer un desenlace diferente del que nos suministraría otro u otros métodos. El arte está en saber qué camino elegir. No hay método que prime sobre los demás. Es equivocado considerar al gramatical como el primado. La jurisprudencia del TJCA y su «Reglamento que regula aspectos vinculados con la emisión de interpretaciones prejudiciales» son claros en mencionar que, para el entendimiento adecuado del derecho comunitario (o derecho de la integración) se deben emplear, de manera preferente, los métodos de interpretación funcionales tales como el sistemático, el teleológico y el de la *ratio legis*. A este triunvirato hay que agregar el evolutivo, de especial importancia cuando se trata de normas de larga data, ya arcaicas frente a las nuevas relaciones económicas y sociales, ya antediluvianas de cara a las nuevas tecnologías.

Si los diferentes métodos de interpretación no siempre conducen, ¿cuáles líneas convergentes, a un único resultado, ¿por cuál debe inclinarse el juez? No hay una respuesta matemática. El Derecho no es una ciencia exacta. Es, más bien, una realidad intersubjetiva, una disciplina de probabilidades, el arte de la persuasión y la inteligencia. El juez debe escoger el método, o conjugación de métodos, cuyo razonamiento demuestre la mejor coherencia y lógica a la luz de las circunstancias, aquel que aparece como el más eficaz y eficiente para resolver el problema jurídico planteando —y de paso, en los casos que corresponda, el problema económico subyacente—, aquel que resulta el más convincente, pertinente y apropiado para resolver el caso concreto, por muy subjetivo y etéreo que esto suene.

Y es que el Derecho es un universo de subjetividades. Es subjetivo el objeto de la disciplina —la norma jurídica— y es subjetiva la aprehensión que tiene el sujeto de dicho objeto. La norma jurídica provoca percepciones diferentes en función de intereses o experiencias diferentes; doctrinas y tesis que se pulsan entre sí en los juzgados y en la cátedra. Corrientes doctrinarias que se disputan

ser portadoras de la verdad, de una verdad intersubjetiva. Y en los tribunales, los votos singulares y salvados reflejan la disidencia connatural a todo grupo humano, lo que a veces se exagera si hay rencillas y egos de por medio.

Los jueces, por cierto, no son seres incólumes ni ángeles prístinos. Son seres humanos con virtudes y defectos; con pasiones, amores, odios, miedos, traumas e ilusiones; con carga ideológica y religiosa, o antirreligiosa; con historia y vicisitudes. Por más objetivo que quiera ser el juez, al momento de interpretar la norma, algo de su cosmovisión, de su «ser», por imperceptible que fuese, se impregna en la sentencia. Una misma norma jurídica no es entendida de la misma forma, ni siquiera utilizando el mismo método de interpretación, por un juez conservador y otro progresista, por uno libertario y otro estatista, por uno idealista y otro pragmático, por uno bastante joven y otro senescente. Moldean la personalidad del juez, y con ello su aproximación a la norma jurídica, las universidades que ha pisado, los maestros que ha tenido, los libros que ha leído, los enemigos que se ha ganado. Hay jueces temerosos y anodinos, y otros cuyo apasionamiento los lleva al activismo judicial, y entre ambos bandos pululan diferentes temperamentos.

Los criterios jurídicos interpretativos compilados en esta obra traslucen de una forma u otra la personalidad de los jueces que las crearon. Invito al lector a encontrar tanto los datos manifiestos como los entresijos que dan pistas del carácter de los hacedores de la jurisprudencia en materia de derecho de autor y derechos conexos compilada en el presente libro. Qué de su identidad ha quedado impregnado en las sentencias, en sus fundamentos, incluso en los razonamientos más sutiles, en los intersticios que separan un criterio jurídico de otro. Hasta la redacción deja vestigio del talante del juzgador.

La obra colectiva que prologo sistematiza más de cien criterios jurídicos interpretativos de las disposiciones que dan cuerpo a la Decisión 351. El lector acucioso advertirá que tales criterios, en una gran cantidad de casos, están compuestos por subcriterios (la ramificación ya enunciada), de modo que los criterios jurisprudenciales que aparecen compilados en este libro son, en rigor, varios centenares. Todos ellos encaminados a explicar qué es una obra, qué modalidades de obras existen —*v.g.*, obras literarias (novelas, ensayos, poemas), dramáticas, musicales, audiovisuales, fotográficas, plásticas (pinturas, dibujos, grabados, litografías), escultóricas, arquitectónicas, de arte aplicado, etc.—, en qué consisten los derechos morales (*v.g.*, los derechos de paternidad, de divulgación, de integridad) y patrimoniales (*v.g.*, los derechos de reproducción, de comunicación pública, de distribución pública, de importación, de traducción, de adaptación o transformación) del autor, cuáles sus limitaciones y excepciones, cómo opera la transmisión y cesión de tales derechos, qué son los derechos conexos (los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión), cuál el rol

de la gestión colectiva, cuáles las competencias de las oficinas nacionales, qué aspectos procesales deben ser tomados en cuenta, entre otros.

Mi agradecimiento a los codirectores que, una vez más, me acompañan en una aventura editorial: mis apreciados amigos José Rafael Fariñas Díaz, director regional para América Latina y el Caribe de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), y Karla Margot Rodríguez Noblejas, secretaria general del TJCA. Y, por supuesto, más que agradecimiento a quienes dan sustancia a la presente obra compilatoria: mis queridos colegas abogados Carlos Sebastián Garcés Vásquez, John Alexander García Rodríguez, Lupe Helena Núñez del Arco Viteri y Mario Mateo Santos Pérez, exasesor, asesor, consultora y auxiliar del TJCA, respectivamente.

Esta compilación va a ser de mucha utilidad a los creadores intelectuales, a las oficinas de derecho de autor, a las empresas relacionadas con el arte y la cultura, a los litigantes y abogados, a las sociedades de gestión colectiva, a los profesores y estudiantes universitarios y a todos los interesados en conocer y comprender las disposiciones de la Decisión 351 – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Quito, diciembre de 2024.

Presentación de director

José Rafael Fariñas Díaz

Director Regional para América Latina y el Caribe
Confederación Internacional de Sociedades de Autores y
Compositores

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA o Tribunal), la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) y la Universidad de las Américas (UDLA), en un trabajo conjunto, publicaron en 2022 una compilación de criterios jurídicos interpretativos sobre gestión colectiva, acompañada con comentarios de juristas expertos de América Latina y España.

Esa publicación, producto de la coordinación interinstitucional, compilación y comentarios de los criterios del Tribunal andino, se ha convertido en una referencia y fuente de consulta frecuente en la región, especialmente para profesionales en el área de la propiedad intelectual, funcionarios de oficinas de derecho de autor, y oficianes habituales de la gestión colectiva.

Con el propósito de continuar la labor de difusión del derecho de autor en la región, y con ocasión de esa primera publicación, la oficina regional de la CISAC asumió entonces el compromiso de llevar a cabo una segunda obra, más amplia y con comentarios de expertos de Iberoamérica, que abarcara los criterios de TJCA sobre distintos temas de derecho de autor y de derechos conexos sometidos a su interpretación.

En esta nueva publicación, independiente a la que se publicará conforme a lo mencionado en el párrafo anterior, la temática es diversa y abundante. Así, la presente compilación contiene los pronunciamientos de la corte andina sobre el objeto del derecho de autor, la originalidad como requisito para la protección, la ausencia de formalidad alguna de las obras para ser protegibles, las

consideraciones sobre la obra audiovisual y programas de ordenador, las limitaciones y excepciones a la protección del derecho de autor y los derechos conexos, la legitimación activa de las sociedades de gestión colectiva, la responsabilidad solidaria por falta de la autorización previa y expresa de los titulares de derecho, las medidas cautelares, la indemnización por daños y perjuicios y muchos otros temas que son usualmente objeto de interpretación por parte del Tribunal, y cuyos criterios pueden ser leídos en extenso en esta obra.

Agradecemos al magistrado Hugo R. Gómez Apac y a Karla Margot Rodríguez Noblejas, secretaria general, ambos del TJCA, por su disposición a ser parte de esta iniciativa y a acompañarnos en la dirección de esta publicación. Gracias también a los abogados y compiladores de esta obra: Carlos Sebastián Garcés Vásquez, John Alexander García Rodríguez, Lupe Helena Núñez del Arco Viteri, y Mario Mateo Santos Pérez, cuya labor rigurosa ha contribuido a que esta publicación hoy sea posible.

Solo nos resta decir que seguiremos impulsando estos proyectos de publicación, como aporte de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) a la difusión del derecho de autor y de la gestión colectiva en América Latina y el Caribe.

Santiago de Chile, diciembre de 2024.

Presentación de la directora

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Secretaria general

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Esta importante obra, que recopila los criterios jurídicos interpretativos emitidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) en materia de derecho de autor y derechos conexos, es el resultado de un exhaustivo trabajo de sistematización de la jurisprudencia desarrollada en los últimos nueve años, desde el 2016 hasta el 2024.

La compilación ha sido organizada de manera estructurada y metódica, dividiéndose en trece títulos temáticos: «Del objeto de protección del derecho de autor»; «De los titulares del derecho de autor»; «De los derechos morales de autor»; «De los derechos patrimoniales: reproducción, distribución e importación»; «Del derecho patrimonial a la comunicación pública»; «De las limitaciones y excepciones»; «De la transmisión y cesión de derechos»; «De los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes, y productores de fonogramas»; «De la comunicación o ejecución pública no autorizada mediante la retransmisión de una obra audiovisual inscrita en una sociedad de gestión colectiva»; «De los derechos conexos de organismos de radiodifusión»; «De las sociedades de gestión colectiva»; «De las infracciones y responsabilidades»; y, «De los aspectos procesales y principio de complemento indispensable».

Cada título, a su vez, tiene capítulos. Cada capítulo aborda un criterio jurídico específico del derecho de autor o de los derechos conexos emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En total, esta obra comprende más de cien capítulos, cada uno de ellos dedicado a compilar un criterio jurídico interpretativo relevante.

Esta división facilita el acceso a la información relevante para juristas, profesionales, investigadores y, en general, interesados en la materia. La sistematización en títulos y capítulos permite una comprensión clara y ordenada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina desarrollada en los últimos nueve años en materia de derecho de autor y derechos conexos.

Casi la totalidad de la jurisprudencia compilada en esta obra ha sido generada desde el 2016 hasta el 2024, lo que evidencia un esfuerzo por ofrecer una guía integral y actual que refleje la evolución jurisprudencial en esta área tan dinámica del derecho. Sin embargo, considero importante destacar que, dentro de esta compilación, se ha incluido un caso específico de jurisprudencia de 1999. Se trata de la interpretación prejudicial 10-IP-99, la cual fue citada en la interpretación prejudicial 197-IP-2020, emitida el 23 de febrero de 2024. Este precedente analiza la protección de las bases de datos por el régimen comunitario andino de derecho de autor, siendo el referente jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina vigente a la fecha (a pesar de haber sido emitido hace más de dos décadas). Su inclusión responde a la relevancia del criterio para entender cómo opera la delimitación del objeto de protección del régimen de derecho de autor en trabajos cuya creatividad pueda ser cuestionada, lo que constituye un tópico de importancia en el tratamiento jurídico del derecho de autor en la región.

Resulta fundamental subrayar que esta obra es independiente de la publicación que será realizada bajo el sello editorial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores - CISAC. Conforme se menciona en la «Nota de los Directores», nuestra compilación es un esfuerzo previo e independiente al antes mencionado.

Esta compilación tiene por objeto facilitar la comprensión y estudio de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina concerniente a los derechos de autor y derechos conexos a los interesados en la materia. Agradezco a todos los involucrados en este proyecto y espero que esta obra sirva como referencia clave para todos los interesados en profundizar en el estudio del derecho de autor y derechos conexos desde la óptica del derecho comunitario andino.

Quito, diciembre de 2024.

Presentación de los compiladores

La Comunidad Andina es el proceso de integración más antiguo y exitoso en Latinoamérica, siendo su principal logro la creación de un sistema jurídico propio que goza de aplicación directa, inmediata y preeminente en los Países Miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú). El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como órgano judicial comunitario, es la institución competente para interpretar el derecho andino.

El ordenamiento jurídico comunitario andino ha desarrollado regulaciones en un sinnúmero de materias desde la suscripción del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969, como norma constitucional de este proceso de integración. Uno de los principales campos en los que se aplica el derecho supranacional andino es la propiedad intelectual. Esta rama del Derecho es clave para un proceso de integración. La protección de las creaciones intelectuales no solo beneficia a los titulares de los derechos, sino que fomenta la innovación, aporta a la creación y difusión de la cultura, facilita el comercio y genera crecimiento económico, todo lo cual tiene una gran incidencia en el bienestar de los países.

La presente obra constituye una compilación de la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos, que comprende los pronunciamientos emitidos por la corte andina entre los años 2016 y 2024*. Los criterios del Tribunal fueron obtenidos de las providencias actuales más relevantes, y se consideró si existieron disidencias o abstenciones en el marco de las discusiones del Pleno actual del Tribunal (con los magistrados que integraban el TJCA a diciembre 2024). La obra organiza los criterios jurídicos interpretativos temáticamente, presentando en cada capítulo los elementos jurisprudenciales pertinentes, e indicando su ubicación en la respectiva Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Estas referencias permitirán al lector el acceso directo a los textos

oficiales para su consulta y facilitará su citación. Asimismo, en el Anexo 1 consta la transcripción de la Decisión 351, que es la norma andina que contempla el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

A través de su jurisprudencia, y en ejercicio de su competencia de emitir interpretaciones prejudiciales, el TJCA dota de contenido a los presupuestos desarrollados en la norma andina. La labor del Tribunal ha aportado claridad en las definiciones de conceptos, el alcance de la protección, los derechos de los autores y otros titulares, las limitaciones y excepciones al régimen de protección, las figuras jurídicas aplicables a los derechos conexos (de los productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes, y organismos de radiodifusión), la gestión colectiva, entre otros. La compilación de la jurisprudencia presentada permite observar el detalle con el cual el TJCA fortalece la comprensión y aplicación de la norma andina, que fue expedida hace ya treinta y un años; es decir, sin una dimensión clara de la evolución tecnológica y económica que ha experimentado el mundo actual y que, sin duda, ha demandado la ampliación en el tratamiento jurídico de los preceptos normativos.

El lector de esta obra tendrá acceso a los precedentes jurisprudenciales relevantes del TJCA en la materia, los cuales, conforme a lo manifestado por las sentencias de interpretación prejudicial emitidas en los procesos 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022** y 391-IP-2022***, todas del 13 de marzo de 2023, corresponden a actos aclarados.

Con ello, esta compilación contribuirá a la discusión de los criterios emitidos por el auténtico intérprete de la normativa supranacional andina. La revisión del libro en manos del lector —sea este un especialista, estudiante o interesado en Derecho de Autor y Derechos Conexos— permitirá un mayor crecimiento académico y profesional, así como favorecerá a la creación, debate y análisis de nuevas perspectivas jurídicas en la materia; todo lo cual sin duda constituirá un insumo relevante para la evolución jurisprudencial futura.

Este libro no solo es un compendio de jurisprudencia, sino una invitación a reflexionar sobre el papel del derecho andino en la construcción de un futuro más justo, dinámico e innovador. Que esta obra inspire a sus lectores a contribuir activamente al fortalecimiento del derecho comunitario andino y al desarrollo de nuevas perspectivas jurídicas en nuestra región.

La Comunidad Andina es, sin duda alguna, un activo de gran valía para los países que la conforman, y se ha mantenido firme en su misión de contribuir en la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la subregión pese a los importantes desafíos que ha tenido que afrontar.

Que la unión de Bolivia, Colombia, Ecuador Perú, como pueblos hermanos, siga fortaleciéndose a través de sus instituciones y que el TJCA continúe cosechando éxitos en su gran labor de garantizar la correcta y uniforme aplicación del derecho del proceso de integración.

* La jurisprudencia aquí citada comprende criterios emitidos desde el año 2016, con excepción de la interpretación prejudicial 10-IP-99, que fue sustento de la interpretación prejudicial 197-IP-2020 del 23 de febrero de 2024. Por su parte, esta interpretación desarrolla el tema de la protección de base de datos, lo cual no ha sido abordado en jurisprudencia posterior. Ambas situaciones justifican la incorporación de esta interpretación en la presente compilación.

** Publicadas en la GOAC 5146 del 13 de marzo de 2023. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/GACETA%205146.pdf>

*** Publicada en la GOAC 5147 del 13 de marzo de 2023. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/GACETA%205147.pdf>

Quito, diciembre de 2024.

Título 1

Del objeto de protección del derecho de autor

Capítulo I

El objeto de protección del derecho de autor: marco general

- «[1]. El artículo 4 de la Decisión 351 determina que son objeto de protección las obras literarias, artísticas y científicas siempre y cuando puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Asimismo, hace una enumeración ejemplificativa y no taxativa de las obras protegidas.
- [2] Respecto a las características generales para que algo sea considerado como obra, la doctrina menciona algunas, las cuales se detallan a continuación²⁶:
- “1. Que el resultado de la obra debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario, artístico o científico.
 2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino.
 3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad.”
- [3] De acuerdo con lo anterior, la protección de un derecho de autor no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, lo cual deberá valorarse como una cuestión de hecho en cada caso.

- [4] De conformidad con el artículo 7 de la Decisión 351, lo que se protege no son las ideas sino la forma mediante la cual estas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra. Dicha disposición hace hincapié en el hecho de que no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.
- [5] Finalmente, cabe precisar que tanto la obra en su totalidad como los fragmentos de esta son objeto de protección del derecho de autor. En efecto, una vez que la ideas son plasmadas de alguna forma y el resultado genera una obra, la totalidad de la obra, así como los fragmentos que la componen, son objeto de protección por el derecho de autor.»

«²⁶ Ricardo Antequera Parilli *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela*. Autoralex, Venezuela (*Y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas*), 1994, p. 32.»

Fuente: Ver párrafos 5.1. a 5.3. de las páginas 22 y 23 de la Interpretación Prejudicial **75-IP-2021** del 29 de agosto de 2023, que constan en las páginas 47 y 48 de la GOAC 5292 del 31 de agosto de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205292.pdf>

Capítulo II

El objeto de protección del derecho de autor: las bellas artes

- «1.2. El Artículo 4 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, establece que el derecho de autor protege las obras literarias y científicas susceptibles de ser divulgadas o reproducidas por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Del mismo modo, dicha disposición hace una enumeración ejemplificativa, mas no taxativa, de las obras protegidas, consignando en su Literal g) a las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.
- 1.3. Conforme el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina lo ha establecido en la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 98-1P- 2014, la Decisión 351 no brinda el concepto de aquellas obras señaladas en el Literal g) del Artículo 4 de la Decisión 351; sin embargo, se puede decir que engloban manifestaciones artísticas y creativas muy distintas, en tanto pueden ser expresiones a través de la forma y el color que se da a materias preexistentes.
- 1.4. De acuerdo con el Manual de Propiedad Intelectual de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano:

“(…) se trata de un concepto —el de las obras plásticas— que incluye realidades tan dispares como la pintura y el dibujo, la escultura, la impresión gráfica original, los tapices y tejidos, la arquitectura, el urbanismo, los proyectos de ingeniería, los bocetos y ensayos, la escultura y pintura monumental en grandes dimensiones, la jardinería y composiciones florales, la decoración de interiores; las obras plásticas para el espectáculo (escenarios, vestuario, máscaras, escenografía y cuadros vivos), los cómics y personajes plásticos, los dibujos animados y la obra plástica audiovisual, elementos plásticos incluidos en los videojuegos, el artesanado, el arte aplicado, signos tipográficos, logotipos, etc.”³

1.5. Asimismo, deviene necesario advertir que:

“(…) el autor puede ser protegido por la originalidad en la concepción plástica, o en la ejecución plástica, o en ambas. Hay determinadas obras cuyo valor tiende a estar en la concepción (claramente los logotipos, los personajes de cómic, los planos de un edificio, o frecuentemente el arte aplicado a la industria), en las que la contemplación del original tiene menor relevancia; otras cuyo valor tiende a estar en la calidad de la ejecución personal (retratos, paisajes, y en general, obras de arte puro), y en las que adquiere mayor importancia la contemplación del original (porque se identifica con la ejecución de sí misma). La explotación de transformaciones, conservando la concepción plástica, tiene más potencial en las primeras (...)”⁴

1.6. Respecto a las características generales para que algo sea considerado como obra, la doctrina menciona algunas, las cuales se detallan a continuación:⁵

- “1. Que el resultado de la obra debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario, artístico o científico.*
- 2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino.*
- 3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad.”*

1.7. De acuerdo con lo anterior, la protección de un derecho de autor no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, lo cual deberá valorarse como una cuestión de hecho en cada caso.

1.8. Finalmente, de conformidad con lo establecido en el Artículo 7 de la Decisión 351, lo que se protege no son las ideas, sino la forma mediante la cual estas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra, haciéndose hincapié de que no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.»

«³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch. Tercera Edición. Valencia. España. 2006. p. 67.

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Op. Cit., pp. 68-69.

⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela*. Autoralex, Venezuela, 1994, p. 32.»

Fuente: Ver párrafos 1.2. a 1.8. de las páginas 5 a 7 de la Interpretación Prejudicial **47-IP-2017** del 7 de julio de 2017, que constan en las páginas 39 a 41 de la GOAC 3118 del 20 de octubre de 2017, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace3118.pdf>

Capítulo III

El objeto de protección del derecho de autor: la obra escrita

- «1.2. El Artículo 4 de la Decisión 351 determina que son objeto de protección las obras literarias, artísticas y científicas siempre y cuando puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Asimismo, hace una enumeración ejemplificativa de las obras protegidas mencionando en su Literal a) las obras expresadas por escrito.
- 1.3. Respecto a las características generales para que algo sea considerado como obra, la doctrina menciona algunas, las cuales se detallan a continuación²:
- “1. Que el resultado de la obra debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario, artístico o científico.
 - 2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino.
 - 3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad.”
- 1.4. De acuerdo con lo anterior, la protección de un derecho de autor no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, lo cual deberá valorarse como una cuestión de hecho en cada caso.
- 1.5. De conformidad con el Artículo 7 de la Decisión 351, lo que se protege no son las ideas sino la forma mediante la cual estas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra. Dicha disposición hace hincapié en el hecho de que no

son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

- 1.6. Finalmente, cabe precisar que tanto la obra en su totalidad como los fragmentos de esta son objeto de protección del derecho de autor. En efecto, una vez que la ideas son plasmadas de alguna forma y el resultado genera una obra, la totalidad de la obra, así como los fragmentos que la componen, son objeto de protección por el derecho de autor.»

«² Ricardo Antequera Parilli *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela*. Autoralex, Venezuela, 1994, p. 32.»

Fuente: Ver párrafos 1.2. a 1.6. de las páginas 3 y 4 de la Interpretación Prejudicial **97-IP-2021** del 25 de agosto de 2021, que constan en las páginas 26 y 27 de la GOAC 4345 del 20 de septiembre de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204345.pdf>

Capítulo IV

El objeto de protección del derecho de autor: obras cinematográficas y obras dramático-musicales

- «1.2. En el Artículo 3 de la Decisión 351 se establece la siguiente definición de obra audiovisual:

*“**Obra audiovisual:** Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene”.*

- 1.3. El Artículo 4 de la Decisión 351 determina que son objeto de protección las obras literarias, artísticas y científicas, siempre y cuando puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Asimismo, hace una enumeración ejemplificativa de las obras protegidas mencionando en sus Literales d) y f) a las obras dramático-musicales y a las obras cinematográficas, respectivamente.
- 1.4. Con relación a las obras dramático-musicales, la Decisión 351 no contempla una definición. En ese sentido, cabe manifestar que Rodrigo Bercovitz señala que una característica que las distingue frente a las obras literarias y musicales es su escenificación³.
- 1.5. A su vez, la obra dramático-musical puede ser comprendida como:

“...una creación intelectual que se expresa mediante un guion compuesto por escenas y éstas por diálogos a través de los cuales los personajes enfrentan un obstáculo a su acción dramática, destinada a ser representada en escena y que se caracteriza porque la música tiene un rol preponderante en la misma, expresándose sus personajes mediante canciones tanto en monólogos

*como en diálogos. Al igual que las obras dramáticas, su guion normalmente se inicia con un punto de ataque por el cual los personajes abandonan su situación inicial para enfrentar un nudo u obstáculo el cual provocará el desenlace de la trama”.*⁴

- 1.6. Si bien la mencionada Decisión tampoco cuenta con una definición específica de obra cinematográfica, es evidente que la misma se asimila a una obra audiovisual, puesto que es entendida como una secuencia de imágenes y/o sonidos captados o grabados previamente en un soporte material, que será exhibida o proyectada ante un público presente.⁵ Asimismo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) la define como:

*“...En un sentido limitado, obra creada mediante la utilización de tecnología específica, a saber, la cinematografía, por la que se entiende la fijación una serie de imágenes relacionadas, acompañadas o no de sonidos, sobre una banda de celuloide (u otro medio similar), susceptible de hacerse visible y, cuando va acompañada de sonidos, susceptible de ser audible por medio de un dispositivo adecuado, que crea el efecto de movimiento (de ahí la expresión ‘imágenes en movimiento’)”.*⁶

(...)»

«³ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *Manual de propiedad intelectual*. Tirant lo Blanch 4.^a Ed., Valencia, 2009, p. 62.

⁴ Iriarte Achón, Erick et al. “Guía de Derecho de Autor para creadores de obras dramático-musicales”, 1era. ed. Perú: Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP), 2013, p. 7. https://www.indecopi.gob.pe/documents/20787/320184/CARTILLAS_dramaticos+musicales.pdf (acceso: 21/02/2020)

⁵ Ver Interpretación Prejudicial N° 200-IP-2014 de fecha 21 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2599 del 12 de octubre de 2015.

⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), “Glosario de términos y expresiones sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”, en: Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI”, Ginebra, 2003, p. 305. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf (acceso: 21/02/2020)»

Fuente: Ver párrafos 1.2. a 1.10. de las páginas 4 a 6 de la Interpretación Prejudicial **248-IP-2018** del 28 de febrero de 2020, que constan en las páginas 5 a 7 de la GOAC 3946 del 6 de mayo de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203946.pdf>

Capítulo V

El requisito de originalidad de la obra

«2. El requisito de originalidad de la obra⁵ (...)»

- 2.2. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 3 de la Decisión 351, la “Obra” es: *“Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”*.
- 2.3. La originalidad implica que una obra se pueda diferenciar de otras obras de terceros. En su obra el autor ha impreso elementos propios de su espíritu. Dos obras se podrían considerar originales si una no es una reproducción de la otra, y si cada una tiene elementos que logran diferenciarlas o individualizarlas.
- 2.4. La originalidad exige que la obra presente una individualidad muy característica, que plasme la impronta de su autor de manera clara y evidente. La originalidad supone un aporte individual y creativo, es decir, producto de un pensamiento independiente.
- 2.5. No hay originalidad, y por tanto tampoco plagio, cuando se mencionan oraciones, frases, definiciones o ideas genéricas o comúnmente utilizadas. Por ejemplo, si al interior de un párrafo un autor dice que “Lima es la capital del Perú”, no puede acusársele de plagio simplemente por el hecho de que otros autores, también al interior de determinados párrafos, han escrito previamente que “Lima es la capital del Perú”. No hay nada de original en esta oración. Cualquier persona podría escribirlo a partir de su propio pensamiento.
- 2.6. Otro ejemplo, de falta de originalidad, sería el siguiente. El artículo 1351 del Código Civil peruano establece que *“el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”*. Si un autor dice

que “*de conformidad con lo establecido en el artículo 1351 del Código Civil peruano el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*” no comete plagio por el hecho de que otro autor dijo previamente que “*en aplicación de lo establecido en el artículo 1351 del Código Civil peruano el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”. No hay originalidad alguna en las definiciones dadas por ambos autores. Esta definición del contrato es tan leída, escrita y escuchada que es verosímil que un estudiante de derecho o un abogado que está escribiendo un libro, tesis, monografía, artículo o ensayo podría consignar, simplemente acudiendo a su memoria, que “*de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1351 del Código Civil peruano el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*.”

(...))»

- «⁵ Para más información el consultante deberá remitirse a las Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los procesos 181-IP-2015 del 20 de julio de 2015. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2595 del 7 de octubre de 2015; Interpretación Prejudicial 32-IP-97 del 02 de octubre de 1998 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 416 del 15 de marzo de 1999; Interpretación Prejudicial 121-IP-2013 del 31 de octubre de 2013. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2295 del 17 de febrero de 2014 e Interpretación Prejudicial 358-IP-2017 publicada en la Gaceta N. 3575 de 27 de marzo de 2019.»

Fuente: Ver párrafos 2. a 2.6. de las páginas 4 y 5 de la Interpretación Prejudicial **295-IP-2019** del 13 de diciembre de 2019, que constan en las páginas 28 y 29 de la GOAC 3886 del 30 de enero de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203886.pdf>

Capítulo VI

¿Se presume la originalidad de la obra o es un requisito que requiere ser demostrado? Carga de la prueba de la originalidad

«3.2. “¿Se presume la originalidad de una obra o es un requisito que requiere ser demostrado? De ser ello así ¿sobre quién recae la carga de la prueba de la originalidad?”

El que alega un hecho tiene la carga de probarlo. En consecuencia, quien imputa a un tercero haber plagiado un texto suyo tiene la carga de probar esta circunstancia; es decir, tiene la carga de probar que su texto es original y que el texto del tercero es una copia del suyo. El tercero no tiene la carga de probar que el texto materia de debate no es original, pero nada impide que lo haga.»

Fuente: Ver párrafo 3.2. de la página 6 de la Interpretación Prejudicial **295-IP-2019** del 13 de diciembre de 2019, que consta en la página 30 de la GOAC 3886 del 30 de enero de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203886.pdf>

Capítulo VII

La protección del derecho de autor sin necesidad de formalidad alguna. Presunción de autoría

- «5.2. Al respecto, los Artículos 52 y 53 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena disponen lo siguiente:

“(…)

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

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

- 5.3. De las normativas antes citadas, se puede establecer que el ejercicio del derecho de autor no se encuentra sujeta a ningún tipo de formalidad, como por ejemplo un registro o un depósito ante alguna autoridad o por parte de un Estado en particular.
- 5.4. La inscripción o registro de una obra no tiene otra finalidad ni alcance diferente que el de servir como instrumento declarativo del derecho y eventualmente como medio de prueba de su existencia.

5.5. Al respecto, Ricardo Antequera Parilli señala lo siguiente:

“(…)

Una tendencia de casi unánime aceptación universal **otorga la protección a las obras del ingenio por el mero acto de su creación, sin necesidad del cumplimiento de ninguna formalidad**, ya que el registro de la obra, como se verá en su oportunidad, tiene un carácter exclusivamente declarativo y no constitutivo de derechos.

(…)

La protección por el solo hecho de la creación, constituye una de las varias diferencias que generalmente en el derecho positivo existen con el denominado ‘derecho industrial’ o derecho de patentes y marcas —que comúnmente contempla requisitos obligatorios de orden registral— y surge, entre otras cosas, de la naturaleza misma del derecho del autor como un Derecho Humano, de manera que el legislador, más que ‘conceder’ atributos al creador, no hace otra cosa que reconocer un derecho fundamental del Hombre.

Esa tutela automática de las obras del ingenio hace que ellas se encuentren protegidas aunque permanezcan inéditas o no hayan sido fijadas, como ya fue dicho, a un soporte material, siempre que sean susceptibles de ser divulgadas o publicadas por cualquier medio o procedimiento, independientemente de que la divulgación o publicación haya ocurrido. (...)”²⁰

(Énfasis agregado).

- 5.6. Una obra es protegida por el derecho de autor desde el momento de su creación; por tanto, el registro de una obra no es obligatorio. El registro contemplado en la Decisión 351 no funciona como elemento constitutivo de derechos y el que se realice o no carece de relevancia en cuanto al goce o al ejercicio de los derechos reconocidos por la normativa al autor de la obra.²¹
- 5.7. Se trata de un registro facultativo y no necesario que, por lo mismo, en manera alguna puede hacerse obligatorio, menos como condición para el ejercicio de los derechos reconocidos al autor o para su protección por parte de la autoridad pública.²²
- 5.8. Los artículos interpretados dejan a criterio del autor registrar o no su creación. Sin embargo, si opta por no hacerlo, ello no puede constituirse en impedimento para el ejercicio de los derechos que de tal condición, la de autor, derivan; tampoco para que las autoridades se eximan de protegérselos en los términos de la ley y, menos aún, que condicionen o subordinen la protección y garantía a cualesquiera formalidades, y entre ellas, especialmente, a la del registro²³.
- 5.9. Lo señalado en párrafos anteriores se encuentra debidamente concordado con lo dispuesto en el numeral 2) del Artículo 5 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el cual señala que el goce y el ejercicio del derecho de autor no se encuentran sujetos a ningún tipo de formalidad²⁴, como pudiera ser un depósito o registro ante alguna autoridad.
- 5.10. En consecuencia, la normativa andina acoge el criterio que hoy impera en casi todos los ordenamientos jurídicos en el sentido de que la protección de los derechos autorales nace con la creación o materialización de la obra; es decir, se

realiza sin necesidad de que el autor cumpla con formalidad o requisito alguno, como el del registro por ejemplo.²⁵

Presunción de autoría

- 5.11. El Artículo 8 de la Decisión 351 establece que: “se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra”.
- 5.12. La citada norma andina establece una presunción relativa, *iuris tantum*, en favor de los autores de obras protegidas por el derecho de autor.
- 5.13. En ese sentido, en el supuesto de que el autor de una obra no registrada desee reclamar la protección de su derecho ante alguna autoridad de un país miembro, le bastará con presentar, ante la referida autoridad un ejemplar de su obra, en el cual aparezca su nombre, su seudónimo o algún signo que lo identifique a fin de poder acreditar su interés legítimo para actuar en el proceso.
- 5.14. Asimismo, resulta necesario efectuar la distinción entre el autor de una obra y el titular de la misma.
- 5.15. El autor de una obra es el ser humano —persona natural— que realiza la creación intelectual, mientras que el titular de una obra es aquella persona natural o jurídica que cuenta con las facultades para ejercer los derechos patrimoniales sobre la obra, de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.²⁶
- 5.16. Asimismo, la normativa andina distingue dos tipos de titularidades la originaria y derivada.
(...)
- 5.20 En consecuencia, la presunción contemplada en el Artículo 8 de la Decisión 351 es aplicable únicamente a efectos de determinar quién es el autor de una obra protegida por el derecho de autor y no sobre quien es el titular derivado de la misma.»

«²⁰ Ricardo Antequera Parilli. *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2da Edición, Caracas, 1994, pp. 138-139.

²¹ Ver Interpretación Prejudicial N°64-IP-2000 de fecha 6 de setiembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 602 del 21 de setiembre de 2000.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.-

“Artículo 5

Derechos garantizados: 1. y 2. Fuera del país de origen; 3. En el país de origen; 4. «País de origen»

(...)

2) El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos

son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se registrarán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.”

²⁵ Ver Interpretación Prejudicial N° 64-IP-2000 de fecha 6 de setiembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 602 del 21 de setiembre de 2000.

²⁶ **Decisión 351.-**

“**Artículo 3.-** A los efectos de esta Decisión se entiende por:

- Autor: Persona física que realiza la creación intelectual.

(...)

- Titularidad: Calidad del titular de derechos reconocidos por la presente Decisión.

(...)”

²⁷ **Decisión 351 de Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“**Artículo 9.-** Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.”

²⁸ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*. Edit. UNESCO, CERLALC y ZAVALIA; Buenos Aires; 1993; pp. 125, 126 y 127.»

Fuente: Ver párrafos 5.2. a 5.20. de las páginas 14 a 18 de la Interpretación Prejudicial **248-IP-2021** del 15 de diciembre de 2022, que constan en las páginas 51 a 55 de la GOAC 5130 del 15 de febrero de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205130.pdf>

Capítulo VIII

La obra fotográfica

- «1.2. El Artículo 4 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece que el derecho de autor protege las obras literarias, artísticas y científicas susceptibles de ser divulgadas o reproducidas por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Del mismo modo, dicha disposición hace una enumeración ejemplificativa, mas no taxativa, de las obras protegidas, consignando en su Literal i) a las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
- 1.3. Siendo ello así, la normativa comunitaria otorga al titular de una obra fotográfica la protección de su creación en el ámbito del derecho de autor.
- 1.4. Al respecto, sobre la protección de una fotografía como obra artística en materia de derecho de autor, Ricardo Antequera Parilli, sostiene lo siguiente:

“(...) la fotografía y otras formas expresadas por procedimiento análogo, constituyen obras del ingenio en la medida en que guarden los requisitos de las demás producciones protegidas, es decir, una manifestación creativa con características de individualidad.”

Esa originalidad no está únicamente en el aparato fotográfico –como tampoco en la cámara de filmación, respecto del cine–, ya que supone un talento en el fotógrafo que puede residir en el sentido de la oportunidad –de lo que son ejemplo las fijaciones fotográficas de carácter documental donde se capta el momento preciso de grandes acontecimientos de la historia–, o en la sensibilidad artística al elegir la distancia, el ángulo, la luz, la ocasión, el enfoque las figuras o el mensaje, por ejemplo.

Y poco importa si el autor es un profesional o un aficionado, o que la fijación se haya tomado con un aparato simple o una máquina altamente sofisticada”.³ (Énfasis agregado)

- 1.5. En la misma línea del pensamiento, Delia Lipszyc también manifiesta lo siguiente:

“(…) la fotografía es arte.

El fotógrafo selecciona el material sensible que va a utilizar, observa, elige el motivo, encuadra o compone la imagen, busca el ángulo preciso, mide la luz, prepara la cámara fotográfica y dispara, una y otra vez, desde el mismo ángulo o desde distintos. Emplea técnicas diversas como, por ejemplo, la exposición múltiple de un mismo negativo, lo cual le permite construir una historia en el cuadro, “fabricar” la imagen de quienes están protagonizando el evento que quiere retratar. A veces parte de un boceto, de un dibujo de la imagen antes de empezar las tomas.

*También **hay muchas “instantáneas”** en las que tanto el fotógrafo profesional como el aficionado no han hecho más que enfocar y disparar y, sin embargo, **ofrecen tanto o más interés artístico que una obra cuidadosamente elaborada.***

En el laboratorio el fotógrafo utiliza sustancias químicas, obtiene los negativos, observa cada toma, justiprecia su expresividad, su plasticidad, analiza su calidad bajo la lupa, positiva o revela los negativos, puede hacer retoques, acentuar detalles y efectos, amplifica la imagen en distintas formas. Puede usar trucos como el fotomontaje, la sobreimpresión, la interrupción del proceso de revelado con un golpe de luz con lo que se logra un extraño efecto de coloración (...) hasta llegar al resultado final hay una gran cantidad de pasos.

Las fotografías que presentan alguna originalidad en el encuadre o en la composición o en cualquier otro elemento importante de la imagen, sin lugar a dudas son acreedoras, al igual que las demás obras artísticas, a la protección del derecho de autor⁴. (Énfasis agregado)

- 1.6. De acuerdo con lo anterior, una fotografía podrá ser protegida por el derecho de autor si es que cumple con el requisito de originalidad para ser considerada como una obra fotográfica.

(...)

- 1.9. En el caso de una obra fotográfica, su originalidad deberá reflejar cierta singularidad o particularidades del autor en la propuesta artística contenida en la imagen capturada sea a través del encuadre o el ángulo de la fotografía, la iluminación al capturar la imagen, el contraste de luces, colores, retoques, efectos o trucos utilizados para acentuar la imagen capturada y de esta manera lograr el producto final esperado por el autor.

- 1.10. Asimismo, tal como se indicó líneas arriba, el creador de una obra fotográfica no necesariamente tiene que ser un fotógrafo profesional, sino que puede ser cualquier persona natural y el aparato con el cual capturó o elaboró la referida obra no tiene que ser necesariamente una máquina profesional para que pueda ser catalogada como una obra fotográfica protegida.

- 1.11. La originalidad de una fotografía no radica en el objeto o lugar fotografiado, sino en los elementos contenidos en la imagen capturada que permitan distinguirla del resto de fotografías.

1.12. En consecuencia, una mera fotografía que no cuente con el requisito de originalidad no podrá ser considerada como una obra fotográfica por lo que no se encontrará protegida por el derecho de autor⁶.»

«³ Ricardo Antequera Parilli, *Derecho de Autor*, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2da Edición, Caracas, 1994, pp. 354-355.

⁴ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*. Edit. UNESCO, CERLALC y ZAVALIA; Buenos Aires; 1993; 1ª ed.; p. 61.

(...)

⁶ La mera fotografía, a diferencia de una obra fotográfica, capta la imagen conforme se encuentra en ese momento, sin aportar ni transmitir nada del autor en esta, pues únicamente se confina a captar y pulsar el disparador de la cámara fotográfica, como por ejemplo pudiera ser el caso de las fotografías tomadas para cumplir un trámite determinado (fotografía tamaño carné, pasaporte, etc.) o aquellas imágenes captadas en cabinas automáticas, entre otros supuestos.»

Fuente: Ver párrafos 1.2. a 1.12. de las páginas 5 a 7 de la Interpretación Prejudicial **117-IP-2020** del 7 de octubre de 2020, que constan en las páginas 45 a 47 de la GOAC 4118 del 19 de noviembre de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204118.pdf>

Capítulo IX

La obra audiovisual

«1.2. El Artículo 4 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece que el derecho de autor protege las obras literarias, artísticas y científicas susceptibles de ser divulgadas o reproducidas por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Del mismo modo, dicha disposición efectúa una enumeración enunciativa, mas no taxativa, de las obras protegidas, consignando en su Literal f) a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento.

1.3. El Artículo 3 de la Decisión 351 define a la obra audiovisual como:

“Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene”.

1.4. Sobre la protección de una obra audiovisual, Ricardo Antequera Parilli sostiene lo siguiente:

“La obra audiovisual es generalmente el resultado del concurso de varios aportes (v.gr.: el argumento, los diálogos, la música compuesta para la obra) que se conjugan en una secuencia de imágenes fruto de la creatividad de un director.

Se trata entonces de una obra generalmente en colaboración (donde los aportes pueden ser generalmente separados), en la cual se atribuye la autoría, al menos en el sistema latino o continental, a las personas físicas que realizan la creación intelectual.

Sin embargo no todas las contribuciones tienen el carácter de “obra”, pues algunas prestaciones intelectuales se ubican en el marco de los derechos afines o conexos, mientras que otras son participaciones esencialmente técnicas, sin una

verdadera aportación creativa y original, por ejemplo las de asistentes, utileros y maquilladores.”²

- 1.5. La obra audiovisual es considerada, por lo general, como una obra en colaboración, pues suele ser el resultado de los aportes de dos o más personas naturales o físicas. Se entiende como obra en colaboración aquella creada por dos o más personas que trabajan de manera conjunta bajo una misma inspiración. No serían obras en colaboración las que son consecuencia de una mera yuxtaposición de trabajos individuales sin relación alguna entre ellas, pues en estos casos no se estaría generando una única obra en común que represente a todos los autores en su conjunto.³

En una obra en colaboración, los coautores son, de manera conjunta, los titulares originarios de los derechos morales y patrimoniales sobre la obra, derechos que serán ejercidos de común acuerdo, salvo cuando los aportes sean divisibles, caso en el cual, salvo pacto en contrario, puede cada contribución ser explotada de manera separada, siempre que no perjudique con ello la explotación de la obra común.⁴

- 1.6. Una obra audiovisual es aquella que está conformada por varias creaciones intelectuales que, al unirse, forman una nueva unidad creativa que, por su originalidad, se encuentra protegida por el derecho de autor. La obra audiovisual comprende a las obras cinematográficas y aquellas que son obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía, como es el caso de los anuncios publicitarios o comerciales, videoclips, novelas, series, documentales, reportajes periodísticos, entre otros.
- 1.7. La obra audiovisual, para ser tal, debe ser original. Debe apreciarse la impronta personal, la singularidad o particularidad del autor o de los autores en las propuestas literarias o artísticas contenidas en la grabación audiovisual a través de los diversos elementos creativos que la conforman, como es el guion y los diálogos; la obra musical creada o no exclusivamente para la obra audiovisual; los diseños animados, en caso se trate de una película animada o infantil; entre otros elementos que por su originalidad podrían constituir obras, y que al unirse conforman una secuencia de imágenes producto de la creatividad de un director, generando como resultado una única unidad creativa conocida como obra audiovisual.
- 1.8. Cabe señalar que los elementos originales que pudiesen formar parte de la obra audiovisual —dibujos de personajes (obra artística), música (obra musical), guion (obra literaria), etc.— se encuentran igualmente protegidos por la legislación del derecho de autor y, eventualmente, sus autores podrían explotarlos económicamente de manera independiente a la obra audiovisual, salvo que hubiese pacto en contrario.
- 1.9. No toda fijación audiovisual puede ser considerada obra audiovisual protegida por el derecho de autor. Por ejemplo, tratándose de las grabaciones de un evento deportivo que se transmite en vivo o en diferido, resulta difícil que el director o el camarógrafo, por más profesional o experimentado que sea en su oficio, pueda plasmar su individualidad o singularidad en las grabaciones efectuadas, pues lo único que está haciendo es transmitir o grabar un hecho que está sucediendo en ese momento; en consecuencia, dicha grabación no podría ser considerada como

una obra audiovisual, pues carecería del requisito de originalidad, sin perjuicio de la protección que por derechos conexos le otorga la normativa andina a este tipo de grabaciones.

- 1.10. En consecuencia, una mera grabación o fijación audiovisual que no cuente con el requisito de originalidad no podría ser considerada como una obra audiovisual, por lo que se encontraría fuera de la protección del derecho de autor.»

«² Ricardo Antequera Parilli, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2007, p. 73.

³ Ibídem, p. 36 y 37.

⁴ Ibídem, p. 37.»

Fuente: Ver párrafos 1.2. a 1.10. de las páginas 4 a 6 de la Interpretación Prejudicial **142-IP-2020** del 25 de agosto de 2021, que constan en las páginas 5 a 7 de la GOAC 4314 de la misma fecha, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204314.pdf>

Capítulo X

La obra audiovisual y la obra multimedia como objeto de protección del derecho de autor

« La obra audiovisual »

- 5.2. El Artículo 4 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece que el derecho de autor protege las obras literarias, artísticas y científicas susceptibles de ser divulgadas o reproducidas por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Del mismo modo, dicha disposición hace una enumeración ejemplificativa, mas no taxativa, de las obras protegidas, consignando en su Literal f) a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento.
- 5.3. Siendo ello así, la normativa comunitaria otorga al titular de una obra audiovisual la protección de su creación en el ámbito del derecho de autor.
- 5.4. Asimismo, el Artículo 3 de la Decisión 351 define a la obra audiovisual como:

“(...) Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene”.

- 5.5. Al respecto, sobre la protección de una obra audiovisual, Ricardo Antequera Parilli, sostiene lo siguiente:

“(…)

La obra audiovisual es generalmente el resultado del concurso de varios aportes (v.gr.: el argumento, los diálogos, la música compuesta para la obra) que se conjugan en una secuencia de imágenes fruto de la creatividad de un director.

Se trata entonces de una obra generalmente en colaboración (donde los aportes pueden ser generalmente separados), en la cual se atribuye la autoría, al menos en el sistema latino o continental, a las personas físicas que realizan la creación intelectual.

Sin embargo no todas las contribuciones tienen el carácter de “obra”, pues algunas prestaciones intelectuales se ubican en el marco de los derechos afines y conexos, sin una verdadera aportación creativa y original, por ejemplo las de asistentes, utileros y maquilladores. (...)”³⁸

- 5.6. En ese sentido, la obra audiovisual, por lo general, es considerada como una obra en colaboración, toda vez que es el resultado de los aportes de dos o más personas físicas. Se entiende como obra en colaboración aquella creada por dos o más personas que trabajan de manera conjunta bajo una misma inspiración. No serían obras en colaboración aquellas que resultan como consecuencia de una yuxtaposición de trabajos individuales sin relación alguna entre ellos, toda vez que no se generaría una única obra en común que represente a todos los autores en su conjunto.³⁹

La regulación generalizada para estos casos consiste en disponer que los coautores son de manera conjunta los titulares originarios de los derechos morales y patrimoniales sobre la misma, los que serán ejercidos de común acuerdo, salvo cuando los aportes sean divisibles, en los cuales, salvo pacto en contrario, puede ser su contribución explotada de manera separada, siempre que no perjudique con ello la explotación de la obra común.⁴⁰

- 5.7. En consecuencia, una obra audiovisual es aquella que está conformada por varias creaciones intelectuales que al unirse forman una nueva unidad creativa que por su originalidad se encuentra protegida por el derecho de autor. Siendo ello así, la obra audiovisual comprende a las cinematográficas y también a las que son obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía como pudieran ser el caso de los spots publicitarios o comerciales, videoclips, novelas, series, documentales, reportajes periodísticos, entre otros.
- 5.8. Asimismo, sobre la originalidad de una producción o fijación audiovisual para ser considerada como obra, el autor antes señalado menciona lo siguiente:

*“(…) [las producciones audiovisuales] consisten en grabaciones de secuencias de imágenes, con o sin sonido, que pueden o no constituir per se una obra audiovisual, pero que supone un trabajo intelectual, un despliegue técnico y un gran esfuerzo económico, como ocurre con la transmisión de eventos de diversa índole o de escenas bélicas, **razón por la cual algunas legislaciones (v.gr.: España, Perú), bajo el título de “otros derechos de propiedad intelectual” u “otros derechos intelectuales”, le reconocen al productor de esas grabaciones un derecho de exclusivo de reproducción, distribución y comunicación pública, además del “derecho conexo” (...) al organismo que transmite esa programación por radio o televisión, autorizar o prohibir la fijación o retransmisión de sus emisiones** (...)*

Lo importante pues, está en señalar que toda forma de expresión audiovisual estará protegida como obra, siempre que tenga elementos creativos con rasgos de individualidad, en cualquiera de los dominios literarios, artísticos o científicos.

Entramos entonces a la segunda parte de la discusión: ¿Es toda fijación audiovisual una obra audiovisual?. (sic)

El procedimiento mediante el cual es posible fijar en un soporte material y proyectar imágenes en movimiento, con o sin sonidos incorporados, constituyen una mera técnica, que por sí sola no constituye una manifestación original, ya que lo que hace de una expresión audiovisual una obra protegida, al igual que en las demás producciones del intelecto, son los elementos creadores que la conforman.

*Así, por ejemplo, la simple colocación de una cámara fija de un video frente a un cantante, para grabar su interpretación musical, no la convierte en obra audiovisual, ya que se trata, simplemente, de la fijación en un soporte material de una canción cuyos derechos corresponden al compositor, así como de una interpretación respecto de la cual el artista, en la esfera de los derechos conexos, tiene facultades de orden moral y patrimonial (...)*⁴¹

- 5.9. De acuerdo con lo anterior, una fijación audiovisual podrá ser protegida por el derecho de autor si es que cumple con el requisito de originalidad para ser considerada como una obra audiovisual.

(...)

- 5.12. En el caso de una obra audiovisual, su originalidad deberá reflejar cierta singularidad o particularidades del autor o autores en las propuestas literarias o artísticas contenidas en la grabación audiovisual a través de los diversos elementos creativos que la conforman, como pudiera ser el caso del guion y los diálogos, la obra musical creada o no exclusivamente para la obra audiovisual, los diseños animados, en caso se trate de una película animada o infantil, el maquillaje artístico de algunos personajes que participan en la obra, el vestuario artístico, entre otros elementos que por su originalidad podrían constituir obras, y al unirse conforman una secuencia de imágenes producto de la creatividad de un director o productor dando como resultado una única unidad creativa conocida como obra audiovisual.

- 5.13. Cabe señalar que los elementos originales que pudieran formar parte de la obra audiovisual —dibujos de personajes (obra artística), música (obra musical), guiones (obra literaria), etc.— se encuentran igualmente protegidos por la legislación del derecho de autor e incluso sus autores pueden explotarlos económicamente de manera independiente a la obra audiovisual, salvo que se haya pactado en contrario.

- 5.14. Por otro lado, no toda fijación audiovisual podrá ser considerada obra audiovisual protegida por el derecho de autor. Por ejemplo, en el caso de las grabaciones de un evento deportivo que se transmiten en vivo o en diferido, resulta difícil que el director o el camarógrafo por más profesional o experimentado que sea en su oficio pueda plasmar su individualidad o singularidad en las grabaciones efectuadas, pues lo único que está haciendo es transmitir o grabar un hecho que está sucediendo en ese momento; en

consecuencia, dicha grabación no podrá ser considerada como una obra audiovisual pues carecería del requisito de originalidad —sin perjuicio de la protección que por derechos conexos le otorga la normativa andina a este tipo de grabaciones, en calidad de producciones audiovisuales—.

- 5.15. En consecuencia, una mera grabación o fijación audiovisual que no cuente con el requisito de originalidad no podrá ser considerada como una obra audiovisual por lo que no se encontrará protegida por el derecho de autor.

La calidad de productor de una obra audiovisual

- 5.16. La Decisión 351 no contempla regulación alguna sobre los derechos de un productor o productores de obras audiovisual, sin perjuicio de ello, este Tribunal a través de Interpretación Prejudicial 589-IP-2015 del 24 de abril de 2017 ha manifestado que: “(...) *el productor de una obra audiovisual es la persona natural o jurídica que goza de la iniciativa de la creación intelectual, y que asume la responsabilidad de una grabación audiovisual. La figura del productor descansa sobre el concepto de obra colectiva, que es aquella que resulta de las atribuciones creativas de varios autores que resultan ordenadas y coordinadas por un sujeto especial que puede recibir ciertos nombres de conformidad con la naturaleza de la obra: editor, productor, coordinador, entre otras*”.
- 5.17. En ese sentido, considerando que la normativa andina no contempla regulación alguna sobre los derechos de los productores de obras audiovisuales, corresponde a la legislación interna de cada país miembro regular todo lo concerniente a este tema, de conformidad con el principio de complemento indispensable⁴⁴.
- (...)

La obra multimedia

- 5.26. El Artículo 4 de la Decisión 351 enumera una lista de creaciones que se encuentran protegidas por el derecho de autor en donde no se hace referencia directa a la obra multimedia; sin embargo, tal como se dijo en párrafos anteriores, no se trataría de una lista taxativa o restrictiva sino ejemplificativa.⁵⁴
- 5.27. Siendo ello así, una producción multimedia podrá ser protegida por el derecho de autor si es que cumple con el requisito de originalidad para ser considerada como una obra multimedia.
- 5.28. La obra multimedia es un tipo de obra compleja y, en consecuencia, puede ser considerada como una obra en colaboración o una obra colectiva, toda vez que el producto final es consecuencia de la unión de diversos aportes creativos originales que, por sí mismos, pueden ser considerados como obras.
- 5.29. En otras palabras, esta creación unitaria reúne los aportes de al menos dos tipos de obras como pudiera ser el caso de las obras literarias (guiones, artículos de investigación, poemas, etc.), obras musicales, obras audiovisuales, obras de artes plásticas, obras artísticas, obras fotográficas, etc., las cuales son ejecutadas a través de un programa de ordenador que permite la interacción entre el computador o equipo similar y un usuario.

- 5.30. Al respecto, sobre la definición de obra multimedia, Delia Lipszyc manifiesta lo siguiente:

“Obra multimedia es la compuesta por diversos elementos, en especial obras y otras contribuciones pertenecientes a distintos géneros —textos, sonidos, imágenes fijas o en movimiento, etcétera— que pueden ser preexistentes o creadas especialmente, y que transformados en dígitos binarios se integran en un solo medio o soporte digital y son regidos por uno o más programas de ordenador que permitan su utilización interactiva.

Para Antonio Delgado —quien prefiere denominarla producción (o producto) multimedia— es “Todo soporte en el que hayan sido almacenados, en lenguaje digital y en número no inferior a dos de diversos géneros, textos, sonidos, imágenes fijas y en movimiento, que pueden constituir la expresión de obras literarias, musicales, ‘visuales’ (de las artes plásticas y fotográficas) y audiovisuales, preexistentes o creadas para su explotación a partir de tales aportes, cuya estructura y acceso están gobernados por un programa de ordenador que permite la interactividad de dichos elementos¹. (subrayado agregado)

¹ Delgado Porras, A, “Las producciones ‘multimedia’: ¿Un nuevo género de obras?”, en el Libro Memoria del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos conexos, Montevideo, ed. Gobierno de la R.O. del Uruguay/OMPI/IIDA, 1997, P. 261, § 6.4. ⁵⁵

- 5.31. Por otro lado, esa misma autora señala que los elementos que caracterizan a este tipo de obras son las siguientes:

“(…)

- la presencia de aportaciones digitalizadas que pertenecen a distintos géneros (dos por lo menos), y
 - la interactividad, es decir, la posibilidad de que el usuario las interactúe, las navegue por medio de un programa de ordenador
- (…)”⁵⁶

(subrayado agregado)

- 5.32. La originalidad de una obra multimedia se verá reflejada en la confluencia de todos los elementos que la conforman, concibiéndose como una creación unitaria que permita diferenciarse del resto de obras multimedia. Cabe señalar que entre las obras multimedia más conocidas tenemos: Diccionarios multimedia, páginas web, juegos en línea, cursos interactivos, videojuegos, entre otros.

- 5.33. Si bien la obra multimedia comparte ciertas características de una obra audiovisual, un programa de ordenador y, en algunos casos, una base de datos, se trataría de una obra que posee características propias que las distinguen de las antes señaladas, por tanto no pueden ser consideradas iguales.

- 5.34. Por ejemplo, un videojuego (obra multimedia) al igual que una obra audiovisual (sea una novela, serie de televisión, películas, spots publicitarios, videoclips, etc.) está conformada por imágenes asociadas que dan la sensación de movimiento, así como también por un argumento, obras artísticas (dibujos de personajes, paisajes), obras musicales, etc., las cuales podrán ser visualizadas a través de un aparato idóneo como pudiera ser una pantalla de televisor o computador, tabletas, laptop, visor de realidad virtual, consola de juegos o cualquier otro aparato conocido o por conocerse. No obstante a lo anterior, la diferencia radicará en que una obra multimedia siempre permitirá la interacción entre el usuario y la creación multimedia (en el ejemplo, el videojuego), lo cual no sucede

en una obra audiovisual. Asimismo, para que exista la interacción antes señalada, necesariamente se requerirá la ejecución de un programa de ordenador, situación que tampoco es prescindible en las obras audiovisuales.

5.35. Si bien una obra multimedia puede estar conformada por algunos elementos de una obra audiovisual y un programa de ordenador, lo mismo no sucede con estos últimos cuya creación es totalmente independiente a la referida multimedia, por lo que mal haríamos en equipararlas.

5.36. Asimismo, resulta necesario indicar que los elementos originales que pudieran formar parte de la obra multimedia —dibujos de personajes (obra artística), música (obra musical), argumentos y guiones (obras literarias), etc.— se encuentran igualmente protegidos por la legislación del derecho de autor e incluso sus autores pueden explotarlos económicamente de manera independiente a la obra multimedia, salvo que se haya estipulado lo contrario.»

«³⁸ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Editorial Reus, Madrid, 2007, p. 73.

³⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Editorial Reus, Madrid, 2007, p. 37.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2da Edición, Caracas, 1994, pp. 211-213.

⁴² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela*. Autoralex, Venezuela, 1994, p. 32.

⁴³ De conformidad con lo establecido en el Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se entiende como autor a la persona física que realiza la creación intelectual. Es decir, únicamente podrá ser considerado como autor a una persona natural, más no una persona jurídica o un animal.

⁴⁴ El principio de complemento indispensable, consagra lo que se denomina “norma de clausura”, según la cual se deja a la legislación interna de los países miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la normativa comunitaria, por cuanto aquella no puede prever absolutamente todos los supuestos susceptibles de regulación jurídica.

(...)

⁵⁴ **Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena.-**

“**Artículo 4.-** La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

- a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;
- b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;
- d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;
- e) Las obras coreográficas y las pantomimas;
- f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;
- g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;
- h) Las obras de arquitectura;
- i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;

- j) *Las obras de arte aplicado;*
- k) *Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;*
- l) *Los programas de ordenador;*
- m) *Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales.”*

⁵⁵ LIPSZYC, Delia. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Edit. UNESCO, CERLALC y ZAVALIA; Buenos Aires; 2004; 1ª ed.; p. 451.

⁵⁶ Ibidem, pp. 457 y 458.»

Fuente: Ver párrafos 5.2. a 5.36. de las páginas 21 a 31 de la Interpretación Prejudicial **464-IP-2017** del 3 de octubre de 2018, que constan en las páginas 56 a 66 de la GOAC 3438 del 12 de noviembre de 2018, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203438.pdf>

Capítulo XI

La calidad de director de una obra audiovisual

« La calidad de director de una obra audiovisual

- 1.20. La Decisión 351 no contempla una definición de director de una obra cinematográfica. No obstante, este ha sido entendido de la siguiente manera:

“El director es generalmente reconocido como el artista creativo y el técnico más fundamental en la realización de un largometraje. La mística que rodea al trabajo de los directores de primera clase pone de manifiesto la poderosa influencia de una visión personal constante en el éxito de muchas películas. Durante muchas décadas y a través de muchas películas memorables, los grandes directores a menudo han dotado a una obra de un estilo, unos temas recurrentes y unos recursos narrativos reconocibles al instante.”¹¹

- 1.21. La realización de una obra cinematográfica recae en el director, el cual puede recibir el apoyo de otras personas, tales como el ayudante o auxiliar de dirección, del script, etc. El director es quien decide cómo deben presentarse las escenas, por lo que dirige el rodaje, instruye a los actores y dirige y/o supervisa al camarógrafo, al sonidista, al encargado del vestuario, el encargado de las luces, etc. Su capacidad de dirección incluye la posibilidad de cortar o adaptar partes del guion, así como cortar escenas previamente grabadas, todo lo cual evidencia que el director es el encargado y responsable final de la película.
- 1.22. En efecto, el director, en ejercicio de su capacidad decisoria, le da la forma final a la película (la obra cinematográfica). Ahora bien, en la realización de una película puede intervenir más de un director, usualmente hasta dos codirectores, sin perjuicio de que eventualmente participen más codirectores. Los codirectores

no se encuentran subordinados unos a otros. No existe subordinación entre ellos. Si existiera subordinación, no estaríamos frente a un codirector propiamente dicho, sino que se trataría de un ayudante o auxiliar de dirección. Los codirectores tienen la capacidad de decidir, de manera consensuada acerca de los aspectos mencionados en el párrafo precedente. Del mismo modo, puede formar parte del consenso entre ellos la división sobre algunas de las tareas propias de la dirección. Así, por ejemplo, un codirector podría dirigir unas escenas, y el otro codirector las restantes. En consecuencia, en la codirección intervienen dos o más personas que, en igualdad de jerarquía y con consentimiento mutuo, toman decisiones vinculadas con la realización y el resultado final de la película. En aplicación del principio de primacía de la realidad, la condición de codirector no nace necesariamente de lo que podría establecerse, en términos formales, en uno o más documentos o contratos, que bien podrían tener contenido veraz, sino que surge de la efectiva realización de una codirección, que es lo que genera la cotitularidad de los derechos morales de una obra cinematográfica.

- 1.23. Así, debe diferenciarse a los codirectores que actúan en todo el proceso de realización de una película en igualdad de condiciones y con las mismas atribuciones y/o capacidades, de aquellos que ejercen labores únicamente de colaboración, que no tienen, en rigor, capacidad decisoria y que, en consecuencia, se encuentran en una relación de subordinación frente a un director que tiene una posición de preeminencia. De tal manera que, más allá de la denominación con la que pueda intervenir una persona en una obra cinematográfica, como director o codirector, será esencial determinar el rol o función que verdaderamente cumple en el marco de su realización.
- 1.24. En cuanto a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales¹², doctrinariamente se ha reconocido como autor al director¹³ que la realiza, siendo a su vez el titular de los derechos morales sobre la obra audiovisual en su conjunto¹⁴ (lo que puede incluir a los codirectores). Por otra parte, al productor, en calidad de patrocinador de la obra, se le reconoce la titularidad de los derechos patrimoniales¹⁵.
- 1.25. Los directores, en cuanto autores de una obra cinematográfica (una obra audiovisual), cuentan con la facultad de editar dicha obra, lo que significa la posibilidad, entre otras, de cortar o suprimir escenas previamente grabadas, de considerarlo pertinente. Así, se pueden presentar obras cinematográficas que contienen todas las escenas grabadas originalmente, pero también puede darse el caso de películas en las que el director ha cortado o suprimido escenas previamente grabadas. La lógica se encuentra en la necesidad de que el autor de la obra —el director— cree y forme esa obra a imagen de su ingenio, que la obra responda a su impronta personal, que pueda ser concluida y presentada al público como su intelecto la ha ideado. Así, los directores tienen la facultad de dar a la obra la forma que deseen, y este derecho implica, como es evidente, la facultad de editar la película, lo que a su vez puede implicar la posibilidad de cortar o suprimir escenas previamente grabadas¹⁶.
- 1.26. Además de esta lógica impregnada en el espíritu de la protección a la propiedad intelectual, existe una razón económica. La facultad mencionada es relevante para que el director, como autor, ajuste la obra a los mercados en los cuales va a

ser presentada, a efectos de que la obra no solo sea capaz de responder a las necesidades culturales y sociales a que haya lugar, sino también a los fenómenos comerciales propios de cada mercado, de cada grupo de consumidores. Las creaciones intelectuales también son parte de la vida económica de las sociedades, por lo que el director debe contar con la flexibilidad suficiente para moldear y adaptar su obra, respetando, evidentemente, los derechos conexos de los artistas interpretantes o ejecutantes¹⁷.

- 1.27. En consecuencia, el director tiene la potestad de editar la obra cinematográfica, lo que significa que puede cortar o suprimir escenas previamente grabadas, entre otras, con el objetivo de adaptar la obra a las circunstancias y necesidades correspondientes, como podría ser, por ejemplo, reducir la obra cinematográfica de dos horas de duración a solo una hora y media¹⁸.
- 1.28. Sin perjuicio de lo señalado, cabe recalcar, que si bien la persona que determina el sentido último de la obra cinematográfica es el director — en tanto que decide sobre las propuestas que le formulan durante el proceso todos quienes coparticipan del mismo, como guionista, actores, escenógrafo, fotógrafo, sonidista, editor y, obviamente, el propio productor de la película—, quien, como autor de la obra cinematográfica en su conjunto se erige como el titular de los respectivos derechos morales, no debe perderse de vista, naturalmente, que los derechos de los demás involucrados — autores (guionista, sonidista, dibujante), intérpretes y ejecutantes— también deben ser respetados.»

«⁸ Ver Interpretación Prejudicial N° 200-IP-2014 de fecha 21 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2599 del 12 de octubre de 2015.

⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), “Glosario de términos y expresiones sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”, en: Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI”, Ginebra, 2003, p. 305. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf (consulta: 10 de septiembre de 2021)

¹⁰ Ricardo Antequera Parilli, *El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela (Y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas)*, Autoralex, sin ciudad, 1994, p. 32.

¹¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), “¿Derechos, cámara y acción! Los derechos de propiedad intelectual y los procesos cinematográficos”, en: Industrias creativas – Publicación 2”, p. 65. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/869/wipo_pub_869.pdf (consulta 10 de septiembre de 2021)

¹² Protegidas por la Decisión 351, según lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 4.

¹³ El director es el autor de la obra cinematográfica, pero este derecho de autor es diferente al derecho de autor que tiene, por ejemplo, el guionista, el creador de la banda sonora o el dibujante.

¹⁴ Dejando a salvo los derechos de los coautores en relación a sus respectivas contribuciones (Leticia Leslie Rodríguez Loza, La protección de la obra audiovisual en el derecho de autor en México, en Revista Amicus Curiae, Segunda Época, núm 2. Vol 2, 2013, p.6)

¹⁵ Ver Interpretación Prejudicial N°142-IP-2020 de fecha 25 de agosto de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4314 de 25 de agosto de 2021.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

Fuente: Ver párrafos 1.16. a 1.28. de las páginas 7 a 11 de la Interpretación Prejudicial **481-IP-2019** del 15 de diciembre de 2021, que constan en las páginas 8 a 12 de la GOAC 4402 de la misma fecha, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204402.pdf>

Capítulo XII

La edición de obras audiovisuales. El derecho de edición de los directores como autores de la obra cinematográfica

«3.1. En cuanto a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales¹¹, doctrinariamente se ha reconocido como autor al director¹² que la realiza, siendo a su vez el titular de los derechos morales sobre la obra audiovisual en su conjunto¹³. Por otra parte, al productor, en calidad de patrocinador de la obra, se le reconoce la titularidad de los derechos patrimoniales¹⁴.

3.2. Sobre los derechos morales de los autores, la Decisión 351 prescribe lo siguiente:

“**Artículo 11.-** El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

(...)

c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

(...)”

3.3. Respecto de los derechos patrimoniales vinculados al derecho de autor, la Decisión 351 establece lo siguiente:

“**Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”

- 3.4. El numeral ii) del Artículo 5 del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (2012) reconoce al artista intérprete o ejecutante el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación, tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales.
- 3.5. El derecho a oponerse a la edición de la obra y a la autorización para sus posteriores transformaciones recae en el autor que es el titular del mencionado derecho. No se desprende de la normativa que le corresponda dicho derecho a los artistas intérpretes o ejecutantes que, como se analizó párrafos arriba, son sujetos diferentes a los autores y, en consecuencia, son titulares de derechos distintos.
- 3.6. Los directores, en cuanto autores de una obra cinematográfica (una obra audiovisual), cuentan con la facultad de editar dicha obra, lo que significa la posibilidad, entre otras, de cortar o suprimir escenas previamente grabadas, de considerarlo pertinente. Así, se pueden presentar obras cinematográficas que contienen todas las escenas grabadas originalmente, pero también puede darse el caso de películas en las que el director ha cortado o suprimido escenas previamente grabadas. La lógica se encuentra en la necesidad de que el autor de la obra —el director— cree y forme esa obra a imagen de su ingenio, que la obra responda a su impronta personal, que pueda ser concluida y presentada al público como su intelecto la ha ideado. Así, los directores tienen la facultad de dar a la obra la forma que deseen, y este derecho implica, como es evidente, la facultad de editar la película, lo que a su vez puede implicar la posibilidad de cortar o suprimir escenas previamente grabadas.
- 3.7. Además de esta lógica impregnada en el espíritu de la protección a la propiedad intelectual, existe una razón económica. La facultad mencionada es relevante para que el director, como autor, ajuste la obra a los mercados en los cuales va a ser presentada la obra, a efectos de que no solo sea capaz de responder a las necesidades culturales y sociales a que haya lugar, sino también a los fenómenos comerciales propios de cada mercado, de cada grupo de consumidores. Las creaciones intelectuales también son parte de la vida económica de las sociedades, por lo que el director debe contar con la flexibilidad suficiente para moldear y adaptar su obra, respetando, evidentemente, los derechos conexos de los artistas interpretantes o ejecutantes.
- 3.8. En consecuencia, el director tiene la potestad de editar la obra cinematográfica, lo que significa que puede cortar o suprimir escenas previamente grabadas, entre otras, con el objetivo de adaptar la obra a las circunstancias y necesidades correspondientes, como podría ser, por ejemplo, reducir la obra cinematográfica de dos horas de duración a solo una hora y media.»

«¹¹ Protegidas por la Decisión 351, según lo prescrito en el Literal f) del Artículo 4.

¹² El director es el autor de la obra cinematográfica, pero este derecho de autor es diferente al derecho de autor que tiene, por ejemplo, el guionista, el creador de la banda sonora o el dibujante (tratándose de dibujos animados).

¹³ Dejando a salvo los derechos de los coautores en relación a sus respectivas contribuciones (Rodríguez Loza Leticia Leslie, *La protección de la obra audiovisual en el derecho de autor en México*, en *Revista Amicus Curiae*, Segunda Época, núm. 2, vol. 2, 2013, p. 6.).

Fuente: Ver párrafos 3.1. a 3.8. de las páginas 9 a 11 de la Interpretación Prejudicial **142-IP-2020** del 25 de agosto de 2021, que constan en las páginas 10 a 12 de la GOAC 4314 del 25 de agosto de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204314.pdf>

Capítulo XIII

Sobre la protección genérica de los elementos de una obra multimedia en el marco de una acción de infracción de derechos patrimoniales de autor

- «4. “¿Al analizar si existe infracción a los derechos patrimoniales de una obra multimedia es necesario que se acredite la titularidad de cada uno de los personajes de la obra?”

Este Tribunal se ha referido en procesos anteriores sobre la naturaleza y protección de la obra multimedia, existiendo a la fecha un criterio armónico y estable en la materia que constituye acto aclarado en los términos de la sentencia de interpretación prejudicial emitida en el proceso 464-IP-2017. Al respecto, la autoridad consultante deberá remitirse a los párrafos 5.26 a 5.36 de las páginas 29 a 31 de la mencionada providencia, contenidos en las páginas 64 a 66 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3438 del 12 de noviembre de 2018, disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203438.pdf>

En relación con la pregunta de la autoridad consultante, es menester destacar que la obra multimedia es, en esencia, una obra compleja que incorpora diversos

aportes creativos originales que, por sí mismos, pueden ser considerados obras artísticas y protegerse individualmente como tal.

Sin embargo, esta característica de la obra multimedia no resta su carácter unitario, en el sentido de que esta obra compleja es una sola obra y no un conjunto disperso de obras. Por eso, en el marco de una acción por infracción de derechos patrimoniales de autor sobre una obra compleja, no es necesario individualizar las obras artísticas que la componen para verificar una infracción.

Las obras artísticas complejas gozan de una protección integral, que engloba al conjunto ordenado de obras individuales que la componen en la medida que satisfaga el requisito de originalidad que aplica a todas las obras artísticas. La infracción de un elemento parte de una obra multimedia, o de cualquier obra compleja, ha de entenderse, por lo tanto, como una vulneración a la obra en su totalidad, en tanto que los elementos o partes forman parte de ella.»

Fuente: Ver párrafo 4. de las páginas 4 y 5 de la Interpretación Prejudicial **03-IP-2021** del 21 de marzo de 2024, que constan en las páginas 5 y 6 de la GOAC 5454 del 27 de marzo de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205454.pdf>

Capítulo XIV

La originalidad y la protección de las bases de datos

« ...debe advertirse entonces, como primer elemento, que así como la originalidad en las “*obras originarias*” (es decir, las que no se basan en la transformación o modificación de una obra primigenia), radica en la “*forma de expresión*” que las individualiza en relación con otras preexistentes, esa originalidad, en ciertas “*obras derivadas*” (como en las colecciones o antologías de obras ya existentes), puede hallarse en su “*composición*”, por ejemplo, en “*la selección de las obras o de los fragmentos de las obras que la componen y la metodología con que son tratados*”.⁸

Tal es también el supuesto de las recopilaciones o compilaciones (y las bases de datos, son una de ellas, de acuerdo al artículo 58 de la Decisión 351), las cuales, conforme al artículo 4, párrafo II) de la misma normativa comunitaria, y en concordancia con el artículo 28 *eiusdem*, están protegidas siempre que “*por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales*” (resaltado y subrayado del Tribunal).

Esa fórmula no es nueva, ni exclusiva del Derecho Comunitario Andino, sino que tiene su origen en el artículo 2,5 del Convenio de Berna, según el cual “*las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que formen parte de estas colecciones*”.

Sin embargo, aunque el artículo 2,5 citado está referido a las colecciones “*de obras literarias o artísticas*”, siempre fue interpretado que, dado el carácter enunciativo de la referida norma, que le atribuye el empleo en ella de la expresión “*tales como*”, no solamente estaban protegidas aquellas compilaciones de obras literarias o artísticas (en este caso, sin perjuicio de los derechos de los autores de las creaciones primigenias, objeto de la recopilación), sino también las

recopilaciones de otros elementos de información que no constituyeran “*obras preexistentes*” (como datos jurisprudenciales, legislativos o numéricos, efemérides, movimientos bursátiles, factores climáticos, etc.), siempre que la selección o disposición de esas “*materias*”, dieran como resultado un producto creativo con características de originalidad.

Ese es el sentido, en criterio de este Tribunal, de la incorporación por el legislador andino de las bases de datos como compilaciones en el artículo 4 párrafo II), en concordancia con el artículo 58, ambos de la Decisión 351.

Cuando la compilación constituye una colección de obras preexistentes (como en las antologías y recopilaciones), se afirma que son obras “*relativamente originales*”, pues la originalidad radica únicamente en la composición, “*en las que se protege la selección de obras o de trozos de obras ajenas*”.⁹

Y cuando la base o compilación de datos no constituye una colección de obras preexistentes (o éstas no están protegidas), sino una colección de elementos de información no tutelados en sí mismos, solamente se puede invocar la protección por el derecho de autor en cuanto a los elementos de selección o disposición de los contenidos que constituyan una creación personal, pero no sobre dichos contenidos en sí, pues de acuerdo al artículo 28 de la Decisión 351, la protección concedida por el derecho de autor a las bases de datos “*no será extensiva a los datos o información compilados...*”.

En el mismo sentido se pronuncian, por ejemplo, el ADPIC (artículo 10,2) y el nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (artículo 5).

De esta manera, la originalidad en las compilaciones o bases de datos no radica en la “*expresión*” de las obras u otros elementos recopilados (pues esa expresión ya se encuentra presente en el material coleccionado), sino en la “*selección*” o en la “*disposición*” de las materias objeto de la recopilación.

Ahora bien, como quiera que de acuerdo a los artículos 4 párrafo II) y 28 de la Decisión 351, los vocablos “*selección*” y “*disposición*”, están separados por una “*o*”, disyuntiva, la originalidad exigida por dichas normas puede estar en uno cualquiera de esos elementos (o en ambos), vale decir, en la selección o en la disposición de las obras o de los datos recopilados en las bases.

La originalidad en la “*selección*” implica la preexistencia de un importante número de elementos de información (obras o simples hechos o datos), de los cuales el compilador elige algunos de ellos, conforme a un determinado criterio y a una metodología específica que reflejen un acto creativo.

La originalidad en la “*disposición*” implica que no puede tratarse de una mera acumulación de hechos o datos (por muy laboriosa que sea esa acumulación), ni tampoco que esa disposición se realice con la aplicación de simples criterios rutinarios (como las guías profesionales realizadas solamente a partir del índice alfabético de todos los miembros colegiados), sino que supone una clasificación de esos datos en forma tal que den como resultado una “*creación personal*”.

Así, como lo ha señalado la más calificada doctrina: *“de allí resulta un requisito necesario para que se hable de ‘obra’ al referirse a la base de datos, y es que por la disposición o selección de las materias (obras originarias o hechos y datos), pueda afirmarse que se trata de un trabajo creativo, con características de originalidad (en el sentido de individualidad), de manera que quedan excluidas aquellas bases de datos producto del resultado del simple trabajo mecánico o rutinario —siempre se menciona el ejemplo de los listados telefónicos—, en los que no se advierte una creación personal y, por tanto, carecen de tutela autoral”*.¹⁰

En el caso concreto de las compilaciones legislativas (...) deben tomarse en cuenta varios factores, a saber:

1. La tendencia universal en derecho de autor, en plena concordancia con el artículo 2,4 del Convenio de Berna, es la de excluir de la protección por esta disciplina a las llamadas “*obras oficiales*” (textos de orden administrativo, legislativo o judicial), entre otras razones porque *“tratándose de normas o disposiciones en las cuales la comunidad tiene interés en difundirlas, y constituye esa difusión, en alguna medida, una obligación del Estado, la protección por el derecho de autor podría significar una limitante para la libre divulgación de dichas obras”*.¹¹
2. Pero ello no impide que se imponga a quien utilice tales obras la obligación de respetar los textos y mencionar la fuente, al estilo del derecho de cita, previsto en el artículo 22 párrafo a), de la Decisión 351.
3. Quiere decir entonces que si se trata de una compilación legislativa, no es necesaria la autorización previa para realizar esa colección, salvo disposición legal expresa en contrario, ni nadie puede alegar un monopolio sobre esos elementos de información, de manera que *“cualquiera podrá utilizarlos para la formación de otra base de datos, pero sin aprovecharse de la inversión y esfuerzo ajenos”* (destacado del Tribunal).¹²
4. Si ese esfuerzo ajeno da como resultado una obra (por la originalidad en la selección o disposición de las materias recopiladas), el titular de la base ostentará derechos exclusivos sobre la compilación de los datos (en la forma como seleccionó o dispuso los elementos de información compilados, y no sobre la información en sí misma), pero no podrá impedir que otra persona, sobre similares elementos (especialmente cuando se trate de elementos de información de uso, interés y difusión públicas, que deben reproducirse textualmente), realice otra compilación, con sus propias características de originalidad en la selección o disposición de las materias.
5. Esa originalidad en la “segunda” base de datos, podría estar, por ejemplo, en la selección del material (v.gr.: textos vigentes, modificados o derogados, total o parcialmente, u otros datos que faciliten el acceso a la información) o en la disposición o agrupación del mismo (v.gr.: organización por materias, títulos dados a los módulos de clasificación, aclaraciones derivadas de la entrada en vigencia de otras leyes, correspondencia con otras normas, comentarios, o como consecuencia de lo anterior, en la forma de acceso a la información para recuperar o utilizar ésta, etc.).

6. Pero si no está presente la originalidad en la selección o disposición de los textos recopilados, como se ha dicho, sino una acumulación de datos sobre la base de criterios rutinarios, habrá una base de datos, desde el punto de vista técnico, en el sentido de una recopilación de elementos de información (en este caso, textos legales), pero no una base de datos protegida por el derecho de autor, al no cumplir con los requisitos de originalidad a que se refieren los artículos 4,II y 28 de la Decisión 351.
7. Otra cosa es, al contrario, que la recopilación de los datos no la realice el “segundo” compilador con sus propios medios o elementos, sino que se limite a “extraerlos” de la base de datos preexistente (y no protegida por ausencia de originalidad en la selección o disposición de las materias), por ejemplo, mediante su duplicación electrónica no autorizada, pero ya en este supuesto no se estará en presencia de una violación al derecho de autor, sino, de ser el caso, frente a otras figuras de derecho común, como la competencia desleal o el enriquecimiento sin causa, por ejemplo, lo que le corresponderá resolver al Juez nacional en el caso concreto, y conforme a lo alegado y probado en autos.
8. Es igualmente posible que el “segundo” compilador, a los fines de “extraer” los datos de la base preexistente, haya imitado, duplicado o reproducido el “software” original usado para la compilación preexistente (no protegida si está ausente la originalidad en la selección o disposición de los elementos compilados), en cuyo caso tampoco se estará ante un ilícito contra el derecho de autor sobre la base de datos, sino frente a una usurpación de los derechos autorales sobre el programa de ordenador, cuestión que también debe resolver el Juez en el caso concreto, de acuerdo a lo alegado y probado en autos.

Distinta es la situación en otros ámbitos, como el comunitario europeo, que carece de un texto codificado como la Decisión 351, pero cuya Directiva 96/9/CE del 11 de marzo de 1996, no solamente reconoce la tutela a las bases de datos “creativas”, sino que también otorga una protección “*sui generis*” (distinta a la del derecho de autor), a aquellas bases de datos en las cuales, sin necesidad del requisito de la originalidad en la selección o disposición de las materias, “*el fabricante demuestre que la obtención, la verificación o la presentación del contenido representan una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo...*”³, **figura no prevista en el Derecho Comunitario Andino.**

Así las cosas, en el referido Derecho supranacional, como es actualmente la solución mayoritaria en el Derecho Comparado, las bases de datos solamente se encuentran protegidas por el Derecho de Autor en la medida en que constituyan obras, por reunir el requisito de la originalidad, que se traduzca, para el caso que nos ocupa, por la selección o disposición de las materias, todo conforme a los artículos 4 párrafo II), 28 y 58 de la Decisión 351, consagratoria en el Derecho Andino del Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

La ausencia o no de originalidad en una base de datos legislativa, en cuanto se trate solamente de una mera yuxtaposición de textos legales siguiendo simples rutinas conocidas o que, por el contrario, exista una creación personal en cuanto

a la composición de esos datos, en vista de la selección o disposición de las materias, solamente puede ser apreciada por el Juez nacional en el caso concreto, de acuerdo a las probanzas aportadas al proceso, incluida entre éstas la de experticia, realizada a solicitud de parte o requerida de oficio.»

- «⁸ V.: LIPSZYC, Delia: Ob. Cit. p. 114. [Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) — Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) - Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, p. 114.]
- ⁹ V. LIPSZYC, Delia. Idem. p. 70
- ¹⁰ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Disposiciones especiales para ciertas obras (las bases de datos)”. Ob. Cit. p. 246.
- ¹¹ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Derecho de Autor”. Ob. Cit. Tomo I. p. 145. [Ricardo Antequera Parilli. *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI). Caracas, 1999. Tomo I, p. 145.]
- ¹² V.: LIPSZYC, Delia: Ob. Cit. p. 116.
- ¹³ V.: RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS, Pilar: “La protección de las bases de datos”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Tomo 2. pp. 634-635. [Pilar Rodríguez-Toquero y Ramos. *La protección de las bases de datos*, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Tomo 2. pp. 634-635.]»

(Texto entre corchetes agregado)

Fuente: Ver numeral IV de las páginas 6 a 8 de la Interpretación Prejudicial **10-IP-99** del 11 de junio de 1999, que constan en las páginas 6 a 8 de la GOAC 468 del 12 de agosto de 1999, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace468.pdf>

Capítulo XV

Si un estudio de audiencia (*rating*) califica como obra protegida por el régimen de derecho de autor

- «5.1. Más allá del debate sobre asuntos de defensa de la libre competencia que resultan ajenos a la presente consulta prejudicial, es necesario determinar en la presente interpretación si un estudio de audiencia es susceptible de protección a través del derecho de autor. Al respecto, el artículo 7 de la Decisión 351 dispone lo siguiente:

“**Artículo 7.-** Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.”

(Subrayado agregado)

- 5.2. El artículo citado es claro al establecer que el derecho de autor no protege las ideas en sí mismas, sino que tal protección recae de manera exclusiva en la forma mediante la cual las ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.
- 5.3. El régimen de derecho de autor tampoco protege los contenidos de carácter técnico (como podrían ser cifras, porcentajes o información estadística) ni el contenido ideológico (lo que constituye la idea) de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

- 5.4. Conforme a la norma que se acaba de citar, lo que el régimen de derecho de autor protege en un estudio de tipo estadístico, técnico o científico es la “forma” en la que los datos, ideas, conclusiones, etc. son plasmados en un soporte material, siempre y cuando esa “forma” sea original y cumpla con los demás requisitos de protección (*v.g.* ser producto del intelecto, ser susceptible de divulgación o reproducción por cualquier forma o medio conocido o por conocer, entre otros).
- 5.5. En concreto, el artículo 4 de la Decisión 351 presenta un listado no taxativo de “obras literarias, artísticas y científicas” protegidas bajo el régimen de derecho de autor, el cual incluye las expresiones escritas (*v.g.* libros, folletos), los programas de ordenador, las composiciones musicales con o sin letra y las antologías o compilaciones de obras o bases de datos que, por su selección o disposición, constituyan creaciones personales²⁸.
- 5.6. Al ser este un listado enunciativo, una obra puede ser objeto de protección por derecho de autor incluso cuando no esté prevista explícitamente en el artículo 4 de la Decisión 351, siempre que la obra cumpla con los requisitos para ser considerada como tal, entre los que se encuentra la originalidad.
- 5.7. En esa medida, resulta pertinente analizar si los estudios de audiencia (*rating*)²⁹, en concreto, son susceptibles de ser considerados como obras y obtener protección a través del derecho de autor (bajo el entendido de que la forma en la que se presenta la información goce de originalidad).
- 5.8. Respecto de las características generales para que algo sea considerado como obra, y conforme a lo señalado en la jurisprudencia [del TJCA], la protección de las obras por el derecho de autor está supeditada a ser una creación del intelecto humano (como se ha indicado antes, el autor de una obra es el ser humano — persona natural— que realiza la creación intelectual) que, por su forma de expresión, pueda ser considerada como original. Asimismo, esta no se encuentra condicionada por su género, forma de expresión, mérito o destino. En este sentido, no es relevante si una obra posee o no relevancia económica para ser objeto de protección por el derecho de autor.³⁰
- 5.9. Los estudios de audiencia (*rating*) consisten en el análisis del público receptor y de los procesos de recepción de mensajes comunicados a través de un medio³¹. Estos estudios, con base en una metodología generalmente preestablecida, miden, presentan y organizan información relacionada con la audiencia (*v.g.* la cantidad de público que observa, escucha o consume una obra audiovisual o radial; las tendencias de consumo distribuidas temporal o geográficamente, etc.), tratándose así de datos objetivos derivados de una medición.
- 5.10. Dado que estos estudios pueden presentar compilaciones de datos y su relación entre sí, corresponde analizar si se pueden asimilar a una base de datos. Con relación a este tema, el Tribunal ha establecido lo siguiente:

“Cuando la compilación constituye una colección de obras preexistentes (como en las antologías y recopilaciones), se afirma que son obras ‘relativamente originales’, pues la originalidad radica únicamente en la composición, ‘en las que se protege la selección de obras o de trozos de obras ajenas’ [32].

Y cuando la base o compilación de datos no constituye una colección de obras preexistentes (o éstas no están protegidas), sino una colección de elementos de información no tutelados en sí mismos, solamente se puede invocar la protección por el derecho de autor en cuanto a los elementos de selección o disposición de los contenidos que constituyan una creación personal, pero no sobre dichos contenidos en sí, pues de acuerdo al artículo 28 de la Decisión 351, la protección concedida por el derecho de autor a las bases de datos ‘no será extensiva a los datos o información compilados...’.

(...)

De esta manera, la originalidad en las compilaciones o bases de datos no radica en la ‘expresión’ de las obras u otros elementos recopilados (pues esa expresión ya se encuentra presente en el material coleccionado), sino en la ‘selección’ o en la ‘disposición’ de las materias objeto de la recopilación.

(...)

La originalidad en la ‘*selección*’ implica la preexistencia de un importante número de elementos de información (obras o simples hechos o datos), de los cuales el compilador elige algunos de ellos, conforme a un determinado criterio y a una metodología específica que reflejen un acto creativo.

La originalidad en la ‘*disposición*’ implica que no puede tratarse de una mera acumulación de hechos o datos (por muy laboriosa que sea esa acumulación), ni tampoco que esa disposición se realice con la aplicación de simples criterios rutinarios (como las guías profesionales realizadas solamente a partir del índice alfabético de todos los miembros colegiados), sino que supone una clasificación de esos datos en forma tal que den como resultado una ‘*creación personal*’.”³³

(Texto entre corchetes agregado)

- 5.11. De esta forma, por la misma naturaleza de las bases de datos, su protección es limitada; inclusive llegando a ser considerada como una categoría de protección *sui generis*³⁴. Al respecto se ha señalado lo siguiente:

“Lo cierto es que en la actualidad, la gran mayoría de bases de datos que se desarrollan, no cumplen con las condiciones para ser consideradas obras, según los requisitos y características definidas por la normativa comunitaria andina...”³⁵

- 5.12. Mónica Bareiro reflexiona lo siguiente sobre las bases de datos:

“...se ha señalado que las bases de datos constituyen una estructura orgánica, que vale por su arquitectura, pero también por su funcionalidad y por su contenido (...). Son razones que justifican la tutela de estas compilaciones, pero no constituyen fundamento jurídico para su salvaguarda por medio del derecho de autor, pues no son propiamente creaciones del ingenio en el sentido original del Convenio de Berna. Incluso quizás en la mayoría de los casos ni siquiera sean creaciones. Se entra entonces en un campo que no corresponde al derecho de autor.”³⁶

(Subrayado agregado)

- 5.13. A pesar de los cuestionamientos que se ha hecho a la protección de bases de datos por la doctrina y jurisprudencia a la que se hace referencia, es necesario recalcar el análisis que se debe realizar en el marco de la normativa andina. De conformidad con artículo 7 de la Decisión 351, según el cual no es objeto de protección el contenido tecnológico o técnico de las obras, es preciso diferenciar la base de datos y los datos en sí mismos, puesto que los segundos no serán objeto de protección a través del derecho de autor, al paso que la base de datos podría llegar a ser considerada una obra conforme a los criterios antes señalados.
- 5.14. En suma, la protección jurídica bajo el régimen del derecho de autor que reciben las bases de datos estará supeditada a la existencia de un acto creativo, bien sea por la selección metodológica o bajo un criterio determinado de los datos contenidos, o por la disposición material de estos. Una base de datos será objeto de protección por el derecho de autor si se logra evidenciar que esta posee un nivel de originalidad suficiente para ser considerada como una creación intelectual de su autor, así como si cumple con los demás requisitos de protección (*v.g.* ser susceptible de reproducción).

Corresponde al juez nacional determinar la existencia de originalidad sobre las particularidades fácticas de cada caso concreto. Si una base de datos cumple con este criterio, así como demás requisitos detallados en la presente interpretación prejudicial, podrá ser objeto de protección del derecho de autor.

- 5.15. Con ello en mente, un estudio de audiencia (*rating*), puede entenderse como una base de datos. Ello, naturalmente, dependerá de cómo los datos se presenten. Si el estudio constituye un trabajo metodológico elaborado que presenta un argumento plasmado con originalidad, procesa los datos de forma original (*v.g.* por medio de tablas o gráficos), posee conclusiones propias y redactadas en el estilo del autor, entre otros, el estudio de audiencia será más asimilable a un trabajo científico y técnico sobre las tendencias u opinión pública respecto del objeto de estudio. Los datos en sí mismos (el objeto sin procesar del estudio) no están protegidos por el derecho de autor; pero la forma original por la cual el autor presenta esos datos sí será objeto de protección, puesto que el literal II) del artículo 4 de la Decisión 351, precisa que las bases de datos son protegibles cuando la selección o disposición de las materias constituyen creaciones personales.
- 5.16. De esta manera, lo importante para determinar si un estudio de audiencia (*rating*) constituye una obra objeto de protección por el derecho de autor es la forma en la cual los datos se presentan y si esta puede ser calificada como original, mas no el mérito, género o destino de este estudio. Desde ese punto de vista se podría distinguir entre distintas situaciones:
- (i) Un trabajo académico metodológico que recoge, estudia, procesa, analiza y presenta datos sobre una determinada audiencia de forma original (lo que sería una obra científica);
 - (ii) Una recopilación de datos en una hoja de cálculo en la que puede haber originalidad en los criterios utilizados para la selección de los datos (lo que sería una base de datos protegible por el derecho de autor), y,
 - (iii) Una simple ubicación de información en una estructura de filas y columnas.

En cualquier caso, es claro que los datos en sí mismos no son objeto de protección. Lo que será objeto de protección por el régimen de derecho de autor es el contenido que cumpla con el requisito de originalidad y demás requisitos aplicables para considerarse obra, de conformidad con lo expuesto en la presente interpretación prejudicial.

- 5.17. Corresponde al juez nacional determinar la naturaleza del estudio de audiencia sobre la base de las particularidades de cada caso concreto; considerando que la normativa andina no protege los datos en sí mismos sino la originalidad en la forma en la cual el autor los ha plasmado, seleccionado, dispuesto, analizado y comparado, entre otros»

«²⁸ “Artículo 4.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

- a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;
- b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;
- d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;
- e) Las obras coreográficas y las pantomimas;
- f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;
- g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;
- h) Las obras de arquitectura;
- i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;
- j) Las obras de arte aplicado;
- k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;
- l) Los programas de ordenador;
- ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales.”

²⁹ Según el Diccionario Merriam-Webster, la definición de «rating» es: «3 c: an estimate of the percentage of the public listening to or viewing a particular radio or television program». (Traducción propia: “3 c: porcentaje estimado del público que escucha o mira un programa de radio o programa de televisión particular”. Disponible en: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/rating> (consultado el 20 de febrero de 2024)

³⁰ Ricardo Antequera Parilli, op. cit. [*Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*. Editorial Reus S.A.], p. 32.

³¹ Mònica Figueras-Maz y Natalia Papi, *Estudios de audiencia y recepción*, Asociación Española de Investigación de la Comunicación. Disponible en: <https://ae-ic.org/secciones-y-grupos-de-trabajo/estudios-de-audiencia-y-recepcion/> (consultado el 26 de enero de 2024).

³² V. LIPSZYC, Delia. Idem. p. 70. [Ver Delia Lipszyc, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. UNESCO/CERLALC/ZAVALÍA. Buenos Aires. cita original de la sentencia]

³³ Interpretación Prejudicial 10-IP-99 de fecha 11 de junio de 1999, publicada en la GOAC 468 del 12 de agosto de 1999. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace468.pdf>

³⁴ En el caso de la Unión Europea, a través de la Directiva 96/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos.

³⁵ Pablo Daniel Solines Moreno. Protección jurídica de las bases de datos en la normativa comunitaria andina, en *AA.VV (Hugo R. Gómez Apac, Pablo Daniel Solines Moreno y Karla Margot*

Rodríguez Noblejas, Directores), *Desafíos de la propiedad intelectual en el marco del proceso de integración andina. A propósito de los 50 años de creación de la Comunidad Andina*, primera edición, Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual - AEPI, Quito, 2019. p. 22

- ³⁶ Aldo Fabrizio Mónica Bareiro, *Evolución del concepto de derecho de autor*, en AA.VV. (Hugo R. Gómez Apac, et al., directores), *La propiedad industrial y el derecho de autor en Iberoamérica: tendencias para la tercera década del Siglo XXI*, tomo I, primera edición, impresión Quito-Ecuador, Universidad Internacional del Ecuador – Universidad Hemisferios – Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual, Quito, 2021, pp. 73 y 74.»

Fuente: Ver párrafos 5.1. a 5.17. de las páginas 11 a 16 de la Interpretación Prejudicial **197-IP-2020** del 23 de febrero de 2024, que constan en las páginas 12 a 17 de la GOAC 5439 del 28 de febrero de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205439.pdf>

Capítulo XVI

La protección de antologías y compilaciones de obras diversas

«1.1. El literal ll) del artículo 4 de la Decisión 351 dispone lo siguiente:

“**Artículo 4.-** La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:
(...)”

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

(Énfasis agregado)

1.2. La parte destacada de la norma anterior hace eco de lo establecido en el numeral 5 del artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas:

“5) Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones”.

1.3. Como puede observarse, la norma comunitaria andina referida distingue dos grupos particulares de obras compilatorias. Por un lado, están las antologías, compilaciones y colecciones de obras diversas. Por el otro, contempla las bases

de datos y otras obras que reúnen datos e información que, en sí mismos, no revisten la originalidad propia de las obras protegidas por el derecho de autor.

- 1.4. El TJCA ha desarrollado un criterio armónico sobre el segundo grupo, especialmente con relación a la base de datos⁶. Asimismo, en su jurisprudencia reciente, se ha referido a bases de datos particulares como los estudios de audiencia (*rating*)⁷. En ambos casos, el Tribunal insistió en que la protección de este tipo de obras no recae en la originalidad del contenido que reúne, sino en la selección y disposición de los datos, los cuales podrían incluso carecer de toda originalidad en sí mismos.
- 1.5. Lo mismo aplica en el caso de las antologías, compilaciones y colecciones de obras de distinta naturaleza, con la diferencia de que aquellas sí reúnen obras susceptibles de protección por derechos de autor, lo que demandará consideraciones adicionales.
- 1.6. El TJCA ha señalado que: “[c]uando la compilación constituye una colección de obras preexistentes (...) se afirma que son obras ‘relativamente originales’, pues la originalidad radica únicamente en la composición”⁸. Así también, Natalia Tobón explica que: “una compilación puede ser protegida mediante derechos de autor si y sólo si la recopilación, selección y organización de lo que se compila tiene un mínimo de originalidad o una chispa de creatividad personal”⁹. En ese orden de ideas, para analizar la originalidad de una compilación deberá considerarse que la selección y disposición de sus componentes efectivamente refleje el ingenio y originalidad del autor.
- 1.7. Ahora bien, como explica Ricardo Antequera, tratándose de compilaciones que agrupan obras primigenias, sea mediante su reproducción íntegra o a través de su adaptación o modificación, estas serán lícitas siempre y cuando respeten los derechos de los autores de las obras originarias¹⁰.
- 1.8. Lo anterior es sumamente relevante ya que, por medio de antologías, compilaciones y colecciones de obras, pueden vulnerarse los derechos de autor de terceros. Así, por ejemplo, pueden vulnerarse derechos morales si se omite la referencia a los autores de las obras compiladas o si se las deforma, mutila o modifica indecorosamente o contra la reputación de sus autores. También pueden lesionar derechos patrimoniales si reproducen, comunican públicamente, distribuyen, traducen o adaptan las obras primigenias compiladas sin previa autorización de sus autores, con o sin el pago de sus correspondientes regalías.
- 1.9. Mal haría el ordenamiento jurídico comunitario andino en proteger obras compilatorias que vulneren los derechos autorales de las obras que reúnen. Por eso, sin perjuicio de la presunción de buena fe, la autoridad que las analice deberá verificar que no se infrinjan otros derechos de autor por medio de ellas.

Lo anterior no altera el criterio general según el cual en una obra puede haber múltiples derechos involucrados, algunos originales y otros no, y cada uno de ellos merecerá protección en tanto cuenten con esa característica de originalidad, siempre sobre la base de que el principio general es que la ilicitud no genera derechos.

- 1.10. En el caso de las compilaciones, antologías o similares puede darse el caso de un coordinador, director o compilador cuyo trabajo no esté publicado y no haya pedido la autorización (para la reproducción y publicación de las obras individuales objeto de la compilación), pero desee mantener su trabajo en la “ineditud” (de inédito). En este caso, es claro que para publicar su obra tendrá que buscar las autorizaciones (de los autores individuales de las obras objeto de compilación) correspondientes, pero ello es diferente a que no haya tenido protección sobre su obra (la compilación) desde que la creó. Mientras la obra está en “ineditud”, es plenamente legal y el ordenamiento jurídico la protege, solo le quita su égida cuando se divulga vulnerando los derechos de terceros. En otros términos, una cosa es el derecho de autor sobre la compilación en tanto la selección de las obras ostente originalidad, y otra distinta es carecer de las autorizaciones de los autores individuales. De darse esto, habrá obra (la compilación), pero esta no podrá ser publicada, debido a la falta de autorización otorgada por los autores de las obras individuales objeto de la compilación.

También debemos diferenciar el escenario de la infracción en la que toda la obra está viciada por involucrar múltiples infracciones, de aquellas en que se dan simples conflictos contractuales entre el compilador, director de la publicación o de la antología con los llamados “colaboradores” que impliquen un indebido licenciamiento de las obras incorporadas en la obra compilatoria, o la inexistencia de cesión. En ese caso, las controversias son en el plano contractual pero no resultan de tal magnitud que privan de absoluta protección a la compilación, la antología o colección de obras.

- 1.11. Ahora bien, existirán antologías, compilaciones y colecciones que reúnan obras que no sean susceptibles de protección por el derecho de autor (como en algunas jurisdicciones son las leyes y los fallos judiciales) o que las reúnan en el marco de las limitaciones y excepciones al derecho de autor (según lo dispuesto en los artículos 21 y 22 de la Decisión 351). En estos casos, el análisis de la autoridad que las conozca podrá ser tanto más flexible. Sin embargo, deberá, aun así, verificar que la selección y distribución de los componentes de la obra compilatoria goce de originalidad para otorgarle la protección correspondiente por el derecho de autor.
- 1.12. En el caso de colecciones o compilaciones de jurisprudencia (fallos judiciales), la tarea de selección debe tener un componente creativo. Si, por ejemplo, se tratara de una mera recopilación de sentencias en orden cronológico, es difícil sostener la existencia de creatividad. Distinto es el caso en que el compilador realice tareas de síntesis, resumen, presentación, correlación o disenso con otros fallos, lo que obviamente expresa un esfuerzo creativo merecedor de protección jurídica por el derecho de autor.^{11»}

«⁶ Ver la Interpretación Prejudicial 10-IP-99 del 11 de junio de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 468 del 12 de agosto de 1999.

⁷ Ver la Interpretación Prejudicial 197-IP-2020 del 23 de febrero de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5439 del 28 de febrero de 2024.

⁸ Ver la Interpretación Prejudicial 10-IP-99, *Op. Cit.*

- ⁹ Natalia Tobón Franco, *Los derechos de autor en las compilaciones legales. El caso de las compilaciones de normas jurídicas en Colombia y Estados Unidos*, En: International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 5, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 124.
- ¹⁰ Ricardo Antequera Parilli, *El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela*, Venezuela, Autoralex, 1994, p. 181.
- ¹¹ Para más información sobre el requisito de originalidad de la obra, ver la Interpretación prejudicial 197-IP-2020, *óp. cit.*»

«2.1. ¿En qué supuestos corresponde la nulidad del registro de obras literarias?»

El registro de obras literarias, artísticas y científicas constituye la emisión de actos administrativos. Sobre el particular, este Tribunal no es competente para pronunciarse sobre las causales de nulidad de actos administrativos que prevea la normativa interna de cada uno de los Países Miembros. No obstante, al ser correlativo el registro de la obra, una declaración de las oficinas nacionales competentes, a la protección que la normativa comunitaria le otorga, la autoridad consultante deberá remitirse al criterio consignado en el Tema 1 del Acápito F de la presente interpretación prejudicial. Sin perjuicio de que la obra puede no haber sido registrada, el derecho subsiste desde la creación de la obra.»

Fuente: Ver párrafos 1.1. a 1.12. y 2.1. de las páginas 6 a 10 de la Interpretación Prejudicial **292-IP-2021** del 10 de julio de 2024, que constan en las páginas 7 a 11 de la GOAC 5513 del 17 de julio de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205513.pdf>

Capítulo XVII

El diseño editorial como obra protegida. Definición de diseño editorial. La protección del diseño editorial. El diseño editorial por encargo o servicio. El diseño editorial como obra derivada

«2.1. Definición de diseño editorial

2.1.1. El diseño editorial es reconocido actualmente como una rama del diseño gráfico cuyas actividades están enfocadas en el diseño, maquetación o diagramación, y la composición de publicaciones impresas o digitales.

2.1.2. Con relación al diseño editorial David Zanón Andrés, señala lo siguiente:

“El Diseño Editorial es el área del diseño gráfico especializada en la maquetación y composición de diferentes publicaciones tales como revistas, periódicos, libros, catálogos y folletos. Se encarga de organizar en un espacio texto, imágenes y, en algunos casos, multimedia; tanto en soportes tradicionales como electrónicos. Es la búsqueda del equilibrio estético y funcional entre el contenido escrito, visual y los espacios.

La pretensión del Diseño Editorial es diseñar obras y difundirlas, comunicar eficientemente unas ideas a través de unas tipografías, colores, formas y composiciones que muestren una relación inequívoca del contenido con el continente. El Diseño Editorial es uno de los escaparates más competitivos en el mundo del diseño gráfico, su originalidad posiciona a las revistas, la

prensa, los brochures, los libros, como unos soportes donde el texto junto con las imágenes impulsa con precisión la eficacia del mensaje.”⁷.

2.1.3. Como se puede advertir, el diseño editorial es una actividad creativa, mediante la cual el diseñador a través de la organización (acomodar textos, elegir tipo de letra, márgenes, posición, colores, etc.), combinación y presentación de textos e imágenes dota de expresión, personalidad e identidad el contenido de libros, revistas, periódicos, brochures, catálogos, carátulas, suplementos, portadas, páginas web, o cualquier publicación en medio impreso o electrónico.

2.2. La protección del diseño editorial

2.2.1. Aunque la Decisión 486 no se refiere propiamente a la protección del diseño editorial, para abordar este tema debe necesariamente revisarse la definición de obra que establece el Artículo 3 de la Decisión 351:

*“Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:
(...)*

- Obra: Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.”

2.2.2. Al respecto, Ricardo Antequera Parilli menciona algunas características generales para que algo sea considerado como obra:⁸

- “1. Que el objeto de la tutela debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario, artístico o científico.*
- 2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino.*
- 3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad.”*

2.2.3. El Artículo 4 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, establece que la protección del derecho de autor recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan ser divulgadas o reproducidas por cualquier forma o medio conocido o por conocer; asimismo, dicha disposición realiza una enumeración ejemplificativa, más no taxativa, de las obras protegidas.⁹

2.2.4. En tal virtud, es posible afirmar que toda creación que presente originalidad¹⁰ en los géneros literario, artístico y científico puede ser considerada como una obra.

2.2.5. El diseño editorial para que se considere protegido por el derecho de autor, deberá tratarse de una creación intelectual dotada de originalidad en su forma de expresión como reflejo del talento creativo del autor, protegiéndose, por ejemplo, la maquetación o diagramación, el diseño, la ubicación y forma de los textos y las características tipográficas.

2.3. El diseño editorial por encargo o servicio

2.3.1. Teniendo en cuenta que en los argumentos de la demanda se señala que el señor Juan Carlos García Martínez fue contactado verbalmente por la Universidad Autónoma de Occidente para la realización del diseño de la portada del libro “El marketing a su alcance”, resulta pertinente que se desarrolle el presente subtema.

2.3.2. En el caso del diseño editorial por encargo o servicio se debe determinar el grado de subordinación y de instrucción dada por el mandante en la realización de la obra, tomando en consideración los siguientes aspectos:

- (i) Si la obra (diseño editorial) es creada por el mandatario o prestador de servicios de acuerdo con su propia creatividad, situación en la cual el mandante concede plena libertad al mandatario en cuanto a la elaboración del diseño editorial. En este caso, el diseño editorial califica como una obra protegida por el derecho de autor a favor del mandatario; o,
- (ii) Si la obra (diseño editorial) es la mera ejecución de las instrucciones, órdenes o directrices expresas y directas del mandante. Así, por ejemplo, si el mandante instruye al mandatario sobre el tipo de letra, los colores, los márgenes y sangrías, los interlineados, la ubicación o posición de los textos, la forma de los gráficos y cuadros consignados, entre otras características, es difícil afirmar que el diseño editorial sea una obra original del mandatario.
- (iii) Entre las dos situaciones antes expuestas, es evidente que puede haber situaciones intermedias, y corresponderá a la autoridad nacional competente analizar las particularidades de cada caso concreto con el objeto de verificar la intensidad o nivel de la originalidad.

2.4. El diseño editorial como obra derivada

2.4.1. El Artículo 5 de la Decisión 351 reconoce las obras derivadas como aquellas distintas a la obra preexistente; es decir, obras del ingenio distintas a la original como traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras.¹¹ Al respecto, Delia Lipszyc señala lo siguiente:

“La originalidad de la obra derivada puede hallarse en la composición y en la expresión (como en las adaptaciones), solo en la composición (como en las compilaciones y en las antologías), o solo en la expresión (como en las traducciones).”¹²

2.4.2. El uso de la obra derivada se encuentra sujeta a una doble autorización, por un lado, a la autorización del titular de esta y, por otro lado, a la autorización del titular de la obra originaria.¹³

2.4.3. El Artículo 10 de la Decisión 351 distingue entre la titularidad originaria y la derivada. El titular originario es aquella persona en cabeza de quien nace el derecho de autor. El autor de una obra derivada (adaptación, traducción u otra transformación) es el titular originario de los derechos sobre la misma, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra de la cual deriva esta.¹⁴

2.4.4. De esta manera, si la obra (diseño editorial) que entrega el mandatario es un producto hecho a la medida de lo pedido por el mandante —es decir, que no tiene mayor libertad en la elaboración de la obra—, como consecuencia, no podría plasmar su impronta personal ni ningún esfuerzo creativo, criterios que podrían evidenciar que existe originalidad. En consecuencia, no se podría hablar de la existencia de una obra, ni siquiera de una obra derivada.

2.4.5. Solo podría considerarse la obra (diseño editorial) como obra derivada cuando el mandatario entrega un producto donde la libertad creativa refleja la impronta personal del autor o su aporte o esfuerzo creativo que constituye la prueba de la originalidad.

2.4.6. En conclusión, si las formas que componen el diseño editorial presentan rasgos de originalidad en su forma de expresión, serán consideradas en sí como obras y, en este sentido, derivadas de la obra originaria, lo cual no se contradice, sino más bien se ajusta a la descripción contenida en el primer párrafo del Artículo 7 de la Decisión 351, que señala que la protección es exclusivamente a la forma de expresión de las ideas, esto es cómo se describen, ilustran, explican o incorporan a las obras y no las ideas en sí mismas.»

«⁷ David Zanón Andrés, *Introducción al Diseño Editorial*, Editorial Visión Net, Madrid, 2007, p. 9.

⁸ Ricardo Antequera Parilli, *El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela (Y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas)*, Autoralex, sin ciudad, 1994, p. 32.

⁹ De modo referencial, ver la Interpretación Prejudicial N° 47-IP-2017 de fecha 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3118 del 20 de octubre de 2017.

¹⁰ **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“Artículo 3.- *A los efectos de esta Decisión se entiende por:*

(...)

- **Obra:** *Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.*

(...)”

(Subrayado agregado)

¹¹ **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“Artículo 5.- *Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras.”*

¹² Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, pp. 111-112.

¹³ Delia Lipszyc, Op. Cit., p. 126.

¹⁴ *Ibídem.*»

«4.3. “¿Los diseños editoriales y características físicas de una publicación literaria generan derechos de propiedad intelectual?”

Si los diseños editoriales y características físicas de una obra literaria presentan originalidad en su forma de expresión, podrán ser considerados como obras susceptibles de protección por el derecho de autor y, por consiguiente, como creaciones artísticas independientes de la publicación literaria editada. En consecuencia (...) toda creación artística, literaria o científica que cumpla con la condición *sine qua non* de originalidad, podrá generar derechos de propiedad intelectual.»

Fuente: Ver párrafos 2.1. a 2.4. y 4.3. de las páginas 6 a 9 y 11 de la Interpretación Prejudicial **713-IP-2018** del 23 de octubre de 2019, que constan en las páginas 7 a 10 y 12 de la GOAC 3877 del 18 de diciembre de 2019, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta/%203877.pdf>

Capítulo XVIII

Las obras de arte aplicado como objeto de protección del derecho de autor

- «2.2. El Literal j) del Artículo 4 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena reconoce que las obras de arte aplicado pueden constituir un objeto de protección por parte del derecho de autor:

“**Artículo 4.-** La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:
(...)”

j) Las obras de arte aplicado;
(...)”

- 2.3. El Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece la siguiente definición de las obras de arte aplicado:

“**Artículo 3.-** A los efectos de esta Decisión se entiende por:
(...)”

- **Obra de arte aplicado:** Creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial...”

- 2.4. De la definición citada, se desprende la naturaleza de las obras de arte aplicado, las cuales son creaciones intelectuales originales, susceptibles de ser divulgadas o reproducidas, que tienen carácter artístico por su forma de expresión y su manifestación creativa; y, del mismo modo, al poseer funciones utilitarias o estar

incorporadas en un artículo útil, tienen una especial relevancia económica, ya que pueden ser explotadas de forma artesanal o industrial¹³.

- 2.5. Al respecto, el primer párrafo del Artículo 2 del Convenio de Berna contiene el listado de obras literarias y artísticas protegidas por el derecho de autor, y dentro del campo artístico incluye a las obras de artes aplicadas¹⁴. Asimismo, la Guía del Convenio de Berna explica que el término “obras de artes aplicadas” se refiere “a las contribuciones de orden artístico que efectúan los autores de diseños o modelos de bisutería, joyería, orfebrería, fabricación de muebles, de papeles pintados, de ornamentos, de prendas de vestir, etc.”¹⁵
- 2.6. Asimismo, David Felipe Álvarez Amézquita menciona que para identificar si una obra pertenece a la categoría de obra de arte aplicada, se debe determinar lo siguiente:

“(…)

lo primero a determinar es si se está ante una obra, de acuerdo con la definición que de la misma da la Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3, es decir que se trate de una “*creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma*”. Así pues, la obra debe ser fruto de la creación original de un autor, expresada en el campo literario o artístico; no se considera como obra una idea, o un método, pues estos no son objeto de protección por el derecho de autor...

Lo segundo a determinar es si se trata de una obra de arte, una creación artística. Así, y de nuevo volviendo a la definición legal que de la obra de arte aplicado da la misma Decisión Andina 351, no se trata de cualquier obra, se trata de una “*creación artística con funciones utilitarias o aplicadas a un artículo útil*”, es decir, que la obra tiene una calidad especial, que debe ser artística. (...)”¹⁶

- 2.7. En consecuencia, tomando como referencia las disposiciones de la norma comunitaria y la doctrina especializada, para determinar si estamos en presencia de una obra de arte aplicado, se deben analizar los siguientes aspectos:
- (i) Que el objeto que pretende ser protegido reúna los requisitos para ser considerado como una obra; esto es, que sea el resultado de una **creación intelectual original** de su autor **susceptible de ser divulgada o reproducida** en cualquier forma¹⁷.
 - (ii) Que se trate de una obra artística¹⁸.
 - (iii) Que la creación artística **tenga una función, utilidad o que se encuentre incorporada en un artículo útil**.
 - (iv) Que su producción sea desarrollada a escala artesanal o industrial.
- 2.8. En relación con la originalidad de obras artísticas, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano señala lo siguiente:

“(…) el autor puede ser protegido por la **originalidad en la concepción plástica, o en la ejecución plástica, o en ambas**. Hay determinadas obras cuyo valor tiende a estar en la concepción (claramente los logotipos, los personajes de cómic, los planos de un edificio, o frecuentemente el arte aplicado a la industria), en las que la contemplación del original tiene menor relevancia; otras cuyo valor tiende a estar en la calidad de la ejecución personal (retratos, paisajes, y en general, obras de arte puro), y en las que adquiere mayor importancia la contemplación

del original (porque se identifica con la ejecución de sí misma). La explotación de transformaciones, conservando la concepción plástica, tiene más potencial en las primeras (...)»¹⁹

(Énfasis agregado)

- 2.9. Dentro de la esfera del derecho de autor, no cabe duda de que las obras de arte aplicado son susceptibles de ser protegidas y no se podría negar o impedir tal protección, en razón de que la finalidad de una creación intelectual original haya estado concentrada, inicialmente, en el valor generado por su aplicación o funcionalidad, o haya estado destinada a distinguir una apariencia particular, o un aspecto ornamental o estético de un producto determinado. Con independencia de la tutela que se pueda otorgar a una creación novedosa en el ámbito de la propiedad industrial, resulta evidente que una obra de arte aplicado original puede naturalmente constituir el objeto de protección de los derechos de autor²⁰.
- 2.10. En este sentido, no resulta imaginable que una supuesta obra de arte aplicado esté protegida por el derecho de autor, si esta no es producto del intelecto humano o carece creatividad, de originalidad. De la misma forma que no se podría invocar la condición de diseño industrial si una creación no está destinada a darle a un producto determinado una apariencia especial, singular o distintiva, si carece de novedad, o si no se ha cumplido con el requisito del registro previo.²¹
- 2.11. Tratándose de las obras de arte aplicado, las oficinas de derecho de autor deben verificar de manera exhaustiva el cumplimiento irrestricto de los requisitos establecidos para considerar una creación como obra protegible por el derecho de autor, en el sentido de que debe tratarse de una creación intelectual original de naturaleza artística. Ello a efectos de evitar que el régimen de derecho de autor sea utilizado indebidamente con el objetivo de extender el tiempo de protección de un diseño industrial o con el propósito de generar una barrera de entrada o permanencia en el mercado que perjudique a los competidores actuales o potenciales.»

«¹³ Ricardo Antequera Parilli, El Arte Aplicado a la Industria. Revista Propiedad Intelectual, vol. V, número 8-9, Mérida-Venezuela, 2006, pp. 109.

Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/28841>
(Consulta 5 de mayo de 2021)

¹⁴ En caso de que las legislaciones de los países no contemplen la protección de las obras de artes aplicadas, el convenio de Berna recomienda que deben tutelarse en todo caso en su calidad de obras artísticas, es decir con arreglo a la protección del derecho de autor y sin más formalidades.

Ricardo Antequera Parilli, Op. Cit., p. 110.

Sobre este particular, ver el párrafo 7 del Artículo 2 del Convenio de Berna Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971).
Disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/text/283694>
(Consulta 5 de mayo de 2021)

¹⁵ Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), pp. 17-18.

Disponible en:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf

(Consulta 5 de mayo de 2021)

- 16 David F. Álvarez Amézquita, Derecho de autor y diseño industrial, ¿cómo dibujar una línea? La protección en Colombia de las obras de arte aplicado a la industria. Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 17, número 2, Bogotá, Colombia, 2015, p. 216.

Disponible en: <https://doi.org/10.12804/esj17.02.2015.02>

(Consulta 5 de mayo de 2021)

- 17 Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. -

“**Artículo 3.-** A los efectos de esta Decisión se entiende por:

(...)

- **Obra:** Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma...”

- 18 Se mencionan los siguientes ejemplos de lo que se debe entender por una obra artística:

“...Es verdad que la génesis de la obra artística, entendiéndola por tal la que pertenece a la esfera de las artes figurativas (dibujo, pintura, escultura, etc.), difiere un tanto de la génesis de la obra puramente literaria...”

“...Cuando se trata de una obra artística, el plan (maqueta, esbozo, etc.) es, por sí mismo, susceptible de recibir protección, pues, ya en esa fase, la idea se encuentra concretada y su expresión se realizará mediante líneas o colores, con una aportación de ejecución personal más directa que en la obra literaria: el pintor ejecuta por sí mismo su lienzo, como el escultor su estatua, mientras que carece de importancia que el novelista haya escrito su obra de su propia mano, o haya dictado el texto a un tercero...”

“...obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía: esta categoría comprende, esencialmente, las obras llamadas artísticas, tanto bidimensionales (dibujos, cuadros, grabados, litografías, etc.) como tridimensionales (esculturas, estatuas, obras arquitectónicas, monumentos, edificios, etc.), independientemente de su género (figurativo o abstracto) y de su finalidad (arte “puro”, fines publicitarios, etc.) ...”

Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), Op. Cit., pp. 13, 17.

- 19 Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Coord.*, Manual de Propiedad Intelectual (9 ed.), Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019, p. 68.

- 20 Ricardo Antequera Parilli, Op. Cit., p. 116.

- 21 Ricardo Antequera Parilli. Op. Cit., p. 118.»

Fuente: Ver párrafos 2.2. a 2.11. de las páginas 8 a 11 de la Interpretación Prejudicial **317-IP-2019** del 21 de junio de 2021, que constan en las páginas 9 a 12 de la GOAC 4260 del 23 de junio de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204260.pdf>

Capítulo XIX

El programa de ordenador como objeto de la protección del derecho de autor

«El programa de ordenador

- 3.2. El programa de ordenador o llamado comúnmente software es considerado como una obra protegida por el derecho de autor de conformidad con lo establecido en el Literal l) del Artículo 4 de la Decisión 351¹⁶.
- 3.3. En esa línea, el Capítulo VIII—específicamente desde los Artículos 23 a 27—de la referida Decisión junto con lo dispuesto en el Artículo 58 regulan todo lo relacionado al plazo de protección, usos lícitos e ilícitos de este tipo de obras, entre otros.

Definición

- 3.4. Se entiende por programa de ordenador o *software* a la expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador—un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones—, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. Asimismo, el programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso¹⁷; es decir, los elementos del programa de ordenador que quedan protegidos son: el código fuente, el código objeto (o ejecutable), la documentación técnica (por ejemplo, descriptiva) y los manuales de uso o usuario.

- 3.5. El Artículo 23 de Decisión 351, sobre el alcance de la protección de este tipo de obras, contempla lo siguiente:

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

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

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

- 3.6. En ese sentido, el programa de ordenador, en tanto que es expresado por escrito—a través del código fuente—, goza de la protección por el derecho de autor desde su creación.¹⁸ Por dicho motivo, son protegidos en los mismos términos que las obras literarias y, en ese sentido, es aplicable lo dispuesto en el Artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.
- 3.7. Al respecto, sobre la equiparación de un programa de ordenador a una obra literaria, Ricardo Antequera menciona lo siguiente:

“(…) Para considerarlo obra literaria, en el sentido amplio que tiene en el derecho autoral, se argumenta que el ‘software’ se expresa en código fuente y se reproduce a partir del código objeto, en un lenguaje natural, como igualmente se exteriorizan la documentación técnica y los manuales de uso.

Pero, por si fuera poco, el lenguaje de programación, si bien creado artificialmente por el hombre para realizar un tipo de comunicación especializada, tiene una semántica y una sintaxis perfectamente preestablecida, al igual que los idiomas naturales.

*De allí que por ‘escritos’, desde el punto de vista autoral, se entiendan ‘todas las clases de obras expresadas en forma escrita, **cualesquiera que sean los signos de la fijación**’ es decir, tanto el lenguaje susceptible de ser leído directamente por el hombre, como el legible a través de una máquina.*

La protección de los programas de ordenador, como en los mismos términos que las obras literarias, figura en la Decisión 351 (…)”¹⁹

(Subrayado agregado)

- 3.8. Asimismo, considerando lo contemplado en los Artículos 23 al 27 de la Decisión 351, en relación con los programas de ordenador, podemos concluir que:

- (i) Su protección se extiende tanto a los programas operativos como a los aplicativos, tengan la forma de código fuente o de código objeto. (Artículo 23)²⁰.
- (ii) El propietario de un ejemplar del programa de ordenador obtenido lícitamente, podrá realizar una copia o una adaptación para la correcta adaptación de dicho programa, siempre que: a) sea indispensable para su utilización; y, b) sea con fines de archivo, es decir, destinada

exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida. (Artículo 24)²¹.

- (iii) Su reproducción requiere, incluso para uso personal, la autorización del titular de derechos, salvo que se trate de una copia de seguridad. (Artículo 25)²².
- (iv) No será un caso de reproducción ilegal, la introducción del programa en la memoria del ordenador, a los efectos del exclusivo uso personal; en cambio, sí lo será el aprovechamiento no consentido del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo (Artículo 26)²³.
- (v) No constituirá una infracción al derecho patrimonial de infracción, la adaptación realizada por un usuario para su exclusiva utilización. (Artículo 27)²⁴.

3.9. Por lo antes expuesto, un programa de ordenador es considerado como una obra protegida por el derecho de autor y le será aplicable todo lo correspondiente a la protección de las obras literarias.»

«¹⁶ Decisión 351 de Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

“**Artículo 4.-** La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

(...)
l) Los programas de ordenador;
(...)”

¹⁷ De conformidad con la definición establecida en el Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

¹⁸ Cabe señalar que dicha protección es otorgada, aunque el software se haya producido antes de la fecha de entrada en vigencia de la Decisión 351, ello de conformidad con lo establecido en el Artículo 58 de la Decisión 351, el cual establece lo siguiente:

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

¹⁹ Ricardo Antequera Parilli. Derecho de Autor. *Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor*, 2da Edición, Caracas, 1994, p. 301.

²⁰ **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

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

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

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

21 **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“**Artículo 24.-** El propietario de un ejemplar del programa de ordenador de circulación lícita podrá realizar una copia o una adaptación de dicho programa, siempre y cuando:

- a) Sea indispensable para la utilización del programa; o,
- b) Sea con fines de archivo, es decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.”

22 **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

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

23 **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“**Artículo 26.-** No constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal.

No será lícito, en consecuencia, el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos.”

24 **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“**Artículo 27.-** No constituye transformación, a los efectos previstos en la presente Decisión, la adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva utilización.”»

Fuente: Ver párrafos 3.2. a 3.9. de las páginas 12 a 16 de la Interpretación Prejudicial **108-IP-2020** del 7 de octubre de 2020, que constan en las páginas 28 a 32 de la GOAC 4118 del 19 de noviembre de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204118.pdf>

Capítulo XX

«Modificación» y «adaptación» de un programa de ordenador para su correcta utilización

«4.1. ¿Cuál es el alcance de la expresión “...modificación necesaria para la correcta utilización del programa...” a la que hace alusión el Artículo 23 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena?»

El último párrafo del Artículo 23 de la Decisión 351 establece, entre otros, la facultad de los autores o titulares del derecho del autor sobre un programa de ordenador o *software* de “autorizar las modificaciones que sean necesarias para la correcta utilización de los programas”. Es decir, que podrá efectuarse este tipo específico de modificaciones —destinadas a la correcta utilización de los programas— únicamente si se cuenta con la autorización previa del autor.

Por otra parte, la disposición citada no puede interpretarse de forma aislada, especialmente si se toma en consideración que el párrafo precedente de la misma norma (Artículo 23 de la Decisión 351) establece que debe observarse la aplicación del Artículo 6 bis del Convenio de Berna¹⁵ referido a los derechos morales. En este sentido, en dicho Convenio se reconocen los derechos morales de autor, entre ellos, el derecho de “oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma”.

Al realizar una interpretación sistemática de ambas disposiciones, resulta evidente que la extensión del reconocimiento del derecho de autor que prevé el primer párrafo del Artículo 23 de la Decisión 351, sobre la protección del programa de ordenador o *software*, reafirma la regla general y el derecho que tiene el autor de oponerse a la realización de modificaciones a su obra (en este caso programa de ordenador o *software*), así como a cualquier otra forma de

deformación o mutilación que pueda atentarse contra la misma, sin perjuicio de la facultad concedida al autor para autorizar a cualquier persona, incluido el usuario, de realizar las modificaciones que resulten necesarias para la correcta utilización de un programa de ordenador o *software*.

Así, por ejemplo, si “A”, creador de un *software*, ha otorgado licencia a “B” para utilizar dicho *software*, pero resulta que para la incorporación del programa a un sistema operativo, a una máquina de procesamiento, su empalme con otro programa, etc., es necesario realizar algunos ajustes en el programa (el código fuente) de “A”, este debe brindar su autorización con relación a dichos ajustes, en tanto tales califiquen como una modificación del programa.

4.2. **¿Cuál es el alcance de la expresión “...adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva utilización...” a que se refiere el Artículo 27 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena?**

El Artículo 23 de la Decisión 351 establece una regla general vinculada con el objeto, contenido y alcance de la protección del derecho de autor sobre un programa de ordenador o *software*. Por otra parte, el Artículo 27 de la Decisión 351 establece un límite o una excepción a ese derecho de autor, toda vez que, determina expresamente que la adaptación de un programa de ordenador o *software* realizada para la exclusiva utilización del usuario (titular legítimo de la copia, adquirente legal del programa de ordenador o *software*, o persona legalmente autorizada), no configura una transformación.

En consecuencia, no podría hablarse de transformación cuando las adaptaciones realizadas por parte del usuario para su uso exclusivo y personal, están enfocadas únicamente al simple uso y la satisfacción de necesidades propias, es decir, las necesarias para que el usuario pueda utilizar (de manera personal) el programa, por ejemplo, en su ordenador o computadora.

4.3. **¿Puede entenderse por “modificación necesaria para el uso” y “adaptación para la exclusiva utilización del usuario”, son lo mismo? Si no, ¿Cuál es la diferenciación entre una y otra?**

No son lo mismo...»

«¹⁶ **Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (enmendado el 28 de septiembre de 1979).**»

Artículo 6 bis

[Derechos morales: 1. Derecho de reivindicar la paternidad de la obra; derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma; 2. Después de la muerte del autor; 3. Medios procesales]

1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las

personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección»

Fuente: Ver párrafos 4.1. a 4.3. de las páginas 9 a 11 de la Interpretación Prejudicial **242-IP-2019** del 4 de marzo de 2021, que constan en las páginas 31 a 33 de la GOAC 4182 del 12 de marzo de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204182.pdf>

Capítulo XXI

Particularidades sobre el programa de ordenador

- «5.1. ***“¿Puede considerarse autor de una nueva versión de software quien, en virtud de una relación contractual con determinada sociedad, dirige su creación?”***»

El concepto de autor se atribuye a la persona que crea la obra, es decir, la persona natural o física que crea la obra; y, en esta condición es el titular originario del derecho de autor.

Quien participa en la creación, diseño o dirección de un *software* en cualquiera de sus componentes lógicos y necesarios para la realización de las tareas específicas para hacer operativo un ordenador, se consideran autores tanto el autor del *software* originario como el de una nueva versión.

Si la persona que participa en la creación del *software* en virtud de una relación contractual (laboral o por encargo) sigue manteniendo la condición de autor. Tendrá la titularidad (se entiende que la titularidad derivada) aquella persona que se estipule contractualmente con el empleador o comitente; o, a falta de acuerdo o estipulación, lo que establezca la legislación del país correspondiente, siendo lo más común, que la legislación interna atribuya la titularidad de los derechos patrimoniales a los productores del *software*.

- 5.2. ***“¿Puede considerarse autor de una nueva versión de software quien, en virtud de una relación contractual con determinada sociedad, desarrolla el código fuente del mismo?”***»

Quien realiza el código fuente es también considerado como un autor.
(...)

- 5.3. ***“¿Son autores de las diferentes versiones de un software quienes siendo a la vez socios de una empresa y empleados de la misma, han intervenido en su desarrollo?”***

La condición de socios de una empresa que crea *software* es independiente y no está asociada a la calidad de autor o autores de los programas de ordenador. Sin embargo, si con independencia de la referida condición participan en la creación del *software* en cualquiera de sus componentes, serán considerados como autores, sin referencia en ningún caso, a su condición de socios.

(...)

- 5.5. ***“¿Puede entenderse que el software pertenece a la especie de obras en colaboración o a las colectivas?”***

Al igual que en cualquier otra clase de obras, si el *software* es una obra en la que participan varios autores, será una obra en colaboración cuando el aporte o continuación de cada uno de los coautores se pueda distinguir o individualizar (por ejemplo: identificar al autor del corrector ortográfico en el procesador de palabras como el word). En cambio, será una obra colectiva, cuando los aportes se confunden en el contenido de la obra y no se pueden individualizar ni separar sin afectar a su esencia. Lo más común suele ser que en el *software* los aportes se funden en el contenido de la obra y no sea posible distinguir ni separar sus componentes.

- 5.6. ***“¿Puede llamarse autor o coautor de un software a quien conceptualiza y diseña modulo, funcionalidades y aplicaciones para éste?”***

Sí, quien conceptualiza y diseña las funcionalidades del *software* se considera autor. Si se trata de una obra colectiva, como generalmente suele ser, será considerado como coautor, al igual que quien elabora el lenguaje de programación a seguir para ejecutar el programa, y en general, los elementos que conformen su estructura, secuencia y organización y su código fuente, también puede ser considerado autor o coautor.

- 5.7. ***“¿Puede llamarse autor o coautor de un software a quien elabora el código fuente para la sistematización de los módulos, funcionalidades y aplicaciones?”***

Sí.

- 5.8. ***“¿Es autor del código fuente quien lo elabora por instrucciones de otro?”***

Si quien elabora el código fuente solo sigue instrucciones, no podría ser considerado autor.

- 5.9. ***“¿Es autor o creador de una nueva versión de software quien la conceptualiza, piensa, idea y diseña los módulos, funcionalidades aplicaciones, o quien elabora el código fuente para la sistematización y montaje de estos; o son coautores unos y otros?”***

Depende. Si no se trata de una obra original, no. Si se trata de una obra original, tendría que analizarse su contribución. Cuando se habla de coautoría es importante tener en cuenta el tipo de obra, es decir, si es una **obra en colaboración** divisible y en la que se pueden identificar los aportes de cada autor, o si más bien es una **obra en colaboración** indivisible en donde los aportes no pueden ser identificados y reconocidos.

(...)

5.11. ***“¿La nueva versión de un software implica una nueva creación susceptible de protección de los derechos de autor?”***

Sí, pero bajo el tratamiento de una obra derivada y si contó con la autorización del titular del derecho de autor.»

Fuente: Ver párrafos 5.1. a 5.11. de las páginas 14 a 16 de la Interpretación Prejudicial **569-IP-2018** del 28 de junio de 2019, que constan en las páginas 15 a 17 de la GOAC 3721 del 8 de agosto de 2019, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203721.pdf>

Capítulo XXII

La obra derivada

- «5.2. La obra derivada se encuentra prevista en el Artículo 5 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena³⁹. Si bien habla de “*traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras*”, lo cierto es que dentro del verbo transformar se incluyen todas las demás acciones. Para esto se debe entender dicho término en su sentido amplio; es decir, como el cambio de forma sin afectar la esencia. En consecuencia, una transformación en dicha vía incluye las traducciones, adaptaciones o arreglos, así también otras figuras como las actualizaciones, los resúmenes, etc.
- 5.3. En efecto, una obra derivada es una obra que se basa en una obra preexistente. Implica una transformación de esta y, por lo tanto, un cambio sin alterar sus elementos esenciales. Los elementos de una obra derivada son los siguientes:
- a) La existencia de una obra preexistente. Puede ser la obra original u otra obra derivada.
 - b) Una transformación de la obra originaria en el sentido antes visto.
 - c) Que sea original, de conformidad con el concepto delimitado líneas arriba. Se deben cumplir todos los requisitos para la protección por los derechos de autor; por lo tanto, si no se da la originalidad no es susceptible de protección. Para determinar la originalidad en estos casos se debe hacer un análisis muy detallado; si los cambios no son lo suficientemente relevantes para diferenciar en su forma la obra supuestamente derivada de la preexistente, estaríamos frente a un caso de reproducción y no de una obra diferente.
 - d) Que la obra derivada sea autorizada por el autor de la obra preexistente, salvo que se encuentre en el dominio público.

- 5.4. Así, la obra derivada es aquella que parte de una obra preexistente que goza de protección de derechos de autor. Son obras derivadas, por ejemplo, la traducción de un libro del español al francés, la adaptación de una obra del teatro al cine, un libro que se hace película, la actualización de un programa de ordenador, entre muchos otros casos.»

«³⁸ Ver Interpretación Prejudicial N° 121-IP-2013 de fecha 31 de octubre de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2295 del 17 de febrero de 2014.»

Fuente: Ver párrafos 5.2. a 5.4. de las páginas 20 a 21 de la Interpretación Prejudicial **108-IP-2020** del 7 de octubre de 2020, que constan en las páginas 36 a 37 de la GOAC 4118 del 19 de noviembre de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204118.pdf>

Capítulo XXIII

El derecho exclusivo del autor de realizar, autorizar o prohibir la adaptación de su obra. La adaptación como una nueva obra protegida

- «1.1. El literal e) del artículo 13 de la Decisión 351 reconoce al autor y, en su caso, a sus herederos, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la adaptación, arreglo u otra transformación de sus obras⁷. Esta disposición hace eco de lo dispuesto en los artículos 12 y 14 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (en lo sucesivo, el **Convenio de Berna**)⁸.
- 1.2. Sobre la “adaptación” de obras artísticas y literarias, la “Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI” expone lo siguiente:

“El concepto de ‘adaptaciones’ es muy amplio, y sería difícil elaborar una lista completa de las transformaciones que corresponden a ese concepto. Ahora bien, hay algunos casos típicos, como la dramatización de una novela o —lo opuesto— la transformación de una obra dramática en una novela; la transformación de una película en una obra radiofónica; o una versión en historietas de una historia breve...”⁹.

El literal e) del artículo 13 de la Decisión 351, en consonancia con el Convenio de Berna, reconoce el derecho de los autores de autorizar o prohibir a terceros realizar adaptaciones que representen una alteración o desviación de la presentación original de la obra. Constituye una violación al derecho de autor el que un tercero realice una de estas modificaciones a la obra original sin la autorización previa de su autor o contra su expresa prohibición.

La adaptación como una nueva obra protegida

- 1.3. Sin perjuicio de los derechos que le correspondan al autor o titular de una obra primigenia, las adaptaciones que se realicen de ella constituirán por sí mismas obras del ingenio —que producen derechos independientes en favor de sus autores— distintas de la primigenia si es que gozan de originalidad¹⁰. Así lo disponen los artículos 5 y 2 (numeral 3) de la Decisión 351 y el Convenio de Berna, respectivamente:

“**Artículo 5.-** Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras”.

“Artículo 2

[*Obras protegidas* : 1. ‘Obras literarias y artísticas’; 2. Posibilidad de exigir la fijación; 3. Obras derivadas; 4. Textos oficiales; 5. Colecciones; 6.

Obligación de proteger; beneficiarios de la protección; 7. Obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales; 8. Noticias]

(...)

3) Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística”.

- 1.4. Lo anterior tiene importantes repercusiones en casos en los cuales se han creado varias obras derivadas, directa o indirectamente, de una obra primigenia. Podría ocurrir, por ejemplo, que de la obra primigenia **P** se deriven las adaptaciones **A**, **B** y **C**. Para que cada una de estas obras derivadas no constituya una infracción al derecho exclusivo del autor primigenio de autorizarlas o prohibirlas, los autores derivados deberán contar con la autorización o licencia correspondiente otorgada por el titular de la obra primigenia **P**¹¹. Si de la adaptación **B** se deriva una segunda adaptación **B2**, el autor de esta segunda obra derivada deberá contar con la autorización tanto del titular de **P** como del titular de **B**.
- 1.5. Podría ocurrir que el titular de **P** autorice al titular de **B** a consentir en su nombre cualquier obra derivada de las de ambos, o viceversa¹². Lo que no es de recibo es que un tercero que cuenta con la autorización de uno solo de los titulares previos pretenda usarla como licencia universal para legitimar su obra derivada **B2**, evadiendo los derechos de los demás artistas en la cadena de obras de las que ha derivado la suya. En estos casos, incluso si la autoridad nacional competente declarara que no se han vulnerado los derechos del titular que ha otorgado una licencia, podría declarar que se han violado los derechos de otros titulares de la cadena que no han consentido la adaptación de sus obras vinculadas.
- 1.6. En conclusión, una adaptación constituye una obra en sí misma, si goza de originalidad. Quien pretenda adaptar una obra debe obtener autorización del titular de la obra primigenia. A su vez, quien pretenda efectuar una segunda adaptación de una obra previamente adaptada sobre la base de dicha adaptación, deberá obtener autorización tanto del titular de la obra primigenia como del titular de la primera adaptación.»

«⁷ La disposición comunitaria incluye también la “traducción” de la obra. Sin embargo, por las características propias de esta modalidad, se excluye del presente criterio jurisprudencial interpretativo.

⁸ **Convenio de Berna.-**

“Artículo 12

[Derecho de adaptación, arreglo y otra transformación]

Los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras”.

“Artículo 14

[Derechos cinematográficos y derechos conexos: 1. Adaptación y reproducción cinematográficas; distribución; representación, ejecución pública y transmisión por hilo al público de las obras así adaptadas o reproducidas; 2. Adaptación de realizaciones cinematográficas; 3.

Falta de licencias obligatorias]

- 1) Los autores de obras literarias o artísticas tendrán el derecho exclusivo de autorizar:
 - 1° la adaptación y la reproducción cinematográficas de estas obras y la distribución de las obras así adaptadas o reproducidas;
 - 2° la representación, ejecución pública y la transmisión por hilo al público de las obras así adaptadas o reproducidas.
- 2) La adaptación, bajo cualquier forma artística, de las realizaciones cinematográficas extraídas de obras literarias o artísticas queda sometida, sin perjuicio de la autorización de los autores de la obra cinematográfica, a la autorización de los autores de las obras originales.
- 3) Las disposiciones del Artículo 13.1) no son aplicables”.

⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*, Ginebra, 2003, párrafo BC-12.3. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf

¹⁰ La obra derivada debe estar autorizada por el titular de la obra primigenia (a menos que esté en el dominio público) y cumplir con todos los requisitos generales para ser protegida por derechos de autor, incluyendo el requisito de originalidad. Por lo tanto, “si los cambios no son lo suficientemente relevantes para diferenciar en su forma la obra supuestamente derivada de la preexistente, estaríamos frente a un caso de reproducción y no de una obra diferente”. (Ver literal c) del párrafo 5.3. de la sentencia de interpretación prejudicial emitida en el proceso 108-IP-2020 del 7 de octubre de 2020, que consta en la página 37 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4118 del 19 de noviembre de 2020).

Los derechos de adaptación, arreglo y transformación de una obra son distintos a los de reproducción de esta y son mutuamente excluyentes. No podría reclamarse simultáneamente una infracción en ambas modalidades pues, si la obra derivada constituye una obra diferente de la primigenia, no es una reproducción de esta; y, en cambio, si constituyera una mera reproducción de la obra primigenia, no comprendería una adaptación, arreglo u otra transformación no autorizada.

¹¹ A menos que la obra primigenia esté en el dominio público.

¹² A esto es a lo que se refiere el párrafo BC-2.43. de la “Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI” cuando alude a un “sistema simplificado de autorización”.

Fuente: Ver párrafos 1.1. a 1.6. de las páginas 7 a 10 de la Interpretación Prejudicial **54-IP-2022** del 18 de octubre de 2024, que constan en las páginas 34 a 37 de la GOAC 5575 del 6 de noviembre de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/Gaceta%205575.pdf>

Capítulo XXIV

La obra creada por encargo o bajo relación laboral

- «4.2. El Artículo 11 de la Decisión 351 se refiere al derecho moral que tiene un autor sobre su obra, cuyas características son su imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad. El goce de este derecho faculta al autor, entre otras cosas, para reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; al respecto, este Tribunal ha sostenido que el autor es el gestor de la creación intelectual, por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se dé a conocer al público, a través de cualquier medio, esta contenga su nombre, derecho que se conoce como paternidad de la obra²⁵.
- 4.3. El artículo antes referido consagra también ciertas facultades que se enmarcan dentro del grupo de derechos morales. Siguiendo la pertinente clasificación que Delia Lipszyc hace en su libro “*Derecho de Autor y Derecho Conexos*”, se tiene que las facultades pueden ser positivas o negativas (defensivas). Las primeras engloban todas las acciones que el titular del derecho de autor puede hacer con su obra; ahí se encuentran la facultad de divulgar la obra, modificarla y retirarla (Literal a) del Artículo 11 de la Decisión 351). Las segundas son todas aquellas acciones tendientes a defender la paternidad de la obra (Literales b y c) del Artículo 11 de la Decisión 351)²⁶.
- 4.4. Con base en un análisis doctrinal se tiene en cuenta lo siguiente:

*“La paternidad es una potestad jurídica inherente a la personalidad del autor, que le atribuye el poder de hacerse reconocer en todo momento como tal y hacer figurar sobre la obra su propio nombre, en su condición de creador que no nace, precisamente, de la inscripción de la misma en el Registro respectivo, sino cuando el autor la materializa como suya (...)”*²⁷

*“La facultad de reivindicar la obra, busca impedir que otra persona quiera pasar por autor de la obra, y le permite al verdadero autor obtener que se reemplace el nombre del falso autor por el suyo propio”.*²⁸

- 4.5. Es importante advertir que el autor; es decir, la persona física que realiza la creación intelectual (Artículo 3 de la Decisión 351), es el titular originario del derecho de propiedad sobre la obra, y se presume que el autor, salvo prueba en contrario, es la persona cuyo nombre, seudónimo o signo de identificación aparezca en la obra correspondiente (Artículo 8 de la Decisión 351). Ello no obsta para que una persona natural o jurídica distinta del autor pueda poseer la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra, de conformidad con el régimen que contemplen las legislaciones internas de los países miembros (Artículo 9 de la Decisión 351), y que la propiedad de la obra se ejerza a través de un haz de derechos morales y patrimoniales de carácter exclusivo. Tales derechos, reconocidos por la Decisión 351, son independientes de la propiedad del objeto material en que se encuentre incorporada la obra (Artículo 6 de la Decisión 351)²⁹.
- 4.6. El Tribunal ha sostenido que, a propósito de los derechos patrimoniales de las obras creadas por encargo o bajo relación laboral, el Artículo 10 de la Decisión 351 distingue entre la titularidad originaria y la derivada, y atribuye el ejercicio de tales derechos a las personas naturales o jurídicas, de conformidad con la legislación nacional correspondiente, salvo prueba en contrario. La doctrina señala que el titular originario es aquella persona en cabeza de quien nace el derecho de autor. El autor de una obra derivada (adaptación, traducción u otra transformación) es el titular originario de los derechos sobre la misma, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra de la cual deriva esta. En ese sentido, como la obra original está contenida en la obra derivada, toda utilización de esta obra importa, a la vez, la utilización de aquella; así, el uso de la obra derivada se encuentra sujeto a una doble autorización, por un lado a la autorización del titular de esta y por otro lado a la autorización del titular de la obra originaria³⁰. Tratándose de obras creadas por encargo o bajo relación laboral, la norma comunitaria remite pues el tratamiento de la titularidad y del ejercicio de los correspondientes derechos patrimoniales, por parte de las personas naturales o jurídicas, a la legislación nacional correspondiente³¹.
- 4.7. Ahora bien, el Artículo 10 de la Decisión 351 expresa que las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario. En tal sentido, es necesario advertir lo siguiente:
- a) La titularidad de los derechos patrimoniales y el ejercicio de los mismos, en relación con una obra realizada por encargo; es decir, sin que exista una relación laboral entre el autor de la obra y quien va a ser el titular de los derechos patrimoniales de la misma, se regirá por la legislación nacional. Asimismo, *“En estos casos habrá de acudir también (...) a la finalidad del contrato y a las reglas generales sobre la transmisión de los derechos de autor”*³².
 - b) En cuanto a las obras creadas bajo una relación laboral, es indispensable que exista una relación laboral entre el autor de la obra y quien va a ser el titular de los derechos patrimoniales de la misma. Es decir, debe

justificarse la relación laboral o de dependencia entre estas dos partes, en tanto que:

“la relación laboral existe desde que una persona, el trabajador, presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario, a cambio de una remuneración”.³³

- 4.8. Las obras creadas bajo una relación laboral plantean varias inquietudes, en ese sentido es importante destacar, como lo indica la doctrina, que

“resulta que la creación es un acto personal y si bien el autor empleado debe cumplir con sus obligaciones de carácter laboral e incluso recibir instrucciones respecto al género de la obra o a las características generales de la misma, la forma de expresión le es propia y por tanto nadie puede despojarlo de su condición de creador”.³⁴

- 4.9. Sobre este punto, en una relación laboral, es necesario determinar el grado de subordinación y de instrucción a efectos de la realización de la obra, desde que una cosa es una obra creada por el trabajador sin las órdenes o directrices del empleador en cuanto a los aspectos fundamentales de ella y, otra, una obra creada bajo dichos parámetros. Los efectos jurídicos en uno y otro caso son diferentes, desde que si el trabajador simplemente ejerce una actividad accesorio en la realización de la obra no tendría derechos morales. Dentro de este tema es importante advertir qué es una obra en colaboración y qué es una obra colectiva, en tanto que ambas forman parte de las llamadas obras complejas:

- a) **La obra en colaboración**, resulta ser la creada por dos o más personas que trabajan de manera conjunta bajo una misma inspiración. No serían obras en colaboración aquellas que resultan como consecuencia de una yuxtaposición de trabajos individuales sin relación alguna entre ellos, toda vez que no se generaría una única obra en común que represente a todos los autores en su conjunto³⁵.

La regulación generalizada para estos casos consiste en disponer que los coautores son de manera conjunta los titulares originarios de los derechos morales y patrimoniales sobre la misma, los que serán ejercidos de común acuerdo, excepto cuando los aportes sean divisibles, en los cuales, salvo pacto en contrario, puede ser su contribución explotada de manera separada *“siempre que no perjudique con ello la explotación de la obra común”*.³⁶

- b) **La obra colectiva**, conforme lo señala la doctrina *“está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores, cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual ha sido concebida, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada”*.³⁷

La regulación generalizada para estos casos consiste en disponer que, salvo pacto en contrario, *“los derechos de una obra colectiva corresponden a la persona que la edita y divulga bajo su nombre (...)”* o

“por la que los autores ceden en forma ilimitada y exclusiva la titularidad de los derechos patrimoniales a la persona natural o jurídica que publica o divulga la obra, lo que

*instituye a dicha persona en un titular derivado de los derechos de explotación (y un legitimado para la defensa de los derechos morales), salvo pacto en contrario”.*³⁸

- 4.10. Finalmente, en las obras creadas en virtud de una relación laboral, la Decisión 351 determina que la titularidad de los derechos patrimoniales y su ejercicio se regirán por la legislación nacional. De manera general, algunas legislaciones han determinado que estos se regirán por lo pactado en el contrato, si este se lo hizo por escrito; y a falta de contrato escrito, se adhieren a presumir que los derechos patrimoniales han sido cedidos en forma no exclusiva al empleador, en lo necesario para su actividad habitual y que este cuenta con autorización para divulgarla. Sea cual fuere la modalidad adoptada, en ningún caso la cesión de derechos puede alcanzar los de orden moral, que gozan de las características de imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad.»

«²⁵ Ver Interpretación N° 139-IP-2003 de fecha 17 de marzo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1057 del 21 de abril de 2004.

²⁶ Ver Interpretación Prejudicial N° 110-IP-2007 de fecha 4 de diciembre de 2007, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1588 del 20 de febrero de 2008.

²⁷ Guillermo Ledesma, *Derecho Penal Intelectual*. Editorial Universidad, Primera Edición, 1992, Argentina, p. 113.

²⁸ Manuel Pachón Muñoz, *Manual de Derechos de Autor*. Editorial Temis, Colombia, 1998, p. 54.

²⁹ Ver Interpretación Prejudicial N° 165-IP-2004 de fecha 6 de abril de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1195 del 11 de mayo de 2005.

³⁰ Delia Lipszyc, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones Unesco, Buenos Aires, 1993, p. 126.

³¹ Ver Interpretación Prejudicial N° 165-IP-2004 de fecha 6 de abril de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1195 del 11 de mayo de 2005.

³² Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Can, *Manual de Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch, Tercera Edición, Valencia-España, 2006, pp. 68-69.

³³ Ibídem, pp. 180-181.

³⁴ Ricardo Antequera Parilli, *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*. Editorial Reus, S.A., Madrid, 2007, p. 40.

³⁵ Ibídem, p. 37.

³⁶ Ibídem.

³⁷ Ibídem.

³⁸ Ibídem, p. 39.»

Fuente: Ver párrafos 4.2. a 4.10. de las páginas 16 a 20 de la Interpretación Prejudicial **108-IP-2020** del 7 de octubre de 2020, que constan en las páginas 32 a 36 de la GOAC 4118 del 19 de noviembre de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204118.pdf>

Capítulo XXV

Obras plasmadas sobre un soporte físico de propiedad de tercero

- «3.1. En principio nadie puede modificar una obra (obras plásticas, canciones, libros, películas, etc.) sin autorización del autor. Sin embargo, conforme a lo señalado en el acápite precedente, este derecho moral a la integridad de la obra no es absoluto, por lo que en caso de conflicto con otros derechos como el de propiedad corresponde evaluar las circunstancias de cada caso a efectos de ponderar los derechos en conflicto. En efecto, no es que un derecho prime sobre el otro, sino que deben ponderarse los intereses en conflicto y buscar una solución equilibrada que permita la máxima protección de ambos derechos.
- 3.2. Un supuesto particular es el de las obras plasmadas en un soporte físico de propiedad de tercero, respecto del cual resulta muy difícil o imposible separar la obra del soporte material, por lo que la afectación al soporte implica en gran medida una afectación a la obra.
- 3.3. Para el caso de las obras plasmadas sobre un soporte físico¹³ de propiedad de tercero se debe tener presente que la protección de la que goza el autor de la obra es independiente al derecho de propiedad del titular del soporte físico en el cual está incorporada la obra, conforme a lo dispuesto por el Artículo 6 de la Decisión 351¹⁴.
- 3.4. Sobre el particular, el autor Ricardo Antequera Parilli señala que:

“[L]a «enajenación del objeto material en el cual esté incorporada la obra, no produce en favor del adquirente la cesión de los derechos de explotación del autor» (LSDA, art. 54).

Ello hace que el ejercicio de actos por el propietario del soporte material en el cual está incorporada la obra, serán ilícitos en la medida que lesionen el derecho moral -que es

intransferible-, o el patrimonial de autorizar o no y de obtener una remuneración por la explotación de la creación por cualquier medio o procedimiento”¹⁵

3.5. En esa línea, el autor Raúl Solorzano Solorzano también señala que:

“En el caso de las obras plásticas donde generalmente nos encontramos ante ejemplares únicos e irrepetibles, no siempre la persona que tiene la titularidad de la creación intelectual (corpus mysticum) es la misma que ostenta la propiedad del soporte que la contiene (corpus mechanicum) (...)

Sobre el derecho moral de integridad, Ricardo Antequera sostiene acertadamente que «la faceta más dramática del derecho de integridad está referida a la conservación del soporte único que contiene la obra, como en las artes plásticas, porque como ha señalado la Sala 1ª del Tribunal Supremo español, su destrucción es el atentado más grave, por irreformable, que pueda inferirse al derecho moral de respeto a la obra»¹⁶.

En el caso de los murales del Centro de Lima, sus autores, pese a no ser propietarios de las paredes sobre las cuales se hicieron las correspondientes creaciones, son indudablemente titulares de derechos morales.»¹⁷

3.6. Por lo expuesto, existen supuestos particulares en los que el titular de la obra no es el mismo que el propietario del soporte, como por ejemplo en el caso de los murales, los cuales requieren de una estructura física que le sirva de soporte, por lo que la destrucción o alteración del soporte físico podría implicar la destrucción o afectación de la obra.»

«¹³ Objeto material en el cual está incorporada la obra.

¹⁴ **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“Artículo 6.- Los derechos reconocidos por la presente Decisión son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra.”

¹⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de autor*. Tomo II, Segunda edición, Dirección Nacional del Derecho de Autor, Caracas, 1998, p. 138.

¹⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus, 2007, p. 89.

¹⁷ SOLORZANO SOLORZANO, Raúl. *En torno al derecho moral del autor a la integridad de su obra: reflexiones a propósito del daño efectuado a los murales en el Centro de Lima*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, N° 74, pp. 101 y 102.»

Fuente: Ver párrafos 3.1. a 3.6. de las páginas 10 a 11 de la Interpretación Prejudicial **47-IP-2017** del 7 de julio de 2017, que constan en las páginas 44 a 45 de la GOAC 3118 del 20 de octubre de 2017, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3118.pdf>

Título 2

De los titulares del derecho de autor

Capítulo I

El autor y la titularidad. Definición y diferencias

«[1.1] El autor de una obra es el ser humano —persona natural— que realiza la creación intelectual, mientras que el titular de una obra es aquella persona natural o jurídica que cuenta con las facultades para ejercer los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.

[1.2] La normativa andina distingue dos tipos de titularidades: la originaria y derivada.

[1.3] La titularidad originaria es aquella que nace con la creación de la obra; es decir, siempre el autor será considerado como titular originario de los derechos morales y patrimoniales de la obra.

[1.4] La titularidad derivada es aquella que se surge por razones distintas a la de la creación de la obra, como pudiera ser los casos de cesión de derechos, mandato o presunción legal. El titular derivado siempre será una persona distinta al autor, es decir, será la persona natural o jurídica a quien se le transfiera todos o una parte de los derechos patrimoniales de una obra protegida por el derecho de autor.⁵

[1.5] Al respecto, Delia Lipszyc ha manifestado lo siguiente:

“(…)

La titularidad originaria es el correlato de la calidad de autor por lo que corresponde a las personas físicas que crean las obras.

(…)

Titular originario es la persona en cabeza de quien nace el derecho de autor.

(...)
...Titulares derivados

Son las personas físicas o jurídicas que han recibido la titularidad de algunos de los derechos de autor. La titularidad derivada nunca puede abarcar la totalidad del derecho de autor (moral y patrimoniales) (sic)

En efecto, el derecho moral es inalienable; aun en caso de transmisión mortis causa los sucesores no reciben las facultades esencialmente personales que integran el derecho moral del autor (las positivas) pues, salvo excepciones, no se transmiten; los sucesores solo pueden ejercer las facultades negativas (el derecho al reconocimiento de la paternidad y el derecho al respeto y a la integridad de la obra) y el derecho de divulgación de las obras póstumas (...). En cambio, puede comprender la totalidad de los derechos de explotación (derecho patrimonial).

La titularidad derivada puede obtenerse:

- *por cesión (sea convencional o bien, de pleno derecho por ministerio de la ley —cessio legis—);*
- *por presunción de cesión establecida por ley, salvo pacto en contrario;*
- *por transmisión mortis causa.*

Los contratos usuales de explotación de obras por los cuales el autor, o el titular del derecho o la entidad de gestión colectiva, autoriza a una persona a utilizar la obra o son licencias (o autorizaciones de uso) no exclusivas (como es habitual, por ejemplo, en materia de ejecución pública de obras musicales no dramáticas) o constituyen derechos exclusivos en favor del usuario, pero no son contratos de cesión de acuerdo con el derecho común porque no transfieren la titularidad de los derechos de explotación (...)»⁶

«⁵ **Decisión 351.-**

“**Artículo 9.-** Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.”

⁶ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) — Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) - Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, pp. 125 -127.»

Fuente: Ver párrafos 1.1 a 1.5 de las páginas 7 y 8 de la Interpretación Prejudicial N° **383-IP-2021** del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 8 y 9 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

Capítulo II

La titularidad de derechos de autor por parte de una persona jurídica¹

- «1. ¿Una empresa puede ser titular de derechos de autor? Si es así, ¿entre los derechos que tiene el titular se encuentra el de poder impedir que productos que reproduzcan sus obras ingresen al país sin autorización?
2. ¿Cómo se debe evaluar la existencia de una infracción a los derechos de autor en el caso de una importación de juguetes, muñecos o figuras de acción que reproduzcan obras protegidas por derecho de autor sin autorización?

Conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Decisión 351, autor es la persona natural o física que realiza la creación intelectual, y por virtud de ello titular de derechos morales y patrimoniales. La persona jurídica, por su parte, puede ser titular de derechos patrimoniales. Por lo demás, la autoridad consultante deberá remitirse a los criterios jurídicos interpretativos identificados en los párrafos 1.1. a 1.5. de las páginas 7 y 8 de la sentencia de interpretación prejudicial emitida en el proceso 383-IP-2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5186 del 22 de mayo de 2023 (ver páginas 8 y 9); disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

¹ Nota: en el proceso 232-IP-2021, el magistrado Rogelio Mayta Mayta emitió voto aclaratorio.

De igual manera, deberá remitirse a los criterios jurídicos interpretativos identificados en los párrafos 1.2. a 1.12., 3.1. y 3.2. de las páginas 3 a 5 y 7 de la sentencia de interpretación prejudicial emitida en el proceso 418-IP-2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3418 del 5 de noviembre de 2018 (ver páginas 22 a 24 y 26); disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203418.pdf>»

Fuente: Ver párrafos 1. y 2. de las páginas 3 y 4 del Auto emitido en el proceso de Interpretación Prejudicial **232-IP-2021** del 16 de julio de 2024, que constan en las páginas 34 y 35 de la GOAC 5534 del 22 de agosto de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205534.pdf>

Título 3

De los derechos morales de autor

Capítulo I

Derecho moral de paternidad de la obra

- «3.2. Los **derechos morales** protegen la correlación autor-obra sobre la base de los intereses intelectuales y espirituales del autor en relación con su obra.
- 3.3. El Artículo 11 de la Decisión 351 se refiere al derecho moral que tiene un autor sobre su obra, cuyas características son su imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad. El goce de este derecho faculta al autor, entre otras cosas, para reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que el autor es el gestor de la creación intelectual, por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se dé a conocer al público, a través de cualquier medio, esta contenga su nombre, derecho que se conoce como paternidad de la obra¹⁴.
- 3.4. Así, la obra derivada es aquella que parte de una obra preexistente que goza de protección de derechos de autor. Son obras derivadas, por ejemplo, la traducción de un libro del español al francés, la adaptación de una obra del teatro al cine, un libro que se hace película, la actualización de un programa de ordenador, entre muchos otros casos.

“La paternidad es una potestad jurídica inherente a la personalidad del autor, que le atribuye el poder de hacerse reconocer en todo momento como tal y hacer figurar sobre la obra su propio nombre, en su condición de creador que no nace, precisamente, de la inscripción de la misma en el Registro respectivo, sino cuando el autor la materializa como suya (...)”¹⁵.

“La facultad de reivindicar la obra, busca impedir que otra persona quiera pasar por autor de la obra, y le permite al verdadero autor obtener que se reemplace el nombre del falso autor por el suyo propio”¹⁶.

- 3.5. Finalmente, a la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la Decisión 351. Asimismo, una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.¹⁷»

«¹⁴ Ver Interpretación Prejudicial N° 139-IP-2003 de fecha 17 de marzo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1057 del 21 de abril de 2004.

¹⁵ Guillermo Ledesma, *Derecho Penal Intelectual*. Editorial Universidad, Primera Edición, 1992, Argentina, p. 113.

¹⁶ Manuel Pachón Muñoz, *Manual de Derechos de Autor*. Editorial Temis, Colombia, 1998, p. 54.

¹⁷ Juan Carlos Monroy Rodríguez *Derecho de Autor y Derechos Conexos. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia concordada y comentada*. 2da Edición, 2015, p. 58.»

Fuente: Ver párrafos 3.2. a 3.5. de la página 12 de la Interpretación Prejudicial N° **248-IP-2021** del 15 de diciembre de 2022, que consta en la página 49 de la GOAC 5130 del 15 de febrero de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205130.pdf>

Capítulo II

Derechos morales. Derecho moral a la integridad de la obra

«3.2. Teniendo en cuenta cual es el objeto de protección del derecho de autor, corresponde en este punto mencionar aquellos derechos con los que cuenta el autor de una obra, los cuales se pueden catalogar en dos grupos: los derechos morales y los derechos patrimoniales. Sobre el particular, se desarrollará únicamente el tema de los derechos morales toda vez que el caso versa sobre la afectación al derecho moral a la integridad de la obra.

Derechos morales

- 3.3. Aunque la norma no lo diga expresamente, los derechos morales en atención a su naturaleza no son limitados en el tiempo y, por lo tanto, a la muerte de su autor no se extinguen, ya que estos continúan en cabeza de sus causahabientes y posteriormente su defensa estará a cargo del Estado y otras instituciones designadas para el efecto en relación con el derecho de paternidad e integridad de la obra (párrafo segundo del Artículo 11 de la Decisión 351).
- 3.4. El mismo artículo consagra también ciertas facultades que se enmarcan dentro del grupo de derechos morales. Siguiendo la pertinente clasificación que Delia Lipszyc hace en su libro “*Derecho de Autor y Derecho Conexos*”¹⁶, se tiene que las facultades pueden ser positivas o negativas (defensivas). Las primeras engloban todas las acciones que el titular del derecho de autor puede hacer con su obra, como las facultades de divulgar la obra, modificarla y retirarla (Literal a) del Artículo 11 de la Decisión 351). Las segundas, son todas aquellas acciones tendientes a defender la paternidad de la obra (Literales b y c) del Artículo 11 de la Decisión 351).

- 3.5. De conformidad con el Artículo 12 de la Decisión 351, los países miembros pueden reconocer otros derechos de carácter moral, diferentes a los enunciados en el Artículo 11 de la Decisión 351.

Derecho moral a la integridad de la obra

- 3.6. Ahora bien, respecto del derecho moral a la integridad de la obra, el Literal c) del Artículo 11 de la Decisión antes referida establece que el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.
- 3.7. Respecto a la integridad de la obra, la autora Marisela González López señala lo siguiente:

“Otra de las facultades personales que la LPI reconoce expresamente al autor es la de ‘exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación’ (art. 14.4). Se trata del denominado por la doctrina francesa ‘derecho al respeto’ (droit au respect), cuyo reconocimiento tiene como fundamento el hecho de ser la obra expresión de la personalidad del autor y como finalidad el protegerlo contra las modificaciones o alteraciones de la obra por terceros.

Ciertamente, no se considera lícito que terceros que actúen por lucro, mala fe, negligencia o inconsciencia atenten contra la creación genuinamente concebida por el autor, y de ahí que éste resulte legitimado por la ley para tutelar la integridad de su obra contra maniobras abusivas que desacrediten su personalidad como creador (...).”¹⁷

- 3.8. Por su parte, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual - OMPI señala lo siguiente:

“(…)

c. *Derecho a la integridad de la obra*

El derecho a la integridad de la obra es el derecho que tiene el autor a impedir que su obra sufra una modificación o deformación sin su consentimiento. Este derecho está estrechamente relacionado con el derecho de divulgación, pues garantiza al autor la facultad de vigilar, tras su divulgación, que su obra no sea desnaturalizada. Por ejemplo, en una obra literaria, la supresión de capítulos, sin autorización del autor, o en una obra cinematográfica, el coloreado de las películas en blanco y negro.

Este derecho viene definido en la Convención de Berna como el derecho que tiene el autor a ‘oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación’.”¹⁸

- 3.9. En ese sentido, el derecho moral a la integridad de la obra faculta al autor de la misma a oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de la obra, entendiéndose por dichos supuestos lo siguiente¹⁹:

- Por **deformación** debe entenderse algo que pierde su forma regular o natural, dando lugar a una interpretación errónea; este supuesto se verifica cuando se trastoca el contenido de la obra;

- Por **mutilación** debe entenderse cuando se corta o cercena una parte del cuerpo de la obra, eliminando una parte o porción de la misma; y,
 - Por **modificación** debe entenderse una transformación o cambio en el contenido de la obra.
- 3.10. Por tanto, en primer lugar, deberá analizarse si la actividad que supuestamente vulnera el derecho moral a la integridad de la obra entra en alguno de los tres supuestos antes referidos (deformación, mutilación o modificación). En segundo lugar, de encajar en alguno de dichos supuestos, se exigirá como requisito adicional que se atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.
- 3.11. Respecto del decoro de la obra, es preciso indicar que este se encuentra vinculado a la honra, pureza, honestidad o recato de la misma²⁰. En este sentido, una deformación, mutilación o modificación de una obra no puede atentar la honra, pureza, honestidad o recato de esta.
- 3.12. Respecto de la reputación del autor, cabe señalar que esta se encuentra vinculada a la opinión o consideración que se tiene de él, así como de su prestigio y estima²¹. Al respecto Ignacio Vidal Portabales señala:

“[E]n lo que respecta a la reputación, el término debe considerarse referido a la reputación artística y profesional del autor, pudiendo conceptuarse como el sentimiento personal del autor sobre la propia capacidad creativa en relación a una obra determinada (...) cuando se habla de menoscabo a la reputación nos estamos refiriendo a elementos como convicciones, los ideales, la conciencia, y los sentimientos del autor, con independencia de su naturaleza moral, religiosa, política artística o científica.”²²»

«¹⁶ Delia Lipszyc, Derecho de autor y derechos conexos, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fondo del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires; 1993; p. 61.

¹⁷ Marisela González López, Monografías Jurídicas: *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 179.

¹⁸ Contenido del Derecho de Autor. El Autor, La Obra, Limitaciones y Excepciones. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Oficina Europea de Patentes y Oficina Española de Patentes y Marcas, 2014, p. 7.

En:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_18.doc
(Consulta: 1 de octubre de 2020).

¹⁹ Ver Interpretaciones Prejudiciales números 59-IP-2014 de fecha 22 de julio de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2384 de 28 de agosto de 2014 y 147-IP-2015 de fecha 7 de diciembre de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2681 de 14 de marzo de 2016.

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Diccionario de la Lengua Española*. Definición de “Decoro”:

Del lat. decōrum.

1. *m. Honor, respeto, reverencia que se debe a una persona por su nacimiento o dignidad.*

2. *m. Circunspección, gravedad.*

3. *m. Pureza, honestidad, recato.*

4. *m. Honra, pundonor, estimación.*

(...)”

En: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=Byz2tNB|ByzF6MM>. (Consulta: 1 de octubre de 2020).

- ²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Diccionario de la Lengua Española*. Definición de “Reputación”:

Del lat. reputatio, -ōnis.

1. f. Opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo.

2. f. Prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo.”

En: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=reputaci%C3%B3n>. (Consulta: 1 de octubre de 2020).

- ²² Ignacio Vidal Portabales, *Comentario a la sentencia de la AP Alicante (Sección 8) de 11 de marzo de 2011 Núm 112/20100(AC/2011/1159) (Sobre la vulneración del derecho a la integridad de la obra plástica por cambio del contexto espacial y otras cuestiones)*. En: Actas de derecho industrial y derecho de autor. Tomo 32, Madrid, 2011-2012, p. 584.»

Fuente: Ver párrafos 3.2. a 3.12. de las páginas 12 a 15 de la Interpretación Prejudicial **117-IP-2020** del 7 de octubre de 2020, que constan en las páginas 52 a 55 de la GOAC 4118 del 19 de noviembre de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204118.pdf>

Capítulo III

Criterios para evaluar conflictos entre derecho de propiedad y derecho moral a la integridad de la obra

«4.1. No es posible establecer de forma absoluta la primacía del derecho moral a la integridad de la obra del autor respecto del derecho real del propietario del soporte material sobre el cual está plasmada la obra, debido a que se debe analizar cada caso en particular, conforme a criterios que permitan en lo posible una ponderación adecuada de ambos derechos. Atendiendo a ello se deberá considerar lo siguiente:

a) **Acuerdo previo entre las partes**

En caso de que el autor de una obra y la persona que contrató su elaboración y/o propietario del soporte material sobre el cual se ha plasmado la obra hayan suscrito un acuerdo, las partes se regirán por lo establecido expresamente en dicho acuerdo respecto de las modificaciones o afectaciones que se realicen al soporte material y que pudieran afectar la integridad de la obra.

Ahora bien, en el supuesto de que el soporte material sea vendido a tercero, se aplicará lo establecido en el pacto suscrito inicialmente con el propietario original y/o persona que encargó la obra.

b) **Controversias sobre aspectos no contemplados contractualmente**

En caso el autor de una obra y la persona que contrató su elaboración y/o propietario del soporte material no hayan contemplado acuerdos respecto a las modificaciones o afectaciones que se realicen al soporte material y que pudieran afectar la integridad de la obra, se resolverá el conflicto ponderando los derechos en conflicto, tal como se explica a continuación.

- 4.2. En ese sentido, en el supuesto en que surja una controversia sobre aspectos no contemplados contractualmente, se buscará el equilibrio entre el derecho moral a la integridad de la obra y el derecho real de propiedad del titular del soporte material, considerando, entre otros, los siguientes criterios:

4.2.1. **Elaboración de la obra**

Si se trata de una obra elaborada sin autorización del propietario del soporte material, esta será pasible de ser eliminada a sola voluntad del propietario del soporte material¹⁸. Lo mismo sucede, si se trata de una obra por encargo que no ha seguido las indicaciones dadas expresamente por quien encargó la obra¹⁹.

4.2.2. **Material de la obra**

La obra plasmada en un soporte material de propiedad de tercero puede ser elaborada con productos de material duradero o no.

El autor que elabora una obra con material no duradero conoce que la misma sufrirá el deterioro normal que corresponde al material utilizado y por ello conoce que la obra está destinada a sufrir daños o desaparecer con el pasar del tiempo²⁰.

4.2.3. **Carácter permanente o temporal de la obra**

Las obras de carácter permanente se elaboran con la intención de que sean protegidas de factores externos que puedan afectarlas²¹.

Por otro lado, hay obras que por su naturaleza tanto el autor como terceros saben que tienen carácter temporal; es decir, que están destinadas a sufrir deterioro, destrucción o consumo en el corto plazo, en algunos casos incluso de manera casi inmediata.

En este sentido, se pueden apreciar obras de carácter temporal que son elaboradas para un acontecimiento específico como festivales, concursos u otros. Al respecto Raúl Solórzano Solórzano señala lo siguiente:

“Mural con vocación de baja permanencia. Este podría ser el caso de los murales realizados bajo el contexto de un festival o de un concurso.

(...)

Si bien verificamos que en este segundo supuesto los murales podrían tener un tiempo de exhibición de pocos años, ello no implica que (...) pueden ser borrados o destruidos sin que se hayan realizado previamente determinadas acciones en resguardo del derecho moral del autor a la integridad de su obra.”²²

Asimismo, tenemos que tener presente que existen obras que se ejecutan con fines específicos, como decorativos, conforme a las necesidades y gustos de un propietario en particular²³, así como obras que se efectúan con fines comerciales, por lo que su permanencia en el tiempo viene vinculada a la finalidad para la cual fueron creadas²⁴.

4.2.4. Interés público y seguridad pública

Si el derecho a la integridad de la obra entra en conflicto con el interés público, este último debería primar toda vez que el derecho particular de un autor no puede prevalecer sobre el derecho del público en general.

Una obra realizada con la finalidad de servir a la comunidad debe primar ante el derecho a la integridad de la obra artística, siempre que la afectación sea necesaria²⁵.

Por su parte, en el supuesto en que la obra se encuentre en un soporte material que por sus características pueda afectar la seguridad pública, como por ejemplo un muro o estructura, corresponde que prime la seguridad de las personas que se pudieran ver potencialmente afectadas, debiendo acreditarse el referido riesgo a la seguridad²⁶.

4.2.5. Riesgo de deterioro o pérdida de la propiedad

En los supuestos en los que la obra plástica se encuentra plasmada en un soporte material como un muro o estructura, se deberá tomar en consideración que ante una situación en la que el estado del soporte material requiera una intervención para su conservación, el propietario podrá efectuar las modificaciones necesarias.²⁷

Al respecto, Cristina Vicent López señala lo siguiente:

“(...) respeto absoluto a la obra podría ocasionar graves perjuicios al inmueble, impidiendo su conservación y rehabilitación, apunta la referida sentencia «piénsese en humedades, agrietamientos, debiéndose dejar arruinar, perecer en tales casos ante la imposibilidad de tocar el mural».”²⁸

Sin embargo, previamente a la modificación del soporte material el propietario deberá comunicar al autor de las medidas que se tomarán a efectos de permitirle el retiro de la obra, en caso de ser ello posible, o la toma de muestras fotográficas u otras muestras que considere pertinente el autor. Lo señalado en este párrafo no será aplicable en los casos fortuitos o de fuerza mayor.

4.2.6. Afectación a derechos de terceros

Se pueden dar supuestos en los que se deba alterar una obra a efectos de cautelar derechos fundamentales de terceros como la defensa al derecho a la imagen o a la intimidad de una persona. Este supuesto se puede dar en diversos tipos de obra, en los que se incluya por ejemplo la imagen no autorizada de una persona.

En estos supuestos, la supresión de las partes pertinentes no afectaría el derecho de integridad a la obra debido a que únicamente se suprime la parte que afecta a terceros.

Al respecto, la autora Sofía Rodríguez Moreno señala que:

“A. y H. J. LUCAS ven una excepción al derecho moral de integridad de la obra en los casos en que esta integridad resulte desconocida como consecuencia de la defensa de un derecho de la personalidad. Tal ocurriría por ejemplo en el caso en que se supriman apartes (sic) de una película o de un libro por atentar contra la vida privada, el derecho a la imagen o la intimidad de una persona.

(...)

De ese análisis concluimos que la sociedad en general resulta beneficiada si se hacen respetar tales derechos, por lo que bien puede establecerse en virtud de ellos una limitación al derecho de autor”²⁹

4.2.7. Medidas diligentes del propietario para la conservación de la obra

Cuando estén en conflicto el derecho de propiedad que ostenta el titular del soporte material sobre el cual se encuentra la obra y el derecho a la integridad de dicha obra que ostenta su autor, debemos tener presente que se deberá cautelar en la medida de lo posible a este último.

En este sentido, el propietario del inmueble, salvo en los casos de seguridad, caso fortuito o fuerza mayor, deberá efectuar las acciones necesarias para contactar al autor a fin de comunicarle la futura afectación a su obra para que pueda contar con la posibilidad de retirar su obra del soporte físico (de ser ello posible), tomar fotografías o filmaciones de la misma u otra acción a efectos de conservarla de alguna forma.

- 4.3. Por tanto, se deberá analizar cada caso en particular considerando los criterios antes expuestos a efectos de ponderar adecuadamente el derecho moral a la integridad de la obra del autor y el derecho real del propietario del soporte material sobre el cual está plasmada la obra.»

«¹⁸ Por ejemplo, un artista urbano puede haber pintado el muro posterior de una vivienda sin autorización del propietario. En este supuesto, incluso si la obra reúne el requisito de originalidad, el derecho de propiedad primaria sobre el derecho a la integridad de la obra y el propietario del inmueble podría optar por conservarla, mutilarla, deformarla o modificarla, dado que el autor realizó la obra sin considerar el derecho del propietario; esto es, sin su autorización.

Similar posición tiene Raúl SOLORZANO SOLORZANO, quien señala que cuando nos encontremos ante un “*mural hecho subrepticamente, sin permiso (...) estaríamos ante una situación de mala fe y abuso del derecho si quien realiza un mural sin autorización alguna se opone a la destrucción de su obra. En este caso, al eliminarse el mural que el titular del soporte jamás consintió, no parece que podamos considerar que se ha vulnerado el derecho moral de integridad del autor*” (SOLORZANO SOLORZANO, Raúl. Op. Cit., p. 109).

¹⁹ Si el autor, a pesar de haber recibido las indicaciones del propietario opta por plasmar una obra distinta a la encomendada, el propietario se encontrará facultado incluso a la eliminación de la obra.

En esa línea, Raúl SOLORZANO SOLORZANO, a modo de ejemplo, señala que: “*Imaginemos que se encarga a un muralista hacer una obra en las paredes interiores y exteriores del nuevo Lugar de la Memoria*

en Miraflores, indicándole que en su obra no puede colocar imágenes que constituyan apología del terrorismo. Para mayor certeza, incluso se llega a aprobar un boceto de un mural. Sin embargo, pese a la instrucción expresa, el autor hace todo lo contrario. Aquí la eliminación del mural no debería generar una infracción al derecho moral de integridad? (SOLORZANO SOLORZANO, Raúl. Op. Cit., p. 109).

- 20 Un ejemplo de estos casos puede darse en las obras realizadas en materiales no duraderos como esculturas de hielo, de arena, murales de tiza, etc.
- 21 Como ejemplo se pueden citar los murales ubicados en la parte interior de una determinada edificación, que dada su ubicación se encuentran destinados a permanecer intactos por años.
- 22 SOLORZANO SOLORZANO, Raúl. Op. Cit., pp. 106 y 107.
- 23 Por ejemplo, una persona que decidió decorar el cuarto de su pequeña hija con imágenes propias de una menor de 5 años. Es evidente que la decoración puede cambiar cuando la hija sea adolescente.

Asimismo, se puede dar el caso de que en un inmueble funcionaba una empresa metalmecánica y por ello en los muros del inmueble se plasmó una obra alusiva a dicha actividad. Sin embargo, luego el inmueble es vendido y será utilizado como spa y peluquería, por lo que el mural ya no mantiene ninguna vinculación con la actividad económica realizada en la propiedad y conservarlo afectaría el uso del inmueble por parte de su nuevo propietario.
- 24 A modo de ejemplo podemos citar el encargo de la elaboración de una torta de cumpleaños o de matrimonio, especialmente diseñada y decorada con toques artísticos únicos, extraordinarios. El autor, creador de la torta, no puede impedir que esta sea consumida por los invitados de la recepción, dado que a pesar de poder presentar originalidad el destino de la obra fue ser incorporada en un soporte material destinado al consumo humano, y en consecuencia a desaparecer.
- 25 Hay obras que su permanencia o modificación no dependen de la voluntad del autor, sino del interés público. Pensemos en un puente, diseñado por un famoso arquitecto. Este no puede impedir que la autoridad pública (un ministerio, una municipalidad, etc.) ensanche, amplíe, modifique o incluso derrumbe el puente por interés público, como por ejemplo debido el incremento del tráfico vehicular, el desvío de la corriente del río, el deterioro de los soportes o pilares del puente, etc.
- 26 El riesgo a la seguridad no se acreditará con el solo dicho de parte sino que requiere de pruebas que acrediten la eminencia de la amenaza a la seguridad. Las pruebas que se podrían presentar son informes emitidos por profesionales, fotografías, videos, entre otras.
- 27 En la Sentencia STS 6958/2006-ECLI: ES:TS: 2006:6958 de fecha 6 de noviembre de 2006 emitida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España se señala lo siguiente: “(...) la Sala estima que el deficiente estado del edificio precisando de reparaciones que exigían demoliciones y reconstrucciones justifica la demolición del mismo y, por tanto, del conjunto en que se integra la obra -adherida inseparablemente al inmueble sin posibilidad de extracción sin daño-. La situación del edificio imponía la reconstrucción del mismo y excluía la posibilidad de conservación de la obra pictórica, ya aminorada en su integridad por su propia naturaleza y características (...)”
- 28 VICENT LOPEZ, Cristina. *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, p. 77. En: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro068/lib068-2a.pdf> (Consulta: 3 de julio de 2017).
- 29 RODRÍGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 67.»

Fuente: Ver párrafos 4.1. a 4.3. de las páginas 11 a 16 de la Interpretación Prejudicial **47-IP-2017** del 7 de julio de 2017, que constan en las páginas 45 a 50 de la GOAC 3118 del 20 de octubre de 2017, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3118.pdf>

Capítulo IV

Derechos patrimoniales y morales

- «2.1. Teniendo en cuenta el objeto de protección del derecho de autor, corresponde en este punto mencionar aquellos derechos con los que cuenta el autor de una obra, los cuales se pueden catalogar en dos grupos: los derechos morales y los derechos patrimoniales.
- 2.2. Los **derechos morales** protegen la correlación autor-obra sobre la base de los intereses intelectuales y espirituales del autor en relación con su obra. El Artículo 11 de la Decisión 351 plasma las características de los derechos morales: inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables.
- 2.3. Aunque la norma no lo diga expresamente, los derechos morales en atención a su naturaleza son ilimitados en el tiempo y, por lo tanto, a la muerte de su autor no se extinguen, ya que estos continúan en cabeza de sus causahabientes y posteriormente su defensa estará a cargo del Estado y otras instituciones designadas para el efecto en relación con el derecho de paternidad e integridad de la obra. (Párrafo segundo del Artículo 11 de la Decisión 351).
- 2.4. El mismo artículo consagra también ciertas facultades que se enmarcan dentro del grupo de derechos morales. Siguiendo la pertinente clasificación que Delia Lipszyc hace en su libro “*Derecho de Autor y Derecho Conexos*”¹³, se tiene que las facultades pueden ser positivas o negativas (defensivas). Las primeras engloban todas las acciones que el titular del derecho de autor puede hacer con su obra; ahí se encuentran las facultades de divulgar la obra, modificarla y retirarla (Literal a) del Artículo 11 de la Decisión 351). Las segundas, son todas aquellas acciones tendientes a defender la paternidad de la obra (Literales b) y c) del Artículo 11 de la Decisión 351).
- 2.5. De conformidad con el Artículo 12 de la Decisión 351, los Países Miembros pueden reconocer otros derechos de carácter moral, diferentes a los enunciados en el Artículo 11 de la Decisión 351.

- 2.6. Los **derechos patrimoniales**, por su parte, agrupan todas aquellas facultades que posee el autor de la obra en relación con las diferentes utilidades económicas de la misma. El Artículo 13 de la Decisión 351 lista en categorías muy generales las posibles acciones a realizar: autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; la importación al territorio de cualquier país miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; y, la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
- 2.7. De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciabiles y temporales. En relación con la última de las características, el derecho patrimonial no es ilimitado en el tiempo y, por lo tanto, la Decisión 351 en su Artículo 18 establece que la duración de los mismos será por el tiempo de la vida del autor y 50 años más después de su muerte. Si el titular es una persona jurídica, el plazo de protección será de 50 años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso. Asimismo, el Artículo 20 de la misma Decisión establece que el plazo de protección empezará a contarse desde el primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de la realización, divulgación o publicación de la obra según proceda.»

«¹³ Delia Lipszyc. *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones UNESCO, Buenos Aires, 1993, p. 61.»

Fuente: Ver párrafos 2.1. a 2.7. de las páginas 10 a 12 de la Interpretación Prejudicial **248-IP-2021** del 15 de diciembre de 2022, que constan en las páginas 47 a 49 de la GOAC 5130 del 15 de febrero de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205130.pdf>

Título 4

De los derechos patrimoniales: reproducción, distribución e importación

Capítulo I

Derechos patrimoniales: derecho de reproducción

- «3.2. Los **derechos patrimoniales**, contrariamente a los derechos morales, en atención a su propia naturaleza, son exclusivos, de contenido ilimitado, disponibles, expropiables, renunciables, embargables y temporales⁹.
- 3.3. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación:
- “a) *La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;*
 - b) *La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;*
 - c) *La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;*
 - d) *La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;*
 - e) *La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”*
(Subrayado agregado)
- 3.4. De conformidad con el artículo 17 de la Decisión 351, los países miembros pueden reconocer otros derechos de carácter patrimonial, diferentes a los contemplados en el Artículo 13 del mencionado cuerpo normativo.
- 3.5. Ahora bien, teniendo en consideración el asunto controvertido, corresponde desarrollar la facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción de una obra.

- 3.6. El Literal a) del Artículo 13 de la Decisión 351 dispone que el autor tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.¹⁰
- 3.7. Lo anterior guarda correlato con lo dispuesto en el Artículo 9 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el cual dispone que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.¹¹
- 3.8. Asimismo, el Artículo 14 de la Decisión 351 define a la reproducción como: “...la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.”
- 3.9. Del mismo modo, en relación a este derecho en específico, Delia Lipszyc señala lo siguiente:

“(...)

*El derecho de reproducción es la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o de varias copias de todo o parte de ella.*³⁷

Se entiende por reproducción la realización de uno o más ejemplares de una obra o de partes de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual (...)

³⁷ Vid. España, arts.18 y 19.

(...)”¹²

- 3.10. En consecuencia, el derecho patrimonial de reproducción tiene como objetivo que el autor o titular pueda generar copias totales o parciales de la obra original o transformada, por cualquier medio o procedimiento, lo que implica la facultad de explotar la obra. Siendo ello así, cualquier persona que no cuente con la autorización del titular de la obra para su reproducción infringe este derecho, por lo tanto, esta conducta constituirá una infracción al derecho de autor y, en consecuencia, deberá ser sancionada.»

«⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2da Edición, Caracas, 1994, p. 395.

¹⁰ **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“**Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
(...)”

¹¹ **Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas**

“**Artículo 9**

Derecho de reproducción : 1. En general; 2. Posibles excepciones; 3. Grabaciones sonoras y visuales]

1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho

exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

- 2) *Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*
- 3) *Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.*” (subrayado agregado)

¹² LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Edit. UNESCO, CERLALC y ZAVALIA; Buenos Aires; 1993; p. 179.»

Fuente: Ver párrafos 3.2. a 3.10. de las páginas 6 a 8 de la Interpretación Prejudicial **215-IP-2018** del 29 de marzo de 2019, que constan en las páginas 22 a 24 de la GOAC 3637 del 16 de mayo de 2019, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203637.pdf>

Capítulo II

Derechos patrimoniales: facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción de una obra

- «1.2 Teniendo en cuenta el objeto de protección del derecho de autor, corresponde en este punto mencionar aquellos derechos con los que cuenta el autor de una obra, los cuales se pueden catalogar en dos grupos: los derechos morales y los derechos patrimoniales.
- 1.3. Al respecto, en este acápite se analizarán únicamente los derechos patrimoniales del derecho de autor, específicamente, el derecho que tiene el titular de una obra para realizar, autorizar o prohibir su comunicación pública, toda vez que el caso versa sobre esas presuntas afectaciones.

Derechos patrimoniales

- 1.4. Los derechos patrimoniales protegen la explotación económica a la cual tiene derecho el autor, en relación con sus obras, los cuales se encuentran contemplados en el Capítulo V de la Decisión 351.
- 1.5 Sobre su definición, Alfredo Vega Jaramillo sostiene lo siguiente:
- “Los derechos patrimoniales son las facultades exclusivas que le permiten al autor controlar los distintos actos de explotación económica de la obra, sea que el autor explote directamente la obra o que, como es lo usual, autorice a terceros a realizarla, y participe en esa explotación obteniendo un beneficio económico.

Los derechos patrimoniales son oponibles a todas las personas (erga omnes), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al derecho de autor.”³

(Énfasis agregado).

- 1.6 Los derechos patrimoniales, contrariamente a los derechos morales, en atención a su propia naturaleza, son exclusivos, de contenido ilimitado, disponibles, expropiables, renunciables, embargables y temporales⁴.
- 1.7 El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación:

- “a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”

(Subrayado agregado)

- 1.8. De conformidad con el Artículo 17 de la Decisión 351, los Países Miembros pueden reconocer otros derechos de carácter patrimonial, diferentes a los contemplados en el Artículo 13 del mencionado cuerpo normativo.
(...)

Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción de una obra
(...)

- 1.11. El Literal a) del Artículo 13 de la Decisión 351 dispone que el autor tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.⁵
- 1.12. Lo anterior guarda correlato con lo dispuesto en el Artículo 9 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el cual dispone que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.⁶
- 1.13. Asimismo, el Artículo 14 de la Decisión 351 define a la reproducción como: “(...) la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.”

- 1.14. Del mismo modo, en relación a este derecho en específico, Delia Lipszyc señala lo siguiente:

“(…)

El derecho de reproducción es la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o de varias copias de todo o parte de ella.³⁷

Se entiende por reproducción la realización de uno o más ejemplares de una obra o de partes de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual (…)

³⁷ Vid. España. arts. 18 y 19
(…)”⁷

- 1.15. En consecuencia, el derecho patrimonial de reproducción tiene como objetivo que el autor o titular pueda generar copias totales o parciales de la obra original o transformada, por cualquier medio o procedimiento, lo que implica la facultad de explotar la obra. Siendo ello así, cualquier persona que no cuente con la autorización del titular de la obra para su reproducción infringe este derecho, por lo tanto, esta conducta constituirá una infracción al derecho de autor y, en consecuencia, deberá ser sancionada.»

«³ Alfredo Vega Jaramillo, Manual de Derecho de Autor, Dirección Nacional de Derecho de Autor y Unidad Administrativa Especial del Ministerio del Interior y de Justicia, Bogotá, 2010, p. 35.

⁴ Ricardo Antequera Parilli. Derecho de Autor. Servicio autónomo de la Propiedad intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. 2da Edición, Caracas, 1994, p. 395.

⁵ **Decisión 351.-**

“**Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

a) la reproducción por cualquier forma o procedimiento;
(…)”

⁶ **Convenio de Berna para la Protección de las Obras literarias y Artísticas. -**

“Artículo 9

Derecho de reproducción: 1. En general; 2. Posibles excepciones; 3. Grabaciones sonoras y visuales

- 1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.
- 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
- 3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.” (Subrayado agregado)

⁷ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*. Edit. UNESCO, CERLALC y ZAVALIA; Buenos Aires; 1993; p. 179.»

Fuente: Ver párrafos 1.2. a 1.21. de las páginas 3 a 6 de la Interpretación Prejudicial **156-IP-2021** del 15 de diciembre de 2022, que constan en las páginas 22 a 25 de la GOAC 5136 del 23 de febrero de 2023, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205136.pdf>

Capítulo III

Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la importación de una obra

«1.7. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación:

- “a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”

(...)

Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la importación de una obra

1.9. El literal d) del artículo 13 de la Decisión 351 dispone que el autor tiene derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la importación de su obra al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho⁴

1.10. Respecto al derecho de importación, la doctrina señala lo siguiente:

“(…) en relación con la importación de ejemplares autorizados para otro territorio y que ingresan al país, el titular del derecho sobre la obra conserva el de autorizar o no la distribución de tales ejemplares (v.gr.: por venta, alquiler o préstamo), así como las demás modalidades de explotación de dicha obra (v.gr.: comunicación pública, reproducción, transformación), y que su consentimiento debe constar expresamente por escrito en cada caso (…)

*Ello quiere decir que dichos ejemplares, aunque introducidos al territorio nacional, **no pueden ser distribuidos en el país** (…)*⁵

(…) el autor, además de autorizar o prohibir la importación de las copias hechas sin su autorización (…) también tiene el derecho de permitir o no la distribución de los ejemplares hechos con su consentimiento, pero autorizados para otro territorio.

*6. Interpretar lo contrario sería tanto como violentar los principios relativos al derecho de distribución y a los efectos de la cesión de los derechos patrimoniales”*⁶

(Énfasis agregado)

- 1.11. En ese sentido, la facultad de impedir una importación no autorizada solo puede ser ejercida por el titular del derecho, siempre y cuando, **las obras incorporadas en los productos hayan sido reproducidas sin autorización**, es decir, en forma ilícita.
- 1.12. Cabe señalar que si la obra incorporada en los productos importados fue reproducida con autorización del titular (es decir, se tratan de ejemplares lícitos), pero que los mismos no están autorizados para su distribución en el territorio, no estaremos frente a un supuesto de vulneración al derecho patrimonial de importación sino al de distribución.»

«⁴ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

«**Artículo 13.**- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:
(…)

d) la importación al territorio de cualquier país miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
(…)»

⁵ Ricardo Antequera Parilli y Marysol Ferreiros Castañeda. El nuevo derecho de autor en el Perú. Primera Edición, Perú Reporting. Lima, 1996, p.142

⁶ *Ibidem.*, p.143»

Fuente: Ver párrafos 1.7. a 1.12. de las páginas 3 a 5 de la Interpretación Prejudicial **418-IP-2017** del 3 de octubre de 2018, que constan en las páginas 22 a 24 de la GOAC 3418 del 5 de noviembre de 2018, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203418.pdf>

Capítulo IV

Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la distribución y comunicación pública de una obra

«1.7. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación:

- “a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”

(...)

1.9. A continuación, se analizará cada una de las figuras antes señaladas en el párrafo 1.7., a fin de que se pueda determinar si existió o no infracción al derecho de autor dentro del procedimiento interno.

(...)

Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la distribución de una obra

- 1.15. El Literal c) del Artículo 13 de la Decisión 351 dispone que el autor tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler⁸.
- 1.16. Dicha facultad es una expresión clara de una prerrogativa de la cual goza el titular de una obra para disponer de ella, bien sea a título oneroso o gratuito. El artículo mencionado parece circunscribir la distribución de la obra a la venta, arrendamiento o alquiler.⁹
- 1.17. Lo anterior debe ser interpretado de conformidad con la definición que de distribución al público establece el Artículo 3 de la Decisión 351, es decir, la “[p]uesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.”¹⁰
- 1.18. De conformidad con la definición trascrita, el derecho de distribución pública de la obra no solo se circunscribe a “los actos jurídicos determinados en el Literal c) del Artículo 13, sino a cualquier otro acto jurídico que ponga la obra a disposición del público, que bien puede ser a título gratuito u oneroso”¹¹

Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra

- 1.19. El Literal b) del Artículo 13 de la Decisión 351 reconoce al autor y, en su caso, a sus herederos el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, entre otros, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos y las imágenes, tal como se puede apreciar a continuación:

“**Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...)”

- 1.20. Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Decisión 351.
- 1.21. Sobre la noción de comunicación pública, Delia Lipszyc sostiene lo siguiente:

“Se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.

La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo...”¹²

(Subrayado agregado)

(...)»

«⁸ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

“**Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
(...)”

⁹ Ver Interpretaciones Prejudiciales números 110-IP-2007 de fecha 4 de diciembre de 2007, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1588 del 20 de febrero de 2008, y 248-IP-2014 de fecha 5 de noviembre de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2688 del 18 de marzo de 2016.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, p. 183.»

Fuente: Ver párrafos 1.7. a 1.24. de las páginas 5 a 11 de la Interpretación Prejudicial **120-IP-2020** del 7 de octubre de 2020, que constan en las páginas 6 a 12 de la GOAC 4119 del 19 de noviembre de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204119.pdf>

Capítulo V

El derecho de participación en la reventa de obras de arte (el *droit de suite*)

- «5.1. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) define al *droit de suite* como el derecho inalienable que algunas legislaciones de derecho de autor conceden al autor y a sus herederos o, después de la muerte de aquel, a otras instituciones legalmente autorizadas, en virtud del cual pueden reclamar una parte de los ingresos obtenidos en cada nueva venta pública de ejemplares originales de las obras de bellas artes, dentro del término (plazo) de protección⁸.
- 5.2. A diferencia de los escritores y de los músicos, los artistas visuales (de obras de bellas artes), como los pintores y los escultores, no obtienen beneficios directos de las transacciones económicas vinculadas con la comercialización de sus obras en los mercados mundiales, por lo que el derecho de participación constituye un intento de corregir ese desequilibrio y velar por que los artistas reciban un pequeño porcentaje del precio alcanzado por su obra en las reventas⁹. En tal sentido, el *droit de suite* es la prerrogativa establecida en beneficio de los autores consistente en recibir un porcentaje del importe de las ventas sucesivas de sus obras de arte (plástica o figurativa), como pintura, escultura o dibujo¹⁰.
- 5.3. Sobre el particular, el Artículo 16 de la Decisión 351 señala que los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte. Los países miembros de la Comunidad Andina reglamentarán este derecho.

- 5.4. De conformidad con lo establecido en el Artículo 16 de la Decisión 351 (i) cada país miembro del proceso de integración subregional andino tiene la obligación de reglamentar el derecho de reventa; (ii) se delimita el derecho de reventa a las realizadas mediante subastas públicas o a través de un negociante profesional en obras de arte; y, (iii) no se extiende a manuscritos originales.^{11»}

«⁸ OMPI, Glosario de derecho de autor y derechos conexos, Ginebra, 1980, p. 91.

⁹ Catherine Jewell, El derecho de participación en las reventas: un trato justo para los artistas visuales, en OMPI Revista, núm. 3, Ginebra, junio de 2017, p. 3.

¹⁰ David Rangel Medina, El Droit de Suite de los autores en el derecho contemporáneo, en Revista de Derecho Privado, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 3, Ciudad de México, 1990, pp. 81 y 84.

¹¹ Moisés Rejanovinski Talledo, Una aproximación al Derecho de Participación en la reventa de obras, en Revista Derecho & Sociedad, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 49, Lima, octubre de 2017, p. 69.»

Fuente: Ver párrafos 5.1. a 5.4. de las páginas 9 a 10 de la Interpretación Prejudicial **01-IP-2021** del 6 de mayo de 2021, que constan en las páginas 10 a 11 de la GOAC 4230 del 6 de mayo de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204230.pdf>

Título 5

Del derecho patrimonial a la comunicación pública

Capítulo I

Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra

- «2.2. Teniendo en cuenta el objeto de protección del derecho de autor, corresponde en este punto mencionar aquellos derechos con los que cuenta el autor de una obra, los cuales se pueden catalogar en dos grupos: los derechos morales y los derechos patrimoniales.
- 2.3. Al respecto, en este acápite se analizarán únicamente los derechos patrimoniales del derecho de autor, específicamente, el derecho que tiene el titular de una obra para realizar, autorizar o prohibir su comunicación pública, toda vez que el caso versa sobre esas presuntas afectaciones.

Derechos patrimoniales

- 2.4. Los derechos patrimoniales protegen la explotación económica a la cual tiene derecho el autor, en relación con sus obras, los cuales se encuentran contemplados en el Capítulo V de la Decisión 351.
- 2.5. Sobre su definición, Alfredo Vega Jaramillo sostiene lo siguiente:

“Los derechos patrimoniales son las facultades exclusivas que le permiten al autor controlar los distintos actos de explotación económica de la obra, sea que el autor explote directamente la obra o que, como es lo usual, autorice a terceros a realizarla, y participe en esa explotación obteniendo un beneficio económico.”

Los derechos patrimoniales son oponibles a todas las personas (erga omnes), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al derecho de autor.”⁷

(Énfasis agregado).

(...)

- 2.7. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación:

- “a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”

(...)

- 2.9. A continuación, se analizará la figura antes señalada en el párrafo 2.3., a fin de que se pueda determinar si existió o no infracción al derecho de autor dentro del procedimiento interno.

Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra

(...)

- 2.11. El Literal b) del Artículo 13 de la Decisión 351 reconoce al autor y, en su caso, a sus herederos el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, entre otros, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos y las imágenes, tal como se puede apreciar a continuación:

“**Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...)”

- 2.12. Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Decisión 351.

2.13. Sobre la noción de comunicación pública, Delia Lipszyc sostiene lo siguiente:

“Se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.

*La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo...”*⁹

(Subrayado agregado)

- 2.14. Existen dos elementos que deben presentarse para que se configure un acto de comunicación pública de una obra protegida por el derecho de autor, de manera indebida: (i) el primero, el que un tercero, que no cuenta con la autorización del autor o titular de una obra, la ponga a disposición de una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar o permita que estas tengan acceso a ella; y, (ii) el segundo, que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas¹⁰. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.¹¹
- 2.15. Asimismo, el Artículo 15 de la Decisión 351, adicionalmente al supuesto indicado en el párrafo anterior, contempla una lista enunciativa de las formas de comunicación pública de una obra. Dichas modalidades han sido desarrolladas por este Tribunal mediante Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 398-IP-2016 del 5 de abril de 2017, donde se ha manifestado que son las siguientes:

- a) **Representación y ejecución pública.-** Constituye uno de los procedimientos para hacer comunicar las obras artísticas y literarias a varias personas, a través de medios distintos de la distribución de ejemplares. Sus principales requisitos consisten en la inexistencia de un vehículo material para que se pueda acceder a la obra y en la destinación de la comunicación a una pluralidad de personas calificadas como “público”.

La noción estricta de representación se refiere a las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas, comunicadas a través de la escenificación.

- b) **Recitación o declamación.-** Hablamos de dicho derecho cuando se hace la lectura de obras literarias, en alta voz, para un público presente o con la utilización de procedimientos diferentes de la radiodifusión, sin que medie la previa distribución de ejemplares.

Las obras comunicadas al público en forma oral, expresamente mencionadas en el Convenio de Berna (Artículo 2.1), también están protegidas por el derecho de autor: las conferencias, alocuciones, sermones y otras de la misma naturaleza, inclusive las clases que se dictan, en el marco de las actividades docentes.

- c) **Exhibición o proyección cinematográfica.-** Entre las modalidades del derecho de comunicación pública indirecta se

encuentra la facultad reservada al autor de autorizar o prohibir la proyección o exhibición públicas de las obras cinematográficas, asimiladas a estas las obras expresadas por un proceso análogo a la cinematografía, así entendidas las secuencias de imágenes y/o sonidos grabados en toda clase de soportes materiales, para proyección ante un público presente.

- d) Exposición.-** El derecho de exposición de las obras de arte plásticas es un derecho similar al derecho de representación.

El acceso público a las obras, o a una copia de la obra, puede darse de forma “**directa**”, denominada genéricamente de “exposición”, o “**indirecta**” mediante la utilización de un dispositivo que puede ser una película, un dispositivo, presentado por lo general en una pantalla. Con la aparición de nuevas técnicas que utilizan medios electrónicos, la forma indirecta de presentación de las obras de arte y fotografías ha adquirido importancia creciente, poniendo de relieve la necesidad de una protección expresa y efectiva, en salvaguardia de los derechos exclusivos del autor.

- e) Transmisión.-** La transmisión se puede hacer por **radiodifusión**, que se entiende a la comunicación a distancia de sonidos y/o imágenes para su recepción por el público en general por medio de ondas radioeléctricas, a través de la radio, la televisión, o de un satélite¹²; y, por cable **distribución**, el cual consiste en la distribución de señales portadoras de imágenes y/o sonidos, para el público a través de hilo, cable, fibra óptica, entre otros¹³. (Artículo 15 Literal f) Decisión 351).»

«⁷ Alfredo Vega Jaramillo, Manual de Derecho de Autor, Dirección Nacional de Derecho de Autor y Unidad Administrativa Especial del Ministerio del Interior y de Justicia, Bogotá, 2010, p. 35.

(...)

⁹ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, p. 183.

¹⁰ Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Organizado por la OMPI conjuntamente con la Oficina Europea de Patentes (OEP) y la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). Documento preparado por Emilia Aragón. *Contenido del Derecho Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones*, p. 13.

Disponible en:

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_18.pdf

(Consulta: 16 de septiembre de 2022).

¹¹ Ver Interpretación Prejudicial número 39-IP-1999 de 1 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 522 del 11 de enero de 2000.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.»

Fuente: Ver párrafos 2.1. a 2.15. de las páginas 7 a 11 de la Interpretación Prejudicial **32-IP-2022** del 19 de octubre de 2022, que constan en las páginas 8 a 12 de la GOAC 5076 del 4 de noviembre de 2022, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205076.pdf>

Capítulo II

El derecho de autor de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de su obra

«[2.1] El literal b) del artículo 13 de la Decisión 351 reconoce al autor y, en su caso, a sus herederos, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, entre otros, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos y las imágenes.

“Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...)”

[2.2] Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Decisión 351.

[2.3] Sobre la noción de comunicación pública, Delia Lipszyc sostiene lo siguiente:

“Se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.

*La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo...*⁷

(Subrayado agregado)

- [2.4] Existen dos elementos que deben presentarse para que se configure un acto de comunicación pública —de manera indebida— de una obra protegida por el derecho de autor: (i) que un tercero que no cuenta con la autorización del autor o titular de una obra la ponga a disposición de una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar o permita que estas tengan acceso a ella; y, (ii) que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas⁸. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.⁹
- [2.5] El artículo 15 de la Decisión 351 contempla un listado enunciativo de las formas de comunicación pública de una obra.¹⁰
- [2.6] La participación de los autores en los beneficios económicos de la radiodifusión se justifica en el principio de equidad. Ellos tienen derecho a una justa retribución por la difusión de su obra. La remuneración que debe percibir el autor debe ser proporcional a los ingresos que se obtengan por la explotación de la obra.¹¹
- [2.7] En el supuesto de que una persona natural o jurídica haga uso de señales de televisión para comunicar públicamente el contenido de obras audiovisuales, se evidencia un uso de los derechos que se ha reconocido a los distintos titulares y, a su vez, si el titular de esas obras protegidas ha inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para su protección y tutela, quien use o reproduzca la obra deberá necesariamente acudir a la entidad que custodia los derechos para solicitar la autorización para usar los derechos que ellas gestionan y pagar el precio que ellas fijen mediante las tarifas correspondientes.
- [2.8] Para que opere la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forma parte del repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva deben darse las siguientes condiciones:
- a) Se debe considerar la existencia de derechos de autor y/o derechos conexos, en concreto de obras audiovisuales reconocidas a favor de sus titulares.
 - b) Que sus titulares hayan inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos.
 - c) Que se haya efectuado la comunicación pública de las obras audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa.
- [2.9] Por otro lado, entre las diversas formas de comunicación pública, el literal f) del artículo 15 de la Decisión 351 destaca que se entiende por comunicación pública la emisión o transmisión de obras radiodifundidas, protegidas por el derecho de autor, en lugares accesibles al público y a través de cualquier dispositivo:

“**Artículo 15.-** Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:
(...)”

f) la emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;
(...)”

[2.10] Del mismo modo, el numeral 1 del artículo 11 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (en adelante, **Convenio de Berna**), constituye la base del reconocimiento del derecho exclusivo que tienen los autores para autorizar la comunicación pública de sus obras en lugares accesibles al público, tal como se aprecia a continuación:

“Artículo 11 bis

[Derechos de radiodifusión y derechos conexos:

1. Radiodifusión y otras comunicaciones sin hilo, comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra radiodifundida; 2. Licencias obligatorias; 3. Grabación; grabaciones efímeras]

1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:
1º la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2º toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3º la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.
(...)”

[2.11] A su vez, la Guía del Convenio de Berna, al explicar el supuesto del numeral 3* del párrafo 1 del citado artículo 11 bis del referido Convenio, señala lo siguiente:

“11^{bis} 11. Por último, la tercera situación que se prevé en el párrafo 1) del Artículo 11^{bis} es aquella en la que, una vez radiodifundida, la obra es objeto de comunicación pública mediante altavoz o instrumento análogo. En la vida moderna, este caso se da cada vez con más frecuencia: allí donde se reúne gente hay una tendencia creciente a amenizar el ambiente con música (cafés, restaurantes, salones de té, hoteles, grandes almacenes, vagones de ferrocarril, aviones, etc.), sin tener en cuenta el espacio cada vez mayor que ocupa la publicidad en los lugares públicos. Con ello se plantea la cuestión de si la autorización de radiodifundir una obra que se concede a la emisora comprende además cualquier utilización de la emisión, incluso su comunicación pública mediante altavoz, sobre todo si se persiguen fines de lucro.”¹²

(Subrayado agregado)»

«⁷ Ibidem, p. 183.

⁸ Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Organizado por la OMPI conjuntamente con la Oficina Europea de Patentes (OEP) y la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). Documento preparado por Emilia Aragón, Consejera Técnica, Ministerio de Cultura, Madrid, *Contenido del Derecho Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones*, p. 13.

Disponible en:

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac

[04_18.pdf](#)

(Consulta: 19 de octubre de 2022).

- ⁹ Ver Interpretación Prejudicial número 33-IP-1999 de 22 de marzo de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 565 del 12 de mayo de 2000.
- ¹⁰ Dichas modalidades han sido desarrolladas por este Tribunal en la Interpretación Prejudicial número 398-IP-2016 de 5 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3023 del 22 de mayo de 2017.
- ¹¹ *Ibidem.*
- ¹² Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), p. 81.
Disponible en:
https://tind.wipo.int/record/35093/files/wipo_pub_615.pdf
(Consulta: 19 de octubre de 2022).»

Fuente: Ver párrafos 2.1 a 2.11 de las páginas 8 a 12 de la Interpretación Prejudicial **383-IP-2021** del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 9 a 13 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

Capítulo III

Si el titular autoriza la comunicación pública de una obra por un medio determinado (v.g., radio), no puede inferirse que la autorización se extiende a otras formas de comunicación (v.g., televisión)²

- «1. *“La autorización previa para realizar la comunicación pública de obras musicales, ¿otorga a su beneficiario el derecho a difundirlas o transmitir las simultáneamente por diferentes medios de comunicación (por ejemplo, radio, televisión o internet)?”*»

En aras de brindar mayor claridad respecto de lo preguntado, la autoridad consultante deberá tener en cuenta que la autorización del titular de un derecho de autor o de la sociedad de gestión colectiva que opera y gestiona sus derechos, para la comunicación pública de una obra, es previa, expresa y delimitada.

Este Tribunal ha explicado el carácter independiente de los derechos patrimoniales de autor. Al respecto, en su sentencia de interpretación prejudicial emitida en el proceso 24-IP-98 del 25 de septiembre de 1998, publicada en la GOAC 394 del 15 de diciembre de 1998, el Tribunal señaló que:

² Nota: en el proceso 62-IP-2021, el magistrado Rogelio Mayta Mayta emitió voto disidente.

“...el hecho de haber un titular autorizado o permitido la explotación de su obra, mediante licencia o cesión, no implica que se han consentido las restantes formas de utilización, para las cuales se requerirá de la correspondiente autorización. Por tanto, **la licencia o cesión dada sólo surtirá efecto respecto de aquella forma de explotación que se encuentre debidamente especificada, y durante el lapso y lugar geográfico previsto**”.

(Énfasis agregado)

En conclusión, si el titular autoriza la comunicación pública de una obra por un medio determinado, no puede inferirse que la autorización se extiende a otras formas de comunicación. La autorización previa debería, en consecuencia, señalar cuál es el medio por el cual se autoriza la comunicación pública de una obra, si se trata de ejecución pública o se puede recurrir a medios digitales, mensajes de datos, radiodifusión, entre otros. Ello no excluye, por supuesto, que la autorización pueda contener además indicaciones amplias que permitan la comunicación al público en cualquier formato, medio o procedimiento conocido. Lo importante es que el consentimiento para dicha comunicación haya quedado expresa y claramente otorgado. En tal sentido, por ejemplo, si se autorizó la comunicación pública por radio, no cabe extenderla a la televisión; y si se autorizó la comunicación pública por televisión, no cabe extenderla al internet.»

Fuente: Ver párrafo 1. de las páginas 2 y 3 del Auto emitido en el proceso de Interpretación Prejudicial **62-IP-2021** del 23 y 25 de julio de 2024, que constan en las páginas 17 y 18 de la GOAC 5537 del 23 de agosto de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205537.pdf>

Capítulo IV

De la comunicación o ejecución pública no autorizada de una obra audiovisual inscrita en una sociedad de gestión colectiva

«2.2. Sobre el particular, el Literal b) del Artículo 13 de la Decisión 351 dispone lo siguiente:

“**Artículo 13.**- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...)”

2.3. En esa línea, el Literal b) del Artículo 15 de la Decisión 351 explica en que consiste la comunicación pública, conforme a lo siguiente:

“**Artículo 15.**- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

(...)

b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;

(...)”

2.4. Al respecto, este Tribunal ha manifestado lo siguiente:

- “4.2. La comunicación pública a que se refiere el literal b) del Artículo 15 de la Decisión 351, se define como “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.”⁶

Es pública la comunicación cuando se produce para la colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.

- 4.3 Este derecho también reconocido ampliamente por la legislación iberoamericana lo denomina como “derecho de representación” el cual cubre dos ámbitos: el directo, cuando es en vivo, y el indirecto que se refiere a discos fonográficos, cintas y bandas magnéticas o de films, videocopias, etc., mediante un agente de difusión como es la radiodifusión, los satélites y la distribución por cable.

Como una de las formas de comunicación pública tenemos a la “Exhibición o proyección cinematográfica”, que se encuentra entre las modalidades del derecho de comunicación pública indirecta, y consiste en la facultad reservada al autor de autorizar o prohibir la proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas, asimiladas a éstas las obras expresadas por un proceso análogo a la cinematografía, así entendidas las secuencias de imágenes y/o sonidos grabados en toda clase de soportes materiales –como las obras audiovisuales– para proyección ante un público presente.

El acceso público a las obras, o a una copia de la obra, se da también en forma “indirecta” mediante la utilización de un dispositivo que puede ser una película presentada por lo general en una pantalla. Con la aparición de nuevas técnicas que utilizan medios electrónicos, la forma indirecta de presentación de las obras de arte y fotografías ha adquirido importancia creciente, poniendo de relieve la necesidad de una protección expresa y efectiva, en salvaguardia de los derechos exclusivos del autor.

- 4.4 El Artículo 15 de la Decisión 351 define lo que se entiende por comunicación pública, y entre otras diversas formas señala en especial en el literal i) “En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes”.

El acto de comunicación pública debe ser sometido a la autorización o consentimiento previo de los titulares de derechos sobre la obra emitida, cuando la comunicación sea de acceso público.
(...)

LIPSYC, Delia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones UNESCO-CERLALC-ZAVALIA, 1993, p. 183.”⁶

- 2.5. En el supuesto de que una persona haga uso de televisores para comunicar públicamente el contenido de obras audiovisuales, se evidencia un uso de los derechos que se ha reconocido a los distintos titulares y, a su vez, si el titular de esas obras protegidas ha inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de

gestión colectiva para su protección y tutela, quien use o reproduzca la obra, deberá necesariamente acudir a la entidad que custodia los derechos para solicitar la autorización para usar los derechos que ellas gestionan y pagar el precio que ellas fijen mediante sus tarifas.

2.6. Para que opere la infracción por falta de autorización de comunicación de una obra audiovisual que forma parte del repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva, deben darse las siguientes condiciones:

- a) Se debe considerar la existencia de derechos de autor y/o derechos conexos, en concreto de obras audiovisuales reconocidas a favor de sus titulares.
- b) Que sus titulares hayan inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos.
- c) Que se haya efectuado la comunicación pública de las obras audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa.»

«⁶ Ver Interpretación Prejudicial N° 589-IP-2015 del 24 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3048 del 26 de junio de 2017.»

Fuente: Ver párrafos 2.2. a 2.6. de las páginas 6 a 8 de la Interpretación Prejudicial **205-IP-2022** del 19 de octubre de 2022, que constan en las páginas 7 a 9 de la GOAC 5063 del 25 de octubre de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205063.pdf>

Capítulo V

Comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y otros establecimientos de hospedaje

- «[3.1] Como se ha señalado previamente, el literal b) del artículo 13 de la Decisión 351 establece que el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.
- [3.2] Cuando un hotel u otro establecimiento de hospedaje coloca televisores en las habitaciones de los huéspedes, así como en ambientes como el lobby, el bar, el restaurante, el gimnasio u otros espacios de uso común, y a través de dichos televisores se difunde la señal o emisión de una o más empresas de radiodifusión (de señal abierta y/o de señal cerrada), y dicha señal o emisión contiene obras audiovisuales (películas, telenovelas, series, etc.), ello califica como un acto de comunicación pública de dichas obras audiovisuales, en los términos previstos en el literal f) del artículo 15 de la Decisión 351.¹³
- [3.3] A través de la instalación de televisores por medio de los cuales los huéspedes tienen la capacidad (potencial) de poder ver obras audiovisuales, los hoteles, como intermediarios, realizan un acto de comunicación pública de dichas obras para con sus huéspedes. En consecuencia, los hoteles deben obtener la correspondiente autorización de los titulares de las obras audiovisuales (v.g., los productores de películas, telenovelas, series, dibujos animados, etc.), posiblemente representados por una sociedad de gestión colectiva, lo que significa que esta puede exigir el pago de las remuneraciones correspondientes.
- [3.4] Si bien la habitación de un hotel no es un “lugar público”, es un lugar “para el público” en el sentido de que los huéspedes, como público, en cualquier

momento podrían encender (o simplemente ver) el aparato de televisión y disfrutar las obras audiovisuales transmitidas por medio de la señal (o emisión) del organismo de radiodifusión de que se trate, que puede ser tanto de señal abierta como de señal cerrada (televisión paga o por suscripción).

- [3.5] Es importante tener presente, como acertadamente lo sostiene Eduardo de la Parra Trujillo, que:

“...lo más relevante para efectos jurídicos, es que los actos de comunicación pública, para ser tales, no requieren el acceso efectivo a las obras por parte de los huéspedes, pues basta sólo la mera puesta a disposición de las obras al público para considerarse un acto de comunicación pública sujeto a derechos de autor.

De esta forma, un hotel viola el derecho de autor de comunicación pública, por la mera puesta a disposición o al alcance general de las obras a favor de sus huéspedes, sin requerirse que estos se encuentren congregados en la misma parte del hotel, y siendo irrelevante si tales clientes del establecimiento acceden efectivamente o no a las obras.”¹⁴

- [3.6] Por tanto, para que la sociedad de gestión colectiva sea acreedora del pago de las remuneraciones por las obras audiovisuales comunicadas públicamente por un hotel u otro establecimiento de hospedaje, no es necesario que los huéspedes accedan de manera efectiva a dichas obras (es decir, encender el televisor y apreciar las obras contenidas, por ejemplo, en la parrilla de canales de una empresa de radiodifusión de señal cerrada), sino que basta que exista la posibilidad de que los huéspedes puedan hacerlo en cualquier momento, ya sea desde las habitaciones, o desde otros ambientes como el lobby, el restaurante, el bar, el gimnasio u otros espacios de uso común.
- [3.7] El acto de comunicación pública de una obra audiovisual, incluyendo aquella situación en la que no haya propósito lucrativo del sujeto que realiza la comunicación pública, así como aquella otra en la que no existe un ánimo de entretenimiento o distracción de los clientes del establecimiento de que se trate, requiere necesariamente de la autorización del titular de la referida obra o de la sociedad de gestión colectiva que lo representa. El hecho de que el hotel o establecimiento de hospedaje pague un monto determinado por el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) no lo exonera de pagar la remuneración correspondiente al titular de la obra audiovisual comunicada públicamente o a la sociedad de gestión colectiva que representa a dicho titular.
- [3.8] El derecho relativo a la comunicación pública de una obra audiovisual comprende, pues, la mera “puesta a disposición del público” de la referida obra, y esta puesta a disposición resulta suficiente para el cobro de una remuneración a favor del titular del derecho de autor por la explotación de la mencionada obra, cobro que puede ser exigido por la sociedad de gestión colectiva que representa al mencionado titular.

«¹³ El razonamiento referido a los aparatos de televisión es aplicable a los de radio.

¹⁴ Eduardo de la Parra Trujillo, *Derechos de Autor y Habitaciones de Hoteles: un estudio desde el Derecho Internacional y la comparación jurídica* (Prólogo de Fernando Zapata López), primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2019, p. 155.»

Fuente: Ver párrafos 3.1. a 3.8. de las páginas 12 a 14 de la Interpretación Prejudicial **383-IP-2022** del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 13 a 15 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205186.pdf>

Capítulo VI

De acuerdo con la Decisión 351, ¿los servicios de transporte de pasajeros pueden ejecutar actos de comunicación pública de obras?

«Sí. Las empresas que brindan el servicio de transporte de pasajeros realizan o ejecutan actos de comunicación pública de obras (musicales, audiovisuales, etc.) cuando, por ejemplo, a través de la instalación de radios, televisores u otro tipo de dispositivos electrónicos, permiten que los pasajeros, durante el viaje, disfruten (potencialmente) de las mencionadas obras, caso en el cual deben obtener la autorización correspondiente y pagar la remuneración respectiva...»

Fuente: Ver respuesta al párrafo 8.1. de las páginas 22 y 23 de la Interpretación Prejudicial **52-IP-2022** del 6 de mayo de 2022, que constan en las páginas 23 y 24 de la GOAC 4472 del 20 de mayo de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204472.pdf>

Capítulo VII

En la prestación de servicios de transporte de pasajeros es posible efectuar actos de comunicación pública de obras³

«Las empresas que brindan el servicio de transporte de pasajeros realizan o ejecutan actos de comunicación pública de obras (musicales, audiovisuales, etc.) cuando, por ejemplo, a través de la instalación de radios, televisores u otro tipo de dispositivos electrónicos, permiten que los pasajeros, durante el viaje, disfruten (potencialmente) de las mencionadas obras, caso en el cual deben obtener la autorización correspondiente y pagar la remuneración respectiva. Para estos efectos, es irrelevante si la utilización de obras (audiovisuales, musicales) es indispensable o no para la prestación del servicio de transporte, si la comunicación pública de obras forma parte o no del objeto social de la empresa de transporte, o si los pasajeros solicitaron o no disfrutar de tales obras.

Si una empresa que brinda el servicio de transporte de pasajeros efectúa un acto de comunicación pública de obras, en los términos establecidos en la Decisión 351 y la jurisprudencia de este Tribunal (...) está obligada a obtener la autorización de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública de dichas obras (o de la sociedad de gestión colectiva correspondiente), así como a pagar las remuneraciones que correspondan, de ser el caso. Dicha obligación existe inclusive si los pasajeros no disfrutaban de manera efectiva de las obras,

³ Nota: el marco teórico responde a una interrogante sobre si las empresas que brindan el servicio de transporte de pasajeros están obligadas a obtener la autorización y a pagar la correspondiente remuneración a los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública inclusive si los pasajeros no disfrutaban de manera efectiva de las obras, como sería el caso de que estén dormidos durante el trayecto o viaje o de que no hubiesen solicitado mirar o escuchar tales obras.

como sería el caso de que estén dormidos durante el trayecto o viaje o de que no hubiesen solicitado mirar o escuchar tales obras.

Adicionalmente, la obligación antes mencionada se genera independientemente de si la empresa que brinda el servicio de transporte de pasajeros es privada o pública (o estatal), de si brinda el servicio a título oneroso o gratuito, de si brinda el servicio en régimen de competencia o de monopolio, de si brinda el servicio en régimen de autorización o de concesión; e independientemente de si el precio o tarifa que cobra por el servicio de transporte está regulado o no, si ha sido aprobado administrativamente o no, si ha sido fijado en un contrato de concesión o no; e independientemente de si el precio o tarifa, aprobado administrativamente, incluía o no en su estructura de costos, el pago de remuneraciones o regalías por la explotación de derechos de autor o derechos conexos.»

Fuente: Ver respuestas a los párrafos 7.1. y 7.2. de las páginas 20 y 21 de la Interpretación Prejudicial **32-IP-2022** del 19 de octubre de 2022, que constan en las páginas 21 y 22 de la GOAC 5076 del 4 de noviembre de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205076.pdf>

Capítulo VIII

En la prestación de servicios de transporte de pasajeros es posible efectuar actos de comunicación pública de obras cuando no se percibe remuneración por la comunicación pública⁴

«Si una empresa que brinda el servicio de transporte de pasajeros efectúa un acto de comunicación pública de obras, en los términos establecidos en la Decisión 351 y la jurisprudencia de este Tribunal (...) está obligada a obtener la autorización de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública de dichas obras (o de la sociedad de gestión colectiva correspondiente), así como a pagar las remuneraciones que correspondan, de ser el caso.

La obligación antes mencionada se genera independientemente de si la empresa que brinda el servicio de transporte de pasajeros es privada o pública (o estatal), de si brinda el servicio a título oneroso o gratuito, de si brinda el servicio en régimen de competencia o de monopolio, de si brinda el servicio en régimen de autorización o de concesión; e independientemente de si el precio o tarifa que cobra por el servicio de transporte está regulado o no, si ha sido aprobado

⁴ Nota: el marco teórico responde a una interrogante relativa al tema de la obtención de autorización y el pago de remuneración a los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública en caso de que una empresa de transporte (público o privado, oneroso o gratuito, u otros) de pasajeros realice actos de comunicación pública de obras al interior de sus vehículos, aunque alegue no obtener ingresos directos por la referida comunicación.

administrativamente o no, si ha sido fijado en un contrato de concesión o no; e independientemente de si el precio o tarifa, aprobado administrativamente, incluía o no en su estructura de costos, el pago de remuneraciones o regalías por la explotación de derechos de autor o derechos conexos»

Fuente: Ver respuesta al párrafo 8.2. de las páginas 23 y 24 de la Interpretación Prejudicial **52-IP-2022** del 6 de mayo de 2022, que constan en las páginas 24 y 25 de la GOAC 4472 del 20 de mayo de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204472.pdf>

Capítulo IX

En la prestación de servicios de salud es posible efectuar actos de comunicación pública de obras⁵

«Sí es posible efectuar una comunicación pública de obras (musicales, audiovisuales y otras) en el marco de la prestación de servicios de salud, como sería el caso, por ejemplo, de que en un hospital, clínica o consultorio médico se instale aparatos de radio o de televisión¹³ u otros mecanismos o tecnologías de naturaleza digital o electrónica (como sería el hecho, por ejemplo, de que el establecimiento sea, además, un proveedor de contenidos en línea) en las habitaciones de los pacientes, en las salas de espera, en las cafeterías o comedores, o incluso donde los pacientes son atendidos (como sería, por ejemplo, la música que escucha el paciente que está siendo atendido por un odontólogo).

La obligación de obtener autorización previa y pagar las remuneraciones (o regalías) correspondientes derivadas de la comunicación pública de obras se genera independientemente de si:

- a) el centro de salud es público, privado o de naturaleza mixta (cofinanciado, asociación público-privada, régimen de concesión, contrato de administración, entre otros);

⁵ Nota: el marco teórico responde a una interrogante relacionada con el tema de la comunicación pública de obras en establecimientos de salud a través de la instalación de aparatos de radio o de televisión u otros mecanismos o tecnologías de naturaleza digital o electrónica, incluso cuando el paciente o usuario no ha encendido o activado el aparato, mecanismo o tecnología que le permitiría disfrutar de las obras. Asimismo, cuestionó si las sociedades de gestión colectiva tienen que establecer criterios o parámetros que permitan diferenciar aquellos casos en los que la utilización de las obras es de naturaleza predominante de las que no.

- b) la comunicación pública de obras forma parte o no del objeto social del centro de salud;
- c) los pacientes o usuarios han escogido o no la obra u obras;
- d) los pacientes o usuarios disfrutan o no de manera efectiva la obra u obras; o,
- e) los pacientes o usuarios efectúan o no un pago —independiente, especial, aparte— por el disfrute de la obra u obras.

Lo que el Tribunal ha expuesto con relación a las habitaciones (así como en lo concerniente a los espacios de uso público: restaurantes, bares, gimnasios, piscinas, salas de espera, etc.) de los centros de hospedaje se aplica a las habitaciones (así como respecto de los espacios de uso público) de los centros de salud. En consecuencia, para que se genere la obligación, basta con que el paciente o usuario tenga la capacidad (potencial) de disfrutar de las obras. En tal sentido, la obligación se genera incluso cuando el paciente o usuario no ha encendido o activado el aparato, mecanismo o tecnología que le permitiría disfrutar de las obras.»

«¹³ Para captar señal abierta o cerrada (o televisión por suscripción).»

Fuente: Ver respuestas a los párrafos 4.1. a 4.5. de las páginas 10 a 11 de la Interpretación Prejudicial **205-IP-2022** del 19 de octubre de 2022, que constan en las páginas 11 a 12 de la GOAC 5063 del 25 de octubre de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205063.pdf>

Capítulo X

Si la aparición incidental de obras pictóricas —previamente vendidas a un tercero— en escenas de una obra audiovisual califica o no como comunicación pública de tales obras

- «1.1. De conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Decisión 351, el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.
- 1.2. Por su parte, el literal g) del artículo 15 de la Decisión 351 establece que, se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial la exposición pública de obras de arte (*v.g.*, obras pictóricas) o sus reproducciones.
- 1.3. La persona que compra una pintura (obra pictórica) adquiere, entre otros derechos patrimoniales (*v.g.*, el vender o preñar la pintura), el derecho a la exposición privada de la pintura. Así, por ejemplo, si una persona compra una pintura en cien o en un millón de dólares, puede exhibirla en la sala de su casa, en su oficina, en el directorio de la empresa en la que es accionista, director o gerente, etc. Si el autor de la obra deseara restringir el derecho de exhibición, tendría que haber incluido una cláusula en ese sentido en el contrato de

compraventa. Esto, evidentemente, influiría en el precio de la pintura. En efecto, si en el contrato de compraventa de la pintura se pactara que la obra pictórica solo puede ser exhibida en un determinado lugar, el adquirente tendrá incentivos para pagar un menor precio dada la condición que va a tener que cumplir contractualmente.

- 1.4. La venta de una pintura o cuadro no afecta los derechos morales del autor de la obra pictórica, pero sí los patrimoniales. Si no se pacta nada en contrario, nada impide que el comprador almacene la obra pictórica en un sótano para que nadie la vea.
- 1.5. Si bien se requiere autorización del autor para la exposición pública de una obra de arte, no se requiere tal autorización si se trata de una comunicación pública incidental de la obra de arte, que puede ser una pintura.
- 1.6. Si un abogado adquiere una obra pictórica y la exhibe en su oficina, es claro que va a ser vista por todos sus clientes. Ello no da al autor derecho (patrimonial) alguno, salvo que se hubiese pactado algo distinto al adquirir la obra. El abogado podría ser entrevistado por un reportero de noticias o filmado para un documental sobre servicios jurídicos. En ambos casos, si el video correspondiente se centra en el abogado y en sus servicios jurídicos, pero de manera incidental aparece la pintura en la grabación, ello no significa una comunicación pública de la obra.
- 1.7. Tratándose de una obra audiovisual en la cual aparece de manera incidental una obra artística, como es el caso de una pintura, debe diferenciarse si la intención es mostrar la obra o si la intención es mostrar el entorno. Si la intención es mostrar la obra, hay comunicación pública de ella (en los términos del literal g del artículo 15 de la Decisión 351). Si la intención es mostrar el entorno (el ambiente), no hay comunicación pública de la obra de arte.
- 1.8. En el caso del abogado que es entrevistado en su oficina, ya sea para un noticiero o para un documental, si la entrevista se centra en el jurista y en los casos judiciales que ha ganado o perdido, lo que se aprecie en la entrevista forma parte del entorno de la oficina del abogado, en el que posiblemente aparezcan no solo cuadros, sino también libros, escritorios, muebles, lámparas, etc. Estos objetos pueden ser obras de arte, pero su aparición es simplemente incidental, por lo que ello no genera derecho patrimonial alguno en el autor de las obras artísticas de que se trate. De lo contrario, llegaríamos al absurdo de que toda persona pública o privada que va a ser entrevistada tenga que esconder todos los cuadros u otras obras artísticas que hay en su sala u oficina.
- 1.9. Si la obra audiovisual es una película, una novela o una serie de televisión habrá que realizar el mismo análisis, pero de manera más cuidadosa. Una cosa es que, de manera intencional, se decida que una pintura en particular sea parte del escenario y cumpla un rol en la trama de que se trate, caso en el cual podemos hablar de comunicación (o exposición) pública; y otra distinta, en la cual aparece la obra pictórica de manera incidental, simplemente como parte del entorno.
- 1.10. Son elementos que se pueden tener en consideración, para apreciar la naturaleza incidental de la aparición de la obra pictórica, el tiempo de duración de su

aparición, su mera aparición en el escenario, el desconocimiento del autor de la obra, etc.

- 1.11. En efecto, si en la escena se aprecia a los personajes de la obra audiovisual y de pronto aparece en el fondo, casi imperceptible, por unos segundos, una obra pictórica, estamos ante una aparición incidental que no califica como comunicación o exposición pública de la obra de arte.
- 1.12. Distinto es el caso en el que los personajes hablan de la obra pictórica, de su autor, de su valor, de cómo fue adquirida, etc., y el lente de la cámara se enfoca en la pintura, de modo que el espectador toma conciencia de ella. En este caso, la pintura cumple un rol en la obra audiovisual, por lo que estamos ante una comunicación pública (o exposición pública) de la pintura.
- 1.13. En conclusión, si la intención es mostrar la obra pictórica y que el espectador tome conciencia de ella, entonces se está realizando una comunicación pública de ella. En cambio, la aparición incidental, fugaz, mínima de la pintura, de modo que sea irrelevante dentro de la obra audiovisual, en la que simplemente aparece como parte del entorno, no califica como exposición pública de la obra pictórica.
- 1.14. En el contrato de compraventa respectivo, el autor de una obra artística y el comprador pueden pactar claramente los tipos de exposición que el adquirente podrá hacer de la obra, lo que puede incluir su aparición en todo tipo de obras audiovisuales, lo que evidentemente influirá en el precio a ser pagado. Un derecho que puede ceder el autor de una obra de arte, a cambio de la respectiva remuneración, es la exposición pública de dicha obra.»

Fuente: Ver párrafos 1.1. a 1.14. de las páginas 4 a 6 de la Interpretación **135-IP-2020** del 23 de enero de 2024, que constan en las páginas 5 a 7 de la GOAC 5406 del 26 de enero de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205406.pdf>

Título 6

De las limitaciones y excepciones

Capítulo I

La regla de los tres pasos

«3.6. La regla de los tres pasos.

3.7. ... las limitaciones o excepciones a los Derechos de Autor y derechos conexos que puedan establecerse mediante las legislaciones internas de los Países Miembros deberán cumplir con la denominada “**regla de los tres pasos**”:⁴¹

- a) **Que se trate de un caso especial.** Una excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida. Sin embargo, no es necesario identificar explícitamente todas y cada una de las situaciones posibles a las que podría aplicarse la excepción siempre que su alcance sea conocido y particularizado. Esto garantiza un grado suficiente de certidumbre jurídica⁴².

En consecuencia, el establecimiento de casos especiales se refiere a que la norma nacional así lo prevea, tal y como se desprende del Artículo 21 de la Decisión 351. Sin embargo, tales limitaciones o excepciones deberán cumplir asimismo con las dos condiciones siguientes, así como resultar conformes a los Principios y demás disposiciones normativas contempladas por la jurisprudencia y normativa comunitarias andinas.

- b) **Que no se atente contra la normal explotación de la obra**⁴³. La frase “explotación normal” comprende “además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica”⁴⁴. En consecuencia, las excepciones previstas en la legislación nacional que no entren en competencia económica (en el presente o en el futuro) con los usos no exentos no deberían oponerse esta condición⁴⁵.

Una excepción o limitación de un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal de la obra, interpretación, ejecución, fonograma o emisión, si las utilidades, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de la obra, interpretación, ejecución, fonograma o emisión y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables”⁴⁶.

- c) **Que no se perjudiquen los legítimos intereses del titular**⁴⁷. Los “intereses” en cuestión son los del autor, del artista intérprete o ejecutante, del productor de fonogramas o del organismo de radiodifusión correspondiente. En cuanto a los otros términos utilizados en esta condición, “perjuicio” connota “daño, detrimento o lesión”, mientras que “injustificado” y “no injustificado” connotan el hecho de no ser “proporcionado” o “dentro de los límites de la razón, ni mucho menor ni mucho mayor de lo que podía considerarse probable o apropiado” o “de un monto o tamaño justo, promedio o considerable”⁴⁸.

Obviamente, será más difícil demostrar el “perjuicio injustificado” que si se trata de probar únicamente que ha habido “perjuicio”⁴⁹.

Por lo tanto, las palabras “[*ni cause*] un perjuicio injustificado” permiten establecer excepciones que puedan ocasionar un perjuicio importante o sustancial a los intereses legítimos del autor, siempre y cuando: **a)** la excepción satisfaga de otro modo la primera y segunda condición precitadas; y, **b)** sea proporcionada o se halle dentro de los límites de lo razonable, es decir, no sea injustificada. El requisito de proporcionalidad supone evidentemente que pueden existir condiciones sobre el uso que hagan que el perjuicio ocasionado esté “justificado”, por ejemplo, cuando esos intereses estén protegidos mediante el requisito de que el uso deberá efectuarse sujeto a ciertas condiciones o directrices, que dicho uso deberá atribuirse o incluso que deberá efectuarse un pago al respecto⁵⁰.

- 3.8. En conclusión, los Países Miembros de la Comunidad Andina podrán establecer, mediante sus legislaciones nacionales, excepciones o limitaciones a los Derechos de Autor y a los derechos conexos, siempre que los actos contemplados en las mismas no interfieran con la explotación normal del objeto de protección del respectivo derecho (e.g., el fonograma) y no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de su titular o derecho habiente.»

«⁴¹ La “prueba del criterio triple”, denominada “regla de los tres pasos” establece lo siguiente: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. Cf. Comité Permanente de Derecho de Autor y derechos conexos de la OMPI, “Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al Derecho de Autor y a los derechos conexos en el entorno digital”, Ginebra, 2003, disponible en web:

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_9/sccr_9_7.doc

Véase también, el documento de la Electronic Frontier Foundation, “La Prueba de los Tres Pasos”, disponible en Internet: https://www.eff.org/files/filenode/tpp_3pasos.pdf. Véase, algunos ejemplos, en Knowledge Ecology International, “More on the 3-step test in global copyright negotiations”. disponible en web: <http://keionline.org/node/1568>.

42 Cf. Grupo Especial de la OMC, p. 46. Adicionalmente, en cuanto al significado de “especial”, el Grupo Especial de la OMC afirmó que este término significa que se requiere algo más “que una definición errara a fin de cumplir la norma de la primera condición. Además, las excepciones o limitaciones deben ser limitadas en cuanto a su campo de aplicación o excepcionales en su alcance. En otras palabras, una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y en el cualitativo. Esto sugiere un ámbito reducido, así como un objetivo excepcional o característico. Por su parte, el catedrático Ginsburg manifiesta que la frase “determinados casos especiales” debería recibir una interpretación normativa, teniendo en cuenta que, en cualquier caso, el propósito de una determinada excepción será objeto de examen en el marco de la segunda y tercera regla, es decir cuando atente contra la explotación normal de la obra o cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor.

43 Al respecto, el Artículo 3 de la Decisión 351 define “usos honrados” de la siguiente manera: “*Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.*” (Subrayado por fuera del texto).

Véase también, la excepción al derecho exclusivo de reproducción de la obra contempladas en los numerales 2) de los Artículos 9 y 10 de la Convención de Berna sobre Derechos para la protección de las Obras Literarias y Artísticas:

“Artículo 9. –

(...)

2) *Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*

(...).”

44 Grupo Especial de la OMC, p. 65, párr. 6.180.

45 Aunque de manera indirecta, este punto fue comentado en el programa del Grupo de Estudio Sueco/BIRPI para la Conferencia de Estocolmo: “*En tal sentido, el Grupo de Estudio [1964] observó que, de una parte, era evidente que todas las formas de explotar una obra que tenían, o podrán adquirir, considerable importancia económica o práctica debían en principio reservarse a los autores; las excepciones que pudieran restringir las posibilidades de que disponían los autores a este respecto eran inaceptables. Por otra parte, no debía olvidarse que las leyes nacionales contenían ya una serie de excepciones en favor de diversos intereses públicos y culturales y que sería inútil suponer que los países estarían dispuestos en este momento a abolir esas excepciones de manera apreciable.*” Actas 1967, Vol. 1, p. 112 (Doc S/1).

46 Grupo Especial de la OMC, p. 66, párr. 6.183. Asimismo, cabe indicar que no toda utilización de una obra, que en principio esté comprendida en el alcance de los derechos exclusivos y entrañe utilidades comerciales, atenta necesariamente contra la explotación normal de dicha obra. Si este fuera el caso, el presente requisito carecería de sentido, puesto que la explotación normal equivaldría al pleno uso de los derechos exclusivo. Cf. Grupo Especial de la OMC, p. 65, párrafo 6.182.

47 *Ut supra*, pie de página 43.

48 *SOED*, p. 2496 (significado de “razonable”).

49 Actas 1967, Vol 11, p. 883 (observación del Profesor E. Ulmer, Presidente de la Comisión Principal I). Asimismo, en el mismo sentido se declara lo siguiente en la página 63 de la Guía de la OMPI: “(...) cada copia causa perjuicio: una simple fotocopia puede sustituir al ejemplar de una revista, el cual queda así invendido y si el autor, en virtud de su artículo, está asociado a los beneficios de la edición perderá los ingresos que le habrían correspondido por ese ejemplar”.

50 Esta última posibilidad recibe el apoyo específico de los comentarios contenidos en el Informe de la Comisión Principal I, en relación con el ejemplo siguiente, ofrecido por el Profesor Ulmer,

el Presidente de esa Comisión, en el curso de los debates: “(...) *un gran número de copias destinadas a utilizarse en proyectos industriales ... es posible que no perjudique de manera injustificada los intereses legítimos del autor, siempre y cuando se pague una remuneración equitativa con arreglo a la legislación nacional. Si se trata de un pequeño número de copias es posible que no haga falta pagar nada, especialmente si son de uso individual o científico*”. Actas 1967, Vol. II, pp. 1145-1146. Los comentarios del Profesor Ulmer aparecen en la página 883 (traducción de la Oficina Internacional).»

Fuente: Ver párrafos 3.6. a 3.8. de las páginas 21 a 24 de la Interpretación Prejudicial **499-IP-2015** del 26 de agosto de 2016, que constan en las páginas 29 a 32 de la GOAC 2823 del 11 de octubre de 2016, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2823.pdf>

Capítulo II

Los derechos patrimoniales: Excepciones al ejercicio de los derechos patrimoniales. Usos honrados. Explotación normal de la obra

«Derechos patrimoniales

- 4.2. Los derechos patrimoniales, agrupan todas aquellas facultades que posee el autor de la obra en relación con las diferentes utilidades económicas de la misma. El Artículo 13 de la Decisión 351 enlista en categorías muy generales las posibles acciones a realizar: autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; la importación al territorio de cualquier país miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; y, la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
- 4.3. De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciables y temporales. En relación con la última de las características, el derecho patrimonial no es ilimitado en el tiempo y, por lo tanto, la Decisión 351 en su Artículo 18 establece que la duración de los mismos será por el tiempo de vida del autor y 50 años más después de su muerte¹⁴. Si se trata de una persona jurídica, el plazo de protección será de 50 años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso. Asimismo, el Artículo 20 de la misma Decisión establece que el plazo de protección empezará a contarse

desde el primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de la realización, divulgación o publicación de la obra según proceda.

Excepciones al ejercicio de los derechos patrimoniales

- 4.4. Cabe mencionar que las normas que regulan tales derechos, en cuanto a su carácter patrimonial, tienen previsto una serie de excepciones a los mismos, que bien pueden ser libres y gratuitas o sujetas a remuneración. A nivel comunitario andino, la Decisión 351, en su Capítulo VII denominado “De las limitaciones y excepciones”, establece, de manera no taxativa, una serie de limitaciones y excepciones libres y gratuitas al derecho de autor, dentro de las que destacan: el derecho a citar las obras publicadas cumpliendo ciertos requisitos para ello, el uso para fines educativos, el uso para fines personales, el uso para actuaciones judiciales o administrativas, entre otros.
- 4.5. Por lo anterior, se advierte que los derechos patrimoniales no son absolutos y, por lo tanto, se encuentran restringidos por una serie de limitaciones y excepciones, las cuales para ser consideradas como tales, no deberán causar perjuicios injustificados a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos (usos honrados) y no deberán afectar la normal explotación de la obra, siendo tales conceptos los que se abordarán a continuación.

Usos honrados

- 4.6. Sobre el presente tema, el Tribunal ha aclarado lo siguiente¹⁵:

“(...) la autoridad nacional competente está facultada para adoptar las medidas respectivas cuando haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley, con la salvedad de que éstas no podrán recaer respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para exclusivo uso de un solo individuo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de la misma Decisión. La buena fe (...) comprende los llamados usos honrados y el uso personal que tal como los describe el artículo 3, in fine de la Decisión 351, son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicios irrazonables a los intereses legítimos del autor o se trata de una forma de utilización de la obra exclusivamente para uso propio y en casos como de investigación y esparcimiento personal (...)”

- 4.7. En efecto, conforme lo establecido en el Artículo 3 de la Decisión 351, se tiene que los **usos honrados son** los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor; así el referido Artículo 3 debe interpretarse en relación con los usos honrados. En efecto, el Artículo 21 de la Decisión 351 señala que las limitaciones y excepciones al derecho de autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los países miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.
- 4.8. En consecuencia, ante la pregunta ¿Qué actuaciones se consideran propias de “la normal explotación de una obra”? o ¿Qué actuaciones se consideran que “causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos de una obra”?, este Tribunal considera pertinente responder que la normal explotación de una obra implica una solicitud previa de autorización y/o permiso para poder usar la imagen o reproducción de la obra. Los titulares de

los derechos patrimoniales y morales pueden o no autorizar el uso de la obra; y si lo hacen, tienen derecho a una contraprestación, si así fuera pactado. El uso de la imagen de una obra sin la respectiva autorización y/o permiso de sus titulares, ocasiona un perjuicio a sus legítimos intereses, al haber dejado de percibir una contraprestación a la que tenían pleno derecho, salvo en el supuesto de los usos honrados y honestos.

- 4.9. El Comité Permanente de Derecho de Autor y derechos conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha realizado un “Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital”¹⁶. La “prueba del criterio triple” establece lo siguiente: *“se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*.
- 4.10. De acuerdo a lo señalado por el Comité antes referido, el Artículo 9.2 del Convenio de Berna, establece tres condiciones que deben respetarse para que una excepción al derecho de reproducción esté justificada por el derecho interno. Estas condiciones son denominadas la prueba del criterio triple que consiste en lo siguiente:
- a) el uso debe limitarse a usos no comerciales,
 - b) los usos no entrarán en conflicto con la explotación normal de la obra y,
 - c) el uso no debe causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.¹⁷
- 4.11. Por consiguiente, a fin de determinar que una excepción al derecho de reproducción se está aplicando correctamente, corresponde verificar los tres criterios antes referidos.

Explotación normal de la obra

- 4.12. La normal explotación de una obra implica una solicitud previa de autorización y/o permiso para poder usar la imagen o reproducción de la obra. Los titulares de los derechos patrimoniales y morales pueden o no autorizar el uso de la obra; y si lo hacen, tienen derecho a una contraprestación, si así fuera pactado. El uso de la imagen de una obra sin la respectiva autorización y/o permiso de sus titulares, ocasiona un perjuicio a sus legítimos intereses, al haber dejado de percibir una contraprestación a la que tenían pleno derecho, salvo en el supuesto de los usos honrados y honestos.
- 4.13. El Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI ha realizado un “Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital” (2003)¹⁸, en el cual estableció que la frase “explotación normal” incluye “además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica”¹⁹.
- 4.14. En la Interpretación Prejudicial emitida en el Proceso 34-IP-2014 del 23 de julio

de 2014, este Tribunal sustentó que el Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) abordó expresamente esta cuestión de la manera siguiente, al interpretar la misma frase (“no atenten contra la explotación normal de la obra”) presente en el Artículo 13 del Acuerdo los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC):

“...a nuestro parecer, no toda utilización de una obra, que en principio está comprendida en el alcance de los derechos exclusivos y entraña utilidades comerciales, atenta necesariamente contra la explotación normal de dicha obra. Si este fuera el caso, apenas habría excepciones o limitaciones que pudieran cumplir con la segunda condición y el Artículo 13 resultaría sin sentido, puesto que la explotación normal equivaldría al pleno uso de los derechos exclusivos”²⁰.

4.15. El Grupo Especial prosiguió afirmando lo siguiente:

“Consideramos que una excepción o limitación de un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal de la obra (es decir, el derecho de autor o más bien todo el conjunto de derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor), si las utilizaciones, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de la obra (es decir, el derecho de autor) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables”²¹.»

«¹⁴ Ver Interpretación Prejudicial N° 154-IP-2015 del 24 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3045 del 26 de junio de 2017

¹⁵ Ver Interpretación Prejudicial N° 146-IP-2015 del 20 de julio de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2587 del 2 de octubre de 2015.

¹⁶ Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, *Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital*, Ginebra, Novena Sesión, junio de 2003.

Disponible en

www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_9/sccr_9_7.doc

Véase también: https://www.eff.org/sites/default/files/filenode/tpp_3pasos.pdf

Ver algunos ejemplos en: More on the 3-step test in global copyright negotiations: <http://keionline.org/node/1568> Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” para excepciones al derecho de autor http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253867

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*

Asimismo, para excepciones al Derecho de Autor: *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test”*.

En: http://papers.ssrn.com/papers.cfm?abstract_id=253867

¹⁹ Grupo Especial de la OMC, p. 65, párr. 6.180.

²⁰ Grupo Especial de la OMC, p. 65, párr. 6.182.

²¹ Grupo Especial de la OMC, p. 65, párr. 6.183.»

Fuente: Ver párrafos 4.2. a 4.15. de las páginas 13 a 17 de la Interpretación Prejudicial **353-IP-2021** del 19 de octubre de 2022, que constan en las páginas 27 a 31 de la GOAC 5107 del 25 de enero de 2023, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205107.pdf>

Capítulo III

Las citas como excepción al derecho de reproducción de la obra

«...En el proceso interno se discute si en el desarrollo del trabajo de investigación (...) se hizo respetando el derecho de cita, el cual se encuentra establecido en el Artículo 22 de la Decisión 351, concretamente en el Literal a) cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 22.-

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

- a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;*

(...)”

4.2. Conforme lo ha determinado este Tribunal anteriormente, se establece que los requisitos que deben contener las citas para ser consideradas como una excepción al derecho patrimonial exclusivo de reproducción de la obra, conforme a continuación se detalla¹³:

- Que la cita sea de una obra publicada. Si una obra no se encuentra publicada pertenece a la esfera íntima del autor y, en consecuencia, citarla sería desconocer los derechos morales del mismo, específicamente el derecho a divulgarla (Literal a) del Artículo 11 de la Decisión 351). Cuando la norma se refiere a que la obra se encuentre publicada, se debe entender que dicha publicación se hizo con autorización del autor.

- Se debe indicar la fuente y el nombre del autor. Lo anterior es de suma importancia ya que, con esto, por un lado, se respeta el derecho moral de paternidad del autor y, por otro, se separan las opiniones propias con las del autor citado, lo que genera transparencia y hace que el destinatario de la obra pueda distinguir claramente el pensamiento de los autores.
- Citar lo estrictamente necesario. La cita debe ser complementaria para el fin perseguido, esto es, citar aquella parte de la obra que resulte imprescindible para exponer la idea del autor

Como vemos, quien pretenda ejercer el derecho de cita debe cumplir con una serie de condiciones y obligaciones. En particular, la obra citada debe haber sido previamente accesible por el público de manera lícita; debe mencionarse la fuente y de ser el caso el autor; realizarse conforme los lineamientos de los usos honrados y además, limitarse a aquello que se requiera para conseguir el fin buscado con la mención de la obra anterior. Estas exigencias buscan asegurar el conocimiento, la verdad y la reputación. El deber que subyace a la cita es correlativo al derecho de autor de la obra citada.¹⁴

- 4.3. Ahora bien, el internet es actualmente una herramienta de suma importancia en el quehacer diario de casi la mitad de la población mundial¹⁵, ya sea para temas académicos, laborales, de entretenimiento, entre otros. La información que las personas suben a plataformas digitales está en cuestión de segundos al alcance de miles de personas a nivel mundial.
- 4.4. La facilidad con que la información puede estar al alcance de muchas personas constituye un riesgo al derecho de autor. Es bastante sencillo copiar un texto ajeno colgado en internet y hacerlo pasar como uno propio. Las obras, como es el caso de los textos literarios, tienen un autor. Es cierto que existen las obras anónimas, caso en el cual el investigador debe indicar como fuente que el autor es anónimo. Lo que es errado es considerar que la información que obra en internet se puede utilizar libremente.
- 4.5. En el ámbito de la investigación académica la responsabilidad es mayor. Un investigador debe desconfiar si encuentra en internet un texto sin autor, situación en la cual puede presumir que la persona que colgó el referido texto ha omitido, por la razón que fuere, el nombre del autor. Por tanto, debe realizar, diligentemente, un esfuerzo mayor en buscar al autor del texto, utilizando para tal efecto otras fuentes de bases de información. Lo anterior, sin perjuicio de, siempre, citar la dirección específica de la ubicación del texto en internet (URL) y la fecha en que efectuó la descarga.»

«¹³ Ver interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 110-IP-2007 del 4 de diciembre de 2007

¹⁴ “...En efecto, la escueta mención de la licitud de la cita, va acompañada de una serie de condiciones y obligaciones que deben ser cumplidas por aquellos que pretenden ejercerla. En particular se condiciona su utilización a que la obra citada haya sido previamente accesible por el público, también de manera lícita, y que ella se haga conforme a los lineamientos de los usos honrados y limitado a aquello que se requiera para conseguir el fin buscado con la mención de la obra anterior. Además se exige que se mencione siempre la fuente y, cuando figure en ella, también el nombre del autor. En todas estas exigencias es posible identificar, como en el permiso para citar, la preocupación por asegurar bienes tales como el conocimiento, la búsqueda de la verdad y la sociabilidad, así como la reputación, bien derivado de los primeros.

Se puede afirmar, entonces, que existe un deber de quien cita que, a su vez, es correlativo al derecho de autor de la obra citada.” Juan Fernando Córdova Marentes. *El Derecho de Autor y sus límites*. Editorial Temis - Obras Jurídicas. Bogotá, 2015, pp. 95-96.

- ¹⁵ Según el Informe sobre Medición de la Sociedad de la Información emitido por las Naciones Unidas, a finales de 2018, el 51,2% de las personas, es decir, 3 900 millones, utilizaban Internet.

Disponible en:

[https://www.itu.int/en/ITU-](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2018/MISR2018-ES-PDF-S.pdf)

[D/Statistics/Documents/publications/misr2018/MISR2018-ES-PDF-S.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2018/MISR2018-ES-PDF-S.pdf)

(Consulta: 12 de marzo de 2019)»

Fuente: Ver párrafos 4.2. a 4.5. de las páginas 8 a 10 de la Interpretación Prejudicial **215-IP-2018** del 29 de marzo de 2019, que constan en las páginas 24 a 26 de la GOAC 3637 del 16 de mayo de 2019, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203637.pdf>

Capítulo IV

Cita de la fuente como eximente de cita del autor y «acontecimiento de actualidad»

«7.5. “¿Cuál es la interpretación que debe darse a los literales a) y f) del Artículo 22 de la Decisión 351, particularmente, si el citar la fuente lo exime de citar el autor, o averiguar sobre éste, y si la alocución ‘acontecimiento de actualidad’, cobija conmemoraciones de eventos pasados?”

(...)

“**Artículo 22.-** Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

- a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;

(...)”

Conforme lo ha determinado este Tribunal anteriormente, se establece que los requisitos que deben contener las citas para ser consideradas como una excepción al derecho patrimonial exclusivo de reproducción de la obra, conforme a continuación se detalla⁴⁰:

- Que la cita sea de una obra publicada. Si una obra no se encuentra publicada pertenece a la esfera íntima del autor y, en consecuencia, citarla sería desconocer los derechos morales del mismo, específicamente el derecho a divulgarla (Literal a) del Artículo 11 de la Decisión 351). Cuando la norma se refiere a que la obra se encuentre publicada, se debe entender que dicha publicación se hizo con autorización del autor.
- Se debe indicar la fuente y el nombre del autor. Lo anterior es de suma importancia ya que, con esto, por un lado, se respeta el derecho moral de paternidad del autor y, por otro, se separan las opiniones propias con las del autor citado, lo que genera transparencia y hace que el destinatario de la obra pueda distinguir claramente el pensamiento de los autores.
- Citar lo estrictamente necesario. La cita debe ser complementaria para el fin perseguido, esto es, citar aquella parte de la obra que resulte imprescindible para exponer la idea del autor.»

«⁴⁰ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 110-IP-2007 del 4 de diciembre de 2007.»

Fuente: Ver párrafo 7.5. de las páginas 25 a 26 de la Interpretación Prejudicial **104-IP-2021** del 25 de agosto de 2021, que consta en las páginas 38 a 39 de la GOAC 4346 del 20 de septiembre de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204346.pdf>

Capítulo V

La excepción para reproducir y poner al alcance del público obras protegidas por el derecho de autor, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad aplica a los derechos conexos

«El literal f) del artículo 22 de la Decisión 351 se aplica a los derechos conexos, tal como lo han previsto las legislaciones nacionales, y el TJCA no abundará más sobre esta materia porque ya ha sido interpretada en las siguientes sentencias de interpretación prejudicial:

- a) En los párrafos 6. a 6.4. y 7.5. de las páginas 24 a 26 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 104-IP-2021 de fecha 25 de agosto de 2021, que constan en las páginas 37 a 39 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4346 del 20 de septiembre de 2021, y está disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204346.pdf>

- b) En los párrafos 4. a 4.7. de las páginas 14 a 15 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 52-IP-2022 de fecha 6 de

mayo de 2022, que constan en las páginas 15 a 16 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4472 del 20 de mayo de 2022, y está disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204472.pdf>»

Fuente: Ver página 3 del Auto emitido en el proceso de Interpretación Prejudicial **164-IP-2020** del 27 de agosto de 2024, que consta en la página 4 de la GOAC 5539 del 2 de septiembre de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205539.pdf>

Capítulo VI

La reproducción de obras con fines informativos

«6.1. La demandada argumentó que la utilización de la materia de conflicto fue realizada con fines informativos por lo que no habría vulnerado los derechos patrimoniales del demandante, en ese sentido resulta pertinente analizar el Artículo 22 de la Decisión 351, concretamente la excepción al ejercicio de los derechos patrimoniales del autor establecida en el Literal f) cuyo [tenor] es el siguiente:

“**Artículo 22.-** Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

(...)

f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;

(...)”

6.2. Del tenor de la norma antes mencionada se desprende que uno de los requisitos para que la reproducción y puesta al alcance del público de una obra que sea vista u oída en un acontecimiento de actualidad sea considerada como una limitación al derecho de autor, es necesario que la referida obra esté relacionada con dicho acontecimiento.

6.3. Asimismo, el uso de la obra, para que sea considerada dentro de la referida limitación, solo puede ser realizada por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, toda vez que al ser una

norma restrictiva de derechos no podrían considerarse por analogía otros supuestos.

- 6.4. El uso de la obra con fines informativos debe darse en la medida justificada por el fin de la información. Esto quiere decir que el uso de la obra debe ser realizado de manera accesoria respecto al acontecimiento de actualidad que ha ocurrido o que está ocurriendo.»

Fuente: Ver párrafos 6.1. a 6.4. de la página 24 de la Interpretación Prejudicial **104-IP-2021** del 25 de agosto de 2021, que consta en la página 37 de la GOAC 4346 del 20 de septiembre de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204346.pdf>

Capítulo VII

La excepción a los derechos de autor de obras arquitectónicas, de bellas artes, fotográficas y de artes aplicadas que se encuentran situadas permanentemente en un lugar abierto al público

«1.1. El literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 dispone lo siguiente:

“**Artículo 22.-** Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

(...)

- f) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;

(...)”

- 1.2. El régimen andino de derecho de autor permite la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable de las imágenes obtenidas de obras arquitectónicas, de bellas artes, fotográficas o de artes aplicadas, sin autorización del titular de los derechos de autor, y sin pago de remuneración alguna, siempre que la obra en cuestión esté situada permanentemente en un lugar público.

- 1.3. La *ratio legis* del literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 radica en el carácter común del espacio público en donde se encuentra la obra. En este sentido:

“En opinión de BERCOVITZ⁸, dicha limitación se justificaría por la introducción [de la obra] en la vida pública; **por una noción social del espacio público, al que todos podemos referirnos, incluso en nuestras obras.**

⁸ *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia 2003, pág. 108.”⁶

(Texto entre corchetes agregado, negrita propia del texto)

- 1.4. Esta excepción se fundamenta en la facultad de las personas de referirse u utilizar el espacio público, así como de desarrollar actividades creativas sobre y en el espacio público. Asimismo, la norma está enfocada a evitar que el régimen de derecho de autor derive en absurdos que limiten la utilización legítima del espacio público o limiten nuevas creaciones intelectuales llevadas a cabo en dichos lugares. Sería impensable prohibir a los usuarios realizarse fotografías en espacios urbanos, transmitir en vivo sucesos acontecidos en las calles, realizar una videollamada desde sus oficinas o viviendas con vistas a la calle, entre otros, en razón de que en dicho espacio público se expone permanente una obra arquitectónica, de bellas artes, fotográfica o de artes aplicadas. Cualquier persona puede ser fotografiada junto a una estatua ubicada en una plaza o parque público y subir la fotografía en sus redes sociales.
- 1.5. Por “lugar abierto al público” debe entenderse cualquier locación espacial y física cuyo acceso sea libre y sin restricción alguna, sea cubierta (en interiores) o no cubierta (en exteriores). Realizar una obra destinada a exponerse permanentemente en un lugar abierto al público tiene como consecuencia lógica el fácil acceso que terceros poseerán a la misma, lo que permite inferir la intención del autor de que esta sea utilizada por el público.⁷
- 1.6. Ahora bien, existen lugares cuyo acceso posee restricciones pero que, por su naturaleza, son públicos y pueden permitir la aplicación de la excepción (*v.g.*, las instalaciones de transporte público). En este sentido, el análisis que realice la autoridad competente deberá considerar las particularidades de cada caso concreto, de conformidad con las reglas de la sana crítica y la naturaleza misma del espacio que se analiza.
- 1.7. Así, el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 limita los derechos patrimoniales sobre obras que se encuentran expuestas a la sociedad al situarse permanentemente en lugares públicos. Piénsese el caso de catedrales o fachadas de edificios (obras arquitectónicas), esculturas en las plazas urbanas (obras de bellas artes), exposiciones fotográficas en bulevares (obras fotográficas) o juegos infantiles con contenido artístico en parques municipales (obras de arte aplicado).
- 1.8. La excepción en cuestión permite a las personas hacer uso de las imágenes de las obras situadas permanentemente en lugares públicos, sin autorización ni pago de regalías al titular, y reproducirlas, radiodifundirlas o transmitir las públicamente por cable para su uso personal o, incluso, en un nuevo ejercicio creativo. La excepción prevista en el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 recae sobre

la “imagen” que se realice de las obras situadas en espacios públicos; es decir, la excepción en cuestión no aplica sobre otros usos de dichas obras que no califiquen como imágenes (*v.g.*, reproducciones en miniatura).

- 1.9. De esta manera, un productor puede grabar una película (una obra audiovisual) teniendo como escenario el entorno urbano de una ciudad ubicada en algún País Miembro. El literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 le permite grabar, fotografiar, realizar bosquejos, entre otros, de locaciones en las cuales aparezcan edificios, estatuas, murales y otras obras, por cuanto estas se encuentran en sitios públicos (calles, avenidas, plazas, parques, etc.). El hecho de que en la película aparezcan estatuas o edificios situados en espacios públicos no otorga derechos a ningún tercero para reproducir o comunicar públicamente la película. Para mayor información al respecto, se puede consultar los criterios jurídicos interpretativos que el TJCA ha emitido sobre la obra fotográfica en la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 191-IP-2021 del 21 de septiembre de 2022⁸, y sobre la obra audiovisual, en la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 142-IP-2020 del 25 de agosto de 2021^{9, 10}.
- 1.10. Otro ejemplo de lo mencionado en el párrafo anterior sería un pintor que grafique en una obra de arte un paisaje en el cual aparezca un monumento situado en una plaza. El hecho que el pintor contemple en su pintura este monumento no implica que su obra sea pública y, por tanto, que una reproducción de su pintura esté amparada en el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351.
- 1.11. Así, se deberá distinguir entre las obras situadas en el lugar público, que son objeto de la excepción (*v.g.*, el monumento pintado o el edificio videograbado), de las nuevas obras realizadas que contemplen las imágenes de estas obras (*v.g.*, la pintura, la película o la fotografía); siendo que estas últimas no estarán *per se* sometidas a la excepción prevista en el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351.
- 1.12. En ningún caso la imagen que se realice de la obra arquitectónica, de una obra de bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas situadas en el espacio público otorgará derechos exclusivos al autor de la imagen sobre la obra situada en el espacio público que fue retratada. En este sentido, a modo de ejemplo, el fotógrafo que ha retratado una ciudad en la que aparecen varios edificios no podrá impedir que otra persona realice otra fotografía retratando el mismo paisaje¹¹.
- 1.13. Para que la excepción de la que venimos hablando prospere, la obra debe estar situada permanentemente en un lugar de acceso público. De esta forma:

“[E]l carácter permanente de su ubicación implica no una duración determinada, sino un destino vinculado a ese emplazamiento. Por el contrario, habría que excluir cualquier obra que se halle en un lugar público con un carácter puramente ocasional como sería el caso, por ejemplo, de una escultura situada en una calle o plaza con ocasión de una exposición o certamen.”¹²

- 1.14. Al analizar el carácter permanente de la ubicación, se deberá tomar en cuenta la naturaleza y el objeto de creación de la obra.
- 1.15. En el caso de que una obra que permanece en un espacio público se retire del mismo, desaparecerá la motivación de la excepción¹³, dejando a salvo las imágenes realizadas mientras esta estuvo situada en un espacio disponible al público.
- 1.16. Finalmente, el TJCA estima pertinente recalcar que la aplicación del literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 para cada caso concreto debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de dicha norma andina¹⁴. En este sentido, la libre reproducción, radiodifusión o transmisión por cable de imágenes de obras de arquitectura, bellas artes o de arte aplicado y fotográficas situadas en un lugar público no debe atentar contra la normal explotación de estas obras ni implicar una afectación a los legítimos intereses del titular de derechos de autor.
- 1.17. El análisis que realice la autoridad competente dependerá de las particularidades de cada caso concreto, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Para su decisión, la autoridad competente podrá considerar criterios tales como si la finalidad del uso es lucrativa o no, y si la imagen de la obra situada en el espacio público es un elemento principal o accesorio dentro de la nueva creación.
- 1.18. La utilización lucrativa de la imagen que exponga como elemento central y principal a la obra situada en el lugar público es un indicio de afectación a la normal explotación de dicha obra. *Contrario sensu*, el uso lucrativo de una imagen en la que aparezcan obras situadas en el espacio público no constituiría una afectación a la normal explotación de estas si las obras retratadas ocupan un lugar secundario dentro de la totalidad de la imagen nueva. Por otro lado, una imagen en la que la obra situada en el lugar público ocupe un lugar principal sí podría afectar su normal explotación, incluso cuando su uso no es lucrativo, si, por ejemplo, la reproducción de esta haya generado daños por lucro cesante.
- 1.19. De esta forma, la fotografía de un monumento (obra escultórica) realizada por un turista, su reproducción y carga o subida a redes sociales no constituiría una infracción a los derechos de autor porque no se realiza con ánimo de lucro. Por el contrario, sí podría constituir una infracción si esta persona tomase una fotografía cuyo contenido principal es la imagen de una escultura situada en un espacio público, y comience a utilizarla comercialmente en la venta de mercancías¹⁵.
- 1.20. Como se mencionó previamente, la excepción prevista en el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 operará siempre que no atente contra la normal explotación de las obras retratadas ni afectaste los legítimos intereses de su titular, lo cual deberá ser analizado por la autoridad competente en cada caso concreto.»

«⁶ María Serrano Fernández, *Obras situadas permanentemente en vías públicas. La falta de ánimo de lucro como posible restricción a la libre utilización del art. 35.2 TRLPI*, en AA.VV., Carlos Rogel Vide (coordinador), *Los límites del derecho de autor*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2006, p. 222.

⁷ *Ibidem*, pp. 225 a 227.

- 8 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5047 del 30 de septiembre de 2022. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205047.pdf>
- 9 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4314 del 25 de agosto de 2021. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204314.pdf>
- 10 Asimismo, para profundizar sobre el objeto de protección del derecho de autor y sobre el requisito de originalidad de la obra, se puede consultar los criterios jurídicos interpretativos contenidos en la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 197-IP-2020 del 23 de febrero de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5439 del 28 del mismo mes. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205439.pdf>
- 11 Considerando que lo que protege el derecho de autor respecto de las obras fotográficas es la originalidad reflejada en la singularidad del autor plasmada en su propuesta artística contenida en la imagen, sea a través del encuadre o ángulo, la iluminación y los contrastes, los retoques y efectos, entre otros. Para mayor profundidad sobre la naturaleza de la obra fotográfica, ver la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 191-IP-2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5047 del 30 de septiembre de 2022. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205047.pdf>
- 12 María Serrano Fernández, *óp. cit.*, p. 226.
- 13 *Ibidem.*
- 14 **Decisión 351. -**
- “**Artículo 21.-** Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.”
- 15 En este sentido, Natalia Tobón Franco menciona:
- “El uso de la imagen de la fachada de una obra arquitectónica protegida por el derecho de autor, ubicada en la vía pública, en una campaña publicitaria masiva con fines lucrativos, requiere la autorización previa del titular de los derechos de autor y el pago de una contraprestación.”
- Natalia Tobón Franco, *El derecho a la imagen de personas comunes, personajes públicos y edificios*, en AA.VV. (Hugo R. Gómez Apac, et al., directores), *La propiedad industrial y el derecho de autor en Iberoamérica: tendencias para la tercera década del Siglo XXI*, tomo I, primera edición, impresión Quito-Ecuador, Universidad Internacional del Ecuador – Universidad Hemisferios – Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual, Quito, 2021, p. 197. Disponible en:
<https://www.tribunalandino.org.ec/libros/PropiedadIndustrialDerechoAutorIberoamerica.pdf>»

«2.2. ¿La reproducción y publicación en internet de una fotografía que contiene imágenes de un bien de interés cultural de carácter nacional se encuentra dentro de la hipótesis prevista en el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351?»

El alcance del literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 no está relacionado con el interés cultural que una obra pudiese poseer, sino con la ubicación física de dicha obra en un espacio público...»

Fuente: Ver párrafos 1.1. a 1.20. y 2.2. de las páginas 7 a 13 de la Interpretación Prejudicial **256-IP-2021** del 10 de julio de 2024, que constan en las páginas 34 a 40 de la GOAC 5512 del 17 de julio de 2024, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205512.pdf>

Capítulo VIII

De los límites a la protección del derecho de autor. El literal j) del artículo 22 de la Decisión 351

- «4.1. Se deberá tomar en cuenta que, como ya se mencionó, se entiende por “comunicación pública”, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra mediante la emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación (Literal c) del Artículo 15 de la Decisión 351).
- 4.2. Al respecto, la norma comunitaria prevé la posibilidad de que las legislaciones internas de los Países Miembros establezcan limitaciones y excepciones a la protección por el derecho de autor, pero somete tales limitaciones y excepciones a la exigencia de que se trate de usos honrados, es decir, de usos que no atenten contra la explotación normal de las obras y que no causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular o titulares de los derechos (Artículo 21 de la Decisión 351).
- 4.3. En el orden comunitario, tales limitaciones y excepciones significan la posibilidad de realizar lícitamente, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los actos enumerados en el Artículo 22 de la Decisión 351, entre ellos:
- “(…)
- j) Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni

tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, 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;

(...)”

- 4.4. Se trata de limitaciones y excepciones que alcanzan a restringir derechos patrimoniales del autor, no sus derechos morales.
- 4.5. Para que proceda la aplicación del Literal j) del Artículo 22 de la Decisión 351 se deben cumplir con las condiciones determinadas por la norma comunitaria: i) que la representación o la ejecución de las obras audiovisuales, musicales y/o fonogramas sea con finalidades educativas, lo que supone que la representación o ejecución de la obra se realiza en una entidad educativa o en el curso de sus actividades (v.g., un colegio, instituto, universidad, etc.); ii) siempre que no tenga un fin lucrativo, directo o indirecto; y, iii) a condición de que el público esté compuesto exclusivamente por personas directamente vinculadas con las actividades de dicha institución.
- 4.6. En este sentido, los medios de transporte públicos o privados, entre los que se encuentran aquellos que brindan el servicio a instituciones educativas para el traslado de profesores, estudiantes o personal administrativo, que realicen comunicación o ejecución pública no autorizada de obras musicales o utilización de fonogramas, deberán realizar el pago correspondiente al derecho de autor.»

Fuente: Ver párrafos 4.1 a 4.6 de las páginas 13 y 14 de la Interpretación Prejudicial **32-IP-2022** del 19 de octubre de 2022, que constan en las páginas 14 y 15 de la GOAC 5076 del 4 de noviembre de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205076.pdf>

Título 7

De la transmisión y cesión de derechos

Capítulo I

Las licencias de uso de las obras protegidas

«3.2. El Artículo 30 de la Decisión 351 es muy claro en afirmar que las licencias de uso en relación con las obras protegidas por el derecho de autor se registrarán por lo previsto en la normativa interna de los países miembros. En este sentido, por la propia remisión que hace la normativa comunitaria, las características, requisitos, eficacia y validez de dichas licencias deben ser reguladas en la normativa interna.

3.3. De todas maneras, la Decisión 351 en sus Artículos 31 y 32 prevé ciertas pautas de actuación. Por un lado, propugna por el respeto de la autonomía de la voluntad privada al encuadrar las licencias de uso a las formas y modalidades de explotación pactadas en el contrato respectivo, lo que implica que las demás formas o modalidades de explotación no hacen parte del objeto contractual; y, por otro lado, fija un piso de protección frente a las licencias legales u obligatorias que puedan ser reguladas en la normativa interna: no “*podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor*”. Esto es de suma importancia, ya que la normativa andina si bien deja en libertad a los países miembros para la regulación de las licencias de uso, les pone un límite en el sistema internacional multilateral de protección del derecho de autor.»

Fuente: Ver párrafos 3.2. a 3.3. de las páginas 7 y 8 de la Interpretación Prejudicial **523-IP-2018** del 19 de noviembre de 2019, que constan en las páginas 8 y 9 de la GOAC 3897 del 18 de febrero de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203897.pdf>

Capítulo II

Sobre la cesión del derecho de autor

- «4.2. El derecho de autor está constituido por derechos patrimoniales y morales. Los derechos patrimoniales pueden ser transmitidos por actos entre vivos o causa de muerte.
- 4.3. La cesión de derechos es una forma de transmitir derechos patrimoniales. En esa línea, Guillermo Cabanellas define la **cesión de derechos** como: “La transmisión, a título gratuito u oneroso, de cualquiera, de las facultades jurídicas que pertenezcan al titular de ellas, ya sean personales o reales.”¹⁸
- 4.4. Por su parte, el Artículo 31 de la Decisión 351 dispone que toda transferencia de los derechos patrimoniales y las autorizaciones o licencias de uso se entienden limitadas a las formas de explotación según lo exprese el contrato respectivo.
- 4.5. La transferencia del derecho de explotación puede ser **total o parcial**. La primera permite la transferencia de los derechos sin ninguna reserva, y la segunda es aquella en que el titular transfiere los derechos por un tiempo determinado o transfiere alguna de sus facultades.
- 4.6. Para Guillermo Cabanellas la **transmisión de derechos** es “entre vivos, sinónimo de cesión de derechos. Mortis causa, sucesión, sea testada o intestada.”¹⁹
- 4.7. La transmisión **por acto entre vivos** se hace mediante la enajenación; es decir, la “venta”. Esto implica la adquisición de los derechos del titular de la obra y su derecho de explotación, lo que, en conjunto, permite acceder a las facultades de orden patrimonial, excluyendo las de orden moral por ser inalienables.

4.8. La cesión de derechos, así como las autorizaciones o licencias de uso que hace el autor a terceros, deben ser interpretadas en forma restrictiva; es decir, solo aquellos límites previstos en el contrato podrán ser entendidos como transmisibles sin considerar los derechos que constituyen para el titular una reserva propia y particular para su uso.

4.9. El Artículo 30 de la Decisión 351 dispone que:

“**Artículo 30.-** Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.”

4.10. En atención a dicho dispositivo legal comunitario, todo lo relacionado a cesión o concesión de derechos patrimoniales y licencias de uso, se encontrará regulado por la legislación nacional, en aplicación del principio de complemento indispensable, siempre y cuando no sea contrario a la norma andina.

«¹⁸ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II, Décimo sexta edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1983, p. 136.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 171.»

Fuente: Ver párrafos 4.2. a 4.10. de las páginas 13 a 14 de la Interpretación Prejudicial **248-IP-2021** del 15 de diciembre de 2022, que constan en las páginas 50 a 51 de la GOAC 5130 del 15 de febrero de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205130.pdf>

Capítulo III

Sobre las formas de explotación que se pueden pactar en un contrato de transferencia de derechos patrimoniales, así como de autorización o licencia de uso, al amparo de lo establecido en el Artículo 31 de la Decisión 351

«1.1. El Artículo 31 de la Decisión 351 dispone lo siguiente:

“**Artículo 31.-** Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.”

(Énfasis añadido)

1.2. El Artículo 31 de la Decisión 351 reconoce la libertad contractual de las partes para incluir, como objeto del contrato de transferencia de derechos patrimoniales, las modalidades de explotación del derecho (de autor o conexo) transferido, autorizado o licenciado. Al referirse la norma a «pactadas expresamente», queda claro que se debe identificar en el contrato, de manera expresa, la modalidad de explotación.

- 1.3. La identificación de la modalidad de explotación no puede ser indeterminada, como sería aquella que dice “cualquier otra modalidad de explotación que aparezca en el futuro”, sino que, por lo menos, debe identificar el género de la modalidad de explotación, o individualizar el medio o la tecnología de la explotación —la que puede ser incipiente o experimental—, o indicar algunos rasgos de la modalidad de explotación que permitan su identificación futura.
- 1.4. Dicho en otros términos, incluye tanto la determinación precisa de una forma de explotación ya existente como aquellas que de modo razonable se pueden deducir o inferir de lo expresamente pactado en el contrato. Así, por ejemplo, es válido consignar en el contrato “todas aquellas formas de explotación que se realicen a través del internet”. En este ejemplo, al menos se está identificado el medio (o la tecnología) de la explotación, por lo que si en el futuro aparecen nuevas aplicaciones tecnológicas que permiten la explotación de derechos de autor o derechos conexos, utilizando el internet, tales aplicaciones se encuentran comprendidas dentro de lo pactado, pues lo pactado expresamente aludió a “todas aquellas formas de explotación que se realicen a través del internet”.
- 1.5. Así, las partes podrían pactar expresamente lo que se conoce como “cláusulas *catch-all*”, esto es, cláusulas generalmente incluidas al final de una enumeración **ejemplificativa** que abarca a todo el género enumerado e incluye, por inferencia, las especies no enumeradas directamente pero que obedecen a las características del género. De esta manera, por ejemplo, si un contrato aludiera a la “distribución de la obra por casete, disquete, disco compacto (CD) *y otros soportes materiales susceptibles de lectura por dispositivos analógicos, digitales o electrónicos de reproducción*”, es claro que no quedarían excluidos otros soportes materiales como el disco versátil digital (DVD), el disco Blu-ray grabable (BD-R) o el disco Blu-ray regrabable (BD-RE), aunque estos no hayan sido textualmente enumerados o incluso no se los conociera en el momento del contrato.
- 1.6. En reconocimiento de las prácticas comunes en el mercado de los derechos de autor y derechos conexos, este Tribunal considera que el Artículo 31 de la Decisión 351 debe interpretarse en un sentido amplio, lo que significa que toda transferencia, autorización o licencia de uso de derechos patrimoniales de autor o derechos conexos estará limitada por las formas de explotación y modalidades pactadas expresamente en el contrato, lo que incluye aquellas razonablemente deducidas o inferidas del texto expreso pactado en el contrato.
- 1.7. Sí es posible, por tanto, que las partes acuerden una transferencia, autorización o licencia por medio de la individualización descriptiva y ejemplificativa de las formas y modalidades de explotación en función de la tecnología vigente o de las tecnologías nuevas, incipientes o en fase experimental. Por la naturaleza tuitiva de la propiedad intelectual, el autor o intérprete conserva todos los derechos que no ceda, pero podrá ceder sus derechos si manifiesta su acuerdo con relación a formas y modalidades de explotación estricta o latamente definidas.
- 1.8. Lo anterior guarda armonía con la integralidad de la Decisión 351, en la cual diversos artículos reconocen la multiforme y abierta disposición y uso de los derechos de autor y derechos conexos. Así, por ejemplo, los Literales a) y b) del Artículo 13² de la Decisión *in comento*, reconocen el derecho del autor o sus

derechohabientes a reproducir y comunicar públicamente la obra **por cualquier** forma, medio o procedimiento.

- 1.9. De igual manera, el Literal i) del Artículo 15 de la Decisión 351 define como “comunicación pública” de la obra: “[E]n general, la difusión, **por cualquier procedimiento conocido o por conocerse**, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes” (Énfasis añadido). El texto de esta norma de hecho reconoce como relevantes para el ejercicio de los derechos de autor y derechos conexos los procedimientos futuros de la comunicación pública de las obras.
- 1.10. En virtud de la interpretación sistemática explicada en los párrafos anteriores, este Tribunal observa que el Artículo 31 de la Decisión 351 reconoce implícitamente el derecho de los titulares de derechos de autor y derechos conexos de negociar la transferencia, autorización y concesión de licencias por cualquier forma de explotación y modalidad actual o en desarrollo (*v.g.*, en fase de experimentación); definida, descrita, delimitada o ejemplificada; en respeto de la autonomía de la voluntad de las partes y los usos comunes del mercado pertinente, siempre y cuando no se pretenda extender el alcance de la cesión a todas las formas y modalidades de explotación; es decir, a un límite excesivamente incierto y difuso.
- 1.11. Deben entenderse transferidas las modalidades expresamente determinadas, de modo que el titular se reserva para sí las modalidades que no constan en el contrato. Así, por ejemplo, se puede licenciar la reproducción de una obra, mas no su distribución.
- 1.12. En el contrato respectivo se debe precisar si la licencia del derecho es con exclusividad o no, así como otros aspectos como el plazo, si es a título oneroso o gratuito, etc.»

«² **Decisión 351. -**

“**Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
 - b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- (...)”»

Fuente: Ver párrafos 1.1. a 1.12. de las páginas 3 a 5 de la Interpretación Prejudicial **68-IP-2021** del 15 de diciembre de 2022, que constan en las páginas 13 a 15 de la GOAC 5093 del 16 de diciembre de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205093.pdf>

Capítulo IV

La licencia *Creative Commons*

- «6.5. ¿Cómo puede definirse la licencia *COMMONS CREATIVE-ATRIBUCIÓN NO COMERCIAL* y como (sic) podría ser utilizada en una revista comercial sin generar una infracción a la misma y a los derechos de autor?

El Artículo 30 de la Decisión 351 es muy claro en afirmar que las licencias de uso en relación con las obras protegidas por el derecho de autor se regirán por lo previsto en la normativa interna de los países miembros. En este sentido, por la propia remisión que hace la normativa comunitaria, las características, requisitos, eficacia y validez de dichas licencias deben ser reguladas en la normativa interna.

De todas maneras, la Decisión 351 en sus Artículos 31 y 32 prevé ciertas pautas de actuación. Por un lado, propugna por el respeto de la autonomía de la voluntad privada al encuadrar las licencias de uso a las formas y modalidades de explotación pactadas en el contrato respectivo, lo que implica que las demás formas o modalidades de explotación no hacen parte del objeto contractual; y, por otro lado, fija un piso de protección frente a las licencias legales u obligatorias que puedan ser reguladas en la normativa interna: no “podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor”. Esto es de suma importancia, ya que la normativa andina si bien deja en libertad a los países miembros para la regulación de las licencias de uso, les impone un límite en el sistema internacional multilateral de protección del derecho de autor.

- 6.6. Las imágenes y fotografías publicadas por su autor con una licencia *COMMONS CREATIVE-ATRIBUCIÓN NO COMERCIAL*, pueden considerarse que constituyen “*por sí misma una ejecución radiodifundida*” o que su reproducción se hace “*a partir de una fijación*”

***previamente autorizada*”, según las hipótesis del Artículo 34 de la Decisión 351 de 1993?**

El Artículo 34 de la Decisión 351 establece lo siguiente:

“**Artículo 34.-** Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.”

Por otra parte, el párrafo segundo del Artículo 34 de la Decisión 351 establece una excepción con respecto al ejercicio del derecho mencionado, al señalar que los artistas, intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando estas constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.

De esta manera, resulta evidente que la propia Decisión 351 ha limitado el ejercicio del derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, para autorizar o prohibir la comunicación pública de aquellas interpretaciones o ejecuciones que formen parte o se encuentren contenidas en una fijación realizada con su consentimiento previo; asimismo, tampoco se pueden oponer a la comunicación pública de una interpretación o ejecución, cuando constituya por sí misma una ejecución radiodifundida.³³»

«³³ Al respecto Ricardo Antequera Parilli realizando un análisis de la regulación internacional y comunitaria andina que existe sobre el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, señala lo siguiente:

“(…)

Del análisis comparativo de los anteriores dispositivos se desprenden varios elementos en común, a saber:

- a. Se trata de un derecho sobre las radiodifusiones o comunicaciones «en vivo» o «en directo» y no sobre aquellas que se realizan a partir de una fijación realizada con el consentimiento del intérprete o ejecutante, como lo sería aquella efectuada a partir de una grabación sonora o de una fijación audiovisual consentida por el artista.
- b. Si la prestación artística se está haciendo directamente por la radiodifusión u otro medio de comunicación al público (como lo sería la actuación de un cantante en un programa de televisión o en un espectáculo «en vivo»), no podría fijarse esa interpretación sin la voluntad del titular.
- c. Como esa prestación está destinada a ser comunicada «en vivo», mal puede impedirla el artista si la ejecuta o interpreta con su consentimiento.
- d. Quedan comprendidas en este derecho todas las interpretaciones o ejecuciones en directo, sean sonoras o audiovisuales.
- e. Este derecho no alcanza a la comunicación al público de la interpretación o ejecución realizada a partir de fijaciones realizadas con su previa autorización.

En todo caso, las excepciones anotadas no limitan el derecho del artista a recibir una remuneración equitativa cuando se trate de «utilizaciones secundarias» de un fonograma que contenga su interpretación o ejecución, por medio de la radiodifusión u otra forma de comunicación pública, como se verá más adelante.

(…)”

Ricardo Antequera Parilli, Estudios de derecho de autor y derechos afines, Editorial Reus S.A. Fundación AISGE, Madrid, 2007, p. 223.»

Fuente: Ver párrafos 6.5. a 6.6. de las páginas 20 a 22 de la Interpretación Prejudicial **28-IP-2020** del 21 de junio de 2021, que constan en las páginas 21 a 23 de la GOAC 4283 del 30 de junio de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204283.pdf>

Capítulo V

La transmisión *mortis causa* de los derechos patrimoniales del autor

- «4.1. Al fallecer el autor, los derechos patrimoniales derivados de su obra se transfieren a sus herederos —lo mismo que los demás derechos y obligaciones del causante, lo que puede ocurrir por testamento o sucesión intestada—, así como a los legatarios. El heredero es una modalidad de causahabiente, que sucede al autor como también al titular de derechos patrimoniales de autor en general.
- 4.2. A diferencia de lo que ocurre en materia de transmisión del derecho de autor por acto *inter vivos*, por lo general regulada en la legislación específica, la transmisión *mortis causa* suele regirse por las reglas del derecho común, con excepción del derecho moral¹⁷. Esta es la posición del legislador andino, expresada en el Artículo 29 de la Decisión 351, norma que establece que el derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional aplicable.
- 4.3. Los herederos sustituyen al autor (o al titular de derecho patrimonial de autor en general) en la situación jurídica que este tenía. En consecuencia, respecto de los derechos patrimoniales que, al ser de libre disposición, el autor podía renunciar, conciliar, transigir o someter a arbitraje, sus herederos también pueden realizar las referidas acciones.»

«¹⁷ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones UNESCO – CERLALC – Victor P. de Zavalía S.A.; Buenos Aires; 1993; p. 285.»

Fuente: Ver párrafos 4.1. a 4.3. de la página 9 de la Interpretación Prejudicial **01-IP-2021** del 6 de mayo de 2021, que consta en la página 10 de la GOAC 4230 del 6 de mayo de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204230.pdf>

Título 8

**De los derechos conexos
de artistas intérpretes y
ejecutantes, y
productores de
fonogramas**

Capítulo I

El artista intérprete o ejecutante de obras audiovisuales y sus derechos conexos

«2.1. La Decisión 351 reconoce la diferencia existente entre el autor de una obra audiovisual y el artista intérprete o ejecutante que participa en dicha obra. Al primero lo entiende como la “[p]ersona física que realiza la creación intelectual”⁵, mientras que al segundo lo identifica como la “[p]ersona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra”⁶.

2.2. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI también ha efectuado esta precisión a modo de diferenciación entre los autores de las obras y los artistas intérpretes o ejecutantes, plasmándola en el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales⁷. De este modo, se entiende como:

“... ‘artistas intérpretes o ejecutantes’, todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore...”

2.3. Logreira y Fuentes, por su parte, explican dicha diferenciación en los siguientes términos:

“Quienes crean o adaptan las obras para su posterior ejecución (piénsese en los músicos y directores de orquesta) o quienes la interpretan (piénsese en actores,

bailarines y cantantes), suponen la unión de dos esfuerzos creativos: la del autor y/o adaptador de la obra, por una parte, y la del artista, por la otra.”⁸

- 2.4. En el caso de una obra audiovisual, corresponde diferenciar entre el creador de la obra —el autor— y quienes la interpretan —los artistas intérpretes—. El creador de la obra es quien goza del derecho de autor, mientras que el artista intérprete es aquel que ejecuta de cualquier manera la obra de un autor y es titular de un derecho conexo.
- 2.5. Si bien el autor es el creador de una obra audiovisual, el intérprete es quien da vida a dicha obra. El actor, o intérprete de una obra audiovisual, da vida a un personaje al expresar de manera única y singular lo que el guion de una obra audiovisual establece para aquel; es decir, realiza un aporte creativo evidente — en muchos casos, hasta preponderante— que lo hace merecedor de un régimen de protección jurídica a través del denominado derecho conexo.
- 2.6. Para gozar de protección como artista intérprete, el actor ejecuta un papel o rol mediante el cual interpreta un personaje, dándole vida y efectuando un aporte creativo en su caracterización. Tiene a su cargo un mínimo de frases y forma parte de la trama de la obra audiovisual. Cumpliéndose estas condiciones se puede comprender que un artista es un intérprete —así sea sobre la base de la preexistente creación del autor— de una obra audiovisual y, por lo tanto, es titular de derechos conexos.
- 2.7. Los titulares de los derechos conexos son los artistas intérpretes o ejecutantes⁹. De acuerdo al Capítulo X —De los derechos conexos— de la Decisión 351, estos sujetos gozan de los siguientes derechos conexos:
 - a. Derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones. Pero no pueden oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.
 - b. Exigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice.
 - c. Oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda lesionar su prestigio o reputación.
- 2.8. En obras complejas puede presentarse el escenario en que los distintos artistas intérpretes o ejecutantes contribuyan con componentes completamente originales a la obra, por lo que podría parecer que adquieren el carácter de coautores de esta, lo que en rigor no sucede. En ese caso, el criterio fundamental para establecer si el componente otorga derechos autorales o derechos conexos es si el componente aportado pudiera por sí mismo y de manera individualizada caracterizarse como una obra y persistir y ser explotada independientemente de los demás elementos de la obra audiovisual de la que forma parte. Un ejemplo de lo señalado es la diferencia entre el compositor del *soundtrack* de una película y uno de los actores. Resulta evidente que la música de un largometraje bien

podría constituir una obra susceptible de ser protegida por el derecho de autor y persistir y ser explotada fuera de la película de la cual forma parte, por lo que su compositor adquiere derechos de autor sobre la pieza concreta que ha desarrollado. En cambio, la actuación o interpretación de un actor solo se entiende y adquiere significado como parte (o dentro) de la película, por lo que dicho actor solo podría ser titular de derechos conexos sobre su actuación o interpretación.

- 2.9. El artista intérprete o ejecutante que forma parte de una obra audiovisual no goza del derecho exclusivo de comunicación pública sobre sus interpretaciones fijadas, pues se entiende que estas han sido fijadas con su autorización previa y expresa, en una obra audiovisual cuyos derechos de explotación —incluyendo la comunicación pública— le corresponden al productor.
- 2.10. De manera similar, el artista intérprete o ejecutante que forma parte de una obra audiovisual tampoco dispone de un derecho patrimonial exclusivo de transformación sobre su interpretación, y mucho menos de toda la obra audiovisual. La Decisión 351 sí reconoce a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes una especie de derecho moral de integridad¹⁰, por hacer una analogía con el derecho moral del autor. Pero esta potestad no puede ser confundida con el derecho propiamente patrimonial de transformación, por lo que un artista intérprete o ejecutante no podría ejercer una facultad de esta naturaleza a través de una acción por infracción. No obstante, sí podría eventualmente requerir la tutela de su derecho moral de integridad, cuando la deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución pueda lesionar su prestigio o reputación.
- 2.11. El artista intérprete o ejecutante no podría oponerse a la supresión de una escena en la que se presenta su interpretación o ejecución, salvo que acredite debidamente que dicha supresión ha sido efectuada con la clara intención de dañar su prestigio o reputación. De allí que el análisis de la afectación al derecho de “integridad” del artista intérprete o ejecutante tendría que orientarse únicamente a establecer los elementos para determinar si existió o no una afectación de orden moral.
- 2.12. Sin perjuicio de lo expuesto en el presente acápite, corresponde señalar que las disposiciones consagradas en la norma comunitaria establecen, de modo general, un estándar mínimo de protección de los derechos de autor y de los derechos conexos. Así, de conformidad con el principio de complemento indispensable, las legislaciones internas de los países miembros pueden consagrar el reconocimiento de otros derechos a los autores, así como a los artistas intérpretes o ejecutantes; y, del mismo modo, pueden ampliar su contenido y alcance, así como establecer diferentes mecanismos de tutela.»

«⁵ Artículo 3 de la Decisión 351.

⁶ Ibídem.

⁷ Conferencia Diplomática sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales. Beijing el 24 de junio de 2012. Fecha del texto: 23 de junio de 2012. Entrada en vigor: 27 de abril de 2020. Disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12213> (Consulta: 12 de abril de 2021).

- ⁸ Carmen Isabel Logreira Rivas y Fernando José Fuentes Pinzón, *La protección jurídica del artista intérprete o ejecutante*. Telos, Vol. 12, No. 2, 2010, pp. 142.
- ⁹ Además de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Artículos 37 al 41 de la Decisión 351).
- ¹⁰ Mimetizando las legislaciones nacionales de los países que han optado por un sistema continental de derechos de autor.»

Fuente: Ver párrafos 1.1. a 1.12. de las páginas 6 a 9 de la Interpretación Prejudicial **142-IP-2020** del 25 de agosto de 2021, que constan en las páginas 7 a 10 de la GOAC 4314 del 25 de agosto de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204314.pdf>

Capítulo II

Derecho de comunicación pública a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes

- «2.2. El artista intérprete o ejecutante, delimitado en el Artículo 3 de la Decisión 351 como la “*persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.*”, es titular de derechos conexos, los cuáles se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización, o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada.¹⁰

Los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes se encuentran reconocidos en la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión; y, de conformidad con el Artículo 42 de la Decisión 351, esta Convención constituye la base jurídica de regulación de los límites a dichos derechos que pueden ser establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros.¹¹

- 2.3. El Literal a) del numeral 1 del Artículo 7 de la Convención de Roma, señala lo siguiente:

“ARTICULO 7

[Mínimo de protección que se dispensa a los artistas intérpretes o ejecutantes:

- 1. Derechos específicos;*
- 2. Relaciones de los artistas con los organismos de radiodifusión]*

1. La protección prevista por la presente Convención en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir:

a) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieren dado su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación;”

2.4. La protección prevista en la disposición citada fue incorporada en la Decisión 351 de una manera más amplia y reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes, no solo la facultad de impedir o prohibir la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones, sino también la capacidad de autorizarla, en cualquiera de sus formas, siempre y cuando dichas interpretaciones o ejecuciones no se encuentren fijadas.

2.5. En efecto, el Artículo 34 de la Decisión 351 establece lo siguiente:

“Artículo 34.- Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.”

2.6. Por otra parte, el párrafo segundo del Artículo 34 de la Decisión 351 establece una excepción con respecto al ejercicio del derecho mencionado, al señalar que los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando estas constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.

2.7. De esta manera, resulta evidente que la propia Decisión 351 ha limitado el ejercicio del derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes, para autorizar o prohibir la comunicación pública de aquellas interpretaciones o ejecuciones que formen parte o se encuentren contenidas en una fijación realizada con su consentimiento previo; asimismo, tampoco se pueden oponer a la comunicación pública de una interpretación o ejecución, cuando constituya por sí misma una ejecución radiodifundida.¹²

2.8. Por último, corresponde destacar las disposiciones del Artículo 33 de la Decisión 351:

“Artículo 33.- La protección prevista para los Derechos Conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en este Capítulo podrá interpretarse de manera tal que menoscabe dicha protección. En caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor.”

(Subrayado agregado)

Como se puede apreciar, el ejercicio de los derechos conexos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, como, por ejemplo, la facultad de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, de

ninguna manera puede ser interpretado como una limitación o menoscabo de los derechos de autor.»

«¹⁰ Ver Interpretación Prejudicial N° 371-IP-2017 de fecha 8 de febrero de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3188 del 13 de febrero de 2018.

¹¹ Ver Interpretación Prejudicial N° 316-IP-2014 de fecha 19 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2598 del 12 de octubre de 2015.

¹² Al respecto Ricardo Antequera Parilli realizando un análisis de la regulación internacional y comunitaria andina que existe sobre el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, señala lo siguiente:

“(…)

Del análisis comparativo de los anteriores dispositivos se desprenden varios elementos en común, a saber:

a. Se trata de un derecho sobre las radiodifusiones o comunicaciones «en vivo» o «en directo» y no sobre aquellas que se realizan a partir de una fijación realizada con el consentimiento del intérprete o ejecutante, como lo sería aquella efectuada a partir de una grabación sonora o de una fijación audiovisual consentida por el artista.

b. Si la prestación artística se está haciendo directamente por la radiodifusión u otro medio de comunicación al público (como lo sería la actuación de un cantante en un programa de televisión o en un espectáculo «en vivo»), no podría fijarse esa interpretación sin la voluntad del titular.

c. Como esa prestación está destinada a ser comunicada «en vivo», mal puede impedirla el artista si la ejecuta o interpreta con su consentimiento.

d. Quedan comprendidas en este derecho todas las interpretaciones o ejecuciones en directo, sean sonoras o audiovisuales.

e. Este derecho no alcanza a la comunicación al público de la interpretación o ejecución realizada a partir de fijaciones realizadas con su previa autorización.

En todo caso, las excepciones anotadas no limitan el derecho del artista a recibir una remuneración equitativa cuando se trate de «utilizaciones secundarias» de un fonograma que contenga su interpretación o ejecución, por medio de la radiodifusión u otra forma de comunicación pública, como se verá más adelante.

(…)»

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo., *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Editorial Reus S.A. Fundación AISGE, Madrid, 2007, p. 223.»

Fuente: Ver párrafos 2.2. a 2.8. de las páginas 8 a 10 de la Interpretación Prejudicial **111-IP-2020** del 7 de octubre de 2020 que constan en las páginas 31 a 33 de la GOAC 4102 del 21 de octubre de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204102.pdf>

Capítulo III

El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos)

«7.2. El Capítulo X de la Decisión 351 denominado «De los derechos conexos» reconoce, entre otros, a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes los derechos patrimoniales de comunicación al público, fijación y reproducción, tal como lo establece el Artículo 34 de la referida norma andina:

“**Artículo 34.-** Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.”

(Subrayado agregado)

7.3. De la norma citada se aprecia el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes de autorizar o prohibir la comunicación al público, en cualquier forma, de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas.

Otro derecho es el referido a autorizar la fijación y reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Tratándose de interpretaciones o ejecuciones radiodifundidas o interpretaciones o ejecuciones fijadas, en ambos casos previamente autorizadas³² por los artistas intérpretes o ejecutantes, estos no pueden oponerse a la comunicación pública de tales interpretaciones o ejecuciones, pues, como se ha señalado, ya habían autorizado con anterioridad su fijación o el que fuesen radiodifundidas.

7.4. Resulta pertinente diferenciar los siguientes escenarios contemplados en la norma andina:

- (i) Cuando las interpretaciones o ejecuciones no han sido fijadas.
- (ii) Cuando las interpretaciones o ejecuciones constituyen por sí mismas una ejecución radiodifundida o han sido fijadas, en ambos casos previa autorización del artista intérprete o ejecutante.³³

7.5. En el primer escenario, las interpretaciones y ejecuciones no se encuentran fijadas o grabadas, es decir, son ejecutadas por los propios artistas intérpretes o ejecutantes en tiempo real o “en vivo”. En este caso, y de acuerdo con la interpretación de la norma citada, se mantiene incólume la titularidad, goce y ejercicio pleno de los derechos patrimoniales de exclusiva de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas.

7.6. En el segundo escenario, los artistas intérpretes o ejecutantes, previamente han autorizado que sus interpretaciones o ejecuciones sean fijadas o grabadas (o previamente han autorizado que sean radiodifundidas), luego de lo cual no pueden oponerse a la comunicación pública de las mencionadas interpretaciones o ejecuciones.

En este segundo escenario, y centrándonos en las interpretaciones o ejecuciones fijadas, en primer lugar, se autoriza la fijación de la interpretación o ejecución; y, en segundo lugar, con la fijación, se cede el derecho de comunicación pública (patrimonial) a favor de un tercero, que bien puede ser el productor de una obra o de un fonograma de la cual formen parte las interpretaciones o ejecuciones fijadas. La finalidad de dicha autorización radica en que la persona natural o jurídica autorizada por el titular de los derechos patrimoniales correspondientes, tenga la facultad de efectuar la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas —las cuales pueden formar parte o no de una obra audiovisual o de un fonograma—, las veces que considere necesario. Todo ello con el propósito de evitar recurrir al artista intérprete o ejecutante todas las veces en las que se vaya a efectuar una comunicación o puesta a disposición al público³⁴ de dichas interpretaciones o ejecuciones fijadas.

7.7. Como se puede apreciar, si bien en el segundo escenario se produce la cesión o autorización de un derecho patrimonial exclusivo, mediante un pago producto de dicha cesión a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, y, en consecuencia, no se requiere la autorización recurrente de estos para comunicar públicamente sus interpretaciones o ejecuciones previamente fijadas, debe tomarse en cuenta que los artistas intérpretes o ejecutantes podrían tener a su favor el reconocimiento —en las legislaciones nacionales de los Países Miembros— del derecho a una remuneración por cada uno de los actos de

comunicación o disposición al público que se haga de sus interpretaciones o ejecuciones previamente fijadas. El cobro de esos derechos puede ser gestionado colectivamente de acuerdo con las características desarrolladas en la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, así como por la legislación de los Países Miembros.

- 7.8. Es importante resaltar que la Decisión 351 establece un contenido mínimo esencial de derechos patrimoniales. En consecuencia, nada impide que los Países Miembros, a través de sus legislaciones nacionales, amplíen el contenido y alcance de dicha protección y reconozcan otros derechos de autor y derechos conexos de carácter patrimonial, tal como establece el Artículo 17 de la Decisión 351³⁵.»

«³² Una ejecución radiodifundida puede ser autorizada tácitamente, dependiendo del contexto y las circunstancias, como sería el caso, por ejemplo, de una ejecución realizada en un set o estudio de televisión.

- ³³ El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, establece en el Literal c) de su Artículo 2, la siguiente definición del término fijación: “...la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo”.

Por otra parte, de conformidad con lo previsto en el Literal b) del Artículo 2 del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, la fijación audiovisual es: “...la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo”.

- ³⁴ Si bien el derecho de «puesta a disposición al público» no está reconocido en la Decisión 351, tomando en cuenta el principio de progresividad de los derechos, muchas legislaciones, tanto de los Países Miembros como a nivel mundial, incluyen este nuevo derecho que se deriva de todos los actos de explotación y acceso directo e indirecto de las obras audiovisuales a través de medios alámbricos o inalámbricos (como radio, televisión, internet, entornos digitales, interactivos, electrónicos, *streaming*, entre otros). Se trata de transmisiones interactivas de las obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, que se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que ella misma elija.

- ³⁵ **Decisión 351.-**

“**Artículo 17.-** Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de carácter patrimonial.”»

Fuente: Ver párrafos 7.2. a 7.8. de las páginas 21 a 23 de la Interpretación Prejudicial **248-IP-2021** del 15 de diciembre de 2022, que constan en las páginas 58 a 60 de la GOAC 5130 del 15 de febrero de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205130.pdf>

Capítulo IV

La edición de la obra cinematográfica y su vinculación con los derechos conexos de los actores

- «4.1. Para entender con claridad el derecho que tiene el director para editar la obra cinematográfica con los derechos conexos de los actores (artistas intérpretes), resulta pertinente diferenciar a los actores en función de su rol dentro de la referida obra.
- 4.2. Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes nacionales, en términos generales podemos clasificar a los actores en: (i) principal o protagonista; (ii) secundario; (iii) de reparto; y, (iv) de pequeña parte. En una obra cinematográfica, además de los actores, pueden aparecer los denominados figurantes o extras, que al no actuar no califican como artistas intérpretes.
- 4.3. Los actores, en tanto artistas intérpretes, tienen el derecho de oponerse a la deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación, pero esta facultad no es absoluta. Además de la limitación previamente analizada sobre el derecho del autor a editar su obra, el actor solo puede oponerse a la edición de su interpretación si esta se efectúa con la clara intención de lesionar su prestigio o reputación. Si este no es el caso, el autor de la obra audiovisual (el director) no encontraría limitación para editar o incluso suprimir una interpretación —*v.g.*, una escena— al ser uno de los elementos de la obra de su autoría.
- 4.4. En este sentido, un ejercicio legítimo y de buena fe por parte del director de la obra cinematográfica consiste en editar las escenas que la conforman, siempre y cuando dicha edición no tenga por objeto dañar de modo intencional el prestigio

y reputación del intérprete. En consecuencia, el director, como autor de la obra cinematográfica, no podría editar escenas si esta edición tiene la clara intención de dañar la reputación del actor.

- 4.5. El daño a la reputación del actor debe evaluarse en función del rol del actor en la obra cinematográfica. Como se analizó párrafos arriba, existen al menos cuatro clases de actores de acuerdo con su grado de contribución a la obra audiovisual. Por lo tanto, el grado de protección a su interpretación, en el marco de la edición de la obra audiovisual, también respondería al grado o nivel de su participación en la obra.
- 4.6. Una alteración a la interpretación no tendría la misma potencialidad de afectación —al prestigio y reputación del intérprete— si aquella contribución es parte principal de la obra, como la de los intérpretes protagonistas, o si no lo es, es decir, que expresa una parte marginal de la obra, como en el caso de las interpretaciones de pequeñas partes. El estándar para calificar el perjuicio a la reputación depende del tipo de actor, esto es, depende del rol o papel que el actor interpreta en la obra. No es lo mismo la supresión de escenas del actor principal de aquel que tiene una pequeña parte. El derecho que tiene el director para editar la obra audiovisual puede comprender la supresión de escenas. Lo relevante para el intérprete de pequeñas partes es que se le remunere por la interpretación efectuada, pero él no puede condicionar el trabajo de edición del director
- 4.7. Si se trata de un extra o figurante, al no ser un artista intérprete, no puede alegarse un perjuicio o afectación por la eliminación de escenas donde aquel aparecía.
- 4.8. El autor de una obra cinematográfica es su director. Como tal, ostenta derechos de propiedad intelectual. Entre ellos se encuentra el derecho a oponerse a las ediciones de la obra que afecten el decoro de la obra o la reputación del autor. También se incluye el derecho a autorizar la transformación de la obra.
- 4.9. Los actores (artistas intérpretes) son quienes dan vida a las obras a través de sus contribuciones mediante su cuerpo y su voz, por lo que ostentan derechos conexos. Uno de esos derechos es la facultad de oponerse a las alteraciones de la interpretación que de modo intencional lesionen su prestigio o reputación.
- 4.10. Existen distintos grados de interpretación de acuerdo al nivel de su contribución a la obra. El director puede editar la obra, por ser su autor, en la medida en la que la alteración de las interpretaciones no tenga la intencionalidad de causar un daño al prestigio o reputación del actor, pero este daño debe ser evaluado en función del aporte que representa la interpretación a la obra. Por lo tanto, en el caso de actores marginales o de pequeñas partes, disminuye la posibilidad de perjuicio con la alteración de la obra. Este razonamiento no se aplica a los figurantes o extras, pues estos no son considerados propiamente como artistas intérpretes.»

Fuente: Ver párrafos 4.1. a 4.10. de las páginas 11 y 12 de la Interpretación Prejudicial **142-IP-2020** del 25 de agosto de 2021, que constan en las páginas 12 y 13 de la GOAC 4314 del 25 de agosto de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204314.pdf>

Capítulo V

Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos

« Definición

- 5.2. El Artículo 3 de la Decisión 351 define al productor de fonograma como la “[p]ersona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos”.
- 5.3. Los productores de fonogramas, al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes y los organismos de radiodifusión, son titulares de derechos conexos, los cuales se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización, o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada¹⁸.
- 5.4. La normativa andina reconoce a los productores de fonogramas derechos de carácter patrimonial, por cuanto se sustenta en el esfuerzo e inversión realizada por estos titulares para difundir sus fonogramas al público. Entiéndase como **fonograma** a “[t]oda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.”¹⁹
- 5.5. Siendo ello así, el Artículo 37 de la Decisión 351 establece específicamente que los productores de fonogramas cuentan con los siguientes derechos exclusivos:
 - “(…) a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;

- b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin la autorización del titular;
- c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y,
- d) **Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.**

(Énfasis agregado)

- 5.6. En esa misma línea, el Artículo 10 de la Convención de Roma establece que los productores de fonogramas gozarán de la facultad de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas²⁰.
- 5.7. Teniendo en cuenta lo anterior, ninguna persona puede reproducir —sea de forma directa o indirecta—, importar y distribuir fonogramas sin contar con la autorización del productor del mismo. Asimismo, este percibirá una remuneración única por cada utilización de sus fonogramas o copias con fines comerciales.

Sobre este último punto, referido al pago de una remuneración por cada uso o copia de un fonograma protegido, el Artículo 12 de la Convención de Roma ha dispuesto lo siguiente:

“ARTICULO 12

[Utilización secundarias de los fonogramas]

Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La Legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que efectuará la distribución de las remuneraciones”

- 5.8. En ese sentido, la norma es clara al imponer a quien utilice un fonograma publicado con fines comerciales o cuando la reproducción de ese fonograma se utilice directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación, el pago de una remuneración equitativa y única. Dicho pago será abonado a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes o a los productores de fonogramas o atribuírselo a la vez a ambos.
- 5.9. Cabe precisar que el pago que se le otorga a los productores fonográficos por el uso de sus fonogramas es denominado por la normativa como *Remuneración Equitativa y Única*, más no como *Remuneración Devengada*.
- 5.10. Lo señalado en párrafos anteriores se encuentra debidamente concordado con lo dispuesto en el Artículo 15 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT o TOIEF por sus siglas en español), el cual dispone que las partes contratantes pueden establecer en su legislación nacional

que la remuneración equitativa y única deberá ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos²¹.

5.11. Del mismo modo, la normativa andina condiciona el pago antes señalado a los siguientes requisitos:

- Que el fonograma haya sido publicado con fines comerciales.

Es decir, no se encontrarán contemplados en este supuesto aquellos fonogramas que no se publiquen con el propósito de obtener un beneficio comercial.

- Que el fonograma sea utilizado única y directamente para: (i) la radiodifusión; o, (ii) cualquier forma de comunicación al público.

Entiéndase como comunicación pública al acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso al fonograma.

5.12. Resulta necesario precisar que la protección analizada podrá ser ampliada —mas no reducida— por las legislaciones nacionales. No obstante, en aplicación al principio del complemento indispensable la legislación de los Países Miembros podrá determinar las condiciones o montos en lo que se efectuará la distribución de la referida remuneración.

5.13. Asimismo, resulta necesario indicar que los productores de fonogramas pueden efectuar la defensa, así como la recaudación económica de sus derechos conexos por sí mismos (gestión individual) o confiar su administración a una sociedad de gestión colectiva.

5.14. En consecuencia, una sociedad de gestión colectiva válidamente autorizada por la autoridad competente podrá administrar los derechos conexos de sus asociados. Su existencia se justifica en el sentido de velar por la protección de los derechos de los productores fonográficos, siempre y cuando su misión esté en armonía con las disposiciones legales.

«¹⁸ Ver la Interpretación Prejudicial N° 371-IP-2017 de fecha 8 de febrero de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3188 del 13 de febrero de 2018.

¹⁹ Definición desarrollada en el Artículo 3 de la Decisión 351.

²⁰ **Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.-**

“ARTICULO 10

[Derecho de reproducción de los productores de fonogramas]

Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.”

²¹ **Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)**

“Artículo 15

Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público

- 1) Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.
- 2) Las Partes Contratantes pueden establecer en su legislación nacional que la remuneración equitativa y única deba ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos. Las Partes Contratantes pueden establecer legislación nacional que, en ausencia de un acuerdo entre el artista intérprete o ejecutante y el productor del fonograma, fije los términos en los que la remuneración equitativa y única será compartida entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.
(...)»»

Fuente: Ver párrafos 5.2. a 5.14. de las páginas 15 a 18 de la Interpretación Prejudicial **32-IP-2022** del 19 de octubre de 2022, que constan en las páginas 16 y 19 de la GOAC 5076 del 4 de noviembre de 2022, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205076.pdf>

Título 9

**De la comunicación o
ejecución pública no
autorizada mediante la
retransmisión de una
obra audiovisual inscrita
en una sociedad de
gestión colectiva**

Capítulo I

El informe oral en el proceso 139-IP-2020⁶

- «1. (...), uno de los asuntos controvertidos [en la interpretación prejudicial solicitada] es determinar si una empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción (o de señal cerrada o televisión de paga) ha infringido o no los derechos patrimoniales de autor de los productores audiovisuales asociados y representados por una sociedad de gestión colectiva, a través de la presunta comunicación pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión de emisiones, por medio del servicio de televisión por suscripción, sin contar con la debida autorización para ello.
2. Dicho asunto controvertido es el mismo del proceso interno que dio origen a la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020 de fecha del 14 de octubre de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4357 del 18 de octubre de 2021.
3. En el Proceso 139-IP-2020 se convocó a informe oral.
4. En efecto, por Auto de fecha 19 de mayo de 2021, el TJCA decidió convocar a informe oral a fin de que las partes del referido proceso interno, así como representantes de diferentes instituciones³ y un experto en derecho de autor de cada una de las Asociaciones de Propiedad Intelectual de los Países Miembros^{4,5},

⁶ Nota: se debe tomar en cuenta que los criterios jurídicos interpretativos contenidos la interpretación prejudicial 257-IP-2021 se vinculan a los temas desarrollados en el proceso 144-IP-2020, los cuales fueron reconocidos como un acto aclarado mediante Auto del 28 de julio de 2023, emitido en el proceso 578-IP-2019. Este Auto fue adoptado por voto en mayoría dado que la magistrada Sandra Catalina Charris no participó, al haber presentado abstención. El Auto del 28 de julio de 2023 fue publicado en la GOAC 5257 del 31 de julio de 2023 y está disponible en el siguiente enlace:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205257.pdf>

de considerarlo pertinente, expusieran sus puntos de vista sobre los siguientes cuestionamientos o aspectos de carácter técnico y/o normativo:

“(…)

- a) Si la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción (o de señal cerrada o televisión de paga), al ‘retransmitir’ la señal o emisión de una empresa que brinda el servicio de televisión de señal abierta, emisión que contiene obras audiovisuales, necesita o no la autorización del titular de los derechos patrimoniales sobre dichas obras.
- b) Si el asunto mencionado en el Literal a) precedente, varía o no jurídicamente, en función de que la ‘retransmisión’ efectuada por la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción, de la señal o emisión de la empresa que brinda el servicio de televisión de señal abierta, opera por mandato de la legislación interna, denominese o no a dicho mandato ‘*must carry*’.
- c) Si la figura del ‘*must carry*’ exime a la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción, y que «retransmite» la señal o emisión de una empresa que brinda el servicio de televisión de señal abierta, de la obligación de obtener autorización del (o de pagar las regalías correspondientes al) titular de derechos patrimoniales (lo que incluye a la correspondiente sociedad de gestión colectiva) respecto de obras audiovisuales o cinematográficas contenidas en dicha señal o emisión.
- d) Si el asunto mencionado en el Literal c) precedente, varía o no jurídicamente, en función de que el titular de los derechos patrimoniales de las obras audiovisuales o cinematográficas, contenidas en la referida señal o emisión, es la misma empresa que brinda el servicio de televisión de señal abierta.
- e) Sobre la importancia de diferenciar la ‘retransmisión’ de una obra audiovisual (derecho de autor) de la ‘retransmisión’ de la señal o emisión de un organismo de radiodifusión (derecho conexo).
- f) En función de lo señalado en el Literal e) precedente, determinar el contenido y alcance del Literal a) del Artículo 39 de la Decisión 351, que establece que los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la ‘retransmisión’ de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento.
(...)»

- 5. El día 7 de julio de 2021 se llevó a cabo el informe oral en el Proceso 139-IP-2020.⁶
- 6. Durante el desarrollo del informe oral, todos los participantes que realizaron su intervención dentro del desarrollo del informe oral antes referido⁷ —con excepción de la empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción— expresaron de manera coincidente los mismos criterios jurídicos respecto de todos los aspectos de carácter técnico y/o normativo antes citados, respondiendo en sentido afirmativo al primer cuestionamiento y en sentido negativo al segundo, tercer y cuarto cuestionamientos. En relación con el quinto aspecto materia del informe oral, coincidieron en destacar la importancia y la necesidad de diferenciar la “retransmisión” de una obra audiovisual (derecho de autor) de la “retransmisión” de la señal o emisión de un organismo de radiodifusión (derecho conexo); y, por último, reafirmaron que los organismos

de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la “retransmisión” de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento.

7. En el párrafo 5 (página 6) de la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020, el Tribunal explicó que las respuestas de los mencionados participantes coinciden con la jurisprudencia uniforme y consistente que el TJCA ha trazado sobre la materia. Asimismo, que el acto de la retransmisión de obras audiovisuales constituye un nuevo acto de comunicación pública que necesariamente debe ser autorizado por el titular del derecho de autor o por quien actúe en su representación, y que esta situación no varía en función de la implementación del régimen u obligación legal denominado como *must carry*.
8. En consecuencia, con el propósito de absolver la consulta prejudicial formulada en dicha oportunidad, el Tribunal reiteró los criterios jurídicos interpretativos establecidos en su jurisprudencia uniforme y consistente.⁸

«³ La Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) de la República de Colombia; la Dirección de Derecho de Autor del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) del Estado Plurinacional de Bolivia; la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) de la República del Ecuador; la Dirección de Derecho de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) de la República del Perú; el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); el Comité de Trabajo de Derecho de Autor de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI); y el Comité de Derecho de Autor de la International Trademark Association (INTA).

⁴ De las siguientes asociaciones:

- Asociación Boliviana de Propiedad Intelectual (ABPI);
- Asociación Colombiana de Propiedad Intelectual (ACPI);
- Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA);
- Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI); y,
- Asociación Peruana de Propiedad Intelectual (APPI).

⁵ Asimismo, el TJCA dispuso poner en conocimiento de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia la realización del mencionado informe oral para que, si lo consideraba pertinente, asistiese a la diligencia mencionada.

⁶ Con la asistencia y participación de:

- EGEDA Colombia (parte demandante en el proceso interno);
- TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.);
- Dirección Nacional de Derecho de Autor del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) de la República del Ecuador;
- Subdirección de la Dirección de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) de la República del Perú;
- Asociación Boliviana de Propiedad Intelectual (ABPI);
- Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA);
- Comité de Derecho de Autor de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI);
- Asociación Colombiana de Propiedad Intelectual (ACPI); y,
- Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI).

⁷ Que fueron los siguientes:

- EGEDA Colombia (parte demandante en el proceso interno).
- Dirección Nacional de Derecho de Autor del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) de la República del Ecuador;
- Asociación Boliviana de Propiedad Intelectual (ABPI);
- Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA);
- Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI); y,
- Comité de Derecho de Autor de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIFI).»

Fuente: Ver párrafos 1 a 8 de las páginas 5 a 8 de la Interpretación Prejudicial **257-IP-2021** del 21 de septiembre de 2023, que constan en las páginas 43 a 46 de la GOAC 5049 del 4 de octubre de 2021, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205049.pdf>

Capítulo II

La diferencia entre la retransmisión de una obra audiovisual (derecho de autor) y la retransmisión de una señal (derecho conexo)⁷

«1.1 El Literal b) del Artículo 13 de la Decisión 351 reconoce al autor y, en su caso, a sus herederos, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, entre otros, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos y las imágenes, tal como se puede apreciar a continuación:

“**Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...).”

1.2. Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin

⁷ Nota: se debe tomar en cuenta que los criterios jurídicos interpretativos contenidos la interpretación prejudicial 257-IP-2021 se vinculan a los temas desarrollados en el proceso 144-IP-2020, los cuales fueron reconocidos como un acto aclarado mediante Auto del 28 de julio de 2023, emitido en el proceso 578-IP-2019. Este Auto fue adoptado por voto en mayoría dado que la magistrada Sandra Catalina Charris no participó, al haber presentado abstención. El Auto del 28 de julio de 2023 fue publicado en la GOAC 5257 del 31 de julio de 2023 y está disponible en el siguiente enlace:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205257.pdf>

previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Decisión 351.

1.3. Sobre la noción de comunicación pública, Delia Lipszyc sostiene lo siguiente:

“Se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.

La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo...”⁹

(Subrayado agregado)

- 1.4. Existen dos elementos que deben presentarse para que se configure un acto de comunicación pública de una obra protegida por el derecho de autor, de manera indebida: (i) el primero, el que un tercero, que no cuenta con la autorización del autor o titular de una obra, la ponga a disposición de una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar o permita que estas tengan acceso a ella; y, (ii) el segundo, que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas¹⁰. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico¹¹.
- 1.5. El Artículo 15 de la Decisión 351 contempla un listado enunciativo de las formas de comunicación pública de una obra en general,¹² entre las que se establecen, de manera particular, diversas formas de comunicación pública de una obra audiovisual, lo que se puede observar en sus literales c), d), e), f) e i)¹³
- 1.6. En efecto, de acuerdo con el Literal c) del mencionado Artículo 15, constituye comunicación pública de obras audiovisuales, la emisión de dichas obras por radiodifusión, lo que incluye a las emisiones sonoras, de televisión o de otro género que son recibidas por una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, a través de ondas electromagnéticas; o, por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. En ese sentido, resulta evidente que la expresión «cualquier otro medio» comprende también a la difusión de obras audiovisuales mediante el servicio de televisión por suscripción¹⁴.
- 1.7. En el mismo sentido, de conformidad con el Literal d) del Artículo 15 de la Decisión 351, se considera comunicación pública de obras audiovisuales la transmisión de estas obras por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono. Como se puede apreciar, constituye comunicación al público la transmisión de obras audiovisuales mediante cualquier tipo de tecnología que permita la transmisión de información de un lugar a otro, incluidas aquellas tecnologías o procedimientos utilizados por las empresas de televisión por suscripción para brindar su servicio (cable coaxial, fibra óptica, uso del espectro radioeléctrico, señal satelital, entre otras), y con independencia de si el destinatario de la transmisión paga o no un abono por la recepción de esas obras¹⁵.

- 1.8. Del mismo modo y de acuerdo con el Literal e) del mencionado Artículo 15, constituye comunicación al público la retransmisión de una obra audiovisual, por cualquiera de los medios señalados en los párrafos precedentes, que comprenden a: (i) la emisión por radiodifusión, (ii) la difusión inalámbrica por cualquier medio; y, (iii) la transmisión de información por cualquier tipo de tecnología o procedimiento, siempre y cuando sea retransmitida por una entidad emisora distinta a la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.
- 1.9. Al respecto, el numeral 2° del primer párrafo del Artículo 11 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas reconoce el derecho que tienen los autores a prohibir la comunicación pública de sus obras literarias y artísticas a través de la retransmisión, tal como se observa a continuación:

“Artículo 11 bis

[Derechos de radiodifusión y derechos conexos: 1. Radiodifusión y otras comunicaciones sin hilo, comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra radiodifundida; 2. Licencias obligatorias; 3. Grabación; grabaciones efímeras]

1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

(...)

2° toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;

(...)”

- 1.10. A su vez, la Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, al explicar el supuesto citado anteriormente, señala que:

“...el texto del Convenio se refiere a las utilizaciones posteriores de la emisión primitiva: el autor tiene derecho a autorizar la comunicación pública de la emisión, tanto alámbrica (sistema de transmisión por cable) como inalámbrica, pero a condición de que esta comunicación emane de un organismo distinto del de origen.”¹⁶

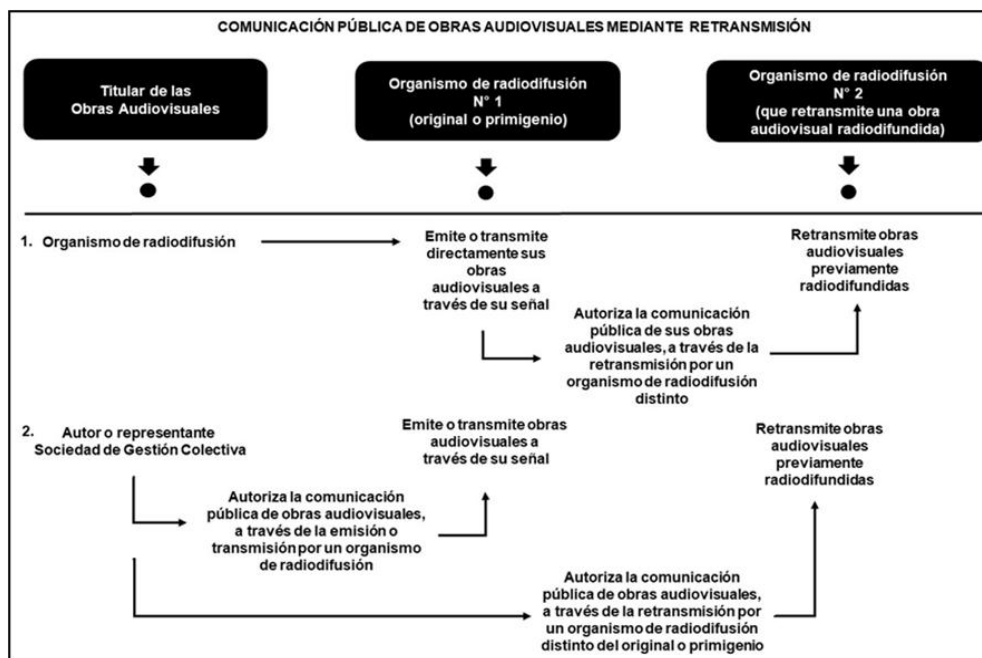
- 1.11. En este mismo sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) define la retransmisión como “la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión”¹⁷. Es decir, es la transmisión de la obra al público por un organismo de radiodifusión distinto al del origen¹⁸.
- 1.12. En el contexto de las normas citadas, es comunicación al público la retransmisión, por cualquier medio, de una obra audiovisual previamente radiodifundida o televisada, por una entidad emisora distinta a la de origen. “Así, tenemos una entidad emisora de origen (por ejemplo, una empresa de televisión de señal abierta), que emite las obras audiovisuales y una segunda entidad emisora (que sería, por ejemplo, la empresa de televisión por suscripción), que retransmite las obras audiovisuales”¹⁹.

- 1.13. Por otra parte, de acuerdo con el Literal f) del Artículo 15 de la Decisión 351, también es comunicación pública de obras audiovisuales la emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión. Resulta evidente que la previsión normativa referida a “cualquier instrumento idóneo”, es bastante amplia. De tal manera que existirá comunicación al público cuando una obra audiovisual, previamente difundida por televisión, es posteriormente emitida o transmitida por cualquier tecnología, mecanismo o procedimiento adecuado y apropiado para el efecto. “En consecuencia, si la empresa de televisión por suscripción emite o transmite una obra audiovisual previamente difundida por la televisión, está realizando una comunicación al público de dicha obra”²⁰.
- 1.14. Por último, de conformidad con el Literal i) del Artículo 15 objeto de análisis, también se considera comunicación pública de obras audiovisuales, de manera general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes. Es decir, si una empresa de televisión por suscripción, utilizando cualquier procedimiento conocido o por conocerse, difunde obras audiovisuales, es evidente que está realizando un acto de comunicación al público de dichas obras²¹.
- 1.15. Como corolario del análisis realizado hasta aquí, este Tribunal considera que, con independencia de los verbos de referencia que sean utilizados — emitir, difundir, transmitir o retransmitir—, los cuales están previstos en los Literales c), d), e), f) e i) del Artículo 15 de la Decisión 351, una empresa de televisión por suscripción efectúa una comunicación al público de obras audiovisuales cuando las emite, difunde, transmite o retransmite por cualquier medio, procedimiento o tecnología, conocido o por conocerse, lo que incluye, enunciativamente, el cable coaxial, la fibra óptica, el uso del espectro radioeléctrico o la señal satelital.
- 1.16. En relación con la retransmisión prevista en el Literal e) del Artículo 15 de la Decisión 351, es evidente que “...se protege la comunicación al público mediante retransmisión de las obras, pero no de las señales portadoras de programas...”²². Es decir, se trata de un supuesto diferente al previsto en el Literal a) del Artículo 39 de la Decisión 351, el cual contempla el derecho (conexo) exclusivo de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de televisión por cualquier medio o procedimiento específico para la retransmisión de la señal emitida por un organismo de radiodifusión.
- 1.17. Sobre este aspecto, Gustavo J. Schötz realiza la siguiente diferenciación:
- “Por su parte, el artículo 15 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, entiende que es comunicación al público ‘todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes: (...) e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada’. Como puede verse, se protege la comunicación al público mediante retransmisión de las obras, pero no de las señales portadoras de programas. Luego, en el art. 39, al mencionar los derechos exclusivos de los organismos de radiodifusión, protege ‘la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento’...”²³

- 1.18. De esta manera, resulta evidente que la retransmisión es una forma de comunicación pública de una obra audiovisual, y en consecuencia la titularidad sobre el derecho de autor (la obra audiovisual) y sobre el derecho conexo (la señal de un organismo de radiodifusión) puede recaer o no en la misma persona. Esa situación no impide que los autores o titulares del derecho de autor puedan exigir a los organismos de radiodifusión y a las empresas que brindan el servicio de televisión por suscripción (televisión por cable, satelital u otras modalidades de señal cerrada) que cuenten con la debida autorización para ejecutar la comunicación pública a través de la retransmisión de sus obras audiovisuales²⁴.

Así, en primer lugar, se requiere la autorización del titular del derecho de autor de una obra audiovisual para su emisión o transmisión por parte de un organismo de radiodifusión. Ahora bien, si dicho organismo de radiodifusión es, además, titular del derecho de autor de una obra audiovisual (v.g., una telenovela), es evidente que puede emitirla o transmitirla directamente a través de su señal. En ambos casos, si la obra audiovisual, previamente radiodifundida, va a ser objeto de retransmisión por parte de un organismo de radiodifusión distinto al que efectuó la emisión o transmisión original, estamos frente a un nuevo acto de comunicación pública y, naturalmente, para que este pueda hacerse efectivo de forma lícita, es necesaria la autorización del titular del derecho de autor de la obra audiovisual, que puede ser el propio autor, una sociedad de gestión colectiva o un organismo de radiodifusión, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico N°01

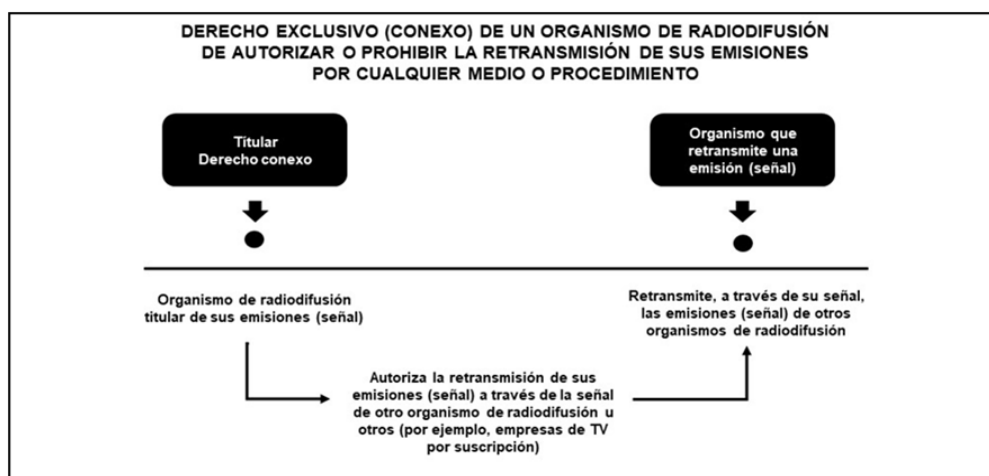


Fuente: elaboración propia.

De conformidad con lo señalado en el párrafo 5 (página 6) de la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020, lo expuesto en el gráfico precedente no varía en función de la implementación del régimen u obligación legal denominado como *must carry*.

- 1.19. Por otra parte, los organismos de radiodifusión, al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas, son titulares de derechos conexos, los cuales se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada.
- 1.20. El derecho reconocido a los organismos de radiodifusión es de contenido patrimonial, por cuanto se sustenta en el esfuerzo e inversión realizada por estos organismos para difundir sus **emisiones** al público.
- 1.21. Los organismos de radiodifusión son titulares de derechos conexos y en este sentido, el Artículo 39 de la Decisión 35125 les confiere, entre otros, el derecho exclusivo para autorizar o prohibir la retransmisión²⁶ de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico N°02



Fuente: elaboración propia.

- 1.22. En relación con los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, corresponde destacar lo establecido en el Artículo 33 de la Decisión 351:

“Artículo 33.- La protección prevista para los Derechos Conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en este Capítulo podrá interpretarse de manera tal que menoscabe dicha protección. En caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor”.

(Énfasis agregado)

- 1.23. Como se puede apreciar, el ejercicio de los derechos conexos de un organismo de radiodifusión —*v.g.*, la facultad de autorizar o prohibir la retransmisión de su señal—, de ninguna manera puede ser interpretado como una limitación o menoscabo de los derechos de autor que eventualmente pueda ostentar como titular de una obra audiovisual, previamente radiodifundida, la cual podría ser

objeto de retransmisión por un organismo distinto, en cuyo caso será necesario contar con su respectiva autorización. Lo anterior en virtud del denominado “principio de la ‘independencia de los derechos’, por el cual cada modalidad de explotación es independiente de las demás y cada una de ellas requiere del preceptivo consentimiento de los titulares de derechos y del pago de la remuneración correspondiente...”²⁷.

- 1.24. En consecuencia, el organismo de radiodifusión A (*v.g.*, una empresa de televisión de señal abierta) tiene el derecho exclusivo (derecho conexo) de autorizar la retransmisión de su señal²⁸ al organismo de radiodifusión B (*v.g.*, una empresa de televisión por suscripción o de señal cerrada). Adicionalmente, si el organismo de radiodifusión A es titular de derechos de autor de una obra audiovisual (*v.g.*, una telenovela), es necesario que el organismo de radiodifusión B cuente también con su autorización expresa para efectuar un nuevo acto de comunicación pública, a través de la retransmisión de dicha obra audiovisual.
- 1.25. De allí la importancia de diferenciar la retransmisión de una obra audiovisual (derecho de autor) de la retransmisión de la señal de un organismo de radiodifusión (derecho conexo). La retransmisión de una obra audiovisual califica como una nueva comunicación pública. La retransmisión de una señal, si bien no es una comunicación pública, sí se encuentra protegida por el Literal a) del Artículo 39 de la Decisión 351. Por tanto, una empresa que presta el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) tiene que obtener tanto una autorización del titular de la obra audiovisual que retransmite, como una autorización del organismo de radiodifusión titular de la señal que retransmite, en ambos casos, a través de su servicio. Ahora bien, si el organismo de radiodifusión es titular, además, de obras audiovisuales, la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción necesita dos autorizaciones de ese organismo de radiodifusión: una, por retransmitir la obra audiovisual (derecho de autor) de titularidad del organismo de radiodifusión; y la otra, por retransmitir la señal (derecho conexo) del referido organismo de radiodifusión.
- 1.26. En atención a lo expuesto, cuando las empresas que brindan el servicio de televisión por suscripción (o televisión de señal cerrada) retransmiten contenidos protegidos por el derecho de autor, existe una transmisión o grabación previa de la emisión original. Es decir, dichas empresas no forman parte del organismo de radiodifusión que realizó originalmente la emisión o transmisión de la obra audiovisual, ni tienen relación directa con los organismos de radiodifusión de los programas que retransmiten.²⁹
- 1.27. De esta manera, existirá comunicación pública de una obra audiovisual mediante retransmisión siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:
 - a) Que la retransmisión se realice por cualquiera de las formas de comunicación pública enunciadas en los Literales a), b), c) y d) del Artículo 15 de la Decisión 351.
 - b) Que la retransmisión de la obra radiodifundida, por cualquiera de las formas citadas anteriormente, sea realizada por un organismo de radiodifusión (*v.g.*, una empresa de televisión por suscripción o de señal cerrada) distinto al del origen.

- c) Que el contenido retransmitido por un organismo de radiodifusión se trate de una obra protegida por el derecho de autor.
- 1.28. La participación de los autores en los beneficios económicos de la radiodifusión se justifica en el principio de equidad. Ellos tienen derecho a una justa retribución por la difusión de su obra. La remuneración que debe percibir el autor debe ser proporcional a los ingresos que se obtengan por la explotación de la obra.³⁰
- 1.29. En el supuesto de que una persona natural o jurídica haga uso de señales de televisión para comunicar públicamente el contenido de obras audiovisuales, se evidencia un uso de los derechos que se ha reconocido a los distintos titulares y, a su vez, si el titular de esas obras protegidas ha inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para su protección y tutela, quien use o reproduzca la obra deberá necesariamente acudir a la entidad que custodia los derechos para solicitar la autorización para usar los derechos que ellas gestionan y pagar el precio que ellas fijen mediante las tarifas correspondientes.
- 1.30. Para que opere la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forma parte del repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva deben darse las siguientes condiciones:
- a) Se debe considerar la existencia de derecho de autor, en concreto de obras audiovisuales reconocidas a favor de sus titulares.
 - b) Que sus titulares hayan inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos.
 - c) Que se haya efectuado la comunicación pública de las obras audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa.»

«⁹ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, p. 183.

¹⁰ Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Organizado por la OMPI conjuntamente con la Oficina Europea de Patentes (OEP) y la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). Documento preparado por Emilia Aragón. *Contenido del Derecho Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones*, p. 13.
Disponible en:
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_23.pdf
(Consulta: 14 de septiembre de 2022)

¹¹ Ver Interpretación Prejudicial N° 33-IP-1999 de fecha 22 de marzo de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 565 del 12 de mayo de 2000.

¹² Dichas modalidades han sido desarrolladas por este Tribunal mediante Interpretación Prejudicial 398-IP-2016 del 5 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3023 del 22 de mayo de 2017.

¹³ Norma citada en el pie de página 2.

¹⁴ Hugo R. Gómez Apac, *La comunicación pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión de señales de radiodifusión: las Interpretaciones Prejudiciales 122-IP-20 y 139-IP2020 del Tribunal de Justicia de la*

Comunidad Andina, en Boletín informativo del Instituto Interamericano de Derecho de Autor - iida, noviembre de 2021, pp. 5-24.

15 *Ibidem*, p. 10.

16 Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), p. 79.

Disponible en:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf

(Consulta: el 14 de septiembre de 2022)

17 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), “*Glosario de términos y expresiones sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, en: Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI, Ginebra, 2003, p. 143.

Disponible en:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf

(Consulta: el 14 de septiembre de 2022)

18 Ver Interpretación Prejudicial N° 39-IP-1999 de fecha 1 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 522 del 11 de enero de 2000.

19 Hugo R. Gómez Apac, Op. Cit. p. 10.

20 *Ibidem*.

21 *Ibidem*.

22 Gustavo J. Schötz, *El derecho conexo de los organismos de radiodifusión y la necesidad de un nuevo tratado internacional*, en Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual, Argentina, N° 10, diciembre 2017.

Disponible en:

<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=ff81119d6d849a3a04b681a707a54339>

(Consulta: el 14 de septiembre de 2022).

23 *Ibidem*.

24 En este mismo sentido, Gustavo J. Schötz explica que “[un]efecto inmediato de la protección actualizada de los organismos de radiodifusión es la extensión indirecta a los titulares de los contenidos emitidos, como los titulares de derecho de autor y otros derechos conexos, patrocinantes de los eventos deportivos o de otro tipo...”.

Por su parte Wilson Rafael Ríos Ruíz, agrega que:

“El autor o titular de derechos de autor, por ejemplo el productor de una obra audiovisual, esta [sic] facultado para autorizar o prohibir el uso del derecho de comunicación pública de sus obras, los que se expresan en medio técnicos que permiten la captación visual o auditiva de la misma, a través de medios físicos o inalámbricos, manifestándose así prerrogativas tales como derecho de emisión, el de transmisión y el de retransmisión; todo lo cual estará establecido en la respectiva licencia de uso, donde se podrá limitar el territorio, la duración, el idioma, etc.”

(Subrayado agregado)

Wilson Rafael Ríos Ruiz, *Derechos de autor y derechos conexos en la televisión por satélite y televisión por cable*, en Revista La Propiedad Inmaterial, Departamento de la Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, N° 6/2003.

Disponible en:

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/1155>

(Consulta: el 14 de septiembre de 2022).

25 **Decisión 351.**

“**Artículo 39.-** Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;
- b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y,
- c) La reproducción de una fijación de sus emisiones”.

26 El Artículo 3 de la Convención de Roma define a la retransmisión de la siguiente manera: “la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión”.

El Artículo 3 de la Decisión 351 define la retransmisión como la: “Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo”.

27 Ricardo Antequera Parilli, Comentarios sobre Comunicación pública. Transmisión. Retransmisión. Independencia de los derechos. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013.

Disponible en:

<https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2419.pdf>

(Consulta: el 14 de septiembre de 2022)

28 La emisión o señal puede ser entendida como un vehículo, a través del cual, se transmiten o retransmiten contenidos o programas que pueden incluir obras audiovisuales protegidas por el derecho de autor.

29 Catalina Saffon y Corinne Chantrier, *Gestión colectiva de obras audiovisuales: Hacer frente a los desafíos, ayer y hoy*, 2009, en Revista de la OMPI, Ginebra, N° 5/2009.

Disponible en:

https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/05/article_0007.html

(Consulta: el 14 de septiembre de 2022).

30 *Ibidem.*»

Fuente: Ver párrafos 1.5. a 1.30. de las páginas 10 a 19 de la Interpretación Prejudicial **257-IP-2021** del 21 de septiembre de 2022, que constan en las páginas 48 a 57 de la GOAC 5049 del 4 de octubre de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205049.pdf>

Título 10

De los derechos conexos de organismos de radiodifusión

Capítulo I

Organismos de radiodifusión como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos⁸

- «2.1. El Artículo 3 de la Decisión 351 define al organismo de radiodifusión como la “*Empresa de radio o televisión que transmite programas al público*”.
- 2.2. Los organismos de radiodifusión, al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas, son titulares de derechos conexos, los cuales se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización, o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada.
- 2.3. Si bien los derechos conexos no son propiamente creaciones artísticas, literarias, científicas, sí contienen suficiente creatividad, dimensión técnica y disposición como para alcanzar la concesión de un derecho de propiedad intelectual.
- 2.4. La protección de los derechos conexos como los conferidos a los organismos de radiodifusión están contemplados en la Decisión 351. El Artículo 42 de dicha Decisión remite a la Convención de Roma Protección de los Artistas Intérpretes

⁸ Nota: se repite el marco teórico para mantener concordancia con los siguientes temas a tratar. Se debe tomar en cuenta que los criterios jurídicos interpretativos contenidos la interpretación prejudicial 257-IP-2021 se vinculan a los temas desarrollados en el proceso 144-IP-2020, los cuales fueron reconocidos como un acto aclarado mediante Auto del 28 de julio de 2023, emitido en el proceso 578-IP-2019. Este Auto fue adoptado por voto en mayoría dado que la magistrada Sandra Catalina Charris no participó, al haber presentado abstención. El Auto del 28 de julio de 2023 fue publicado en la GOAC 5257 del 31 de julio de 2023 y está disponible en el siguiente enlace:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205257.pdf>

o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (en adelante, la **Convención de Roma**), lo referido a los límites a los derechos conexos antes mencionados.

- 2.5. El derecho reconocido a los organismos de radiodifusión es de contenido patrimonial, por cuanto se sustenta en el esfuerzo e inversión realizada por estos organismos para difundir sus emisiones al público.
- 2.6. Los organismos de radiodifusión son titulares de derechos conexos y en este sentido, el Artículo 39 de la Decisión 351 les confiere los siguientes derechos exclusivos para autorizar o prohibir:
 - a) La retransmisión³¹ de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;
 - b) La fijación de sus emisiones sobre una base material;
 - c) La reproducción de una fijación de sus emisiones.
- 2.7. Por su parte, la Convención de Roma, en su Artículo 13, les confiere los siguientes derechos (de autorizar o prohibir):
 - a) La retransmisión de sus emisiones;
 - b) La fijación sobre una base material de sus emisiones;
 - c) La reproducción de: (i) las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento; y, (ii) las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el Artículo 15 de la Convención de Roma, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo;
 - d) La comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando estas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada.
- 2.8. Dentro del siguiente tema se analizará con mayor profundidad lo relacionado con el derecho exclusivo a la retransmisión de las emisiones de televisión de los organismos de radiodifusión.»

«³¹ El Artículo 3 de la Convención de Roma define a la retransmisión de la siguiente manera: “la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión”.

El Artículo 3 de la Decisión 351 define la retransmisión como la: “Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por la difusión inalámbrica, de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo”.»

Fuente: Ver párrafos 2.1. a 2.7. de las páginas 19 a 20 de la Interpretación Prejudicial **257-IP-2021** del 21 de septiembre de 2022, que constan en las páginas 57 a 58 de la GOAC 5049 del 4 de octubre de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205049.pdf>

Capítulo II

El derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de televisión por cualquier medio o procedimiento⁹

- «3.1. Los organismos de radiodifusión, que emiten las señales de radio y televisión, gozan de un derecho exclusivo sobre sus emisiones, contando así con la facultad de autorizar o prohibir la retransmisión de las referidas emisiones o difusiones.
- 3.2. La **retransmisión** no autorizada de señales implica, por cierto, la **redistribución** de emisiones sin el consentimiento expreso o el conocimiento del titular de los derechos.
- 3.3. El derecho exclusivo existe en la medida que los referidos organismos son titulares de derechos conexos respecto de sus propias emisiones. Esta titularidad justifica el que los organismos de radiodifusión tengan el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o

⁹ Nota: se debe tomar en cuenta que los criterios jurídicos interpretativos contenidos la interpretación prejudicial 257-IP-2021 se vinculan a los temas desarrollados en el proceso 144-IP-2020, los cuales fueron reconocidos como un acto aclarado mediante Auto del 28 de julio de 2023, emitido en el proceso 578-IP-2019. Este Auto fue adoptado por voto en mayoría dado que la magistrada Sandra Catalina Charris no participó, al haber presentado abstención. El Auto del 28 de julio de 2023 fue publicado en la GOAC 5257 del 31 de julio de 2023 y está disponible en el siguiente enlace:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205257.pdf>

procedimiento, lo que a su vez significa que pueden autorizar la retransmisión de sus señales de modo gratuito o a cambio de un pago o remuneración.

- 3.4. Una facultad intrínseca a dicha titularidad, y al mencionado derecho exclusivo, es que el organismo de radiodifusión tiene la potestad de decidir si la totalidad de su señal, o solo determinados contenidos de su señal, pueden ser retransmitidos por otros operadores, a título gratuito u oneroso. Según las particularidades de cada caso, los referidos organismos podrían acordar con otros operadores que toda su señal sea retransmitida de manera libre o a cambio de una contraprestación, o que solo ciertos contenidos sean retransmitidos a cambio de recibir la remuneración correspondiente.
- 3.5. El tema de los otros operadores nos lleva a diferenciar a las empresas de televisión de señal abierta, que son los organismos de radiodifusión a que se refiere el Artículo 39 de la Decisión 351, de las empresas de televisión por suscripción (llamada también televisión por cable o televisión de señal cerrada), que son los otros operadores mencionados en el párrafo anterior.
- 3.6. La señal de una empresa de televisión de señal abierta es libre en el sentido de que puede ser captada por cualquier persona (para su uso personal) que tenga un televisor en el área de influencia de dicha empresa. Esta área de influencia es el ámbito geográfico de alcance de la mencionada señal. En cambio, la señal de una empresa de televisión por suscripción (señal cerrada) solo puede ser captada — lícitamente— por los suscriptores, que son las personas que han celebrado un contrato con la referida empresa y pagan una contraprestación.
- 3.7. Relacionado con lo que se viene explicando, en la Interpretación Prejudicial 225-IP-2015 se mencionó lo siguiente:

“2.4 En cualquier caso, es importante precisar que el Artículo 39 literal a) de la Decisión 351, al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, se entiende que los organismos de radiodifusión de señal abierta puedan impedir que un organismo de radiodifusión de señal cerrada retransmita sus emisiones¹⁴...”

¹⁴ Véase, en ese sentido, PALLETE FOSSA, Arturo. ‘¿Deben las empresas de radiodifusión por cable retransmitir obligatoriamente a los canales de televisión abierta?’. En: ‘Derecho de las Telecomunicaciones’, Círculo de Derecho Administrativo, 2008, pp. 242-253, especialmente pp. 246 y 249.”

- 3.8. En el texto antes citado, este Tribunal mencionó que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 39 literal a) de la Decisión 351, al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, las empresas de televisión de señal abierta tienen el derecho de impedir que una empresa de televisión por suscripción (televisión de señal cerrada o cable) retransmita su señal o sus emisiones. Resulta pertinente explicar en esta oportunidad que ese derecho de impedir, visto desde una perspectiva negativa, implica desde una perspectiva positiva el derecho de autorizar la retransmisión, lo que a su vez puede ocurrir de modo gratuito u oneroso. En este sentido, y en ejercicio de sus libertades de empresa y contractual, la empresa de televisión de señal abierta decidirá si la retransmisión es total (toda la señal) o parcial

(determinados contenidos de la señal), y en cualquier caso si es gratuita u onerosa.

3.9. En la nota a pie número 14 de la Interpretación Prejudicial 225-IP-2015 se cita un artículo académico³² que tiene como reflexiones finales las siguientes:

- a) La relación entre una empresa de televisión de señal abierta y una empresa de televisión por suscripción (servicio de cable) puede ser de libertad contractual o de regulación.
- b) En un escenario de libertad contractual existe tanto la libertad de celebrar contratos como la libertad de negarse a celebrarlos. En este escenario serán las empresas de televisión por suscripción las interesadas en contar en su parrilla con los canales de televisión de señal abierta que tengan un contenido apreciado por sus usuarios y, a su vez, los referidos canales se preocuparán en tener una mejor programación para ser atractivos no solo para su teleaudiencia, sino también para (los suscriptores de) las empresas de televisión por suscripción.
- c) En un escenario de regulación en el que por disposición estatal la señal del canal de televisión abierta deba ser incorporada a la parrilla de una empresa de televisión por suscripción (cable), la empresa de televisión de señal abierta debe recibir una contraprestación por su programación. Esta contraprestación, en principio, debe ser pactada libremente entre la empresa de señal abierta y la empresa de señal cerrada (cable).

3.10. Lo anterior pone de relieve los posibles escenarios que existen al ejercer el derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones consagrado en el Artículo 39 de la Decisión 351, o por el contrario cuando existe un mandato legal que limita dicho derecho, tema que se tratará más adelante en la presente Interpretación Prejudicial.»

«³² Véase, en ese sentido, PALLETE FOSSA, Arturo. “¿Deben las empresas de radiodifusión por cable retransmitir obligatoriamente a los canales de televisión abierta?”. En: “Derecho de las Telecomunicaciones”, Círculo de Derecho Administrativo, 2008, pp. 242-253, especialmente pp. 246 y 249.”»

Fuente: Ver párrafos 3.1. a 3.10. de las páginas 20 a 22 de la Interpretación Prejudicial **257-IP-2021** del 21 de septiembre de 2022, que constan en las páginas 58 a 60 de la GOAC 5049 del 4 de octubre de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205049.pdf>

Capítulo III

Las limitaciones y excepciones a los derechos de los organismos de radiodifusión en virtud de lo señalado en la Decisión 351 y la Convención de Roma. Licencias o autorizaciones obligatorias¹⁰

- «4.1. La Decisión 351 regula lo pertinente a la protección de sujetos de derechos distintos al autor, los cuales son titulares de derechos conexos. (...) los derechos conexos tienen una naturaleza distinta al derecho de autor. En tal sentido, es importante reafirmar que los sujetos de este tipo de derechos son los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.
- 4.2. Cada uno de estos sujetos de derecho, según la normativa comunitaria, tienen derechos patrimoniales y en particular los artistas intérpretes o ejecutantes poseen derechos morales, establecidos en el Artículo 35 de la Decisión 351.

¹⁰ Nota: se repite el marco teórico para mantener concordancia con los siguientes temas a tratar. Se debe tomar en cuenta que los criterios jurídicos interpretativos contenidos la interpretación prejudicial 257-IP-2021 se vinculan a los temas desarrollados en el proceso 144-IP-2020, los cuales fueron reconocidos como un acto aclarado mediante Auto del 28 de julio de 2023, emitido en el proceso 578-IP-2019. Este Auto fue adoptado por voto en mayoría dado que la magistrada Sandra Catalina Charris no participó, al haber presentado abstención. El Auto del 28 de julio de 2023 fue publicado en la GOAC 5257 del 31 de julio de 2023 y está disponible en el siguiente enlace:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205257.pdf>

- 4.3. El Capítulo X de la Decisión 351 regula la protección de los Derechos Conexos, dentro del cual se encuentra el Artículo 42, el cual establece que:

“**Artículo 42.-** En los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los Países Miembros **podrán establecer límites a los derechos reconocidos en el presente Capítulo**”.

(Énfasis agregado)

- 4.4. Teniendo en cuenta lo anterior, a diferencia del régimen de derecho de autor, la norma andina no establece una lista de limitaciones y excepciones a los derechos conexos, haciendo una remisión expresa a lo regulado en la Convención de Roma.
- 4.5. La Convención de Roma faculta a los Estados suscriptores a establecer un régimen de excepciones y limitaciones de carácter general aplicable a las tres categorías de beneficiarios de la referida convención, señalando en el Artículo 15 lo siguiente:

“**Artículo 15:**

[Excepciones autorizadas: 1. Limitaciones a la protección;
2. Paralelismo con el derecho de autor]

1. Cada uno de los Estados Contratantes podrá establecer en su legislación excepciones a la protección concedida por la presente Convención en los casos siguientes:
 - a) cuando se trate de una utilización para uso privado;
 - b) cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad;
 - c) cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones;
 - d) cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica.
 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 de este Artículo, todo Estado Contratante podrá establecer en su legislación nacional y respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Sin embargo, no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención.”
- 4.6. Según lo establecido en la Convención de Roma, cada Estado contratante **podrá** establecer un régimen de limitaciones y excepciones, en su legislación interna, en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de una utilización de uso privado

La Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas³³, explica que esta limitación en principio puede tratarse de una utilización

individual de la obra, que implica la ausencia de fines de lucro. Dependiendo de cada una de las categorías de beneficiarios, las formas de uso privado pueden variar.

b) Utilización de fragmentos breves cuando se dan informaciones sobre acontecimientos de actualidad

Haciendo una analogía con lo regulado en el Convenio de Berna, en el Numeral 1 del Artículo 10*bis*³⁴, se puede establecer que el fin de la presente excepción es satisfacer las necesidades informativas, no poniendo restricción alguna a los reportes de actualidad. En este sentido, será válida la reproducción o transmisión al público de artículos de actualidad cuyo contenido sea de carácter político, económico o religioso, publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, siempre y cuando no se haya efectuado reserva alguna. A su vez, la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección.

c) Cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones

La Decisión 351, en su Artículo 3, define a la grabación efímera de la siguiente manera:

“Fijación sonora (...) o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un periodo transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión.”

La Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas, acoge la definición reseñada en la Decisión 351, al establecer que la fijación efímera, es la que se realiza directamente por los organismos de radiodifusión, con sus propios medios para sus propias emisiones, sin intervención de una empresa exterior y cuya finalidad es eminentemente técnica.

Por su parte, la OMPI³⁵ establece que la grabación efímera, hace referencia a una fijación de corta duración, fugaz, pasajera, lo cual, en el entendido del apartado citado, alude a la libertad de llevar a cabo una fijación, para una repetición de la emisión del propio órgano de radiodifusión, en un plazo relativamente breve.

d) Cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica

Esta excepción nace de la necesidad de lograr un equilibrio entre el interés público representado en el derecho de educación y acceso a la cultura, en contraposición a la protección de los derechos conexos y de autor; sin embargo, según lo enunciado por la OMPI y Tratados Internacionales como el Convenio de Berna, es necesario que dicha utilización se realice en la medida justificada por el fin perseguido³⁶.

Lo anterior quiere decir que la utilización que se realice debe estar destinada exclusivamente a la enseñanza, descartando de esta manera cualquier actividad de entretenimiento que tenga lugar en instituciones educativas, respetando en todo momento el derecho de cita o de paternidad de las obras.

“Mihály Ficsor²⁴ [señala] que la expresión ‘utilizar (...) a título de ilustración de la enseñanza’ se extiende tanto a partes de obras como a las obras enteras, siempre que no vaya más allá del concepto de ilustración para la enseñanza. A su vez, las obras completas se entiende que son obras de corta extensión (por ejemplo, obras gráficas o fotográficas individuales) pues el uso libre de obras más voluminosas puede no corresponder al concepto de simple ilustración.”

“24 FICSOR, Mihály. ‘Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital’. CERLALC, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá, 2007. Pág. 27”³⁷

4.7. El Artículo 15 la Convención de Roma señala en su párrafo segundo lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 de este Artículo, todo Estado Contratante podrá establecer en su legislación nacional y respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. (...)”.

El párrafo reseñado hace alusión a la posibilidad que tiene el Estado contratante de establecer en su legislación nacional limitaciones diferentes a las consagradas en el párrafo primero del Artículo 15 de la Convención de Roma, siempre y cuando las limitaciones sean de la misma naturaleza a las establecidas en la legislación nacional, respecto de la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas.

Licencias o autorizaciones obligatorias

4.8. Al igual que en los derechos de autor, la Convención de Roma contempla la figura de las licencias obligatorias en el segundo párrafo del Artículo 15, el cual señala que:

“(...) Sin embargo, no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención.”

4.9. Conforme al párrafo citado se faculta a los Estados la posibilidad de incluir un límite más a los derechos conexos, consistente en la implementación de un posible régimen de licencias obligatorias.

4.10. Una interpretación sistemática del Artículo 42 de la Decisión 351 con el Numeral 2 del Artículo 15 de la Convención de Roma permite inferir que una de las limitaciones a los derechos conexos son las licencias o autorizaciones obligatorias establecidas por los Estados, las cuales tienen que ser compatibles con las disposiciones del referido convenio internacional.

- 4.11. Como lo explica Sam Ricketson en un estudio preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, la única restricción a la adopción de limitaciones y excepciones, para los derechos protegidos en virtud de la Convención de Roma es que solo podrán imponerse licencias obligatorias en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la misma convención³⁸.
- 4.12. En conclusión, cualquier autorización obligatoria o licencia obligatoria o legal establecida por un Estado, que limite un derecho conexo, debe respetar las disposiciones contenidas en los tratados internacionales que regulan las limitaciones a los derechos conexos.
- 4.13. Una vez aclarada la posibilidad que tienen los Estados de incluir un régimen de licencias obligatorias en su ordenamiento nacional, resulta pertinente explicar lo referido a la definición y alcance de las licencias obligatorias o legales³⁹ debido a la alusión que se hizo de dichas licencias en Interpretación Prejudicial 225-IP-2015, tal como se aprecia a continuación:

“2.4 En cualquier caso, es importante precisar que el Artículo 39 literal a) de la Decisión 351, al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, se entiende que los organismos de radiodifusión de señal abierta puedan impedir que un organismo de radiodifusión de señal cerrada retransmita sus emisiones¹⁴, **salvo en los casos de licencias obligatorias o legales que deben estar reguladas por la normativa nacional, tal y como lo prevé el Artículo 32 de la Decisión 351**”.

(Énfasis agregado)

- 4.14. La primera parte del párrafo citado (sin el resaltado) se refiere al escenario de libertad contractual⁴⁰ (referido al derecho exclusivo a favor de los organismos de radiodifusión, consistente en autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento), según el cual las empresas de televisión de señal abierta se ponen de acuerdo con las empresas de televisión por suscripción si la totalidad o una parte de la señal de las primeras se incorpora a la parrilla de las segundas, ya sea a título gratuito u oneroso (el pago de una contraprestación).

La segunda parte del párrafo citado (con el resaltado) se refiere al escenario de regulación⁴¹, el cual puede expresarse a través de las licencias obligatorias o legales.

- 4.15. Las licencias obligatorias y legales son modalidades de “licencias no voluntarias”. Ricardo Antequera entiende como “licencias no voluntarias” (que pueden ser tanto obligatorias como legales) las que, por vía de excepción, establecen algunas legislaciones con relación a determinadas utilidades que en principio forman parte del derecho exclusivo del autor⁴² de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa⁴³. En el mismo sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI señala que a través de las licencias no voluntarias se permite la utilización de una obra sin la autorización de un titular de derechos, pero requieren que se pague una compensación por la utilización⁴⁴. En efecto,

las licencias no voluntarias exigen compensación al titular de los derechos por la explotación no autorizada.⁴⁵

4.16. Según Ricardo Antequera Parilli y Ricardo Enrique Antequera^{46, 47}, las licencias no voluntarias (tanto las legales como las obligatorias) deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Otorgan al licenciatario un derecho no exclusivo, conforme a las condiciones permitidas y especificadas en la licencia.
- b) Son intransferibles.
- c) Deben respetar el derecho moral⁴⁸ (paternidad e integridad).
- d) Se debe asegurar al autor una **remuneración equitativa**, fijándose una tarifa, la misma que puede ser determinada por la entidad de sociedad de gestión colectiva o bien instituyendo a una instancia judicial o arbitral, en caso las partes no lleguen a un acuerdo.
- e) Sus efectos se limitan al país que las ha establecido.

4.17. En general no solo la OMPI sino diversa doctrina jurídica consultada coincide en que respecto de las licencias obligatorias y legales se debe asegurar una remuneración equitativa a favor del titular del derecho. Así, por ejemplo, Alfredo Vega Jaramillo sostiene que:

“Otra limitación al derecho de autor está constituida por las licencias legales y las licencias obligatorias. Estas son autorizaciones de uso que limitan al titular el ejercicio pleno del derecho patrimonial de autor.

En las licencias legales, se autoriza por la ley la utilización de una obra protegida por el derecho de autor, previo el cumplimiento de unas condiciones que establece la ley y **mediante el pago de una remuneración al titular**.

En las licencias obligatorias, que son formas especiales de permiso que se conceden obligatoriamente, la autorización está sujeta a una previa solicitud y al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. La licencia obligatoria es intransferible y no exclusiva; para determinadas modalidades de explotación, y se concede previo el pago **de una remuneración equitativa al titular del derecho**.”⁴⁹

(Énfasis agregado)

4.18. En consecuencia, a modo de ejemplo, en el escenario de regulación, si mediante una licencia no voluntaria (obligatoria o legal) se ha establecido que la señal de la empresa de televisión abierta (organismo de radiodifusión) debe incorporarse a la parrilla de una empresa de televisión por suscripción (televisión por cable o de señal cerrada), la primera debe recibir de la segunda una remuneración equitativa la que, en principio, debe ser fruto de un acuerdo entre ambas.

4.19. Hay que señalar que el acto legislativo o administrativo que sustenta la licencia no voluntaria debe mencionar de modo expreso que se está ante la presencia de una licencia legal o de una licencia obligatoria, así como indicar el mecanismo a ser utilizado para la determinación de la remuneración equitativa que deberá pagar el explotador de la obra al titular de los derechos que, de preferencia, debería ser por acuerdo entre las partes.

- 4.20. En conclusión, la retransmisión de las emisiones de un organismo de radiodifusión podría operar en virtud de: i) una autorización; ii) en el ejercicio de una limitación o excepción a un derecho conexo; iii) por mandato de una licencia no voluntaria, caso en el cual se tendrá que verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Interpretación Prejudicial⁵⁰.»

«³³ OMPI - Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas*, Ginebra, 1982. p. 78.
Disponible en:
http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/617/wipo_pub_617.pdf
(Consulta: 14 de septiembre de 2022).

³⁴ **Convenio de Berna para protección de obras literarias y artísticas.**

“Artículo 10bis

Otras posibilidades de libre utilización de obras :

1. De algunos artículos y obras radiodifundidas; 2. De obras vistas u oídas en el curso de acontecimientos de actualidad

1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección.”

³⁵ OMPI - Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, p. 84.
Disponible en:
http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf
(Consulta: 14 de septiembre de 2022).

³⁶ Guía Estudio Sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe, p. 50.
Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130303
(Consulta: 14 de septiembre de 2022).

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ Sam Ricketson, *Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones Relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el Entorno Digital*, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, Documento SCCR/9/7, Ginebra, 5 de abril de 2003, p. 48.

³⁹ Las limitaciones a los derechos conexos se encuentran reguladas en el Artículo 42 de la Decisión 351, norma que establece que en los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los países miembros podrán establecer límites a los derechos conexos reconocidos en el Capítulo X de la Decisión 351.

Con relación a lo anterior, el Numeral 2 del Artículo 15 de la Convención de Roma establece que los Estados podrán establecer en su legislación nacional y respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Sin embargo, no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 42 de la Decisión 351 y en el Numeral 2 del Artículo 15 de la Convención de Roma, una de las limitaciones a los derechos conexos son las

licencias o autorizaciones obligatorias establecidas por los Estados, las cuales tienen que ser compatibles con las disposiciones del referido convenio internacional.

A lo anterior hay que agregar que en ningún caso las licencias legales u obligatorias previstas en las legislaciones internas de los países miembros podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor, tal como lo establece el Artículo 32 de la Decisión 351.

- 40 Descrito en el literal b) del párrafo 3.9. de la sección F de la presente Interpretación Prejudicial [257-IP-2021].
- 41 Descrito en el literal c) del párrafo 3.9. de la sección F de la presente Interpretación Prejudicial [257-IP-2021].
- 42 El caso de los derechos conexos se refiere al derecho exclusivo en cabeza de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.
- 43 Ricardo Antequera Parilli, *Los límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor*, en AA. VV. (Carlos Rogel Vide, Director), *Los Límites del Derecho de Autor*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2006, pp. 12 - 13.
- 44 Oficina Internacional de la OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Nociones Básicas sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, p. 10.
En: http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/activities/pdf/basic_notions.pdf
(Consulta: 14 de septiembre de 2022).
- 45 Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, segunda edición, 2016, p. 15.
En: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf
(Consulta: 14 de septiembre de 2022).
- 46 ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y ANTEQUERA, Ricardo Enrique. *Las Licencias Obligatorias como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual*, pp. 18-21.
En: <http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-las-licencias-obligatorias.pdf>
(Consulta: 14 de septiembre de 2022).
- 47 Que citan a su vez a: Delia Lipszyc, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ed. UNESCO / CERLALC / Zavalía, Buenos Aires, 1993, pp. 240-241.
- 48 Sobre el particular, resulta pertinente agregar que en el caso de los derechos conexos se identifican derechos morales en cabeza de artistas, intérpretes o ejecutantes (Artículo 35 de la Decisión 351).
- 49 VEGA JARAMILLO, Alfredo. *Manual de Derecho de Autor*. Dirección Nacional de Derecho de Autor - Unidad Administrativa Especial del Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, Bogotá, 2010, p. 48.
- 50 Especialmente lo referido a la mención expresa de que se está ante una licencia legal u obligatoria y la indicación de la forma de determinación de la remuneración equitativa a favor del titular de los derechos.»

Fuente: Ver párrafos 4.1. a 4.20. de las páginas 22 a 30 de la Interpretación Prejudicial **257-IP-2021** del 21 de septiembre de 2022, que constan en las páginas 60 a 68 de la GOAC 5049 del 4 de octubre de 2022, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205049.pdf>

Título 11

De las sociedades de gestión colectiva

Capítulo I

Las sociedades de gestión colectiva. Su naturaleza, facultades, obligaciones y los requisitos de cumplimiento para la concesión de la autorización de funcionamiento

«1. Noción de Sociedades de Gestión Colectiva

(...)

- 1.3. Si bien la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no define a las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y de los derechos conexos, este Tribunal se ha referido a ellas en el siguiente sentido:

“Las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, son organizaciones de derecho privado destinadas a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos. Pueden ser socios de las sociedades de gestión colectiva los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte y los titulares de derechos conexos de otra, pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral (...)”⁴

- 1.4. Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ha manifestado los siguiente:

“Por gestión colectiva se entiende el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por intermedio de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses de estos últimos. (...) Las organizaciones de gestión colectiva ‘tradicionales’, que actúan en representación de sus miembros, negocian las tarifas y las condiciones de utilización con los usuarios, otorgan licencias y autorizaciones de uso, y recaudan y distribuyen las regalías.

*El titular del derecho no participa directamente en ninguna de esas tareas”.*⁵

- 1.5. En conclusión, este tipo de sociedades son entes sin fin de lucro, que conllevan en sí la responsabilidad de gestionar los derechos de explotación y otros de orden patrimonial a cuenta y en custodia de los intereses de un conglomerado de autores o titulares de derechos de autor bajo su autorización.
- 1.6. Las sociedades de gestión colectiva son creadas con la finalidad de que una sola persona jurídica sea el representante de varios titulares o autores, quien pueda efectuar la labor de hacer valer los derechos de sus representados. Si aisladamente cada autor intentara efectuar el cobro de puerta en puerta de los derechos económicos que le confiere la ley, por temas de tiempo, procesos y demás, le sería imposible efectuarlo; en cambio, apoyado en una sociedad de gestión colectiva, es ella quien se encarga de a su vez hacer las gestiones necesarias para que el autor se vea protegido y reciba el valor económico que le corresponde por reproducción de sus obras.

Naturaleza jurídica

- 1.7. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de las sociedades de gestión colectiva. El tratamiento de dichas entidades varía de conformidad con las diferentes legislaciones⁶. La normativa comunitaria no determina explícitamente la naturaleza jurídica de tales organizaciones, pero de la regulación contenida en el Capítulo XI de la Decisión 351 se desprende lo siguiente: son instituciones de naturaleza privada, sin ánimo de lucro y sometidas a la inspección y vigilancia del Estado. Se constituyen de conformidad con las normas nacionales internas sobre la materia (Literal a) del Artículo 45 de la Decisión 351).
- 1.8. Las sociedades de gestión colectiva perciben y reparten el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan. Ellas negocian las autorizaciones por concepto de uso de obras que forman parte del repertorio representado por ellas y persiguen los usos no autorizados de estas obras. Con el fin de realizar su actividad, la cotización necesaria para cubrir los gastos de gestión es deducida del monto total recaudado en representación de sus miembros⁷.
- 1.9. Cabe mencionar que, en ciertos casos, las legislaciones nacionales prevén la obligatoriedad de la gestión colectiva⁸. En dichos casos, los derecho-habientes no pueden ejercer sus derechos por ellos mismos, sino a través de una sociedad de gestión colectiva. Se trata, particularmente, de los casos de copia privada (reprografía), copia familiar, préstamo al público y retransmisión de programas de televisión y de radio por parte de empresas de tele-distribución⁹.
- 1.10. La vigilancia estatal está basada en la importancia que revisten los derechos de autor y conexos en la sociedad. Son derechos que se encuentran en la base del desarrollo cultural y social, siendo por lo tanto un asunto de interés general. Sobre el tema, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“En definitiva, supervisión estatal no significa intervencionismo, sino vigilancia para la tutela de intereses colectivos, siempre bajo el principio de la legalidad, de modo que sin una intromisión excesiva en la autonomía de las entidades de gestión como personas jurídicas de derecho privado,

*se asegure la administración eficaz y transparente de todo un acervo cultural universal involucrado”.*¹⁰

Necesidad de las sociedades de gestión colectiva

- 1.11. El Tribunal, en la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 22-IP-98 de fecha 25 de noviembre de 1998, justificó la existencia de las sociedades de gestión colectiva expresándose de la siguiente manera:

“La existencia de la sociedad de gestión colectiva se justifica por la doctrina, por los siguientes motivos:

- a) El ejercicio individual del derecho de autor resulta de muy difícil cumplimiento frente a la diversidad de usos que de la producción artística o literaria se realiza a través de comunicaciones públicas como radio, televisión, salas de fiesta, tecnología digital, etc.*
- b) Los derechos de simple remuneración concedidos a los artistas por la Convención de Roma y por las leyes nacionales no podrían llevarse a efecto sin la gestión colectiva.*
- c) La existencia de un gran número de artistas, escritores y en general titulares de derechos de autor con una relativamente débil posición negociadora y contractual para salvaguardar los derechos de remuneración, requiere de una efectiva representación por conducto de las sociedades de gestión.*
- d) La garantía para el usuario de poder obtener licencia de uso por parte de una sociedad de gestión, que representa a todos los artistas.*

En síntesis, la administración colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos se justifica cuando tales derechos ‘no pueden ejercerse en la práctica de manera individual o cuando desde el punto de vista económico sea desventajosa’¹¹.

La existencia de estas sociedades se justifica aún más frente al progreso y desarrollo de la tecnología digital que permite almacenar una inmensa cantidad y combinación de categorías de obras y fonogramas y en general de datos combinados en sistemas de multimedia, sistemas en los que las sociedades de gestión están en mejor capacidad de seguir el rastro de las interpretaciones o ejecuciones de obras protegidas por derecho de autor, respecto de las cuales ha concedido licencia.”¹²

- 1.12. Adicionalmente, en la era de usos masivos, las sociedades de gestión colectiva crean un puente entre los creadores culturales y los utilizadores de obras, sirviendo de nexo entre ellos. Dichas sociedades reagrupan los derechos y, de esta manera, facilitan su adquisición por parte de los usuarios. A la inversa, ellas garantizan a los creadores culturales una remuneración por el uso de sus obras¹³.
- 1.13. En otras palabras, la gestión colectiva no beneficia únicamente a los titulares de derechos, sino también a los usuarios, quienes en vez de tratar de localizar a cada uno de los titulares a los fines de obtener la autorización de uso y de cancelar la contraprestación debida, pueden dirigirse a la sociedad correspondiente —que representa al repertorio respectivo— y, a través de dicha entidad, cumplir con las obligaciones derivadas de la explotación de todo un catálogo, nacional e internacional¹⁴.
- 1.14. En síntesis, su existencia se justifica en el sentido de velar por la protección de los derechos de los titulares de derechos de autor, siempre y cuando su misión

esté en armonía con las disposiciones legales. Adicionalmente, la otra gran justificación consiste en comportar una garantía para el usuario de la obra, interpretación o ejecución artísticas, o fonograma, según sea el caso¹⁵.

Composición y relación con sus afiliados

1.15. La estructura orgánica de las sociedades de gestión colectiva se debe acomodar a lo que establezca para el efecto la normativa interna de cada país miembro (Principio de Complemento Indispensable), y se debe plasmar en sus respectivos estatutos. La Decisión 351 no determina cuáles son los órganos societarios, pero en el Literal j) del Artículo 45 se prevé el funcionamiento de una Asamblea General, y en el Artículo 50 se señala que dichas sociedades están obligadas a inscribirse ante la oficina nacional competente, de conformidad con la normativa interna, la designación de los miembros de sus órganos directivos.

1.16. Los miembros de las sociedades de gestión colectiva son los titulares de los derechos patrimoniales de autor y conexos que se afilien a la misma. La Decisión 351 establece ciertas pautas en relación con dicha afiliación y las condiciones de participación:

- a) La afiliación será voluntaria, salvo que la normativa interna de los países miembros prevea algo diferente (Artículo 44).

Por medio del contrato de afiliación que celebran las partes no se transmiten los derechos de propiedad intelectual, tampoco se otorgan derechos para explotar las obras; mediante dicho contrato se faculta para que la sociedad de gestión colectiva administre los derechos de propiedad intelectual de su afiliado, concediendo a terceros usuarios autorizaciones no exclusivas y haciendo valer los mencionados derechos en cualquier clase de procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas procesales que para el efecto consagre el respectivo país miembro¹⁶.

La Decisión 351 no regula específicamente el contrato de gestión y, por lo tanto, este será regulado, en virtud del principio de complemento indispensable, por la normativa interna de cada país miembro¹⁷.

- b) La sociedad de gestión colectiva debe reconocer a sus miembros un derecho de participación apropiado en las decisiones de la institución (Literal d) del Artículo 45). Esto se basa en que debe tener un reglamento de socios, tarifas y distribución (Literal g) del Artículo 45). Al respecto, es pertinente citar lo señalado en la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 136-IP-2013 de fecha 13 de noviembre de 2013:

“Cuando la norma prevé que se debe reconocer a los miembros de la sociedad colectiva un derecho de ‘participación apropiado’, el legislador comunitario no estaba pensando únicamente en los autores que reciben grandes sumas de dinero por la gestión de sus derechos de autor. Estaba sopesando en el interés público que está detrás de esta figura de gestión colectiva. La protección de los derechos de autor y conexos, en donde evidentemente se encuentra la labor de las mencionadas sociedades, no puede ser únicamente dirigida a la protección de los

autores de ‘espectáculo rentable’; esta no es ni puede ser la finalidad de dicha protección. Si bien la industria del espectáculo, en todos sus niveles, genera grandes sumas de dinero, no se puede descuidar la esencia propia de una protección de los derechos de autor: la salvaguardia de la creación del espíritu humano representada en obras, ya que esto condensa ciertos bienes culturales que le interesa a la generalidad de individuos de una sociedad.

El Tribunal advierte que una cosa es la distribución equitativa de los recaudos, y otra es la participación en las decisiones de la entidad. La normativa comunitaria, de conformidad con lo expuesto, no puede hacer depender la participación al nivel de distribución. Debe quedar claro que las sociedades de gestión colectiva no tienen un carácter eminentemente mercantil.

Por lo tanto, el legislador comunitario, precisamente con la norma estudiada, previó una adecuada participación de todos los miembros de la sociedad colectiva: los artistas de ‘gran rentabilidad’ y los que no han logrado o no les interesa dicha ‘gran rentabilidad’. De conformidad con el interés público que cobija las sociedades de gestión colectiva, la participación apropiada es el espacio que la normativa comunitaria abre para una real y efectiva participación de todos los grupos de autores, intérpretes o ejecutantes miembros de éstas.

En consecuencia, el Tribunal entiende que una participación apropiada es la que permite una adecuada participación de todos los grupos de miembros. En este sentido, las sociedades de gestión colectiva sí pueden generar reglas de participación, pero de ninguna manera vulnerando el derecho de miembros que no hagan parte de la expansión en el mercado, ya que a éstos los mueve un interés cultural, artístico o literario. Se puede normar la participación en la toma de decisiones estableciendo ciertos criterios de participación de conformidad con lo mencionado: antigüedad de los socios, representantes de ciertos grupos de autores, intérpretes o ejecutantes, entre otros muchos que permitan una participación adecuada.

Lo anterior siempre bajo la vigilancia estatal, de conformidad con el artículo 43 de la Decisión 351. Por lo tanto, dicha inspección y vigilancia no se agota en el acto de autorización, sino que sigue en relación con las actividades que desempeña la sociedad de gestión colectiva, lo que incluye, por supuesto, la autorización de cambios reglamentarios o estatutarios.”

- c) La sociedad de gestión colectiva debe dar a sus afiliados información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades que realice y que sean del interés para el ejercicio de sus derechos (Literal i) del Artículo 45).
- d) Las sociedades de gestión colectiva no pueden aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, nacionales o extranjeras, salvo que ya se hubiera renunciado expresamente a ellas (Literal k) del Artículo 45).

1.17. Esta regla de la no concurrencia a más de una sociedad, genera claridad y transparencia tanto para los titulares de los derechos como para los usuarios de los mismos. El incumplimiento de esta obligación puede acarrear la revocatoria

de la autorización de funcionamiento, de conformidad con la normativa interna sobre la materia (Artículo 46). Además, es un requisito para que la sociedad de gestión colectiva obtenga la respectiva autorización de funcionamiento; es decir, la oficina nacional competente debe denegar la respectiva autorización hasta que no se haya perfeccionado el retiro o desafiliación de la otra sociedad.

- 1.18. Esta misma regla de no concurrencia a más de una sociedad, irradia otros supuestos de hecho como la gestión individual o la del otorgamiento de dicha administración a una entidad que no sea de gestión colectiva. En este último supuesto y de conformidad con el principio estudiado, no se encuentra lógico que mientras se plantea la exclusividad en relación con las entidades de gestión colectiva, se permita la administración individual por otro tipo de entidades. Si el titular escogió la guarda colectiva de sus derechos, y si la entidad a la que se afilió se encuentra contractualmente prestando todo su contingente para la protección y ejercicio de sus derechos, no resulta lógico que el titular, mientras existan dichas condiciones contractuales, otorgue la administración de ciertos derechos a otro tipo de entidades.¹⁸
- 1.19. Lo mismo sucede, en el caso en que el titular pretenda gestionar sus derechos de manera individual. Si escogió de manera voluntaria la vía colectiva de administración, mientras subsistan las condiciones contractuales, por transparencia, seguridad y orden en el mercado, no se pueden otorgar licencias, autorizaciones u otro tipo de actos de manera individual. Si esto se diera, se podrían generar situaciones que claramente estarían en contra de la realización de la figura de la gestión colectiva. Se plantean un conjunto de sociedades vigiladas por el Estado, con reglas precisas y claras para la administración de los derechos de autor de sus afiliados, de conformidad con ciertas cláusulas contractuales acordadas con los mismos, con el objetivo claro de que sea más fácil y eficiente la protección de los mencionados derechos. Si bien estas sociedades no tienen ánimo de lucro, sí tienen un andamiaje institucional y financiero basado en la actividad de gestión que realizan. Si sus afiliados utilizan su gestión cuando les conviene y, por lo tanto, en vigencia del contrato pueden administrar por sí mismos o por un tercero la protección de los derechos que fueron objeto de la afiliación a la sociedad de gestión colectiva, se estaría generando un desequilibrio contractual de tal magnitud que no encuentra asidero lógico ni normativo en la propia figura de la gestión colectiva.¹⁹
- 1.20. En consecuencia con lo anterior, el Tribunal encuentra que tal y como está regulada la figura de las sociedades de gestión colectiva en el régimen común de derechos de autor, la exclusividad en cuanto a la gestión por parte dichas sociedades es un elemento de la esencia del contrato de gestión colectiva, o lo que es lo mismo, dicho elemento no puede ser desconocido por la voluntad de las partes y sin el cual el acuerdo no podría existir.²⁰

Obligaciones y facultades de las sociedades de gestión colectiva

- 1.21. Entre las facultades que poseen estas sociedades podemos citar las siguientes:
- Autorizar en nombre y representación de los titulares de derechos de autor la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o

emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización a través de licencias de uso.

- Administrar los derechos económicos de los titulares afiliados.
- Salvaguardar los derechos de los titulares de derechos de autor.
- Gestionar los derechos de explotación y otros de orden patrimonial de los titulares que les encomiendan dicha labor.
- Celebrar contratos con terceros interesados en el uso de los derechos de autor bajo su custodia.
- Fijar las tarifas por uso de derechos de autor.
- Otras que pueden estar establecidas en los reglamentos internos de cada sociedad.

1.22. Frente a las facultades, existen también obligaciones que deben cumplir y que son:

- Contar con la autorización de la autoridad nacional competente para poder funcionar.
- Repartir de manera equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, el valor recaudado por autorizaciones conferidas.
- Deben contar necesariamente con reglamentos de socios, de tarifas y de distribución.
- Publicar al menos una vez al año en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan.
- Remitir a sus miembros, información periódica y pormenorizada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos.

1.23. Adicionalmente, cabe mencionar que la constitución y la actividad de una sociedad de gestión colectiva están sometidas a los términos de la autorización conferida por la autoridad nacional competente, y a las demás reglas relativas a la transparencia del repertorio representado y a la gestión colectiva correspondiente. En caso de irrespeto a dichas reglas, la sociedad puede perder la referida autorización²¹.

1.24. En el ámbito subregional andino, las disposiciones normativas referidas a la autorización conferida por la autoridad nacional competente, son los Artículos 43 y 45 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, siendo que este último artículo establece que la citada autorización se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los países miembros;
- b) Que las mismas tengan como objeto social la gestión del derecho de autor o de los derechos conexos;

- c) Que se obliguen a aceptar la administración del derecho de autor o derechos conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;
- d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad;
- e) Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso;
- f) Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;
- g) Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución;
- h) Que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan;
- i) Que se obliguen a remitir a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos;
- j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;
- k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;
- l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los países miembros.

1.25. En lo que respecta al Literal f) del Artículo 45 de la Decisión 351, el cual contiene un enunciado muy general, este alude a toda la documentación presentada por la sociedad solicitante y la información que se pueda obtener de la misma, de la que se pueda advertir que tenga la capacidad para funcionar como sociedad de gestión colectiva, verificando que cuente con los medios suficientes para administrar el repertorio de sus afiliados y permita concluir que reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, estos es, que no contravenga todo lo regulado en este cuerpo legal y en las normas internas de cada país miembro referido a las sociedades de gestión colectiva.

- 1.26. Cuando se señala una eficaz administración, se entiende que se debe cumplir con las funciones propias a toda sociedad de gestión de derechos de autor y conexos: negociación, recaudación y distribución de regalías.

Límites a su actuación

- 1.27. En cuanto al Literal j) del Artículo 45 de la Decisión 351, referido a las remuneraciones recaudadas, salvo que mediante la Asamblea General, los asociados acuerden fines adicionales y cuando no contravengan o desnaturalicen la razón de ser de la sociedad, estas deberán destinarse exclusivamente a los titulares de los derechos de autor y conexos así como los gastos que implican gestionar dichos derechos.
- 1.28. Las sociedades de gestión colectiva son vigiladas por el Estado, con el objetivo de que sea más fácil y eficiente la protección de los mencionados derechos, mediante reglas precisas y claras para la administración de los derechos de autor y derechos conexos de sus afiliados, de conformidad con el estatuto de estas y con los contratos celebrados con sus afiliados, los cuales a su vez deberán ser conformes con el ordenamiento jurídico andino y con los criterios interpretativos establecidos por este Tribunal en lo concerniente al tema.
- 1.29. Si bien estas sociedades no tienen ánimo de lucro, sí tienen un andamiaje institucional y financiero basado en la actividad de gestión de derechos de autor y derechos conexos que realizan. Por lo tanto, los gastos de estas sociedades deben ser tendientes a la consecución de sus fines institucionales, como son percibir o recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan, negociar las autorizaciones por concepto de uso de obras que formen parte del repertorio que representan, perseguir los usos no autorizados de tales obras y distribuir el importe restante entre los mismos.
- 1.30. En consecuencia, las sociedades de gestión colectiva no deben incurrir en gastos que no respondan a lograr su objeto o naturaleza y que puedan impedir o amenazar la realización de alguno de sus fines, como es aquel de repartir el importe restante entre sus afiliados luego de deducir los respectivos gastos de administración.
- 1.31. Sin embargo, son permisibles los gastos que le permitan recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que representan, negociar las autorizaciones por el uso de las obras que administran y perseguir los usos no autorizados de dichas obras con mayor eficiencia, principalmente económica, de manera tal que ningún asociado vea mermado el monto correspondiente a las regalías percibidas por parte de la sociedad de gestión colectiva en nombre de este por concepto del uso o explotación de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas²².

Participación en recaudaciones

- 1.32. Existe consenso en la doctrina en que la función principal de las sociedades de gestión colectiva es la negociación, la recaudación y la repartición de las regalías por concepto de explotación de los derechos cuya administración le ha sido

encargada²³. En consecuencia, la gestión colectiva se organiza en torno a dos ejes: la percepción y la repartición de regalías.

- 1.33. Con relación a la negociación de remuneraciones, esta puede realizarse de manera individual por los artistas intérpretes o ejecutantes por sí mismos. En tal sentido, la sociedad de gestión colectiva únicamente se encuentra a cargo de recolectar el dinero en nombre de los artistas e intérpretes sobre la base de un mandato individual o de la ley. La negociación puede ser igualmente realizada de manera colectiva por las organizaciones sindicales que representan a los artistas intérpretes o ejecutantes en virtud de convenciones colectivas, en cuyo caso las sociedades de gestión colectiva estarían solamente a cargo de la percepción o recaudación de las remuneraciones correspondientes y de su posterior repartición²⁴.
- 1.34. Adicionalmente, es preciso señalar que, en virtud de los avances tecnológicos modernos, los derecho-habientes actualmente pueden gestionar sus derechos ellos mismos, empleando, por ejemplo, soluciones tales como aplicar marcas de agua en sus obras o medidas de limitaciones técnicas de utilización de obras. En consecuencia, puede que los autores decidan gestionar sus derechos ellos mismos por suponer mayores beneficios que la gestión colectiva de dichos derechos²⁵.
- 1.35. En principio, cada titular de derechos es libre para decidir si los gestiona directamente por sí mismo (gestión individual) o si confía su administración a la entidad que corresponda en razón de su objeto (gestión colectiva)²⁶. Sin embargo, cabe apuntar que, en el caso de las gestiones colectivas obligatorias, a falta de representación por parte de una sociedad de gestión colectiva, los derecho-habientes no podrán ejercer sus derechos ellos mismos²⁷.
- 1.36. En los supuestos de gestión colectiva obligatoria, que a pesar de ser más extendidos son aún excepciones a la regla, el desempeño por parte de las entidades de su función de administración de derechos se produce sin necesidad de celebrar con los titulares el contrato de gestión. El efecto inmediato principal de la gestión colectiva obligatoria es el que el correspondiente titular del derecho no podrá ejercerlo de modo individual²⁸.
- 1.37. Por otra parte, incluso si son miembros de una sociedad de gestión colectiva, estos pueden tener interés, en ciertos casos, en retirar una obra precisa del mandato de gestión confiado a dicha sociedad para gestionar directamente ellos mismos la correspondiente obra. Por ejemplo, si un compositor crea una música por encargo específico, puede ser apropiado negociar directamente con el usuario o destinatario de la obra por encargo y así retirar la respectiva obra del mandato de gestión otorgado a la sociedad de gestión colectiva correspondiente²⁹.
- 1.38. Cada sociedad de gestión colectiva representa a sus miembros en los límites de su mandato de representación convenido con los mismos (contrato o convención colectiva), o derivado de la legislación nacional o de su propio estatuto. Ello supone que, la sociedad de gestión colectiva puede representar únicamente a sus miembros y no a terceros. Adicionalmente, la sociedad de gestión colectiva solamente podrá representar a sus miembros para:

- Las obras cuya gestión ha sido confiada por sus miembros; y,
- Los usos cuya gestión ha sido confiada por sus miembros o por la ley³⁰.

- 1.39. En consecuencia, es posible que, por ejemplo, un autor sea miembro de una sociedad de gestión colectiva pero que le haya confiado a esta únicamente la gestión de sus derechos sobre ciertas obras de su autoría y solo para ciertos usos. En tal caso, para las demás obras de dicho autor, la sociedad de gestión colectiva no tendrá poder de representación y el autor podrá ejercer sus derechos por sí mismo. En efecto, el derecho-habiente no se encuentra obligado a afiliarse a una sociedad de gestión colectiva³¹. Exceptuando eventuales excepciones previstas por ley, este podrá gestionar sus derechos por sí mismo (Artículo 44 de la Decisión 351).
- 1.40. Adicionalmente, cabe indicar que el sistema de reparto tiene que estar predeterminado en los estatutos o los reglamentos internos de la correspondiente sociedad de gestión colectiva³². De este modo, cuando la norma comunitaria andina, en el Literal e) del Artículo 45, hace alusión a “distribución equitativa”, significa que la participación de los titulares de los derechos en el reparto ha de ser “proporcional” a la utilización de sus obras³³.
- 1.41. Se debe determinar la legitimidad de la sociedad de gestión colectiva para recaudar pagos por concepto de uso de determinados derechos sobre la base del contenido del mandato legal y estatutario. Cabe indicar que no solo se debe determinar la legitimidad de la misma para recaudar regalías, sino también los destinatarios de dicha legitimación. Al respecto, es preciso tener en cuenta que ciertas categorías de titulares tienen intereses distintos, incluso opuestos. Tal es el caso de los productores de fonogramas, de un lado, y de los artistas intérpretes o ejecutantes del otro. De esta manera, si uno toma el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, por ejemplo, debe determinarse si se representa únicamente a los artistas intérpretes ejecutantes de música o los artistas intérpretes o ejecutantes de lo audiovisual, o ambos³⁴. En otras palabras, debe verificarse que los derechos administrados por la sociedad de gestión colectiva correspondan al objeto o fines de la misma.
- 1.42. En conclusión, las sociedades de gestión colectiva se encuentran sometidas a un especial control y supervisión por parte del Estado. El Artículo 43 de la Decisión 351 establece que dichas sociedades están sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.
- 1.43. En atención a dicho especial control y supervisión estatal, las actividades que realicen dichas sociedades deben estar previamente autorizadas por la oficina nacional competente, y estar expresamente establecidas en las disposiciones estatutarias correspondientes.»

«⁴ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 22-IP-98 de fecha 25 de noviembre de 1998.

⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *La gestión colectiva del Derecho de autor y los derechos conexos*. Disponible en web: <http://www.wipo.int/copyright/es/management/> (Última consulta: 3 de abril de 2017).

⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*. Colección de

Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2007, pp. 265 - 275.

7 KAESMACHER, Dominique y STAMOS, Théodora. *Brevets, marques, droits d'auteur: mode d'emploi. D. Questions particulières. 2. La gestion collective*. Edipro, Liège, 2009.

8 Ello, en conformidad con lo establecido en el Artículo 44 de la Decisión 351:

“**Artículo 44.** La afiliación de los titulares de derechos a una sociedad de gestión colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos, será voluntaria, salvo disposición expresa en contrario de la legislación interna de los Países Miembros”.

9 KAESMACHER, Dominique y STAMOS, Théodora. *Op. Cit.*

10 ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 302.

11 PÉREZ SOLÍS, Miguel. *La Gestión Colectiva en los Umbrales del Siglo XXI: de los Derechos Conexos*. En: Memoria del Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, 1997, p. 14.

12 Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 22-IP-98 de fecha 25 de noviembre de 1998.

13 SWISSCOPYRIGHT. *Questions et réponses*. Disponible en: <http://www.swisscopyright.ch/fr/les-societes-de-gestion.html> (Consulta: 4 de abril de 2017)

14 ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 264.

15 Si la gestión colectiva es efectuada de manera transparente y no discriminatoria, ésta representa un interés cierto para el usuario, quien se beneficia de la facilidad de tener un número limitado de interlocutores que representan una multitud de derecho-habientes. Véase, en ese sentido, KAESMACHER, Dominique y STAMOS, Théodora. *Op. Cit.*

16 Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 120-IP-2012 de fecha 06 de febrero de 2013.

17 Ibídem.

18 Ibídem.

19 Ibídem.

20 Ibídem.

21 KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*

22 FICSOR, Mihály. *La Gestión Colectiva de Derecho de Autor y de los Derechos Conexos*”, OMPI, Ginebra, 2002, p. 165.

23 VINCENT, Jean. *Droit des arts visuels : contrats d'auteurs*. Éditions Lamy, Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2010, p. 143.

24 PÉREZ SOLIS, Miguel. *WIPO International Forum (Foro Internacional de la OMPI)*, realizado en Sevilla, España, en 1997. Noveno panel de discusión: “*Collective Management in Developing Countries*” (*Gestión Colectiva en Países en Desarrollo*), Carlos Fernández Ballesteros (moderador), p. 156 y ss.

25 KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*

26 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia : Tirant le Blanch, 2001, p. 280.

27 KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*

28 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Op. Cit.*, p. 282.

- ²⁹ KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*
- ³⁰ *Ibídem.*
- ³¹ *Ibídem.*
- ³² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Op. Cit.*, p. 283.
- ³³ Cabe comentar que, la remuneración proporcional es también el modo normal de retribuir al titular que cede sus derechos. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Op. Cit.*, pp. 283-284.
- ³⁴ PÉREZ SOLIS, Miguel. “WIPO International Forum”, *Op. Cit.*, p. 156.»

Fuente: Ver párrafos 1.3. a 1.43. de las páginas 9 a 23 de la Interpretación Prejudicial **387-IP-2016** del 11 de mayo de 2017, que constan en las páginas 27 a 41 de la GOAC 3050 del 26 de junio de 2017, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3050.pdf>

Capítulo II

Noción de sociedad de gestión colectiva. Obligaciones y facultades

- «2.2. La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no establece un concepto de lo que es una sociedad de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos. Sin embargo, este Tribunal, en anteriores pronunciamientos, se ha referido a ellas de la siguiente manera:

“Las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, son organizaciones de derecho privado destinadas a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos. Pueden ser socios de las sociedades de gestión colectiva los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte y los titulares de derechos conexos de otra, pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral (...)”⁸.

- 2.3. Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ha manifestado que:

“Por gestión colectiva se entiende el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por intermedio de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses. Las organizaciones de gestión colectiva “tradicionales”, que actúan en representación de sus miembros, negocian las tarifas y las condiciones de utilización con los usuarios, otorgan licencias y autorizaciones de uso, y recaudan y distribuyen las regalías. El titular del derecho no participa directamente en ninguna de esas tareas”⁹.

- 2.4. En ese sentido, este tipo de sociedades son entes sin fin de lucro que tienen la responsabilidad de gestionar los derechos de explotación y otros de orden patrimonial a cuenta y en custodia de los intereses de un conglomerado de titulares de derechos de autor y derechos conexos bajo su autorización¹⁰.

- 2.5. Las sociedades de gestión colectiva son creadas con la finalidad de que una sola persona jurídica sea el representante de varios titulares de derechos de autor o de derechos conexos, quien pueda efectuar la labor de hacer valer los derechos de sus representados. Si aisladamente cada autor o titular de derechos conexos intentara efectuar el cobro de puerta en puerta de los derechos patrimoniales que le confiere la ley, por temas de tiempo, procesos y demás, le sería difícil efectuarlo. En cambio apoyado en una sociedad de gestión colectiva, es ella quien se encarga de a su vez hacer las gestiones necesarias para que el autor o el titular de un derecho conexo se vea protegido y reciba el valor económico que le corresponde por reproducción de sus obras o producciones, respectivamente¹¹.

Obligaciones y facultades de las sociedades de gestión colectiva

- 2.6. Sobre el tema en particular, este Tribunal ha manifestado que las sociedades de gestión colectiva cuentan con las siguientes facultades:

“(…)

- a) *Autorizar a nombre y representación de los titulares de derechos (sea de autor o conexos) la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización a través de licencias de uso.*
- b) *Administrar los derechos económicos de los titulares afiliados.*
- c) *Salvaguardar los derechos de los titulares de derechos de autor.*
- d) *Gestionar los derechos de explotación y otros de orden patrimonial de los titulares que les encomiendan dicha labor.*
- e) *Celebrar contratos con terceros interesados en el uso de los derechos de autor bajo su custodia.*
- f) *Fijar las tarifas por uso de derechos de autor.*
- g) *Otras que pueden estar establecidas en los reglamentos internos de cada sociedad.”¹²*

- 2.7. Asimismo, sobre las obligaciones con las que debe cumplir una sociedad de gestión colectiva, este Tribunal indicó que son las siguientes:

“(…)

- a) *Contar con la autorización de la autoridad nacional competente para poder funcionar.*
- b) *Repartir de manera equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, el valor recaudado por autorizaciones conferidas.*
- c) *Deben contar necesariamente con reglamentos de socios, de tarifas y de distribución.*
- d) *Publicar al menos una vez al año en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan.*
- e) *Remitir a sus miembros, información periódica y pormenorizada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos.”¹³*

«⁸ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 22-IP-98 del 25 de noviembre de 1998.

⁹ OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). La Gestión Colectiva del derecho de autor y los derechos conexos. En: <http://www.wipo.int/copyright/es/management/> (Consulta: 24 de abril de 2017).

¹⁰ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 387-IP-2016 del 11 de mayo de 2017.

¹¹ Ibidem.

¹² Ver, la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 613-IP-2016 del 12 de junio de 2017.

¹³ Ibidem.»

Fuente: Ver párrafos 2.2. a 2.7. de las páginas 8 a 10 de la Interpretación Prejudicial **300-IP-2017** del 16 de julio de 2018, que constan en las páginas 42 a 44 de la GOAC 3361 del 24 de agosto de 2018, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203361.pdf>

Capítulo III

Las diferencias entre el reconocimiento de personería jurídica y autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva

- «2.2 Mediante el reconocimiento de personería de una sociedad de gestión colectiva, se permite a la sociedad ejercer su razón social una vez que la autoridad nacional competente la declare formalmente constituida, sin que ello implique que se le está otorgando una autorización de funcionamiento.
- 2.3 Si bien podría presuponerse que tanto la constitución de la sociedad de gestión colectiva, como su autorización de funcionamiento, deberían estar comprendidos dentro de un solo acto administrativo, la redacción del Artículo 43 de la Decisión 351 distingue dos momentos distintos, uno en donde la sociedad de gestión colectiva ya existe como tal, y otro en el cual obtiene la correspondiente autorización de funcionamiento de la oficina nacional competente.
- 2.4 A través de dicha autorización, el Estado ejerce el control del acceso de estas organizaciones a la gestión autoral, y de allí nace la vigilancia estatal para asegurar el cumplimiento de las condiciones de funcionamiento exigidas en la ley.
- 2.5 En la Decisión 351 se sigue el modelo de control no solo formal de las sociedades de gestión, como lo indican los Literales del a) al l) del Artículo 45, sino también de fondo, como se desprende particularmente del Literal f) del Artículo 45, el

cual se ejerce tanto desde el comienzo de la vida de la sociedad (Artículo 43), como a lo largo de ella (Artículos 46, 47 y 50).

- 2.6 La autorización de funcionamiento no es el acto por el cual se da reconocimiento de la existencia jurídica de la sociedad, sino que constituye un acto administrativo de habilitación de la sociedad para que desarrolle su actividad dentro del marco legal establecido.
- 2.7 El reconocimiento de personería en cambio está destinado a dar nacimiento a la sociedad como ente jurídico distinto de los socios individualmente considerados. Podría decirse que la personería jurídica se produce en el momento en que se constituye legalmente una sociedad por el reconocimiento que de ella haga el Estado, pero por ese sólo hecho no puede entrar a funcionar sin la autorización previa del Estado (oficina nacional competente), que debe hacerlo una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley comunitaria.
- 2.8 Cuestión importante se suscita con la exigencia del Literal k) del Artículo 45 de la Decisión 351 en el sentido de que las sociedades de gestión colectiva deben obligarse a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión del mismo género, a menos que hubieren renunciado previamente a ellas. Se ha establecido que este es un requisito que debe cumplirse para obtener la autorización de funcionamiento.
- 2.9 Sobre la base de las normas del derecho andino anteriormente interpretadas, se deberá verificar si el Indecopi se ciñó a las exigencias legales para la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva contenidas en el ordenamiento jurídico de la subregión, y así precisar el momento en que ha debido producirse la autorización del funcionamiento de las mismas, para determinar cuándo la nueva sociedad debió comprobar el número de socios y cumplir con la obligación de acreditar la renuncia de miembros pertenecientes a sociedades del mismo género.»

Fuente: Ver párrafos 2.2. a 2.9. de las páginas 23 a 24 de la Interpretación Prejudicial **387-IP-2016** del 11 de mayo de 2017, que constan en las páginas 41 a 42 de la GOAC 3050 del 26 de junio de 2017, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3050.pdf>

Capítulo IV

Las sociedades de gestión colectiva. Su naturaleza, objeto y funciones. Límites a su actuación

«Concepto

- 1.2. La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no contiene una definición de sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y de los derechos conexos, pero el Tribunal ha indicado que dichas sociedades son organizaciones de derecho privada destinadas a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos.
- 1.3. Pueden ser socios de las sociedades de gestión colectiva los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte; y los titulares de derechos conexos de otra, pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral.
- 1.4. La OMPI se refiere a la actividad de estas sociedades de la siguiente manera:

“Por gestión colectiva se entiende el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por intermedio de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses. Las organizaciones de gestión colectiva “tradicionales”, que actúan en representación de sus miembros, negocian las tarifas y las condiciones de utilización con los usuarios, otorgan licencias y autorizaciones de uso, y recaudan y distribuyen las regalías. El titular del derecho no participa directamente en ninguna de esas tareas”⁴.

Justificación

- 1.5. Se justifica la existencia de las sociedades de gestión colectiva por cuanto el ejercicio individual del derecho de autor resulta de muy difícil cumplimiento frente a la diversidad de usos que de la producción artística o literaria se realiza a través de comunicaciones públicas como radio, televisión, salas de fiesta, tecnología digital, etc. Los derechos de simple remuneración concedidos a los artistas por la Convención de Roma y por las leyes nacionales no podrían llevarse a efecto sin la gestión colectiva. La existencia de un gran número de artistas, escritores y en general titulares de derechos de autor con una relativamente débil posición negociadora y contractual para salvaguardar los derechos de remuneración, requiere de una efectiva representación por conducto de las sociedades de gestión. Por tanto, la administración colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos se justifica cuando tales derechos “no pueden ejercerse en la práctica de manera individual o cuando desde el punto de vista económico sea desventajosa”.⁵
- 1.6. La existencia de estas sociedades se justifica aún más frente al progreso y desarrollo de la tecnología digital que permite almacenar una inmensa cantidad y combinación de categorías de obras y fonogramas, y en general de datos combinados en sistemas de multimedia, sistemas en los que las sociedades de gestión están en mejor capacidad de seguir el rastro de las interpretaciones o ejecuciones de obras protegidas por derecho de autor, respecto de las cuales ha concedido licencia.

Naturaleza jurídica

- 1.7. El tratamiento de dichas entidades varía de conformidad con las diferentes legislaciones.⁶ La normativa comunitaria no determina explícitamente la naturaleza jurídica de tales organizaciones, pero de la regulación contenida en el capítulo XI de la Decisión 351 se desprende lo siguiente: son instituciones de naturaleza privada, sin ánimo de lucro y sometidas a la inspección y vigilancia del Estado. Se constituyen de conformidad con las normas nacionales internas sobre la materia (Artículo 45 Literal a) de la Decisión 351).
- 1.8. El rol principal de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos es percibir y repartir los derechos de sus asociados.⁷ En efecto, las sociedades de gestión colectiva deben permitir a sus miembros un mejor control de las utilidades de sus obras y percepción de sus correspondientes derechos⁸ (derecho de reproducción, derecho de representación o interpretación pública, derecho de comunicación pública, derecho de participación, derecho de préstamo y alquiler, derecho de distribución, derecho de traducción y adaptación⁹). Por tal motivo, estas sociedades de gestión colectiva son también llamadas “sociedades de gestión y repartición de derechos”.¹⁰
- 1.9. Las sociedades de gestión colectiva perciben y reparten el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan. Ellas negocian las autorizaciones por concepto de uso de obras de sus asociados que forman parte del repertorio representado por ellas y persiguen los usos no autorizados de estas obras. Con el fin de realizar su actividad, la cotización

necesaria para cubrir los gastos de gestión es deducida del manto total recaudado en representación de sus miembros.¹¹

- 1.10. En consecuencia, el objeto, fin, función o misión principal de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, será percibir o recaudar los derechos por el uso de las obras administradas de sus asociados, para luego repartirlas entre éstos, deduciendo la correspondiente cotización, necesaria para cubrir los gastos de administración.

A este respecto, cabe advertir que, si bien ciertas legislaciones contemplan como función adicional a las señaladas, una función de promoción cultural y de la creación,¹² no corresponde a la naturaleza y rol de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos proteger o conservar todo el acervo autoral —o de derechos conexos— nacional, sino únicamente el de sus asociados,¹³ en conformidad con sus estatutos y con la posibilidad del ejercicio del derecho de retiro de la respectiva asociación.

Necesidad de las Sociedades de Gestión Colectiva

- 1.11. La gestión colectiva no beneficia únicamente a los titulares de derechos, sino también a los usuarios, quienes en vez de tratar de localizar a cada uno de los titulares a los fines de obtener la autorización de uso y de cancelar la contraprestación debida, pueden dirigirse a la sociedad correspondiente -que representa al repertorio respectivo— y, a través de dicha entidad, cumplir con las obligaciones derivadas de la explotación de todo un catálogo, nacional e internacional.¹⁴
- 1.12. En síntesis, su existencia se justifica en el sentido de velar por la protección de los derechos de los titulares de derechos de autor, siempre y cuando su misión esté en armonía con las disposiciones legales. Adicionalmente, la otra gran justificación consiste en comportar una garantía para el usuario de la obra, interpretación o ejecución artísticas, o fonograma, según sea el caso.¹⁵

Composición y relación con sus afiliados

- 1.13. La estructura orgánica de las sociedades de gestión colectiva se debe acomodar a lo que establezca para el efecto la normativa interna de cada País Miembro (principio de complemento indispensable),¹⁶ y se debe plasmar en sus respectivos estatutos. La Decisión 351 no determina cuáles son los órganos societarios, pero en el Artículo 45, literal j), se prevé el funcionamiento de una Asamblea General, y en el Artículo 50 se señala que dichas sociedades están obligadas a inscribir ante la Oficina Nacional Competente, de conformidad con la normativa interna, la designación de los miembros de sus órganos directivos.

Obligaciones y facultades de las sociedades de gestión colectiva

- 1.14. Entre las facultades que poseen podemos citar las siguientes:

- Autorizar en nombre y representación de los titulares de derechos de autor la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización a través de licencias de uso.
- Administrar los derechos económicos de los titulares afiliados.
- Salvaguardar los derechos de los titulares de derechos de autor.
- Gestionar los derechos de explotación y otros de orden patrimonial de los titulares que les encomiendan dicha labor.
- Celebrar contratos con terceros interesados en el uso de los derechos de autor bajo su custodia.
- Fijar las tarifas por uso de derechos de autor.
- Otras que pueden estar establecidas en los reglamentos internos de cada sociedad.

1.15. Frente a las facultades, existen también obligaciones que deben cumplir y que son:

- Contar con la autorización de la autoridad nacional competente para poder funcionar.
- Repartir de manera equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, el valor recaudado por autorizaciones conferidas.
- Deben contar necesariamente con reglamentos de socios, de tarifas y de distribución.
- Publicar al menos una vez al año en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan.
- Remitir a sus miembros, información periódica y pormenorizada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos.

1.16. Adicionalmente, cabe mencionar que la constitución y la actividad de una sociedad de gestión colectiva están sometidas a los términos de la autorización conferida por la Autoridad Nacional Competente y a las demás reglas relativas a la transparencia del repertorio representado y a la gestión colectiva correspondiente. En caso de irrespeto a dichas reglas, la sociedad puede perder la referida autorización.¹⁷

1.17. En el ámbito subregional andino, la disposición normativa pertinente es el Artículo 45 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el cual establece que la citada autorización se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros;
- Que las mismas tengan como objeto social la gestión del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos;

- Que se obliguen a aceptar la administración del Derecho de Autor o Derechos Conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;
- Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad;
- Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso;
- Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;
- Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución;
- Que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en una media de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan;
- Que se obliguen a remitir a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos;
- Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;
- Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;
- Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros¹⁸ (subrayado por fuera del texto).

1.18. El Artículo 46 de la Decisión 351, por su parte, sanciona cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el capítulo correspondiente a Gestión Colectiva (Capítulo XI) de la citada Decisión, con la posibilidad de revocar la autorización comentada, de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros.¹⁹

(...)

Límites a su actuación

1.20. El Tribunal interpretará a continuación la cuestión relativa a las limitaciones al contenido del estatuto de una sociedad de gestión colectiva, para luego tratar la conformidad de los gastos asumidos por la sociedad de gestión colectiva, con su naturaleza y fines.

El Artículo 43 de la Decisión 351 establece que: “Las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, estarán sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento”.

Por su parte, el Artículo 45 Literales b) y j) de la misma normativa dispone, refiriéndose a la autorización de funcionamiento mencionada en el Artículo 43, que:

“La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

b) Que las mismas tengan como objeto social la gestión del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos;

(...)

j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos: (...).” (Subrayado por fuera del texto).

- 1.21. En consecuencia, las sociedades de gestión colectiva deben obligarse, para poder ser beneficiarias de una autorización de funcionamiento, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas en representación de sus miembros no se destinen a fines distintos a los de cubrir gastos efectivos de administración de los correspondientes derechos de autor o derechos conexos y a distribuir el importe restante de las remuneraciones entre sus miembros una vez deducidos los mencionados gastos de administración.
- 1.22. Las sociedades de gestión colectiva son vigiladas por el Estado, con el objetivo de que sea más fácil y eficiente la protección de los mencionados derechos, mediante reglas precisas y claras para la administración de los derechos de autor y derechos conexos de sus afiliados, de conformidad con el estatuto de éstas y con los contratos celebrados con sus afiliados, los cuales a su vez deberán ser conformes con el ordenamiento jurídico andino y con los criterios interpretativos establecidos por este Tribunal en lo concerniente al tema.
- 1.23. Si bien estas sociedades no tienen ánimo de lucro, sí tienen un andamiaje institucional y financiero basado en la actividad de gestión de derechos de autor y derechos conexos que realizan. Por lo tanto, los gastos de estas sociedades deben ser tendientes a la consecución de sus fines institucionales, como son percibir o recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan, negociar las autorizaciones por concepto de uso de obras que formen parte del repertorio que representan, perseguir los usos no autorizados de tales obras y distribuir el importe restante entre los mismos.

De lo anterior, se concluye que el contenido del estatuto y del reglamento interno de una determinada sociedad colectiva deberá permitir la consecución de sus fines, así como ser conforme a la propia naturaleza de la gestión colectiva, encontrándose limitado por éstos, no siendo admisible que su estatuto o reglamento interno impida o amenace la consecución de los fines

de la correspondiente sociedad de gestión colectiva, o sean contrarios a la naturaleza de su gestión.

- 1.24. Sin embargo, es preciso recordar que, el Artículo 45 Literal j) de la Decisión 351 establece expresamente que, para ser beneficiarias de una autorización de funcionamiento, las sociedades de gestión colectiva deben obligarse, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y a distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos.
- 1.25. Como se explicó previamente, la normativa comunitaria no determina explícitamente la naturaleza jurídica de estas sociedades, pero de la regulación contenida en el capítulo XI de la Decisión 351 se desprende que son instituciones de naturaleza privada, sin ánimo de lucro y sometidas a la inspección y vigilancia del Estado. Adicionalmente, como se ha expuesto en esta providencia, las sociedades de gestión colectiva tienen por objeto principal percibir y repartir el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan, negociar las autorizaciones por concepto de uso de obras que forman parte del repertorio representado por ellas y perseguir los usos no autorizadas de estas obras.
- 1.26. En vista que la normativa andina interpretada no regula las limitaciones de las sociedades de gestión colectiva en lo referente a la adquisición de frecuencias radiales, será apropiado remitirse a lo previsto en la legislación nacional de cada País Miembro, en virtud del principio del complemento indispensable antes referido.

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 43 de la Decisión 351, las sociedades de gestión colectiva estarán sometidas a la inspección y vigilancia del Estado, siendo la oficina nacional competente quien autoriza su funcionamiento; por lo que las actividades complementarias a la gestión de los Derechos conexos al Derecho de Autor, tiene sus límites en lo que expresamente se contemple en los Estatutos de las sociedades respectivas y demás normativa propia de cada sociedad, donde se verificará incluso la potestad en las actuaciones de la Asamblea General.

Tomando en cuenta ese marco normativo, se podrá verificar si existe o no la facultad de adquirir frecuencias radiales por parte de la sociedad de gestión colectiva. En caso afirmativo, se verificará que en esa adquisición se cumpla con lo previsto en la normativa pertinente. Finalmente, deberán tenerse en cuenta las disposiciones que regulen la manera de administrar los recursos para la explotación de tales frecuencias radiales, las mismas que buscarán precautelar de modo equitativo a todos los miembros de la sociedad sin que se favorezca a unos en desmedro de otros.

- 1.27. En consecuencia, las sociedades de gestión colectiva no deben incurrir en gastos que no respondan a lograr su objeto o naturaleza y que puedan impedir o amenazar la realización de alguno de sus fines, como es aquel de repartir el importe restante entre sus afiliados luego de deducir los respectivos gastos de administración.

- 1.28. De conformidad con lo anterior, el estatuto de una sociedad de gestión colectiva no debe permitir que ésta incurra en gastos que no respondan a sus fines y que puedan amenazar su consecución, o que contraríen la naturaleza de su propia gestión. Por lo tanto, las sociedades de gestión colectiva no deben incurrir en gastos que amenacen la consecución de sus fines o que resulten contrarios a la naturaleza de su gestión, así lo decida la Asamblea General.

Sin embargo, son permisibles los gastos que le permitan recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que representan, negociar las autorizaciones por el uso de las obras que administran y perseguir los usos no autorizados de dichas obras con mayor eficiencia, principalmente económica, de manera tal que ningún asociado vea mermado el monto correspondiente a las regalías percibidas por parte de la sociedad de gestión colectiva en nombre de éste por concepto del uso o explotación de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas²⁰.

- 1.29. En virtud del Artículo 45 literal j) de la Decisión 351, se entiende que las remuneraciones percibidas por las sociedades de gestión colectiva pueden destinarse a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración, siempre y cuando se cuente con la debida autorización expresa de la Asamblea General y permitan una gestión más eficiente, sobre todo desde el punto de vista económico, de los derechos administrados, sin discriminación, en conformidad con la naturaleza y los fines de la correspondiente sociedad de gestión colectiva.

Asimismo, las actividades complementarias a la gestión de los derechos conexos al Derecho de Autor tienen sus límites en lo que expresamente se contemple en los Estatutos de las sociedades respectivas, donde se verificará incluso la potestad de las actuaciones de la Asamblea General. Una vez verificada la facultad de adquirir o no frecuencias radiales por parte de la sociedad de gestión colectiva, la explotación de tales frecuencias buscará precautelar de modo equitativo a todos los miembros de la sociedad sin que se favorezca a unos en desmedro de otros.

- 1.30. En conclusión, las sociedades de gestión colectiva se encuentran sometidas a un especial control y supervisión por parte del Estado. El Artículo 43 de la Decisión 351 establece que dichas sociedades están sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.

En atención a dicho especial control y supervisión estatal, las actividades que realicen dichas sociedades deben estar previamente autorizadas por la oficina nacional competente.»

«³ Se destacan las Interpretaciones Prejudiciales en los procesos 281-IP-2015 del 19 de febrero de 2016, 119-IP-2010 del 8 de abril de 2011 y 22-IP-98 del 25 de noviembre de 1998.

⁴ “La Gestión Colectiva del derecho de autor y los derechos conexos”. Disponible en web: http://www.wipo.in/freepublications/es/copyright/450/wipo_pub_I450cm.pdf.

⁵ PÉREZ SOLÍS, Miguel, “La Gestión Colectiva en los Umbrales del Siglo XXI: de los Derechos

Conexos”, publicado en la Memoria del Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, 1997, p. 14.

- 6 Véase, ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines”. Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2007, pp. 265-275.
- 7 Véase, por ejemplo, SACD-SCAM. “Quelle est la mission d'une société de gestion collective des droits d'auteur?”. La Maison des Auteurs, Bruselas. Disponible en web: <http://www.sacd-scam.be/Quelle-est-la-mission-d-une?lang=fr>.
- 8 FRAAP. “Sociétés de gestion collective des droits d'artiste-auteur”. Fédération des réseaux et associations d'artistes plasticiens, París. Disponible en web: <http://www.fraap.org/article236.html>.
- 9 Con relación a los diversos derechos de autor y derechos conexos, véase, OMPI. “Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos”. Ginebra, pp. 8 y ss. Disponible en web: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf.
- 10 Cf. PARIS, Thomas. “L'organisation de la gestion collective des droits d'auteur : entre rationalisation et logique d'institution”. En : Réseaux N° 88, Vol. 16, CNET, Francia, 1998, pp. 123-137, especialmente p. 126. Disponible en web: http://www.persee.fr/doc/reso_0751-7971_1998_num_16_88_3228.
- 11 KAESMACHER, Dominique y Théodora STAMOS. “Brevets, marques, droits d'auteur... : mode d'emploi”. D. Questions particulières. 2. La gestion collective. Edipro, Liège, 2009.
- 12 Véase, por ejemplo, PARIS, Thomas. “L'organisation de la gestion collective des droits d'auteur: entre rationalisation et logique d'institution”, *Op. Cit.*, p. 127.
- 13 A este respecto, cabe mencionar que ciertas legislaciones permiten la existencia de sociedades de gestión colectiva de obras que se encuentran en el dominio público, en aras de una mejor administración de obras que pudieran ser consideradas como patrimonio cultural nacional. Sin embargo, cabe destacar que estas sociedades contemplan en sus estatutos y reglamentos internos el referido objeto y fin, y que generalmente cuentan con subvenciones por parte de sus respectivos gobiernos.
- 14 ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “Estudios de derecho de autor y derechos afines”. *Op. Cit.*, p. 264.
- 15 Si la gestión colectiva es efectuada de manera transparente y no discriminatoria, ésta representa un interés cierto para el usuario, quien se beneficia de la facilidad de tener un número limitado de interlocutores que representan una multitud de derecho-habientes. Véase, en ese sentido, KAESMACHER, Dominique y Théodora STAMOS. “Brevets, marques, droits d'auteur... : mode d'emploi”. *Op. Cit.*
- 16 Si bien es cierto que la normativa andina tiene preeminencia sobre cualquier norma interna de cada País Miembro, no es menos cierto que existen circunstancias que no están reguladas por la normativa comunitaria andina; y, que en virtud del principio **de complemento** indispensable se deberá atender a las normas previstas por el País Miembro respectivo, para estos eventos con el objetivo de lograr una correcta aplicación de la normativa comunitaria **andina**. Lo anterior ha sido ratificado varias veces a través de distintas Interpretaciones Prejudiciales: “(...) *no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas*” (Interpretación Prejudicial emitida dentro del Proceso 10-IP-94, del 17 de marzo de 1995).
- 17 KAESMACHER, Dominique y Théodora STAMOS. “Brevets, marques, droits d'auteu (...) : mode d'emploi”, *Op. Cit.*
- 18 “**Artículo 45.-** La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:
a) Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros;

- b) Que las mismas tengan como objeto social la gestión del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos;
- c) Que se obliguen a aceptar la administración del Derecho de Autor o Derechos Conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;
- d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad;
- e) Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso;
- f) Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;
- g) Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución;
- h) Que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan;
- i) Que se obliguen a remitir a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos;
- j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se distinguen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;
- k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;
- l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros”.

19 “**Artículo 46.-** En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el presente Capítulo, la autorización de la sociedad de gestión colectiva podrá ser revocada de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros”.

20 A este respecto, resulta oportuno citar a Mihály J. Ficsor, quien explica que:
“Existen algunas organizaciones de gestión conjunta que también asumen actividades distintas de la gestión de derechos propiamente dicha, por ejemplo, actividades de agencia para la promoción del repertorio nacional, y ciertas otras actividades culturales de carácter general.
Por lo general, el cumplimiento de estas otras funciones no entra en conflicto con los intereses especiales que supone la gestión conjunta de derechos. Es importante observar, sin embargo, que los costos de tales actividades no deban gravar —directa o indirectamente— la remuneración recaudada para los titulares de derechos en el marco de la gestión conjunta. Por ejemplo, los costos de promoción del uno dan ciertas obras mediante actividades de agencia de representación se deben cubrir sea con las comisiones a pagar por los titulares de derechos directamente interesados en tal actividad, o con fondos de algún otro origen (por ejemplo, un fondo en fideicomiso o un subsidio estatal); y no con la remuneración recaudada por la utilización de obras u objetos de derechos conexos con respecto a los cuales se realiza la gestión conjunta de algunos derechos.
Debe añadirse, sin embargo, que no se justifica una interpretación demasiado restrictiva del alcance de las actividades relacionadas directamente con la gestión conjunta de derechos. A estas actividades corresponden no sólo la supervisión efectiva de las utilidades, la recaudación y distribución de las remuneraciones y la imposición coercitiva de derechos, sino también, por ejemplo, los servicios jurídicos que presta la organización a los titulares de derechos, las actividades de enseñanza y de relaciones públicas que fomentan la comprensión y el respeto de los derechos objeto de la gestión, etcétera” (Subrayado por fuera del texto).
 Cf. FICSOR, Mihály. “La Gestión Colectiva de Derecho de Autor y de los Derechos Conexos”, OMPI, Ginebra, 2002, p. 165. Disponible en web: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyrigh/855/wipo_pub_855.pdf»

Fuente: Ver párrafos 1.2. a 1.30. de las páginas 5 a 15 de la Interpretación Prejudicial **525-IP-2015** del 20 de abril de 2017, que constan en las páginas 43 a 53 de la GOAC 3123 del 27 de octubre de 2017, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/GACE3123.pdf>

Capítulo V

La afiliación a una sociedad de gestión colectiva. Principio de exclusividad de la actividad de una sociedad de gestión colectiva

«[4.1] El artículo 44 de la Decisión 351, dispone lo siguiente:

“Artículo 44.- La afiliación de los titulares de derechos a una sociedad de gestión colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos, será voluntaria, salvo disposición expresa en contrario de la legislación interna de los Países Miembros.”

[4.2] Conforme se desprende del artículo anterior, la afiliación debe ser voluntaria, salvo que la normativa interna de los Países Miembros prevea algo diferente. Es decir, los titulares de los derechos de autor o derechos conexos se encuentran en la libertad de decidir si gestionan tales derechos por sí mismos o si se los confían a las sociedades de gestión colectiva. Por otro lado, dicho artículo plantea la posibilidad de que la legislación interna de los Países Miembros prevea un sistema de gestión colectiva obligatorio. En este último escenario, no cabría la posibilidad de que el titular gestione de manera individual sus derechos.¹⁵

[4.3] Resulta necesario precisar que la afiliación que celebran las partes no transmite derechos de propiedad intelectual a favor de la sociedad de gestión colectiva. Mediante el referido contrato se faculta a la sociedad de gestión colectiva a que realice dos tipos de encargos: la gestión contractual con terceros y la defensa de los derechos de sus administrados.

- (i) **Gestión contractual con terceros:** las sociedades de gestión colectiva tienen la misión de administrar los derechos de propiedad intelectual de sus afiliados, concediendo a terceros usuarios autorizaciones no exclusivas de derechos de autor o derechos conexos, según corresponda; esto también incluye la recaudación del pago por actos de comunicación pública o remuneraciones, entre otros pagos que se encuentren bajo su administración en materia de derecho de autor o derechos conexos. Cabe señalar que las tarifas deberán ser previamente elaboradas por la entidad y publicadas en un medio de amplia circulación nacional, de conformidad con lo señalado en el literal h) del artículo 45 de la Decisión 351¹⁶.
- (ii) **Defensa de los derechos de sus administrados:** las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con sus estatutos y lo acordado con sus afiliados, deben defender los derechos de estos en cualquier clase de procedimientos administrativos o judiciales sea iniciando trámites administrativos en general, interponiendo acciones por infracción, solicitando formas alternativas de solución de controversias o conflictos —como pudiera ser el arbitramiento u arbitraje—, atendiendo las normas procesales que para el efecto consagre el País Miembro¹⁷.

Esta función es de gran importancia, pues estas entidades realizan en la práctica el ejercicio pleno de los derechos de autor o derechos conexos de sus afiliados, según sea el caso, frente a una vulneración de los mismos por parte de un tercero. El afiliado a una sociedad de gestión colectiva confía en que sus intereses patrimoniales serán defendidos plenamente por esta¹⁸.

- [4.4] En consecuencia, al momento en que el titular de un derecho de autor o derecho conexo le confía a la sociedad de gestión colectiva la protección de sus derechos, celebra con esta un contrato en el cual se les autoriza para que puedan iniciar a su nombre las acciones necesarias en defensa de sus derechos, así como también se les hace el encargo de sus obras bajo un listado del repertorio, el cual a su vez la sociedad de gestión colectiva autoriza y protege frente a terceros.
- [4.5] La norma comunitaria no enuncia los requisitos que deben contener los contratos, aplicándose por tanto el principio del complemento indispensable; sin embargo, sí se debe enunciar las obras o producciones fonográficas de los cuales el afiliado es titular de manera pormenorizada, para que la sociedad de gestión colectiva pueda realizar una protección adecuada de los mismos¹⁹.

Principio de exclusividad de la actividad de una sociedad de gestión colectiva

- [4.6] El principio de exclusividad de la actividad de una sociedad de gestión colectiva se sustenta en lo establecido en el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351²⁰. En virtud de dicho principio no se puede confiar la administración de los derechos de autor o derechos conexos a dos sociedades de gestión colectiva de manera simultánea. En otras palabras, si un titular pretende que otra sociedad de manera colectiva gestione sus derechos

intelectuales, debe terminar en el contrato y desafiliarse de la entidad a la cual se encuentre vinculada para hacerlo con otra, esto es de conformidad con las previsiones contractuales estipuladas para el efecto. Este principio es fundamental para lograr transparencia y competencia leal entre las entidades de gestión colectiva, así como para generar seguridad en los usuarios en cuanto a las condiciones de administración de los derechos de autor o derechos conexos²¹.

- [4.7] Este mismo principio irradia otros supuestos de hecho como la gestión individual o la del otorgamiento de dicha administración a una entidad que no sea de gestión colectiva. En este último supuesto y de conformidad con el principio estudiado, no se encuentra lógico que mientras se plantea la exclusividad en relación con las entidades de gestión colectiva, se permita la administración individual por otro tipo de entidades. Si el titular escogió la protección colectiva de sus derechos, y si la entidad a la que se afilió se encuentra contractualmente prestando todo su contingente para la protección y ejercicio de sus derechos, no resulta lógico que el titular, mientras existan dichas condiciones contractuales, otorgue la administración de ciertos derechos a otro tipo de entidades²².
- [4.8] Lo mismo sucede en el caso en que el titular pretenda gestionar sus derechos de manera individual. Si escogió de manera voluntaria la vía colectiva de administración, mientras subsistan las condiciones contractuales, por transparencia, seguridad y orden en el mercado, no se pueden otorgar licencias, autorizaciones u otro tipo de actos de manera individual. Si esto se diera, se podrían generar situaciones que claramente estarían en contra de la realización de la figura de la gestión colectiva. Se plantean un conjunto de sociedades vigiladas por el Estado, con reglas precisas y claras para la administración de los derechos de autor de sus afiliados, de conformidad con ciertas cláusulas contractuales acordadas con los mismos, con el objetivo claro de que sea más fácil y eficiente la protección de los mencionados derechos²³.
- [4.9] Si bien estas sociedades no tienen ánimo de lucro, sí tienen un andamiaje institucional y financiero basado en la actividad de gestión que realizan. Si sus afiliados utilizan su gestión cuando les conviene y, por lo tanto, en vigencia del contrato pueden administrar por sí mismos o por un tercero la protección de los derechos que fueron objeto de la afiliación a la sociedad de gestión colectiva, se estaría generando un desequilibrio contractual de tal magnitud que no encuentra asidero lógico ni normativo en la propia figura de la gestión colectiva²⁴.
- [4.10] En consecuencia con lo anterior, el Tribunal encuentra que tal y como está regulada la figura de las sociedades de gestión colectiva en el régimen común de derechos de autor y los derechos conexos, la exclusividad en cuanto a la gestión por parte dichas sociedades es un elemento de la esencia del contrato de gestión colectiva, o lo que es lo mismo, dicho elemento no puede ser desconocido por la voluntad de las partes y sin el cual el acuerdo no podría existir²⁵.

- [4.11] No obstante a lo anterior, el autor, intérprete o productor fonográfico sí puede entregar las obras o producciones que no fueron objeto de contrato de gestión colectiva, para que sean administradas mediante gestión individual²⁶.
- [4.12] Cada gestión colectiva representa a sus miembros en los límites de su mandato de representación convenido con los mismos (contrato o convención colectiva), o derivado de la legislación nacional o de su propio estatuto. Ello supone que, la sociedad de gestión colectiva puede representar únicamente a sus miembros. Adicionalmente, la sociedad de gestión colectiva solamente podrá representar a sus miembros para:
- Las obras cuya gestión ha sido confiada por sus miembros; y,
 - Los usos cuya gestión ha sido confiada por sus miembros o por la ley²⁷.
- [4.13] En consecuencia, es posible que, por ejemplo, un titular de derechos de autor o de derechos conexos sea miembro de una sociedad de gestión colectiva pero que le haya confiado a esta únicamente la gestión de sus derechos sobre ciertas obras o producciones de su titularidad y solo para ciertos usos. En tal caso, para las demás obras o producciones de dicho titular, la sociedad de gestión colectiva no tendrá poder de representación y el titular podrá ejercer sus derechos por sí mismo, es decir, mediante gestión individual.²⁸»

«¹⁵ Ver Interpretación Prejudicial número 120-IP-2012 de 6 de febrero de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 2177 del 9 de abril de 2013.

¹⁶ Ver las Interpretaciones Prejudiciales número 119-IP-2010 de 8 de abril de 2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 1949 del 3 de junio de 2011; y número 519-IP-2016 de 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3154 del 11 de diciembre de 2017.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Ver Interpretación Prejudicial número 119-IP-2010 de 8 de abril de 2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 1949 del 3 de junio de 2011.

¹⁹ Ver Interpretación Prejudicial número 519-IP-2016 de 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3154 del 11 de diciembre de 2017.

²⁰ **Decisión 351.-**

“**Artículo 45.-** La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:
(...)”

k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;
(...)”

²¹ Ver Interpretación Prejudicial número 120-IP-2012 de 6 de febrero de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 2177 del 9 de abril de 2013.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Ver la ampliación de la Interpretación Prejudicial número 120-IP-2012 de 27 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 4198 del 24 de marzo de 2021.

²⁷ Ver Interpretación Prejudicial número 387-IP-2016 de 11 de mayo de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3050 del 26 de junio de 2017.

²⁸ *Ibidem.»*

Fuente: Ver párrafos 4.1. a 4.13. de las páginas 14 a 18 de la Interpretación Prejudicial **383-IP-2021** del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 15 a 19 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

Capítulo VI

Legitimación activa por parte de las sociedades de gestión colectiva para recaudación

- «6.2. Existe consenso en la doctrina en que las funciones principales de las sociedades de gestión colectiva son la negociación, la recaudación y la repartición de las regalías por concepto de explotación de los derechos cuya administración le ha sido encargada²³. En consecuencia, la gestión colectiva se organiza en torno a dos ejes: la percepción y la repartición de regalías.
- 6.3. Con relación a la negociación de remuneraciones, esta puede realizarse de manera individual por los artistas intérpretes o ejecutantes por sí mismos. En tal sentido, la sociedad de gestión colectiva únicamente se encuentra a cargo de recolectar el dinero en nombre de los artistas e intérpretes sobre la base de un mandato individual o de la ley. La negociación puede ser igualmente realizada de manera colectiva por las organizaciones sindicales que representan a los artistas intérpretes o ejecutantes en virtud de convenciones colectivas, en cuyo caso las sociedades de gestión colectiva estarían solamente a cargo de la percepción o recaudación de las remuneraciones correspondientes y de su posterior repartición²⁴.
- 6.4. Adicionalmente, es preciso señalar que, en virtud de los avances tecnológicos modernos, los derecho-habientes actualmente pueden gestionar sus derechos ellos mismos, empleando, por ejemplo, soluciones tales como aplicar marcas de agua en sus obras o medidas de limitaciones técnicas de utilización de obras. En consecuencia, puede que los autores decidan gestionar sus derechos ellos mismos por suponer mayores beneficios que la gestión colectiva de dichos derechos²⁵.

- 6.5. En principio, cada titular de derechos es libre para decidir si los gestiona directamente por sí mismo (gestión individual) o si confía su administración a la entidad que corresponda en razón de su objeto (gestión colectiva)²⁶. Sin embargo, cabe apuntar que, en el caso de las gestiones colectivas obligatorias, a falta de representación por parte de una sociedad de gestión colectiva, los derecho-habientes no podrán ejercer sus derechos ellos mismos²⁷.
- 6.6. En los supuestos de gestión colectiva obligatoria, el desempeño por parte de las entidades de su función de administración de derechos se produce sin necesidad de celebrar con los titulares el contrato de gestión. El efecto inmediato principal de la gestión colectiva obligatoria es el que el correspondiente titular del derecho no podrá ejercerlo de modo individual²⁸.
- 6.7. Por otra parte, incluso si son miembros de una sociedad de gestión colectiva, estos pueden tener interés, en ciertos casos, en retirar una obra precisa del mandato de gestión confiado a dicha sociedad para gestionar directamente ellos mismos la correspondiente obra. Por ejemplo, si un compositor crea una música por encargo específico, puede ser apropiado negociar directamente con el usuario o destinatario de la obra por encargo y así retirar la respectiva obra del mandato de gestión otorgado a la sociedad de gestión colectiva correspondiente²⁹.
- 6.8. Cada sociedad de gestión colectiva representa a sus miembros en los límites de su mandato de representación convenido con los mismos (contrato o convención colectiva), o derivado de la legislación nacional o de su propio estatuto. Ello supone que, la sociedad de gestión colectiva puede representar únicamente a sus miembros y no a terceros. Adicionalmente, la sociedad de gestión colectiva solamente podrá representar a sus miembros para:
- Las obras cuya gestión ha sido confiada por sus miembros; y,
 - Los usos cuya gestión ha sido confiada por sus miembros o por la ley³⁰.
- 6.9. En consecuencia, es posible que, por ejemplo, un autor sea miembro de una sociedad de gestión colectiva pero que le haya confiado a esta únicamente la gestión de sus derechos sobre ciertas obras de su autoría y solo para ciertos usos. En tal caso, para las demás obras de dicho autor, la sociedad de gestión colectiva no tendrá poder de representación y el autor podrá ejercer sus derechos por sí mismo. En efecto, el derecho-habiente no se encuentra obligado a afiliarse a una sociedad de gestión colectiva³¹. Exceptuando eventuales excepciones previstas por ley, este podrá gestionar sus derechos por sí mismo (Artículo 44 de la Decisión 351).
- 6.10. Adicionalmente, cabe indicar que el sistema de reparto tiene que estar predeterminado en los estatutos o los reglamentos internos de la correspondiente sociedad de gestión colectiva³². De este modo, cuando la norma comunitaria andina, en el Literal e) del Artículo 45, hace alusión a «distribución equitativa», significa que la participación de los titulares de los derechos en el reparto ha de ser «proporcional» a la utilización de sus obras³³.
- 6.11. Se debe determinar la legitimidad de la sociedad de gestión colectiva para recaudar pagos por concepto de uso de determinados derechos sobre la base del

contenido del mandato legal y estatutario. Cabe indicar que no solo se debe determinar la legitimidad de la misma para recaudar regalías, sino también los destinatarios de dicha legitimación. Al respecto, es preciso tener en cuenta que ciertas categorías de titulares tienen intereses distintos, incluso opuestos. Tal es el caso de los productores de fonogramas, de un lado, y de los artistas intérpretes o ejecutantes del otro. De esta manera, si uno toma el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, por ejemplo, debe determinarse si se representa únicamente a los artistas intérpretes ejecutantes de música o los artistas intérpretes o ejecutantes de lo audiovisual, o ambos³⁴. En otras palabras, debe verificarse que los derechos administrados por la sociedad de gestión colectiva correspondan al objeto o fines de la misma.»

«²³ Jean Vincent, *Droit des arts visuels: contrats d’auteurs*. Éditions Lamy, Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2010, p. 143.

²⁴ Miguel Pérez Solís, WIPO International Forum (Foro Internacional de la OMPI), realizado en Sevilla, España, en 1997. Noveno panel de discusión: “Collective Management in Developing Countries” (Gestión Colectiva en Países en Desarrollo), Carlos Fernández Ballesteros (moderador), p. 156 y ss.

²⁵ Dominique Kaesmacher, y Théodora Stamos. Op. Cit.

²⁶ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant le Blanch, 2001, p. 280.

²⁷ Dominique Kaesmacher, y Théodora STAMOS. Op. Cit.

²⁸ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. Op. Cit., p. 282.

²⁹ Dominique Kaesmacher, y Théodora Stamos. Op. Cit.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. Op. Cit., p. 283.

³³ Cabe comentar que, la remuneración proporcional es también el modo normal de retribuir al titular que cede sus derechos. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. Op. Cit., pp. 283-284.

³⁴ Miguel Pérez Solís, «WIPO International Forum», Op. Cit., p. 156.»

Fuente: Ver párrafos 6.2. a 6.11. de las páginas 18 a 21 de la Interpretación Prejudicial **52-IP-2022** del 6 de mayo de 2022, que constan en las páginas 19 a 22 de la GOAC 4472 del 20 de mayo de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204472.pdf>

Capítulo VII

La legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

«[6.1.] La legitimidad para obrar activa es la facultad con la que cuenta una persona natural o jurídica para activar válidamente un procedimiento administrativo (como peticionante) o un proceso judicial (como demandante).

[6.2.] El artículo 49 de la Decisión 351 establece lo siguiente:

“Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.”

[6.3.] La norma antes citada confiere a las sociedades de gestión colectiva la legitimidad para obrar activa bajo dos supuestos³⁷:

- a) Bajo los términos de sus propios estatutos.
- b) Bajo los contratos que celebren con entidades extranjeras, para el ejercicio de los derechos encomendados a ellas para su administración, y para hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y proceso judiciales.

[6.4.] Toda sociedad de gestión colectiva debe tener estatutos debidamente aprobados por la autoridad competente y celebrar contratos con las personas a las que representa, en los cuales se le autorice para que, en nombre de ellas, pueda iniciar las acciones necesarias en defensa de sus derechos, sea en la vía administrativa o la judicial³⁸.

[6.5.] Por otro lado, en relación con la legitimidad procesal de una sociedad de gestión colectiva, mediante Interpretación Prejudicial 165-IP-2015, este Tribunal ha manifestado lo siguiente:

“...para que una sociedad de gestión colectiva ejerza a nombre y en representación de los titulares las acciones legales encaminadas a la protección de los derechos de autor, debe contar con la facultad para actuar a nombre de un tercero, la cual puede ser conferida por el propio titular a la sociedad (mandato voluntario), por mandato estatutario o por imperio de la ley, a través de una presunción legal.

(...)

[Artículo 49]

...la citada norma andina establece una presunción relativa, iuris tantum, de representación o legitimación procesal, tanto en la fase administrativa como en la judicial, en favor de las sociedades de gestión colectiva legalmente establecidas en el territorio andino⁷. Esta presunción de representación o legitimación procesal vuelve más eficiente el sistema de gestión de derechos de autor y derechos conexos, y facilita su defensa y protección, que, de lo contrario, en muchos casos, no sería posible por cuenta del propio derecho-habiente...

(...)

⁷ De conformidad con la presente interpretación prejudicial, véase, por ejemplo, el artículo 20.4) de la Ley de Propiedad Intelectual de España, que establece la presunción de afiliación a una sociedad de gestión colectiva; el artículo 53 de la Ley sobre Derechos de autor de Francia, que establece una presunción de gestión de derechos en favor de las sociedades de gestión colectiva; el artículo 200 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, que establece una presunción de legitimación respecto de autores residentes en México; la primera parte del artículo 147 del Decreto Legislativo 822 del Perú, que establece una presunción relativa (*iuris tantum*) con respecto a la legitimación de las entidades de gestión colectiva, estando a cargo de la denunciada acreditar lo contrario, pues de no hacerlo, se tendrá por válida dicha presunción legal.”³⁹

(Subrayado agregado)

La presunción de representación o legitimación procesal de una sociedad de gestión colectiva lo que busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos, a través de la sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer de manera eficiente los derechos patrimoniales que se encuentran bajo su administración, así como una adecuada recaudación de estos derechos.

Si se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tenga que demostrar la representación de todo su repertorio como condición para protegerlo ante una autoridad y recaudar así el derecho de sus asociados, ello significaría la asunción de costos excesivos por parte de dicha sociedad, lo que haría inviable una eficiente y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados.

Más aún si se tiene presente que el repertorio de obras administradas por una sociedad de gestión colectiva puede variar constantemente y que la incorporación de nuevos asociados puede efectuarse en cualquier momento, lo que haría difícil o hasta imposible que estas sociedades puedan demostrar en tiempo real todo el repertorio que se encuentra bajo su administración al momento de iniciar la defensa de los derechos de sus asociados o al momento de efectuar la recaudación patrimonial correspondiente. Por tal razón, se justifica que una sociedad de gestión

colectiva no se encuentre obligada a demostrar la representación de todo su repertorio por cada proceso iniciado o por cada requerimiento de pago efectuado a un tercero. Así es como funciona esta presunción de legitimidad que la Decisión 351 ha reconocido a favor de las sociedades de gestión colectiva.

[6.6.] No obstante lo anterior, esta presunción admite prueba en contrario; es decir, que en un caso en concreto, la persona a quien se le impute estar utilizando o explotando obras sin contar con la autorización respectiva, deberá demostrar que el titular del derecho sobre la obra no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva, o que no se encuentra incorporado a la sociedad colectiva extranjera con la cual mantiene contratos de representación recíproca.»

«³⁷ Ver Interpretación Prejudicial número 519-IP-2016 de 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3154 del 11 de diciembre de 2017.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ver Interpretación Prejudicial número 165-IP-2015 de 4 de febrero de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 2682 del 14 de marzo de 2016.»

Fuente: Ver párrafos 6.1. a 6.6. de las páginas 20 a 22 de la Interpretación Prejudicial **383-IP-2021** del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 21 a 23 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

Capítulo VIII

Sobre la capacidad de las sociedades de gestión colectiva de delegar la representación judicial y extrajudicial de sus afiliados a un tercero para la defensa de sus derechos¹¹

- «1.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Decisión 351, las sociedades de gestión colectiva están legitimadas para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, y en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras.
- 1.2. Como se puede observar, la normativa comunitaria no prohíbe a las sociedades de gestión colectiva la delegación de una o más de las funciones que le han sido confiadas, en tanto sea para garantizar de mejor manera el ejercicio y defensa de los derechos confiados a su administración, sino que las faculta (en abstracto) a desempeñar sus funciones de conformidad con sus estatutos y los contratos que estas celebren.

En este sentido, las sociedades de gestión colectiva podrían delegar sus funciones (incluyendo las de representación judicial o extrajudicial) a terceros, siempre que esto esté permitido en sus estatutos o los contratos en particular que celebre, y

¹¹ Nota: en el proceso 27-IP-2020, el magistrado Rogelio Mayta Mayta emitió voto aclaratorio.

sea para garantizar de mejor manera el ejercicio y defensa de los derechos de autor, o derechos conexos, que estas sociedades administran.

- 1.3. Al momento de verificar la legalidad de una delegación de esta naturaleza, la autoridad nacional competente deberá remitirse a los estatutos de la sociedad de gestión colectiva y a los contratos en particular que esta celebre, respetando la autonomía de la voluntad de las partes. Asimismo, la autoridad nacional competente deberá considerar la normativa nacional que sea aplicable al caso concreto, de conformidad con el principio de complemento indispensable⁵.»

«⁵ El principio de complemento indispensable constituye un acto aclarado (...) en los términos de los párrafos 31. a 37. del segundo punto de las páginas 63 y 64 de la interpretación prejudicial recaída en el proceso 03-IP-2022 del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 90 y 91 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023, disponible en el siguiente enlace:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>»

Fuente: Ver párrafos 1.1. a 1.3. de las páginas 6 y 7 de la Interpretación Prejudicial **27-IP-2020** del 16 de julio de 2024, que constan en las páginas 7 y 8 de la GOAC 5534 del 22 de agosto de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205534.pdf>

Capítulo IX

De la presunción de representación a favor de las sociedades de gestión colectiva

«Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

- 1.2. La legitimidad para obrar activa es la facultad con la que cuenta una persona (natural o jurídica) para actuar legalmente en cualquier procedimiento administrativo o proceso judicial.
- 1.3. Al respecto, el Artículo 49 de la Decisión 351, establece lo siguiente:

*“**Artículo 49.-** Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.”*
- 1.4. La norma antes citada confiere a las sociedades de gestión colectiva la legitimidad para obrar activa bajo dos supuestos²:
 - a) Bajo los términos de sus propios estatutos.
 - b) Bajo los contratos que celebren con entidades extranjeras, para el ejercicio de los derechos encomendados a ellas para su administración y para que los puedan ejecutar en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.
- 1.5. De lo anterior se puede establecer que toda sociedad de gestión colectiva para poder actuar deberá tener estatutos debidamente aprobados por la autoridad competente y celebrar contratos con las personas a las que representen en los

cuales se les autorice para que puedan a su vez a su nombre iniciar las acciones necesarias en defensa de sus derechos, sea por vía administrativa o judicial³.

- 1.6. Por otro lado, en relación con la legitimidad procesal de una sociedad de gestión colectiva, mediante Interpretación Prejudicial 165-IP-2015 este Tribunal ha manifestado lo siguiente:

“(...) para que una sociedad de gestión colectiva ejerza a nombre y en representación de los titulares las acciones legales encaminadas a la protección de los derechos de autor, debe contar con la facultad para actuar a nombre de un tercero, la cual puede ser conferida por el propio afiliado (mandato voluntario), por mandato estatutario o por imperio de la ley, a través de una presunción legal.
(...) ”

[artículo 49]

“(...) la citada norma andina establece una presunción relativa, iuris tantum, de representación o legitimación procesal, tanto en la fase administrativa como en la judicial, en favor de las sociedades de gestión colectiva legalmente establecidas en el territorio andino⁷. Esta presunción de representación o legitimación procesal vuelve más eficiente el sistema de gestión de derechos de autor y derechos conexos, y facilita su defensa y protección, que, de lo contrario, en muchos casos, no sería posible por cuenta del propio derecho-habiente (...)”.

^{“7 De conformidad con la presente interpretación prejudicial, véase, por ejemplo, el artículo 20.4) de la Ley de Propiedad Intelectual de España, que establece la presunción de afiliación a una sociedad de gestión colectiva; el artículo 53 de la Ley sobre Derechos de autor de Francia, que establece una presunción de gestión de derechos en favor de las sociedades de gestión colectiva; el artículo 200 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, que establece una presunción de legitimación respecto de autores residentes en México; la primera parte del artículo 147 del Decreto Legislativo 822 del Perú, que establece una presunción relativa (iuris tantum) con respecto a la legitimación de las entidades de gestión colectiva, estando a cargo de la denunciada acreditar lo contrario, pues de no hacerlo, se tendrá por válida dicha presunción legal”.}⁴

- 1.7. Sobre la presunción de representación o legitimación procesal de una sociedad de gestión colectiva, este Tribunal considera que lo que se busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos, a través de la sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer de manera eficiente los derechos patrimoniales que se encuentran bajo su administración, así como una adecuada recaudación de los estos derechos.

Si se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tuviera que demostrar la representación de todo su repertorio para que recién pueda protegerlo ante una autoridad y recaudar el derecho de sus asociados, implicaría que cada vez que dicha sociedad exija a un tercero el pago por el uso no autorizado de los fonogramas que administra tenga que incurrir en cuantiosos gastos económicos, circunstancias que harían inviable una eficiente y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados.

Más aún si consideramos que el repertorio de los productores fonográficos afiliados a una sociedad de gestión colectiva nacional o extranjera puede variar constantemente y que las incorporaciones de nuevos asociados a este tipo de entidades pueden efectuarse en cualquier momento, lo cual haría imposible que las sociedades de gestión colectiva puedan demostrar a tiempo real todo el repertorio que se encuentran bajo su administración al momento de iniciar la

defensa de los derechos de sus asociados o al momento de efectuar la recaudación patrimonial correspondiente. Por dichas razones, se justifica que una sociedad de gestión colectiva no se encuentre obligada a demostrar la representación de todo su repertorio por cada proceso iniciado o cada requerimiento de pago efectuado a un tercero.

- 1.8. Existe, por lo tanto, una presunción *iuris tantum* de que las sociedades de gestión colectiva están legitimadas, conforme a lo que indiquen sus estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración ante cualquier autoridad administrativa o judicial. Para tal efecto, basta presentar dichos estatutos para presumir, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido confiados por los correspondientes titulares.
- 1.9. Dado que se trata de una presunción *iuris tantum*, admite prueba en contrario, que sería la actuación directa del titular del derecho. En caso de tratarse del derecho conexo propio de los productores de fonogramas, la persona a quien se le acuse de estar utilizando fonogramas musicales sin contar con la autorización respectiva deberá demostrar que el productor del fonograma no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva o que no se encuentra incorporado a la sociedad colectiva extranjera con la cual mantiene contratos de representación recíproca.»

«² Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 519-IP-2016 del 7 de julio de 2017.

³ Ibidem.

⁴ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 165-IP-2015 del 4 de febrero de 2016.»

Fuente: Ver párrafos 1.2. a 1.9. de las páginas 3 a 5 de la Interpretación Prejudicial **421-IP-2016** del 7 de septiembre de 2018, que constan en las páginas 4 a 6 de la GOAC 3382 del 1 de octubre de 2018, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203382.pdf>

Capítulo X

Sobre la prueba en contrario que hace desaparecer la presunción de legitimidad a favor de las sociedades de gestión colectiva¹²

- «1.1. En su jurisprudencia, el TJCA ha explicado que, en virtud del principio de exclusividad, no se puede confiar la administración de los mismos derechos de autor o derechos conexos a dos sociedades de gestión colectiva (**SGC**) distintas de manera simultánea. Tampoco es admisible que un titular de derechos de autor o derechos conexos encargue a una SGC la administración de ciertas obras y, al mismo tiempo, las gestione individualmente u otorgue su administración a otro tipo de entidades.⁷
- 1.2. Dicha regla también aplica cuando el repertorio de una SGC se confía a otra por efecto de un convenio de representación recíproca, en el sentido de que cada SGC adquiere los mismos derechos y obligaciones que la otra tiene sobre su propio repertorio⁸. Las restricciones a la gestión simultánea de las mismas obras se extienden a este escenario, pero tomando a todas las SGC vinculadas por el convenio de representación recíproca como miembros de un mismo grupo.
- 1.3. Cuando los titulares de derechos de autor y derechos conexos confían sus obras a una SGC es importante que tomen en cuenta los convenios de representación recíproca que esta mantenga, pues podrían incidir en su capacidad para gestionar sus derechos en otras jurisdicciones, ya sea por su cuenta, por terceros o incluso otras SGC que no mantienen convenios de representación recíproca.

¹² Nota: en el proceso 05-IP-2022, el magistrado Rogelio Mayta Mayta emitió voto disidente.

- 1.4. Si bien la jurisprudencia del TJCA ha reconocido que la normativa comunitaria andina presume la legitimidad de las SGC en la defensa de las obras de su repertorio, aquella ha señalado de manera reiterada y uniforme que dicha presunción admite prueba en contrario. Esto significa que, si el usuario acredita que cuenta con una licencia obtenida de un tercero de las obras o prestaciones protegidas por los derechos conexos que utiliza, dicha presunción de legitimidad desaparece.
 - 1.5. En efecto, si el usuario exhibe un contrato de licencia u otro acto jurídico celebrado con un tercero que le autoriza la explotación del derecho de autor o derecho conexo de que se trate —de modo que: (i) se individualicen las obras o prestaciones autorizadas; (ii) existe prueba de que el uso versa sobre estas; y, (iii) se acredita que la autorización la otorga el titular del derecho o su representante o gestor, o un tercero por cuenta de este—, la presunción de legitimidad a que se refiere el artículo 49 de la Decisión 351 queda desvirtuada.
 - 1.6. La prueba en contrario que desvirtúa la presunción de legitimidad no significa el desconocimiento del derecho que, eventualmente, le puede asistir a la SGC. En un escenario en el que la SGC considera que a ella le corresponde la gestión del derecho (de autor o conexo) controvertido, lo que es rebatido por el usuario que exhibe el título que le autoriza la explotación del mencionado derecho, la autoridad administrativa o jurisdiccional que resuelva la controversia deberá determinar quién posee un mejor título, si es la SGC o el usuario. En este escenario, la SGC sí debe exhibir el título que le autoriza la administración de un determinado repertorio, y la mencionada autoridad, a la luz de las pruebas correspondientes, determinará si dicho título es mejor o no que el exhibido por el usuario. En caso de que este tenga un mejor derecho, la SGC no podrá cobrar las regalías o remuneraciones que pretendía.
 - 1.7. Para dilucidar la controversia, la referida autoridad tendrá en cuenta, entre otros factores, la fecha (de preferencia cierta) de los contratos, convenios o títulos involucrados, así como si estos se inscribieron o no en el registro de derechos de autor correspondiente (lo que otorga la publicidad y oponibilidad respectiva).
 - 1.8. Para garantizar la aplicación del principio de exclusividad, es importante la publicidad no solo de los actos jurídicos vigentes que otorgan la autorización o título al usuario, sino también de la resolución, rescisión, revocación o modificación de los actos jurídicos anteriores que acreditan que la SGC ya no gestiona un determinado repertorio.»
- «⁷ Ver párrafos 4.6 y 4.8 de la sentencia de interpretación prejudicial en el proceso 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5186 del 22 de mayo de 2023.
- ⁸ Ver sentencia de interpretación prejudicial en el proceso 60-IP-2021 del 16 de julio de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5534 del 22 de agosto de 2024.»

Fuente: Ver párrafos 1.1. a 1.8. de las páginas 7 a 9 de la Interpretación Prejudicial **05-IP-2022** del 27 de agosto de 2024, que constan en las páginas 9 a 11 de la GOAC 5540 del 2 de septiembre de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205540.pdf>

Capítulo XI

Validez y alcance de los convenios de representación recíproca celebrados entre sociedades de gestión colectiva¹³

«1.1. El artículo 49 de la Decisión 351 establece lo siguiente:

“**Artículo 49.-** Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.”

(Énfasis agregado)

1.2. Entre los contratos que las sociedades de gestión colectiva pueden celebrar con otras entidades extranjeras están los contratos o convenios de representación recíproca. Ivonne Sleman explica que:

“El convenio de reciprocidad entre las sociedades de gestión colectiva de nacionalidades distintas, es un acuerdo de voluntades por virtud del cual, se obligan a hacer valer en el territorio en que actúa cada una, los derechos de los asociados de la otra sociedad en la misma forma, condiciones y medida en que lo hacen respecto de sus propios asociados, así como hacerlo dentro de los límites

¹³ Nota: en el proceso 60-IP-2021, los magistrados Rogelio Mayta Mayta y Sandra Catalina Charris, de forma independiente, emitieron voto aclaratorio.

de la protección legal concedida a las obras extranjeras en el país en que se reclama la protección.

El convenio de reciprocidad legitima a las sociedades de gestión colectiva para negociar, recaudar o reclamar los derechos de los autores o titulares de derechos conexos extranjeros al país en el cual la sociedad opera”⁵.

1.3. Jorge Luis Ordellin Font añade que, en virtud de este tipo de convenios:

“...una entidad de gestión colectiva encomienda a otra la concesión de licencias multiterritoriales de derechos de obras o prestaciones de su propio repertorio sin que exista restricción territorial. Ello hace que cualquier usuario pueda obtener una licencia válida en cualquier entidad de gestión de cualquier país que forme parte de estos acuerdos. Nos encontramos así ante la posibilidad de que sean celebrados acuerdos de representación recíproca no solo multirrepertorio sino también multiterritoriales”⁶.

- 1.4. Para que un convenio de representación recíproca sea válido, es necesario que cada sociedad de gestión colectiva contratante esté efectivamente legitimada para ejercer los derechos confiados a su administración. De otra manera, no haría sentido que autoricen a otras para ejercer la administración de un repertorio que ellas mismas no administran. Por otro lado, las sociedades de gestión colectiva no pueden incluir en un convenio de representación recíproca piezas de su repertorio que sus titulares expresamente hayan prohibido someter a este tipo de contrato.
- 1.5. De lo anterior se colige que los convenios de representación recíproca tienen un alcance limitado. Las sociedades contratantes pueden someter su repertorio al convenio, en todo o en parte, en la medida que estén facultadas para ello. Si las sociedades convienen la representación recíproca de los derechos de un compositor con relación únicamente al álbum “A”, no podrán invocar el convenio con relación al álbum “B”. De igual manera, si las sociedades únicamente convienen la representación recíproca de sus repertorios musicales, no podrán invocar el convenio con relación a sus repertorios audiovisuales. En ese sentido, la autoridad que analice un convenio de representación recíproca deberá verificar su alcance real, más allá de considerar cuáles son las partes contratantes.
- 1.6. No obstante lo anterior, es importante mencionar que las sociedades de gestión colectiva que actúan al amparo de un convenio de representación recíproca preservan su presunción de representación o legitimación procesal en los mismos términos que con relación a su propio repertorio. Por supuesto, esta presunción admite prueba en contrario, por lo que quien dispute la legitimidad de la sociedad de gestión colectiva para participar en un proceso determinado deberá probar la inexistencia, invalidez o insuficiencia del convenio de representación recíproca con base en el cual justifica su participación⁷.»

«⁵ Ivonne Sleman Valdés, *La gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en la Ley Federal del derecho de autor*, En: Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, vol. 2, núm. 2, 2006, pp. 171-172. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/2/cnt/cnt10.pdf> (Consultado el 5 de marzo de 2024)

- ⁶ Jorge Luis Ordellin Font, *El futuro de la gestión colectiva: un análisis desde la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea*, En: Revista La Propiedad Inmaterial, núm. 20, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 10. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4345/4929> (Consultado el 5 de marzo de 2024)
- ⁷ Ver sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 383-IP-2021, *Op. Cit.*, p. 22.
- [Sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5186 del 22 de mayo de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>]

Fuente: Ver párrafos 1.1. a 1.6. de las páginas 7 a 9 de la Interpretación Prejudicial **60-IP-2021** del 16 de julio de 2024, que constan en las páginas 20 a 22 de la GOAC 5534 del 22 de agosto de 2024, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205534.pdf>

Capítulo XII

Requisitos para la efectividad de las autorizaciones a las sociedades de gestión colectiva¹⁴

- «5.1. ¿La retransmisión autorizada de programación de un organismo de radiodifusión por otro, requiere de éste obtener la autorización de los autores de obras audiovisuales, contenidas en dicha parrilla?
- 5.2. ¿La autorización del órgano de gestión colectiva a un organismo de radiodifusión para transmitir obras audiovisuales lleva implícita la autorización para que otro organismo de radiodifusión las retransmita?
- 5.3. ¿La autorización obtenida por un operador de televisión por suscripción para retransmitir señal y programación de otro organismo de radiodifusión permite la de obras audiovisuales sin autorización de sus autores?
- 5.4. ¿Debe entenderse que la autorización dada a un operador de televisión para retransmitir una señal de televisión lleva implícita la autorización para retransmitir la parrilla de programación de un organismo de radiodifusión?

¹⁴ Nota: el marco teórico responde a interrogantes relacionados con si la autorización del titular de un derecho de autor o de la sociedad de gestión colectiva que opera y gestiona sus derechos, para la reproducción o comunicación pública de una obra, entre otros, a través de la retransmisión de emisiones, debe ser expresa y previa.

Dada la vinculación de las preguntas formuladas por la Sala consultante, este Tribunal brindará una única respuesta:

La autorización del titular de un derecho de autor o de la sociedad de gestión colectiva que opera y gestiona sus derechos, para la reproducción o comunicación pública de una obra, entre otros, a través de la retransmisión de emisiones, deber ser expresa y previa. No puede presumirse la existencia de autorización. Si no hay autorización, la retransmisión de señales constituye una violación al derecho de autor correspondiente.

La norma andina no exige una formalidad específica para la autorización, por lo que debe ajustarse a los requisitos de validez y eficacia de las licencias de uso regulados por la normativa interna de los Países Miembros.

Veamos el siguiente ejemplo hipotético: asumamos que “A” es el titular de un derecho de autor que autorizó de manera expresa y previa la reproducción o comunicación pública de su obra a la empresa de radiodifusión “B”. La empresa “B”, a su vez, como titular de derechos conexos, autorizó la retransmisión de sus emisiones a la empresa “C”, de manera tal que existe un vínculo contractual entre “B” y “C”.

En este supuesto, por el solo hecho de que “B” cuenta con la autorización de “A”, ¿se puede asumir que “C” también cuenta con la autorización de “A” para la reproducción y comunicación pública de su obra, mediante la retransmisión de las emisiones de “B”? La respuesta es no. La empresa “C” debe contar con la autorización expresa y previa de “A” para reproducir o comunicar públicamente su obra, inclusive a través de la retransmisión de las señales de “B”.»

Fuente: Ver párrafos 5.1. a 5.4. de las páginas 11 a 12 de la Interpretación Prejudicial **570-IP-2018** del 28 de febrero de 2020, que constan en las páginas 20 a 21 de la GOAC 3949 del 7 de mayo de 2020, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203949.pdf>

Capítulo XIII

Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva

«[5.1.] La tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva y sirve, además, para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad. Asimismo, las tarifas:

“...constituyen un mecanismo idóneo para garantizar la igualdad de trato, frente a la entidad, de todos los eventuales usuarios del repertorio, lo que tiene una importancia decisiva desde el punto de vista del Derecho de la competencia...”²⁹

[5.2.] Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características³⁰:

[5.2.1] Deben estar consignadas en un reglamento de tarifas elaborado por la sociedad de gestión colectiva (literal g del artículo 45).

[5.2.2] Las tarifas generales por el uso de los derechos de sus afiliados deben ser publicadas por lo menos una vez al año en un medio de amplia circulación (literal h del artículo 45).

Sobre el particular, corresponde mencionar que la obligación prevista en el literal h) del artículo 45 de la Decisión 351, en el sentido de que la sociedad de gestión colectiva debe publicar en un medio de amplia circulación nacional y cuando menos anualmente las tarifas generales por el uso de los derechos que representa, tiene por objeto garantizar que los usuarios conozcan de antemano el monto (y los criterios o parámetros para su cálculo) de las remuneraciones (o regalías) que deberán pagar en caso decidan utilizar obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas u otros derechos conexos.

29 años después de la vigencia de la Decisión 351, el internet permite que los usuarios puedan acceder a dicho conocimiento de una manera mucho más rápida y gratuita, como sería el hecho de que la sociedad de gestión colectiva publique su tarifario en su página web, a la cual pueden acceder los usuarios todos los días y en cualquier momento.

En tal sentido, y en ejercicio de los métodos de interpretación teleológico y evolutivo, el Tribunal considera que, si una sociedad de gestión colectiva publica íntegramente su tarifario en su página web, de modo que su acceso es asequible³¹ y sencillo³² para los usuarios, y lo hace sin interrupción alguna todos los días del año y a cualquier hora, se cumple el mandato establecido en el literal h) del artículo 45 de la Decisión 351, con relación a la publicidad del tarifario.

- [5.2.3] Deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, salvo que la normativa interna de los Países Miembros establezca algo diferente (artículo 48)³³.
- [5.3.] Uno de los pilares básicos del sistema comunitario de protección de los derechos de autor es la libre disposición de los derechos patrimoniales de autor por parte de los titulares de los mismos, salvo ciertas excepciones expresamente consagradas. De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciables y temporales. Son derechos exclusivos, lo que significa que nadie puede explotar el objeto protegible sin la respectiva autorización de su titular. El artículo 54 de la Decisión 351 es una consecuencia de lo anterior, ya que establece que, para la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica, emisión de la radiodifusión, o prestación de apoyo para su utilización, se debe contar siempre con la autorización previa y expresa del titular del derecho o su representante y, por lo tanto, nadie puede autorizar su utilización sin este requisito esencial³⁴.
- [5.4.] En ese mismo sentido, conforme al artículo 54 de la Decisión 351, para que una persona natural o jurídica, incluso una autoridad, pueda autorizar la utilización, interpretación, producción fonográfica, radiodifusión de una obra, deberá contar con la autorización expresa por parte del titular del derecho o de su representante; caso contrario podrá ser solidariamente responsable³⁵.
- [5.5.] Lo anterior está en consonancia con el manto de exclusividad que cubre el derecho de autor, impidiendo que se explote el objeto protegido sin que el titular lo autorice. Salvo excepciones expresamente consagradas, la explotación sin autorización previa y expresa constituiría una infracción a los derechos de autor y daría lugar a trámites administrativos e interposición de acciones judiciales para el cese de la actividad ilícita y la búsqueda de una reparación. Es lógico, pues, que el titular de los derechos de autor esté interesado en autorizar la utilización y acordar los términos de la misma³⁶.»

«²⁹ Juan José Marín López, Tema 13 – Las entidades de gestión, en AA.VV. (Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Coordinador), Manual de Propiedad Intelectual, sexta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 320.

- ³⁰ Ver Interpretación Prejudicial número 119-IP-2010 de 8 de abril de 2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 1949 del 3 de junio de 2011.
- ³¹ Incluso podría estar, si la sociedad de gestión colectiva lo considera pertinente, no solo en castellano, sino también en otros idiomas o lenguas (que tengan expresión escrita) utilizados por los usuarios.
- ³² Es decir, fácil de navegar y encontrar la información buscada.
- ³³ Las tarifas, por cierto, deben guardar correspondencia con el volumen de repertorio que administra la sociedad de gestión colectiva en el territorio del País Miembro de la Comunidad Andina, lo que significa que si dicha sociedad representa a un porcentaje pequeño o mínimo de las obras que se utilizan en el referido territorio, no podría cobrar tarifas como si representara a la mayor parte de las obras (por ejemplo, un repertorio prácticamente universal) que se utilizan en el mencionado territorio.
- ³⁴ Ver Interpretación Prejudicial número 119-IP-2010 de 8 de abril de 2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 1949 del 3 de junio de 2011.
- ³⁵ Ver Interpretación Prejudicial número 154-IP-2015 de 24 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3045 del 26 de junio de 2017.
- ³⁶ Ibidem.»

Fuente: Ver párrafos 5.1. a 5.5. de las páginas 18 a 19 de la Interpretación Prejudicial **383-IP-2021** del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 19 a 20 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

Capítulo XIV

Tarifas de sociedades de gestión colectiva y concursos para concertación de precios¹⁵

«3.6. ¿Cómo influye en la determinación de la responsabilidad de un sujeto que infringe los derechos patrimoniales de un autor el hecho de que la sociedad gestora que lo representa no preste su concurso para concertar la tarifa a pagar por la comunicación de la obra con la persona natural o jurídica que la representa?

¿Es factible presumir la remuneración que debe recibir el autor de una obra musical en el evento en que no medie previa concertación para su ejecución pública por un intérprete? ¿La legislación interna de un País Miembro puede establecer una norma supletoria que determine una tarifa presunta para ese efecto?

El usuario de la obra sujeta a derechos de autor debe pagar la tarifa que corresponda por el solo uso de los derechos. No es necesario que el usuario acuerde un precio específico con el titular de los derechos o con la sociedad de gestión colectiva que los administra para que la tarifa se haga exigible. En ese sentido, si el usuario llega a un acuerdo con el titular o con la sociedad de gestión colectiva, estará obligado a pagar el monto acordado. Pero si hace uso de la obra sin acordar un precio, deberá atenerse a los precios establecidos en el tarifario de la sociedad de gestión colectiva o al valor que razonablemente se calcule por el uso concreto de la obra, según corresponda.

¹⁵ Nota: en el proceso 60-IP-2021, los magistrados Rogelio Mayta Mayta y Sandra Catalina Charris, de forma independiente, emitieron voto aclaratorio.

Conforme al artículo 48 de la Decisión 351, las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según corresponda, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto. En consecuencia, los Países Miembros pueden establecer en su legislación interna, de manera expresa, algo distinto a lo previsto en el artículo 48 de la Decisión 351.

Tratándose de la fijación de tarifas, es preciso tomar en consideración la legislación interna de los Países Miembros en la materia, así como el deber de las sociedades de gestión colectiva de tener reglamentos sobre tarifas y el de publicar, cuando menos anualmente, las tarifas generales por el uso de los derechos que representan (artículo 45, literales g) y h) de la Decisión 351). El Tribunal ha explicado en su jurisprudencia el régimen correspondiente a las tarifas fijadas por las sociedades de gestión colectiva⁸. Asimismo, ha explicado algunos de los criterios generales que pueden ser considerados por estas entidades para el establecimiento de tales tarifas⁹. Por su parte, los Países Miembros han adoptado normas internas en esta materia, por ejemplo, sujetando a aprobación las tarifas, estableciendo montos máximos o incluso autorizando tratos especiales y diferenciados para atender necesidades de ciertas comunidades¹⁰. Por eso, para determinar si es posible adelantar una negociación sobre tarifas especiales con terceros, es necesario remitirse a la norma interna del respectivo País Miembro, en caso este lo haya regulado de manera expresa.

Las sociedades de gestión colectiva, en ejercicio de sus facultades estatutarias y libertad contractual, bien podrían convenir con terceros, tarifas distintas a las establecidas en sus tarifarios aprobados por la autoridad nacional competente, siempre y cuando la norma interna no lo prohíba o no haya establecido condiciones para su ejercicio —en caso la norma nacional haya establecido condiciones para su ejercicio, dichas condiciones deberán acatarse—, y ello represente un beneficio justificado para los titulares de derechos de autor y conexos que representan.»

«⁸ Ver párrafos 5.1. a 5.5. de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5186 del 22 de mayo de 2023. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

⁹ Ver respuesta a la pregunta 7 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 29-IP-2020 del 23 de enero de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5405 del 26 de enero de 2024. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205405.pdf>

¹⁰ Ver por ejemplo el artículo 251 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación de la República del Ecuador.»

Fuente: Ver párrafo 3.6. de las páginas 13 y 14 de la Interpretación Prejudicial **60-IP-2021** del 16 de julio de 2024, que constan en las páginas 26 y 27 de la GOAC 5534 del 22 de agosto de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205534.pdf>

Capítulo XV

Criterios referenciales para cálculo de tarifas de sociedades de gestión colectiva

«7. ¿Cómo se tasan los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos derivados de la comunicación pública de una obra?

La autoridad consultante deberá considerar los criterios jurídicos interpretativos de los párrafos 5.1. a 5.5. de la sentencia de interpretación prejudicial emitida en el Proceso 383-IP-2021 antes mencionados, salvo que la legislación nacional haya establecido algo distinto.

Sin perjuicio de lo anterior, como criterio orientativo adicional a lo dispuesto en el artículo 48 de la Decisión 351, el Tribunal expresa los siguientes criterios que podrían ser tomados en cuenta para calcular el monto de la tarifa de una sociedad de gestión colectiva, respecto del uso de las obras en su repertorio:

- (i) La proporcionalidad de la tarifa con relación a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, así como la relevancia de este uso para la actividad económica desarrollada por el usuario.
- (ii) El aforo del establecimiento del usuario.
- (iii) La modalidad e intensidad de uso de las obras en la actividad económica que desarrolla el usuario, lo cual involucra también la tecnología que se emplea.
- (iv) El uso efectivo o potencial de las obras, cuando corresponda.
- (v) La aplicación de condiciones diferenciadas a los usuarios en función de criterios objetivos y razonables.
- (vi) El volumen del repertorio que administra la sociedad de gestión colectiva en el territorio del País Miembro de la Comunidad Andina, lo que significa

que si dicha sociedad representa a un porcentaje pequeño o mínimo de las obras que se utilizan en el referido territorio, no podrá cobrar tarifas como si representara a la mayor parte de las obras (por ejemplo, un repertorio prácticamente universal) que se utilizan en el mencionado territorio. (Ver pie de página 33 de la sentencia de interpretación prejudicial emitida en el Proceso 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5186 del 22 de mayo de 2023).

- (vii) Otros que permitan apreciar la razonabilidad y proporcionalidad de la tarifa.

En cualquier caso, tal y como dispone el artículo 48 de la Decisión 351, los Países Miembros están facultados para adoptar y desarrollar sus propios criterios de acuerdo con el principio de complemento indispensable ya que las consideraciones enumeradas son meramente orientativas.»

Fuente: Ver párrafo 7. de la página 7 de la Interpretación Prejudicial **29-IP-2020** del 23 de enero de 2024, que consta en la página 8 la GOAC 5405 del 26 de enero de 2024, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205405.pdf>

Capítulo XVI

De la publicación de las tarifas de las sociedades de gestión colectiva

«La obligación prevista en el Literal h) del Artículo 45 de la Decisión 351, en el sentido de que la sociedad de gestión colectiva debe publicar en un medio de amplia circulación nacional y cuando menos anualmente las tarifas generales por el uso de los derechos que representa, tiene por objeto garantizar que los usuarios conozcan de antemano el monto (y los criterios o parámetros para su cálculo) de las remuneraciones (o regalías) que deberán pagar en caso decidan utilizar obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas u otros derechos conexos.

29 años después de la vigencia de la Decisión 351, el internet permite que los usuarios puedan acceder a dicho conocimiento de una manera mucho más rápida y gratuita, como sería el hecho de que la sociedad de gestión colectiva publique su tarifario en su página web, a la cual pueden acceder los usuarios todos los días y en cualquier momento.

En tal sentido, y en ejercicio de los métodos de interpretación teleológico y evolutivo, el Tribunal considera que, si una sociedad de gestión colectiva publica íntegramente su tarifario en su página web, de modo que su acceso es asequible¹⁴ y sencillo¹⁵ para los usuarios, y lo hace sin interrupción alguna todos los días del año y a cualquier hora, se cumple el mandato establecido en el Literal h) del Artículo 45 de la Decisión 351, con relación a la publicidad del tarifario.»

«¹⁴ Incluso podría estar, si la sociedad de gestión colectiva lo considera pertinente, no solo en castellano, sino también en otros idiomas o lenguas (que tengan expresión escrita) utilizados por los usuarios.

¹⁵ Es decir, fácil de navegar y encontrar la información buscada.»

Fuente: Ver respuestas a los párrafos 4.6. a 4.7. de las páginas 11 a 12 de la Interpretación Prejudicial **205-IP-2022** del 19 de octubre de 2022, que constan en las páginas 12 a 13 de la GOAC 5063 del 25 de octubre de 2022, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205063.pdf>

Capítulo XVII

Las sociedades de gestión colectiva tienen que establecer criterios o parámetros que permitan diferenciar aquellos casos en los que la utilización de las obras es de naturaleza predominante de las que no

«Las sociedades de gestión colectiva, con el objeto de cobrar tarifas razonables y proporcionales, tienen que establecer criterios o parámetros que permitan diferenciar aquellos casos en los que la utilización de las obras es de naturaleza predominante (como ocurre en las discotecas) de las que no (como sucede en los centros de salud).»

Fuente: Ver respuesta al párrafo 4.8. de la página 12 de la Interpretación Prejudicial **205-IP-2022** del 19 de octubre de 2022, que consta en la página 13 de la GOAC 5063 del 25 de octubre de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205063.pdf>

Capítulo XVIII

Las Sociedades de Gestión Colectiva reducen costos de transacción en la gestión de derechos de autor y derechos conexos¹⁶

«3.3.1.1 Si no existieran las SGC, los autores (de obras literarias, artísticas, musicales, audiovisuales, coreográficas, fotográficas, etc.), los intérpretes, los ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (en adelante, **los titulares de derechos de autor y derechos conexos**) tendrían que autorizar la utilización de obras, interpretaciones, ejecuciones, producciones fonográficas o emisiones de radiodifusión, así como negociar y recaudar las regalías correspondientes, con cada uno de los **usuarios** que utilizan en sus actividades económicas los mencionados derechos, los que pueden ser cines, empresas de radio o televisión (de señal abierta o cerrada), discotecas, bares, restaurantes, hoteles, empresas de transporte (terrestre, aéreo, marítimo, fluvial) y los miles de establecimientos comerciales u otros que utilizan tales creaciones intelectuales como parte de sus actividades económicas y, a su vez, estos miles de establecimientos comerciales u otros tendrían que solicitar autorización y negociar el pago de remuneraciones con cada uno de los miles de titulares de derechos de autor y derechos conexos, lo que sería, en términos económicos, costosísimo para ambas partes. Las SGC, al intermediar entre los titulares de derechos de autor y derechos conexos y los usuarios de estos derechos, reducen los costos de transacción involucrados, logrando, de manera eficiente, que los primeros perciban los

¹⁶ Nota: en el Anexo 2 de la presente compilación se encuentra adjunta la totalidad de la Sentencia del 11 de marzo de 2022, emitida en el proceso 01-AI-2019.

beneficios de sus derechos de propiedad intelectual y los segundos utilicen dichos derechos en sus actividades económicas y sociales.»

Fuente: Ver párrafo 3.3.1.1. de las páginas 10 y 11 de la Sentencia del 11 de marzo de 2022 en el proceso **01-AI-2019**, que consta en las páginas 11 a 12 de la GOAC 4442 del 22 de marzo de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf>

Capítulo XIX

La posición monopólica de las Sociedades de Gestión Colectiva

- «3.3.2.1 A mayor número de titulares de derechos de autor y derechos conexos miembros de una SGC y a mayor el número de usuarios, la gestión colectiva se beneficia de economías de red, de economías de escala y se vuelve más valiosa la participación de cada miembro y usuario adicional, todo lo cual genera una barrera de entrada al mercado para un competidor¹⁵: una SGC del mismo rubro, género o rama. Por tanto, e independientemente de si la legislación nacional estableciera o no un monopolio legal, lo cierto es que en la práctica es sumamente complicado que compitan dos o más SGC del mismo rubro (género o rama) entre sí, como sería, hipotéticamente hablando, que dos o tres sociedades de autores y compositores compitieran entre sí al interior de un país miembro.
- 3.3.2.2 Existe un monopolio (o monopsonio), cuando en el mercado relevante hay un solo agente que oferta (o compra) un determinado bien o servicio, el cual carece de sustitutos razonables. La ausencia de sustitutos razonables es lo que realmente otorga la condición de monopolio (o poder de mercado). Es un error pensar que la gestión individual es un sustituto de la gestión colectiva porque para los titulares de derechos de autor o derechos conexos no es indistinto el optar por la gestión individual o la colectiva, en la medida que las características, precios y condiciones de ambas difieren. Se podría sospechar de cierta sustituibilidad en mercados en los que la gestión individual disciplina¹⁶ el monto de las tarifas de la gestión colectiva, pero no existe evidencia de que algo así ocurra en los países miembros de la Comunidad Andina.
- 3.3.2.3 La mencionada situación monopólica se traduce en que una SGC tiene, también en la práctica, y en su respectivo rubro (género o rama), dos mercados cautivos. El primero, relacionado con los titulares de los derechos

de autor y derechos conexos gestionados por la SGC; y, el segundo, respecto de los usuarios de dichos derechos. Así, por ejemplo, en el caso de una SGC que agrupa a autores y compositores (el rubro), tratándose de la gestión colectiva (que es distinta a la individual), los autores y compositores constituyen un mercado cautivo pues no tienen otra elección¹⁷ (en el país miembro de que se trate) que acudir a la única SGC de ese rubro; y lo mismo ocurre respecto de los usuarios que utilizan en sus actividades económicas los derechos de los autores y compositores, pues ellos no pueden elegir a qué entidad le pagan las regalías, sino que el pago lo tienen que efectuar, necesariamente, ante la única SGC del rubro, que es la SGC que agrupa a autores y compositores. Para dichos usuarios, esta SGC es un monopolio.

- 3.3.2.4 En la medida que, en la práctica, una SGC actúa en régimen de monopolio, su presencia constituye lo que se conoce como una falla de mercado (el poder de mercado que existe ante la ausencia de competencia efectiva), lo que justifica la intervención regulatoria del Estado con el objetivo de evitar abusos tanto respecto de los miles de titulares de los derechos gestionados por ella como con relación de los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares.
- 3.3.2.5 Dicha intervención regulatoria se expresa en que el Estado autoriza el funcionamiento de la SGC, le aprueba sus estatutos (y sus modificaciones), ejerce sobre ella facultades de inspección y vigilancia (fiscalización y supervisión) —como, por ejemplo, el requerimiento de información y documentación—, le ordena la realización de auditorías contables y financieras, le aprueba sus reglamentos (de socios, de tarifas y de distribución), le impone sanciones en casos de incumplimiento normativo (multas, la suspensión o la revocación de la autorización de funcionamiento), etc.»

«¹⁵ Con cada titular de derecho de autor o conexo adicional y con cada usuario adicional, disminuye el costo total medio de la gestión colectiva, de una manera bastante similar a lo que ocurre en las industrias de red que califican como monopolios naturales.

¹⁶ Es decir, que la gestión individual evitara el incremento de las tarifas de la gestión colectiva.

¹⁷ En el supuesto de que opten por la gestión colectiva.»

Fuente: Ver párrafo 3.3.2.1. de las páginas 11 y 12 de la Sentencia del 11 de marzo de 2022 en el proceso **01-AI-2019**, que consta en las páginas 12 a 13 de la GOAC 4442 del 22 de marzo de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf>

Capítulo XX

La intensidad de la regulación depende de la magnitud del interés público involucrado: la magnitud de las externalidades negativas que podría ocasionar la actividad regulada

«3.3.3.1 El Estado regula, a través de potestades administrativas (reglamentaria, de policía, de fiscalización, de sanción, entre otros), las actividades económicas y sociales con el objeto de evitar daños a los involucrados (a los que realizan la actividad y a los destinatarios de ella) y a terceros (personas ajenas a la transacción, el ambiente, etc.), lo que se traduce en la prevención, reducción o eliminación de externalidades negativas.

3.3.3.2 La intervención del Estado es más o menos intensa en función del interés público involucrado, de modo que si la actividad es susceptible de generar pocas externalidades negativas (*v.g.*, afectar a pocas personas), la intervención será leve, mientras que si ella puede generar muchas externalidades negativas (*v.g.*, afectar a muchas personas), la intervención será mayor. Si la actividad podría afectar a pocas personas, la intervención del Estado será leve al limitarse a autorizar el funcionamiento del establecimiento y fiscalizarlo. En cambio, si la actividad podría afectar a muchas personas, la intervención estatal se torna más intensa, pudiendo comprender la obtención de autorizaciones o permisos adicionales, la exigencia de reservas legales, el establecimiento de limitaciones y prohibiciones a los actos de gestión, la

aprobación de cláusulas generales de contratación, y/o la exigencia de seguros obligatorios, según las circunstancias de cada caso concreto.»

Fuente: Ver párrafos 3.3.3.1 a 3.3.3.2 de la página 12 de la Sentencia del 11 de marzo de 2022 en el proceso **01-AI-2019**, que consta en la página 13 de la GOAC 4442 del 22 de marzo de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf>

Capítulo XXI

La Sociedad de Gestión Colectiva y el interés público subyacente

«3.3.4.1 El interés público que preocupa respecto del funcionamiento de una SGC son los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ella y los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares. Lo que busca la normativa andina y nacional existente es evitar que la SGC abuse (o se aproveche indebidamente) de los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ella y de los miles de usuarios de dichos derechos. Por el número de posibles afectados, el interés público subyacente es significativo, como ocurre con los miles de ahorristas que tienen los bancos o los miles de asegurados que tienen las compañías de seguros. De alguna forma, las SGC se asemejan a los bancos y a las compañías de seguros, por lo que la intervención del Estado no se reduce a la autorización de su funcionamiento, sino que, además, requiere el control de aspectos relativos a la administración de estas entidades. En la página 15 de la demanda, citando a Ricardo Antequera Parilli, Sayco reconoce que las SGC, al igual que los bancos y las compañías de seguros, son organizaciones privadas que pueden afectar intereses colectivos.

Fuente: Ver párrafo 3.3.4.1 de la página 13 de la Sentencia del 11 de marzo de 2022 en el proceso **01-AI-2019**, que consta en la página 14 de la GOAC 4442 del 22 de marzo de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf>

Capítulo XXII

Las potestades de supervisión y control de los actos de administración de las Sociedades de Gestión Colectiva

«3.3.5.1 De conformidad con lo establecido en los arts. 43 y 44 de la Decisión 351, las SGC están sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización para su funcionamiento, la cual se concederá solo si dichas entidades cumplen con los siguientes requisitos:

- a) Que se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los países miembros;
- b) Que tengan como objeto social la gestión del derecho de autor o de los derechos conexos;
- c) Que se obliguen a aceptar la administración del derecho de autor o derechos conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;
- d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad;
- e) Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso;
- f) Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el

respeto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;

- g) Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución;
- h) Que se obliguen a publicar, cuando menos anualmente, en un medio de comunicación de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan;
- i) Que se obliguen a remitir a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos;
- j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;
- k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;
- l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los países miembros.

3.3.5.2 Se advierte del listado de requisitos antes consignado que la supervisión (fiscalización) que ejerce el Estado sobre las SGC es intensa, y esta intensidad llega a los actos de administración de dichas entidades (participación apropiada de los miembros en la decisiones de la entidad, distribución equitativa de las regalías, transparencia y administración eficaz, aprobación de determinados reglamentos, aprobación y publicación de balance general y estados financieros, limitaciones para los gastos administrativos, reglas para cubrir los gastos efectivos de administración, entre otros). La autoridad administrativa no suele inmiscuirse en los actos de administración de restaurantes, ferreterías, discotecas o sastrerías, que son establecimientos comerciales que operan previa obtención de la autorización administrativa correspondiente, pero sí lo hace respecto de compañías como bancos, entidades financieras, seguros, cooperativas, fondos de inversión, entre otros, que además de contar con autorización para su funcionamiento, se encuentran obligadas a cumplir con ámbitos regulatorios que inciden sobre la administración de dichas compañías.

3.3.5.3 Adicionalmente, el art. 48 de la Decisión 351 establece que las tarifas a cobrar por parte de las SGC deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los países miembros expresamente dispongan algo distinto; y su art. 50 señala que las SGC están obligadas a inscribir ante la oficina nacional competente, en los términos que determinen las legislaciones de los países andinos, la designación de los miembros de sus órganos directivos, así como los instrumentos que acrediten las representaciones que ejerzan de asociaciones u organizaciones extranjeras.

3.3.5.4 La autoridad administrativa no suele inmiscuirse en los precios de los restaurantes, ferreterías, discotecas o sastrerías, tampoco les exige a esta clase

de establecimientos registrar a sus órganos directivos, lo que no ocurre con las SGC, donde resulta razonable establecer parámetros de control sobre sus tarifas dada la natural situación de monopolio de estas entidades, así como registrar a los integrantes de sus órganos directivos como parte del proceso de supervisión intensa que existe sobre los actos de administración de dichas entidades.

- 3.3.5.5 Lo anterior revela que las SGC, si bien son organizaciones privadas, también son de interés público, pues la actividad que realizan puede afectar un interés colectivo (los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ellas y los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares) que justifica la necesidad de ejercer sobre ellas un intenso nivel de regulación y control. Como lo ha mencionado este Tribunal a través de su jurisprudencia: "...las sociedades de gestión colectiva si bien son de carácter privado también son de interés público, ya que protegen intereses colectivos soportados en la salvaguarda de los derechos de autor..."¹⁹.
- 3.3.5.6 En su jurisprudencia, esta Corte Internacional ha reconocido que la autoridad nacional competente tiene competencia para ejercer las siguientes potestades de fiscalización, supervisión, inspección, vigilancia y control sobre las SGC, que inciden sobre sus actos de administración:

Sobre los gastos de la SGC

- a) Verificar que los gastos en los que incurre la SGC tienen por objeto la consecución de sus fines institucionales, como son percibir o recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan, negociar las autorizaciones por concepto de uso de obras que formen parte del repertorio que representan, perseguir los usos no autorizados de tales obras y distribuir el importe restante entre los asociados (o afiliados).²⁰
- b) Verificar que la SGC no incurra en gastos que no respondan a su objeto o naturaleza y que impidan o amenacen la realización de alguno de sus fines, como el repartir el importe restante entre sus afiliados luego de deducir los respectivos gastos de administración.²¹
- c) Verificar, respecto de la SGC, que son permisibles los gastos que le permitan recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que representan, negociar las autorizaciones por el uso de las obras que administran y perseguir los usos no autorizados de dichas obras con mayor eficiencia, principalmente económica, de manera tal que ningún asociado vea mermado el monto correspondiente a las regalías percibidas por parte de la SGC, en nombre de este, por concepto del uso o explotación de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas.²²
- d) Verificar que la SGC cuenta con los suficientes recursos humanos y técnicos para el cumplimiento de sus fines institucionales y así garantizar la recaudación de las regalías que corresponden a sus

afiliados, así como la posible efectividad de la gestión en el extranjero del repertorio que se aspira administrar.²³

Sobre el reparto de las regalías recaudadas entre los titulares de derechos (los asociados o sus causahabientes)

- e) Verificar que las remuneraciones recaudadas por la SGC se destinen exclusivamente a los titulares de los derechos de autor y conexos, así como a los gastos que implica gestionar dichos derechos, salvo que la Asamblea General o los asociados acuerden fines adicionales que no contravengan o desnaturalicen la razón de ser de la SGC.²⁴
- f) Verificar, respecto de las normas de reparto de la SGC, que una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, se garantice una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso.²⁵

Sobre la participación apropiada de los miembros en la toma de decisiones de la SGC

- g) Verificar, respecto de las reglas de participación de los asociados en las decisiones de la SGC, que de ninguna manera se vulnere el derecho de los miembros que no hagan parte de la expansión en el mercado, pues a ellos los puede mover más un interés cultural, artístico o literario.^{26, 27}

Sobre el particular, el TJCA ha señalado que se puede normar la participación en la toma de decisiones estableciendo ciertos criterios de participación, como la antigüedad de los socios; su representación en ciertos grupos de autores, intérpretes o ejecutantes; entre otros criterios que permitan una participación adecuada.²⁸

La exigencia de transparencia y auditoría

- h) Verificar que la SGC tenga reglamentos de socios, de tarifas y de distribución; que publique cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan; y que remita a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la SGC que puedan interesar al ejercicio de sus derechos.²⁹

3.3.5.7 Este Tribunal advierte del listado antes citado dos asuntos a destacar. El primero, que en efecto, la supervisión efectuada sobre las SGC no es superficial, sino que es tan invasiva que ingresa al terreno de los actos de gestión o administración de estas entidades (el controlar sus gastos, el verificar el reparto equitativo de los ingresos por concepto de regalías, el constatar la existencia de recursos humanos suficientes, el verificar que los miembros —e independientemente de si los titulares reciben o no grandes sumas de dinero por las gestión de sus derechos— gocen de un derecho de

participación apropiado en las decisiones de la entidad, entre otros). El segundo, que la necesidad de supervisar los actos de gestión o administración, hablando terminológicamente, va más allá de una simple inspección y vigilancia, arribando al ámbito del término “control”, que es una forma de intervención más intensa. El término “control” ha sido expresamente reconocido por el TJCA en la Interpretación Prejudicial 525-IP-2015 del 20 de abril de 2017³⁰, oportunidad en la cual esta Corte señaló lo siguiente:

“...En conclusión, las sociedades de gestión colectiva se encuentran sometidas a un especial control y supervisión por parte del Estado. El Artículo 43 de la Decisión 351 establece que dichas sociedades están sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.”³¹

(Énfasis agregado)

- 3.3.5.8 La jurisprudencia de este Tribunal acredita que las SGC no solo están sometidas a la «inspección y vigilancia» de la oficina nacional competente, sino también a su «control y supervisión», cuatro verbos (a los que sin ningún problema se le podrían agregar los verbos «monitorear», «fiscalizar», «auditar») que evidencian una intervención estatal intensa que tiene por objeto asegurar que el funcionamiento y administración de dichas entidades no perjudique a los titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ellas, como tampoco a los usuarios que utilizan dichos derechos en el mercado. Esta intervención estatal intensa se asemeja a la que los países ejercen sobre los bancos y las aseguradoras, precisamente para cautelar los intereses de los miles de ahorristas y asegurados.»

«¹⁹ Interpretación Prejudicial 136-IP-2013 del 13 de noviembre de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2295 del 17 de febrero de 2014, p. 73 de dicha Gaceta. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2295.pdf>

²⁰ Interpretación Prejudicial 525-IP-2015 del 20 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3123 del 27 de octubre de 2017, p. 12. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3123.pdf>

²¹ Ibídem, p. 13

²² Ibídem, p. 14.

²³ Interpretación Prejudicial 387-IP-2016 del 11 de mayo de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3050 del 26 de junio de 2017, p. 27. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3050.pdf>

²⁴ Ibídem, 26 y 27.

²⁵ Literal e) del art. 45 de la Decisión 351 e Interpretación Prejudicial 64-IP-2018 del 16 de septiembre de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3789 del 24 de octubre de 2019, p. 13. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>

²⁶ Interpretación Prejudicial 550-IP-2016 del 14 de diciembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3663 del 17 de junio de 2019, p. 20. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203663.pdf>

²⁷ Respecto de la participación apropiada de los afiliados en las decisiones de la SGC, el TJCA, en

la Interpretación Prejudicial 136-IP-2013 del 13 de noviembre de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2295 del 17 de febrero de 2014, ha señalado lo siguiente:

“...Cuando la norma prevé que se debe reconocer a los miembros de la sociedad colectiva un derecho de “participación apropiado”, el legislador comunitario no estaba pensando únicamente en los autores que reciben grandes sumas de dinero por la gestión de sus derechos de autor. Estaba sopesando en el interés público que está detrás de esta figura de gestión colectiva. La protección de los derechos de autor y conexos, en donde evidentemente se encuentra la labor de las mencionadas sociedades, no puede ser únicamente dirigida a la protección de los autores de “espectáculo rentable”; esta no es ni puede ser la finalidad de dicha protección. Si bien la industria del espectáculo, en todos sus niveles, genera grandes sumas de dinero, no se puede descuidar la esencia propia de una protección de los derechos de autor: la salvaguardia de la creación del espíritu humano representada en obras, ya que esto condensa ciertos bienes culturales que le interesa a la generalidad de individuos de una sociedad.

El Tribunal advierte que una cosa es la distribución equitativa de los recaudos, y otra es la participación en las decisiones de la entidad. La normativa comunitaria, de conformidad con lo expuesto, no puede hacer depender la participación al nivel de distribución. Debe quedar claro que las sociedades de gestión colectiva no tienen un carácter eminentemente mercantil.

Por lo tanto, el legislador comunitario, precisamente con la norma estudiada, previó una adecuada participación de todos los miembros de la sociedad colectiva: los artistas de ‘gran rentabilidad’ y los que no han logrado o no les interesa dicha ‘gran rentabilidad’. De conformidad con el interés público que cobija las sociedades de gestión colectiva, la participación apropiada es el espacio que la normativa comunitaria abre para una real y efectiva participación de todos los grupos de autores, intérpretes o ejecutantes miembros de éstas.

En consecuencia, el Tribunal entiende que una participación apropiada es la que permite una adecuada participación de todos los grupos de miembros. En este sentido, las sociedades de gestión colectiva sí pueden generar reglas de participación, pero de ninguna manera vulnerando el derecho de miembros que no hagan parte de la expansión en el mercado, ya que a éstos los mueve un interés cultural, artístico o literario. Se puede normar la participación en la toma de decisiones estableciendo ciertos criterios de participación de conformidad con lo mencionado: antigüedad de los socios, representantes de ciertos grupos de autores, intérpretes o ejecutantes, entre otros muchos que permitan una participación adecuada.”

²⁸ Interpretación Prejudicial 550-IP-2016, p. 20.

²⁹ Literales g), h) e i) del art. 45 de la Decisión 351 e Interpretación Prejudicial 64-IP-2018, p. 13.

³⁰ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3123 del 27 de octubre de 2017.

³¹ Interpretación Prejudicial 525-IP-2015, p. 53.»

Fuente: Ver párrafos 3.3.5.1 a 3.3.5.8 de las páginas 13 y 18 de la Sentencia del 11 de marzo de 2022 en el proceso **01-AI-2019**, que consta en las páginas 14 a 19 de la GOAC 4442 del 22 de marzo de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf>

Capítulo XXIII

La potestad sancionadora sobre las Sociedades de Gestión Colectiva

«3.3.6.1 Las funciones de inspección, vigilancia, fiscalización, supervisión y control sobre las SGC han sido acompañadas de una potestad muy importante que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la normativa andina y nacional, que es la sancionadora, tal como se advierte de las siguientes disposiciones de la Decisión 351:

“**Artículo 46.-** En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el presente Capítulo, la autorización de la sociedad de gestión colectiva podrá ser revocada de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 47.- La autoridad nacional competente podrá imponer a las sociedades de gestión colectiva, las siguientes sanciones:

- a) Amonestación;
- b) Multa;
- c) Suspensión; y,
- d) Las demás que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.”

3.3.6.2 Este órgano jurisdiccional aprecia, de los artículos antes citados, que la norma andina faculta a los países miembros no solo a revocar (cancelar) la autorización de funcionamiento de la SGC, sino que también los faculta a la “suspensión”, lo que puede comprender tanto la suspensión de las actividades de la SGC como la suspensión de las funciones de sus órganos de dirección.»

Fuente: Ver párrafos 3.3.6.1 a 3.3.6.2 de las páginas 18 y 19 de la Sentencia del 11 de marzo de 2022 en el proceso **01-AI-2019**, que consta en las páginas 19 a 20 de la GOAC 4442 del 22 de marzo de 2022, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf>

Capítulo XXIV

El abuso de posición de dominio en el mercado: el caso de las sociedades de gestión colectiva y la libertad contractual de estas sociedades para negociar el pago de montos distintos a las tarifas¹⁷

«3.1. Considerando las normas objeto de interpretación, resulta importante delimitar el alcance de los supuestos previstos en el artículo 8 de la Decisión 608; sin ignorar que, en aplicación de lo establecido en el literal g) de dicho artículo, estos supuestos son *numerus apertus*. En el presente asunto, interesa principalmente el supuesto del literal d) según el cual:

“**Artículo 8.-** Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

(...)

d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;

(...)”

¹⁷ Nota: en el proceso 227-IP-2023, el magistrado Rogelio Mayta Mayta emitió voto disidente. Por lo demás, la sentencia emitida en el proceso 227-IP-2023 se adjunta en el Anexo 3 de la presente obra compilatoria.

- 3.2. A la luz de lo establecido en el artículo 8 de la Decisión 608, constituyen modalidades de abuso de posición de dominio todas aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

La eficiencia económica traduce el esfuerzo empresarial de ofrecer al mercado productos o servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad, acceso más rápido y fácil, o con mejores servicios de *pre* o *post* venta para los consumidores. Estas eficiencias permiten a las empresas atraer más clientes y consumidores. La competencia entre las empresas por captar más clientes las incentiva a satisfacer los gustos, preferencias y capacidad de gasto de los consumidores, todo lo cual lleva a ofrecer mejores posibilidades de elección a los consumidores.

- 3.3. Las eficiencias económicas implementadas por una empresa que cuente con posición de dominio pueden tener un efecto exclusorio en el mercado, pues las empresas competidoras que no tengan la capacidad de enfrentar o desafiar los menores precios, mejor calidad, mayor variedad, etc. ofrecidos por la dominante, probablemente saldrán del mercado por elección de los consumidores. El esfuerzo empresarial que significa adoptar eficiencias productivas o innovativas constituye una barrera lícita que dificulta la permanencia de los competidores en el mercado, provocando su salida, o que impide el ingreso de nuevos competidores. Es lo que se conoce como el daño concurrencial lícito.

- 3.4. El reproche al abuso de posición de dominio es que la empresa incumbente, en lugar de introducir eficiencias económicas —esto es, ofertar en el mercado productos o servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad o más accesibles— para conservar o fortalecer su posición de dominio, utiliza esta posición para incrementar sus ventas o cuota de mercado, eliminar a sus competidores o impedir que nuevos competidores entren al mercado, obtener más ganancias, etc. En otras palabras, el abuso de la posición de dominio consiste en obtener beneficios, ventajas o ganancias —de manera directa o indirecta— a través de la posición de dominio y no sobre la base del esfuerzo empresarial: la competencia por méritos.

- 3.5. La literatura jurídica y económica especializada, así como la jurisprudencia comparada, suelen diferenciar dos modalidades de abuso de posición de dominio: el abuso “explotativo” y el abuso “exclusorio”¹⁵. El primero expresa el simple ejercicio de la posición de dominio (poder de mercado), y la modalidad por excelencia —pero no la única— de este tipo de ilícito es el denominado precio abusivo o inequitativo. El segundo, en cambio, es el abuso que restringe la competencia; que perjudica a los competidores actuales o potenciales. Por “competidores” se entiende a los competidores de:

- a) la empresa dominante;
- b) empresas vinculadas a la empresa dominante; o
- c) empresas que representan un interés para la empresa dominante.

- 3.6. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (**OCDE**) ha mencionado que:

“Tradicionalmente, las leyes de competencia y los organismos encargados de su implementación han reconocido como abusivos dos amplios tipos de conducta empresarial:

- Abusos explotativos, en los que una empresa se aprovecha de su poder de mercado cobrando precios excesivamente altos a sus clientes, discriminando entre consumidores, pagando precios bajos a sus proveedores o mediante prácticas relacionadas.
- Abusos exclusorios, en los que una empresa intenta suprimir la competencia, por ejemplo, negándose a negociar con un competidor, aumentando los costos de entrada de los competidores a un mercado o cobrando precios predatorios”¹⁶.

3.7. En línea con lo anterior, la Oficina de Comercio Justo del Reino Unido explica que:

“La conducta abusiva generalmente entra en una de las siguientes categorías o ambas:

- conductas que explotan a los clientes o proveedores (por ejemplo, precios excesivamente altos), o
- conductas exclusorias, porque eliminan o debilitan la competencia de competidores existentes, o establece o fortalece barreras de entrada, eliminando o debilitando de esta manera potencial competencia.

El comportamiento exclusorio puede incluir precios excesivamente bajos y ciertos esquemas de descuento, cuando su (probable) efecto sea cerrar un mercado, así como restricciones verticales o negativas a brindar suministro cuando (posiblemente) cierren mercados o debiliten la competencia. Sin embargo, cualquiera que sea la forma del comportamiento en cuestión, su posible efecto sobre la competencia dependerá de las circunstancias del caso...”¹⁷

3.8. El resultado del abuso es un “beneficio” para la empresa dominante. El beneficio puede ser directo para la empresa dominante o indirecto, lo que significa, en este segundo supuesto, **un beneficio para el grupo económico o grupo de interés de la firma dominante**. De ahí que resulta pertinente reiterar que no hay abuso si la empresa dominante no gana nada. Menos hay abuso si ella pierde. Si la empresa cuya conducta es analizada por la autoridad de competencia no puede imponer sus condiciones; si ella se ve forzada a asumir condiciones que la perjudican, no solo no hay abuso, sino que posiblemente ni siquiera haya poder de mercado.

3.9. A la luz de lo anterior, se tiene que el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608 proscribe la conducta de la empresa dominante que adopta condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva.

- 3.10. En la medida que la conducta a que se refiere esta norma (la práctica discriminatoria prevista el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608) es una práctica exclusiva, sí es requisito, para que se configure el abuso de la posición de dominio, que el agente económico dominante obtenga beneficios y perjudique a competidores reales o potenciales. Esto podría traducirse en un incremento de sus ventas, ganancias o cuota de mercado, la eliminación de sus competidores, o el establecimiento de condiciones que impidan el ingreso al mercado de nuevos competidores. El agente económico dominante debe restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales. Y por competidores, se entiende a los competidores reales o potenciales del operador económico dominante, o de operadores económicos vinculados a este de una u otra forma, o que representan un interés a aquel.

Sobre si existe una posición de dominio ejercida por las Sociedades de Gestión Colectiva

- 3.11. El literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 recoge el *principio de exclusividad*, explicado en la jurisprudencia del TJCA —los párrafos [4.6] al [4.13] de las páginas 15 a 18 de la Interpretación Prejudicial 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 16 a 19 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023¹⁸—, según el cual la administración de un determinado derecho de autor o conexo puede ser confiada a más de una SGC o mantenerse bajo gestión individual. No es posible que dos SGC gestionen el mismo derecho, ni que sobre este haya una gestión colectiva e individual al mismo tiempo.
- 3.12. El principio de exclusividad, por sí mismo, no constituye una barrera de entrada al mercado que impida la competencia entre dos SGC del mismo rubro (género o rama). Sin embargo, como lo señaló el TJCA en la Sentencia de fecha 11 de marzo de 2022, dentro del Proceso 01-AI-2019, a mayor número de titulares de derechos de autor y derechos conexos miembros de una SGC y a mayor el número de usuarios, la gestión colectiva se beneficia de economías de red, de economías de escala y se vuelve más valiosa la participación de cada miembro y usuario adicional, todo lo cual genera una barrera de entrada al mercado para un competidor: una SGC del mismo rubro, género o rama.¹⁹
- 3.13. En dicha sentencia, el TJCA reconoció que las SGC tienen, en la práctica, dos mercados cautivos. El primero, relacionado con los titulares de los derechos de autor y derechos conexos que gestionan; y, el segundo, respecto de los usuarios de dichos derechos.
- 3.14. En ese escenario, la existencia de contratos de representación recíproca y el principio de exclusividad son elementos que coadyuvan a impedir que dos o más SGC del mismo rubro (género o rama) compitan entre sí. Como ha quedado señalado, el artículo 45 de la Decisión 351 dispone que la autorización de los titulares de derechos al momento de afiliarse a una sociedad de gestión colectiva se dará cuando se den en cumplimiento de una serie de requisitos, entre los que se encuentra, el compromiso de no aceptar miembros de otras SGC del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas (literal k).

- 3.15. Conforme al artículo 9 de la Decisión 608 se entiende que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tienen la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad. En esa medida, la existencia de una barrera legal que impide, dificulta, retrasa o hace más costosa la entrada de competidores al mercado es un elemento que debe ser analizado por la autoridad de defensa de la competencia supranacional al momento de analizar si la empresa denunciada tiene o no posición de dominio en los términos previstos en el artículo 9 de la Decisión 608.

El establecimiento de tarifas por parte de las Sociedades de Gestión Colectiva y posibilidad de negociación con terceros

- 3.16. Conforme al artículo 48 de la Decisión 351, las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según corresponda, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto. En consecuencia, los Países Miembros pueden establecer en su legislación interna, de manera expresa, algo distinto a lo previsto en el artículo 48 de la Decisión 351.
- 3.17. Tratándose de la fijación de tarifas, es preciso tomar en consideración la legislación interna de los Países Miembros en la materia, así como el deber de las SGC de tener reglamentos sobre tarifas y el de publicar cuando menos anualmente, las tarifas generales por el uso de los derechos que representan (artículo 45, literales g) y h) de la Decisión 351). El Tribunal ha explicado en su jurisprudencia el régimen correspondiente a las tarifas fijadas por las SGC²⁰. Asimismo, ha explicado algunos de los criterios generales que pueden ser considerados por estas entidades para el establecimiento de tales tarifas²¹. Por su parte los Países Miembros han adoptado normas internas en esta materia, por ejemplo, sujetando a aprobación las tarifas, estableciendo montos máximos o incluso autorizando tratos especiales y diferenciados para atender necesidades de ciertas comunidades²². Por eso, para determinar si es posible adelantar una negociación sobre tarifas especiales con terceros, es necesario remitirse a la norma interna del respectivo País Miembro, en caso este lo haya regulado de manera expresa.
- 3.18. Las SGC, en ejercicio de sus facultades estatutarias y libertad contractual, bien podrían convenir con terceros, tarifas distintas a las establecidas en sus tarifarios aprobados por la autoridad nacional competente, siempre y cuando la norma interna no lo prohíba o no haya establecido condiciones para su ejercicio —en caso la norma nacional haya establecido condiciones para su ejercicio, dichas condiciones deberán acatarse—, y ello represente un beneficio justificado para los titulares de derechos de autor y conexos que representan.

- 3.19. Lo cierto es que, al ser aprobadas por una autoridad pública, será preciso que tomen en consideración los criterios de proporcionalidad y razonabilidad contemplados en el artículo 48 de la Decisión 351, antes citado. En ese sentido, difícilmente podrá una SGC abusar de su posición de dominio al cobrar los valores establecidos en su tarifario que ha sido previamente aprobado por la autoridad nacional competente.

Sobre las consecuencias competitivas que podría traer el establecimiento de tarifas desiguales por parte de Sociedades de Gestión Colectiva

- 3.20. Como se explicó en líneas anteriores, la posición de dominio, de la que generalmente gozan las SGC, no representa *per se* una restricción competitiva sancionable. Es su empleo abusivo el que puede ser sometido al escrutinio de las autoridades de competencia correspondiente.
- 3.21. En el caso particular del literal d) del artículo 8 de la Decisión 608, como se explicó en líneas anteriores, la frase “colocándolos en desventaja competitiva” evidencia el carácter excluyente de la conducta tipificada en dicho literal.
- 3.22. Si en un determinado mercado, la legislación ha establecido un régimen de regulación económica, en el sentido de que una autoridad administrativa autoriza, fija o establece el precio (o tarifa) que va a cobrar la empresa o empresas de dicho mercado por un determinado producto o servicio, es evidente que no se podría cuestionar dicho precio, pues no puede ser abusivo un precio establecido por la autoridad administrativa. En este caso, quien se considere perjudicado por dicho precio podría cuestionar, por las vías legales que corresponda, el acto administrativo que ha establecido el mencionado precio, de conformidad con la legislación aplicable.
- 3.23. Como se explicó en la sección anterior, el artículo 48 de la Decisión 351 faculta a los Países Miembros a regular autónomamente ciertos aspectos relacionados con el cálculo y cobro de tarifas por parte de SGC. En consecuencia, nada impide que la legislación nacional establezca que la autoridad nacional competente aprobará, establecerá o fijará las tarifas de las SGC.
- 3.24. Dada la condición de las SGC, la aprobación administrativa de sus tarifas lo que busca es que estas sean razonables, equitativas y proporcionales. La norma andina contiene los elementos esenciales que se deben garantizar en relación con las tarifas y no ha prohibido que, sobre la base de la libertad contractual, las SGC tengan la potestad de convenir con los usuarios en las tarifas a ser pagadas, pero esta potestad podría quedar delimitada a la luz de lo expresamente regulado en el derecho interno.
- 3.25. Con base en lo anterior, las SGC podrían convenir con los usuarios (o asociaciones o gremios de usuarios) tarifas distintas a las aprobadas administrativamente o negociar descuentos por volumen, pronto pago, pago anticipado, entre otras, siempre que la adopción de condiciones diferenciales no ponga en condiciones de desventaja competitiva a terceros contratantes

de una situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes.

- 3.26. Sin perjuicio de lo anterior, se aclara nuevamente que esta es la interpretación particular de la norma contenida en la Decisión 608, la cual es vinculante en casos de conductas anticompetitivas transfronterizas. Este criterio puede ser empleado orientativamente por las autoridades nacionales que analicen conductas que se restrinjan a sus jurisdicciones si lo vieran conveniente.»

«¹⁵ Banco Mundial & OCDE, *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, Washington, 1998. Disponible en:
<https://documents1.worldbank.org/curated/en/977331468759588195/pdf/multi-page.pdf>

¹⁶ Traducción propia del original en inglés:

“Two broad types of business conduct have traditionally been recognized as abusive by competition laws and enforcement agencies:

- Exploitative abuses, in which a firm takes advantage of its market power by charging excessively high prices to its customers, discriminating among customers, paying low prices to suppliers, or through related practices.
- Exclusionary abuses, in which a firm attempts to suppress competition –for example, by refusing to deal with a competitor, raising competitors’ costs of entering a market, or charging predatory prices”.

Banco Mundial & OCDE, *Op. Cit.*, p. 72.

¹⁷ Traducción propia del original en inglés:

“Abusive conduct generally falls into one or both of the following categories:

- conduct which exploits customers or suppliers (for example, excessively high prices), or
- conduct which amounts to exclusionary behaviour, because it removes or weakens competition from existing competitors, or establishes or strengthens entry barriers, thereby removing or weakening potential competition.

Exclusionary behaviour may include excessively low prices and certain discount schemes, where its (likely) effect is to foreclose a market, as well as vertical restraints or refusals to supply where these (are likely to) foreclose markets or dampen competition. However, whatever the form of the behaviour in question, its likely effect on competition will depend on the circumstances at hand and the OFT assesses alleged abuses on a case-by-case basis”.

Office of Fair Trading, *Abuse of a dominant position*, Competition Law, 2004, p. 19. Disponible en:
<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a74c497ed915d4d83b5ecd7/of402.pdf>

¹⁸ Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

¹⁹ Sentencia de fecha 11 de marzo de 2022, recaída en el Proceso 01-AI-2019, publicada en la GOAC 4442 del 22 de marzo de 2022, p. 11. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf>

²⁰ Ver párrafos 5.1. a 5.5. de las páginas 18 a 20 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 19 a 21 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

- ²¹ Ver respuesta a la pregunta 7 de la página 7 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 29-IP-2020 del 23 de enero de 2024, que consta en la página 8 de la GOAC 5405 del 26 de enero de 2024. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205405.pdf>
- ²² Ver por ejemplo el artículo 251 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, creatividad e innovación del Ecuador.»

Fuente: Ver párrafos 3.1. a 3.26. de las páginas 10 a 17 de la Interpretación Prejudicial **227-IP-2023** del 27 de agosto de 2024, que consta en las páginas 45 a 52 de la GOAC 5540 del 2 de septiembre de 2024, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205540.pdf>

Título 12

De las infracciones y responsabilidades

Capítulo I

Naturaleza de la responsabilidad al calificar un acto como infracción a los derechos de autor sobre una obra

- «2.2. Para verificar la existencia de una infracción al derecho de autor, la autoridad competente debe analizar el hecho denunciado o demandado en su integridad, apreciando todas las circunstancias, conductas y relaciones que dan contexto al referido hecho.
- 2.3. El artículo 13 de la Decisión 351 establece el derecho de autor o de sus derechohabientes, a realizar, autorizar o prohibir: i) la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; ii) la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; iii) la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; iv) **la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;** v) la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. En concordancia con ello, los artículos 56 y 57 de la misma Decisión mencionan las medidas que la autoridad puede adoptar en contra del infractor.
- 2.4. Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hechos previstos en el artículo 13 de la Decisión 351.
- 2.5. Dado que la responsabilidad objetiva por la infracción del derecho de autor es objetiva, la autoridad administrativa o jurisdiccional que está conociendo la

denuncia o demanda, no necesita demostrar que el investigado ha actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que bastaría con verificar de la conducta del investigado encaja en uno o más de los supuestos de hecho, de los tipos infractores previstos en la norma antes citada.

- 2.6. En consecuencia, las únicas eximentes en la determinación de la responsabilidad por infracción de derechos de autor son: las limitaciones al derecho de autor contenidas en el artículo 22 de la Decisión 351, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero⁷, los cuales tienen que ser imprevisibles e irresistibles. La autoridad nacional competente no tiene la obligación de entrar a analizar si el investigado actuó con dolo o culpa en la realización de la conducta señalada en la norma referenciada para la existencia de la imputación, limitándose a la verificación del nexo causal.»

«⁷ Se agrega lo referido al hecho exclusivo y determinante de un tercero, pese a no recogerlo de modo expreso la Decisión 486, debido a que dicho eximente de responsabilidad es propio de cualquier escenario de fractura del nexo causal, lo que es aplicable tanto en la responsabilidad civil como en la administrativa.»

Fuente: Ver párrafos 2.1. a 2.6. de las páginas 5 a 6 de la Interpretación Prejudicial **418-IP-2017** del 3 de octubre de 2018, que constan en las páginas 24 a 25 de la GOAC 3418 del 5 de noviembre de 2018, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203418.pdf>

Capítulo II

La naturaleza de la responsabilidad por la infracción a los derechos de autor sobre una obra, y las condiciones atenuantes de dicha infracción

- «5.2. Para verificar la existencia de una infracción al derecho de autor, la autoridad competente debe analizar el hecho denunciado o demandado en su integridad, apreciando todas las circunstancias, conductas y relaciones que dan contexto al referido hecho.
- 5.3. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece el derecho de autor o de sus derechohabientes, a realizar, autorizar o prohibir: i) la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; ii) la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; iii) la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; iv) la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; v) la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. En concordancia con ello, los Artículos 56 y 57 de la misma Decisión mencionan las medidas que la autoridad puede adoptar en contra del infractor.
- 5.4. Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o

demandada constituye uno o más de los supuestos de hechos previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.

- 5.5. Dado que la responsabilidad objetiva por la infracción del derecho de autor es objetiva, la autoridad administrativa o jurisdiccional que está conociendo la denuncia o demanda, no necesita demostrar que el investigado ha actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que bastaría con verificar de la conducta del investigado encaja en uno o más de los supuestos de hecho, de los tipos infractores previstos en la norma antes citada.
- 5.6. En consecuencia, las únicas eximentes en la determinación de la responsabilidad por infracción de derechos de autor son: las limitaciones al derecho de autor contenidas en el Artículo 22 de la Decisión 351, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero³⁵, los cuales tienen que ser imprevisibles e irresistibles. La autoridad nacional competente no tiene la obligación de entrar a analizar si el investigado actuó con dolo o culpa en la realización de la conducta señalada en la norma referenciada para la existencia de la imputación, limitándose a la verificación del nexo causal.
- 5.7. Tampoco resulta relevante al análisis de la autoridad administrativa o jurisdiccional el que la infracción haya cesado al momento en que la denuncia o demanda fue presentada. En efecto, bien podría ocurrir que la parte infractora cese su conducta y alegue esta circunstancia como un eximente de responsabilidad. La infracción investigada puede generar daños a los derechos morales y patrimoniales del autor y estos deben poder ser declarados por la autoridad pertinente. Por lo tanto, bajo los parámetros que la normativa nacional imponga, la parte agredida deberá poder interponer la denuncia o demanda correspondiente por infracción a sus derechos de autor, incluso si la conducta ha cesado. Esto, a fin de que los daños puedan ser indemnizados.
- 5.8. Ahora bien, aunque se demuestre la existencia de una infracción de derechos de autor, la autoridad nacional competente debe considerar el contexto en el que esta tuvo lugar, así como la actitud del infractor. A partir de estas consideraciones, la autoridad podrá declarar la presencia de condiciones atenuantes o agravantes de la infracción. En otras palabras, la responsabilidad objetiva del infractor se mantendrá, pero la sanción que le corresponda podrá ser modulada dependiendo de las circunstancias que rodeen su conducta específica.
- 5.9. Refiriéndonos concretamente a las condiciones atenuantes de una infracción de derechos de autor, puede ser que el infractor dé pruebas de no haber actuado de mala fe, tenga claro propósito de enmienda o haya tomado inmediatas medidas correctivas. De esta manera, es evidentemente más reprochable la actitud de quien deliberadamente extrae una obra no publicada de la base de datos personal de su autor, la altera y publica como suya, que la de quien por impericia cita mal o de manera incompleta una obra publicada³⁶. Asimismo, será más noble la actitud del infractor que por su propia cuenta cese su conducta y pida disculpas públicas al percatarse de su error, ofreciendo compensar al titular de la obra cuanto antes, que la de aquel que tiene que esperar a recibir un reclamo formal del autor para cesar su conducta y aun así demora injustificadamente la implementación de medidas correctivas.

- 5.10. Los casos propuestos representan infracciones al derecho de autor, pero describen también contextos y actitudes diferentes por parte de los infractores, consideración que, en justicia, deberá tomarse en cuenta a la hora de aplicar sanciones a los involucrados u ordenar el pago de indemnizaciones. La autoridad nacional competente deberá analizar estas variables caso por caso siguiendo un estricto estándar de proporcionalidad.
- 5.11. Con lo anterior no se pretende justificar el descuido o impericia de los infractores. Quien pretenda hacer uso del contenido de un tercero debe procurar al máximo respetar sus derechos de autor mediante el uso adecuado de citas o la obtención del permiso correspondiente al uso que se quiere hacer de la obra. Este cuidado debe ser especialmente elevado tratándose de contenidos disponibles en internet por la facilidad con que pueden ser reproducidos y alterados. Siempre será errado considerar que la información que obra en internet se puede utilizar libremente, a menos que expresamente su autor lo permita o la disponibilice en bases de datos de acceso libre o *royalty free*.³⁷»

«³⁵ Se agrega lo referido al hecho exclusivo y determinante de un tercero, pese a no recogerlo de modo expreso [...] debido a que dicha eximente de responsabilidad es propia de cualquier escenario de fractura del nexo causal, lo que es aplicable tanto en la responsabilidad civil como en la administrativa.

³⁶ Sobre el particular, este Tribunal ha señalado que:

“...La facilidad con que la información puede estar al alcance de muchas personas constituye un riesgo al derecho de autor. Es bastante sencillo copiar un texto ajeno colgado en internet y hacerlo pasar como uno propio. Las obras, como es el caso de los textos literarios, tienen un autor. Es cierto que existen las obras anónimas, caso en el cual el investigador debe indicar como fuente que el autor es anónimo. Lo que es errado es considerar que la información que obra en internet se puede utilizar libremente.

...En el ámbito de la investigación académica la responsabilidad es mayor. Un investigador debe desconfiar si encuentra en internet un texto sin autor, situación en la cual puede presumir que la persona que colgó el referido texto ha omitido, por la razón que fuere, el nombre del autor. Por tanto, debe realizar, diligentemente, un esfuerzo mayor en buscar al autor del texto, utilizando para tal efecto otras fuentes de bases de información. Lo anterior, sin perjuicio de, siempre, citar la dirección específica de la ubicación del texto en internet (URL) y la fecha en que efectuó la descarga.”

Ver Interpretación Prejudicial N° 215-IP-2018 de fecha 29 de marzo de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3637 del 16 de mayo de 2019.

³⁷ *Ibidem*.»

Fuente: Ver párrafos 5.2. a 5.11. de las páginas 19 a 21 de la Interpretación Prejudicial **191-IP-2021** del 21 de septiembre de 2022, que constan en las páginas 20 a 22 de la GOAC 5047 del 30 de septiembre de 2022, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205047.pdf>

Capítulo III

Infracción a derechos de autor por vulneración a la integridad de la obra

- «4.2. La Decisión 351 establece en el Capítulo XIII “*De los Aspectos Procesales*” algunos parámetros generales en cuanto a los procesos o procedimientos que deben seguirse ante la autoridad nacional competente en relación con la protección del derecho de autor.²³
- 4.3. El titular de un derecho de autor está facultado para acudir a la autoridad nacional competente para iniciar acciones administrativas o judiciales cuando estime que existe alguna forma de vulneración a sus derechos. En el caso de que la autoridad compruebe que se ha vulnerado un derecho de autor, el infractor tendrá que asumir consecuencias administrativas, civiles y penales, sin excluir la responsabilidad pecuniaria.²⁴
- 4.4. El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.
- 4.5. Sin embargo, al momento de determinar la existencia de una infracción al derecho moral a la integridad de la obra se deberá ponderar los derechos confrontados, conforme a los criterios señalados en los puntos precedentes, atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular.»

«²³ Ver Interpretación Prejudicial N° 124-IP-2014 de fecha 10 de abril de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2511 de 5 de junio de 2015.

²⁴ Ibídem.»

Fuente: Ver párrafos 4.2. a 4.5. de la página 16 de la Interpretación Prejudicial **117-IP-2020** del 7 de octubre de 2020, que consta en la página 56 de la GOAC 4118 del 19 de noviembre de 2020, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204118.pdf>

Capítulo IV

Indemnización por daños y perjuicios en los casos de vulneración al derecho moral a la integridad

«6.2. El Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

“Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;
(...)”

- 6.3. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.³⁰
- 6.4. La doctrina sostiene que el daño emergente es la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por la víctima. En tal sentido, se habla de daño emergente cuando un bien económico sale efectivamente de la esfera patrimonial de la víctima.
- 6.5. El lucro cesante es el conjunto de ganancias que la víctima habría obtenido en caso de no haberse realizado la afectación, lo que equivale a decir que es aquella parte del patrimonio que la víctima dejó de percibir como consecuencia de la afectación.
- 6.6. Por su parte, el daño moral o extrapatrimonial es la afectación a aquellos bienes que son difíciles de valorar en dinero y que están relacionados directamente con

la vida personal y afectiva de cada persona, tales bienes pueden ser la libertad, la intimidad, la tranquilidad, entre otros.

- 6.7. El concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a la esfera personal o subjetiva (daño moral).
- 6.8. Ahora bien, la reparación o indemnización del daño, sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que “la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño”.³¹
- 6.9. Corresponde a los Países Miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor.»

«³⁰ Véase las Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los Procesos 07-IP-2014 y 124-IP-2014.

³¹ PERÉZ FUENTES, Gisela María. *El Daño Moral en Iberoamérica*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. México, 2008, p. 205.»

Fuente: Ver párrafos 6.2. a 6.9. de las páginas 17 a 18 de la Interpretación Prejudicial **47-IP-2017** del 7 de julio de 2017, que consta en las páginas 51 a 52 de la GOAC 3118 del 20 de octubre de 2017, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3118.pdf>

Capítulo V

La responsabilidad solidaria a la que se refiere el artículo 54 de la Decisión 351

«3.2. El Artículo 54 de la Decisión 351 dispone que ninguna autoridad pública, ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento, dicha autoridad pública, o la persona natural o jurídica de que se trate, será solidariamente responsable.

3.3. Tratándose del incumplimiento de una autoridad pública, en una anterior interpretación prejudicial el Tribunal señaló lo siguiente:

“Igualmente, es solidariamente responsable la autoridad judicial o administrativa que estando en conocimiento de la violación de los referidos derechos, tolere o haga caso omiso de ésta, debiendo entenderse tal hecho una prestación de apoyo para su utilización, toda vez que ‘apoyo’ es amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos negativos o de omisión.

En tal sentido, todo proceder o comportamiento dirigido a secundar, respaldar, proteger o permitir usos no autorizados de obras amparadas por el derecho de autor, y en este caso, de programas de ordenador, aun cuando se trate de conductas omisivas, encuadran dentro del supuesto de hecho contenido en el Artículo 54 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena”²⁰.

- 3.4. La responsabilidad solidaria que nace del incumplimiento previsto en el Artículo 54 de la Decisión 351 se aplica a las respectivas responsabilidades que emergen del referido incumplimiento, las que pueden tener tanto naturaleza civil como administrativa.
- 3.5. En efecto, la responsabilidad solidaria a la que se refiere el Artículo 54 de la Decisión 351 implica el deber de satisfacer las remuneraciones debidas por el uso, el resarcimiento de los daños y perjuicios causado con la explotación ilícita y, de ser el caso, el pago de las multas emergentes de la responsabilidad administrativa aplicable²¹.»

«²⁰ Interpretación Prejudicial N° 24-IP-98 de fecha 25 de septiembre de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 394 del 15 de diciembre de 1998.

²¹ “La responsabilidad solidaria implica el deber de satisfacer las remuneraciones debidas por el uso, así como de resarcir los daños y perjuicios causados con la explotación ilícita, sin perjuicio de la administrativa o penal que pueda corresponderle de acuerdo a la propia ley autoral u otras leyes.”

(Ricardo Antequera Parilli, y Marysol Ferreyros Castañeda, El Nuevo Derecho de Autor en el Perú. Perú Reporting, 1996, Lima, p. 149).»

Fuente: Ver párrafos 3.2. a 3.6. de las páginas 11 a 12 de la Interpretación Prejudicial **156-IP-2021** del 15 de diciembre de 2022, que constan en las páginas 30 a 31 de la GOAC 5136 del 23 de febrero de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205136.pdf>

Capítulo VI

La grabación de un espectáculo en vivo (un concierto de música) como medio de prueba de una infracción¹⁸

«2.1. La grabación (*v.g.*, la filmación a través de un teléfono celular) de un concierto de música u otro tipo de espectáculo en vivo puede significar la infracción de los derechos de los autores de la letra, canciones o música que son interpretadas o ejecutadas, así como de los derechos conexos de los artistas intérpretes (*v.g.*, los cantantes) o ejecutantes (*v.g.*, los guitarristas, bateristas, pianistas, etc.). También puede haber una infracción al derecho a la imagen de tales artistas.

A continuación, nos vamos a centrar en los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes.

2.2. Sobre el particular, de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 34 de la Decisión 351, los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación y reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones. Grabar con un *smartphone* un concierto en vivo constituye la fijación en un soporte material de las interpretaciones o ejecuciones de tales artistas. Precisamente, el literal b) del numeral 1 del artículo 7 de la Convención de Roma de 1961 —sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión— establece a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes la facultad de impedir la fijación sobre una base material (que es la grabación del

¹⁸ Nota: en el proceso 60-IP-2021, los magistrados Rogelio Mayta Mayta y Sandra Catalina Charris, de forma independiente, emitieron voto aclaratorio.

espectáculo en vivo a través de un teléfono celular), sin su consentimiento, de su interpretación o ejecución no fijada.

- 2.3. Así, en primer lugar, a menos que exista autorización expresa por parte de los artistas intérpretes o ejecutantes o del organizador del concierto o espectáculo, ninguna persona asistente a este evento puede grabar (*v.g.*, con su *smartphone*), de manera parcial (unos segundos o minutos) o total, la interpretación o ejecución de los artistas intérpretes o ejecutantes (derecho conexo), pues ello significaría infringir el derecho exclusivo de estos de autorizar la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones. Con mayor razón no pueden efectuar tal grabación si los artistas intérpretes o ejecutantes, o los organizadores del espectáculo, lo han prohibido expresamente, indicándolo oralmente a viva voz, en los boletos de entrada, en avisos o letreros que pueden ser vistos por el público espectador, entre otros. La grabación, en estos casos, es ilegal.
- 2.4. El artículo 42 de la Decisión 351 establece que, en los casos permitidos por la Convención de Roma, las legislaciones internas de los Países Miembros podrán establecer límites a los derechos reconocidos en dicha ley andina. El numeral 2 del artículo 15 de la Convención de Roma recoge el denominado *principio del paralelismo*, por virtud del cual todo país podrá establecer en su legislación nacional y respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas.
- 2.5. En tal sentido, tratándose de excepciones y limitaciones a los derechos conexos, habrá que atenerse a lo dispuesto en las respectivas legislaciones nacionales — algunas de las cuales, por cierto, en aplicación del *principio del paralelismo*, han establecido que las limitaciones y excepciones aplicables al derecho de autor se extienden a los derechos conexos—.
- 2.6. Ahora bien, si alguna de las legislaciones nacionales no ha previsto para los derechos conexos una limitación similar a la contemplada en el literal d) del artículo 22 de la Decisión 351—que permite, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, la reproducción de una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga—, la autoridad nacional competente podrá aplicarla, pues dicha excepción, por su naturaleza e incidencia en la preservación de la legalidad y valoración probatoria, es aplicable tanto al derecho de autor como a los derechos conexos.
- 2.7. En consecuencia, en aplicación del *principio del paralelismo* de los derechos conexos con el derecho de autor, previsto en el numeral 2 del artículo 15 de la Convención de Roma, es posible aplicar a los derechos conexos la excepción prevista en el literal d) del artículo 22 de la Decisión 351, de modo que es lícito que una persona grabe un espectáculo en vivo (un concierto de música), incluso en contra de la voluntad de los artistas intérpretes o ejecutantes o del organizador del espectáculo, si es que dicha grabación se realiza con el único propósito de obtener un medio probatorio que busca acreditar la existencia de una infracción a los derechos de autor o derechos conexos.

- 2.8. Así, por ejemplo, si se considera que el artista intérprete (*v.g.*, cantante) no cuenta con autorización del autor (*v.g.*, el compositor) de la obra (*v.g.*, la canción) que está interpretando, procede la grabación (la fijación sobre una base material) de la interpretación para ser aportada como medio probatorio en un procedimiento administrativo o un proceso judicial.»

Fuente: Ver párrafos 2.1. a 2.8. de las páginas 9 a 11 de la Interpretación Prejudicial **60-IP-2021** del 16 de julio de 2024, que constan en las páginas 22 a 24 de la GOAC 5534 del 22 de agosto de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205534.pdf>

Capítulo VII

Indemnización por daños y perjuicios

«3.2. El Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

“**Artículo 57.-** La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; (...)”

- 3.3. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral¹⁶.
- 3.4. El concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a la esfera personal o subjetiva (daño moral).
- 3.5. Ahora bien, la reparación o indemnización del daño, sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que “la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño”.
- 3.6. Corresponde a los Países Miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor.»

«¹⁶ Véase las Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los Procesos 07-IP-2014 del 3 de julio de 2014 y 124-IP-2014 del 10 de abril de 2015.»

Fuente: Ver párrafos 3.2. a 3.6. de las páginas 10 a 11 de la Interpretación Prejudicial **544-IP-2018** del 26 de febrero de 2019, que constan en las páginas 30 a 31 de la GOAC 3625 del 14 de mayo de 2019, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203625.pdf>

Capítulo VIII

La indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor

«[7.1] El artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

“Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; (...)”

[7.2] En anteriores pronunciamientos este Tribunal ha indicado que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.⁴⁰

[7.3] La doctrina sostiene que el daño emergente es la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por la víctima. En tal sentido, se habla de daño emergente cuando un bien económico sale efectivamente de la esfera patrimonial de la víctima.

[7.4] El lucro cesante es el conjunto de ganancias que la víctima habría obtenido en caso de no haberse realizado la afectación, lo que equivale a decir que es aquella parte del patrimonio que la víctima dejó de percibir como consecuencia de la afectación.

[7.5] Por su parte, el daño moral o extrapatrimonial es la afectación a aquellos bienes que son difíciles de valorar en dinero y que están relacionados directamente con la vida personal y afectiva de cada persona, tales bienes pueden ser la libertad, la intimidad, la tranquilidad, entre otros.

[7.6] El concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a la esfera personal o subjetiva (daño moral).

[7.7] Ahora bien, la reparación o indemnización del daño sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que “...la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño”.⁴¹

[7.8] Corresponde a los Países Miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor.»

«⁴⁰ Ver las Interpretaciones Prejudiciales número 7-IP-2014 de 3 de julio de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 2380 del 22 de agosto de 2014; y número 124-IP-2014 de 10 de abril de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 2511 del 5 de junio de 2015.

«⁴¹ Gisela María Pérez Fuentes, *El Daño Moral en Iberoamérica*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, 2006, p 205.»

Fuente: Ver párrafos 7.1. a 7.8. de las páginas 23 a 24 de la Interpretación Prejudicial **383-IP-2021** del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 24 a 25 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

Capítulo IX

Indemnización por daños y perjuicios en los casos de programas de ordenador o *software*

«3.1. El Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 486 señala lo siguiente:

“Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; (...)”

- 3.2. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.¹⁵
- 3.3. La doctrina sostiene que el daño emergente es la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por la víctima. En tal sentido, se habla de daño emergente cuando un bien económico sale efectivamente de la esfera patrimonial de la víctima.
- 3.4. Por su parte, el daño moral o extrapatrimonial es la afectación a aquellos bienes que son difíciles de valorar en dinero y que están relacionados directamente con la vida personal y afectiva de cada persona, tales bienes pueden ser la libertad, la intimidad, la tranquilidad, entre otros.
- 3.5. Teniendo en cuenta la materia controvertida del caso, el TJCA considera pertinente hacer una mención aparte de la figura del lucro cesante, la cual ha sido desarrollada por diversos tratadistas, los cuales la han conceptualizado en los siguientes términos:

“Ganancia dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento de una obligación, por la infracción de un deber o por un sacrificio patrimonial legítimo, que normalmente debe ser indemnizada por el causante del daño.”¹⁶

“(...) el lucro cesante se habría obtenido de no haber existido infracción contra los derechos del titular. Pero aquí no se da la alternativa de reclamar el importe del beneficio que la actividad ilícita ha generado al infractor (...) sino la remuneración que el titular del derecho habría obtenido en caso de haber autorizado convenientemente la explotación llevada a cabo.”¹⁷

“Este daño material toma el nombre de (...) lucro cesante cuando se refiere a la ganancia que iba a recibir y que fue eliminada por el hecho ilegítimo y el causante tiene que responder por ellos.”¹⁸

- 3.6. De las definiciones antes mencionadas, se puede colegir que el lucro cesante es el conjunto de ganancias que la víctima habría obtenido en caso de no haberse realizado la afectación, lo que equivale a decir que es aquella parte del patrimonio que la víctima dejó de percibir como consecuencia de la afectación.
- 3.7. En el derecho de autor, el lucro cesante se puede entender como aquellas ganancias que el titular de la obra dejó de percibir como consecuencia de la infracción; esto es, el monto equivalente a lo que habría obtenido en caso de haberse pagado por la licencia a usar la obra.
- 3.8. Por lo anterior, se puede concluir que el concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a esfera personal o subjetiva (daño moral).
- 3.9. Ahora bien, la reparación o indemnización del daño, sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que *“la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño”*.¹⁹
- 3.10. En el derecho de autor, la reparación del lucro cesante equivaldría al reembolso a favor del titular de aquellas ganancias dejadas de percibir a partir de la infracción.
- 3.11. En tal sentido, el Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351 habilita a las autoridades competentes de los países miembros de la Comunidad Andina a reparar el daño, sea que este sea producto del lucro cesante, daño emergente o daño moral.
- 3.12. Corresponde a los países miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor.»

«¹⁵ Véase las Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los Procesos 07-IP-2014 y 124-IP-2014.

- ¹⁶ HERNANDO CUADRADO, Luis Alberto. *El lenguaje jurídico*. Editorial Verbum. Madrid. 2003. p. 51.
- ¹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAS MÁIZ, Vicente. *Daños y Perjuicios en la Propiedad Intelectual por una nueva regulación*. Editorial Trama. Madrid. 2006. p. s/n.
- ¹⁸ MEDINA PABÓN, Juan Enrique. *Derecho Civil. Aproximación al Derecho de Personas*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2010. p 396.
- ¹⁹ PERÉZ FUENTES, Gisela María. *El Daño Moral en Iberoamérica*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. México. 2006. p 205.»

Fuente: Ver párrafos 3.1. a 3.12. de las páginas 16 a 18 de la Interpretación Prejudicial **440-IP-2015** del 9 de marzo de 2017, que constan en las páginas 56 a 58 de la GOAC 2991 del 21 de abril de 2017, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2991.pdf>

Capítulo X

La figura del *downgrade* y su aplicación para el cálculo de la reparación o indemnización por daños y perjuicios

- «4.1. En los procedimientos de infracción al derecho de autor, específicamente aquellos referidos al uso no autorizado de *software*, la compra de programas de ordenador actualizados que implique la posibilidad de usar sus versiones anteriores se denomina *downgrade* o *downgrade* automático.
- 4.2. En pronunciamientos anteriores, el TJCA ha sido de la opinión que la figura del *downgrade* no constituía un elemento a tomar en cuenta para reducir el monto de aquello que correspondía pagar por concepto de reparación o indemnización en los términos que establece el Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351.

En efecto, el TJCA, en pronunciamientos anteriores, se pronunció en los siguientes términos:²⁰

*“La figura del downgrade no es aplicable como parámetro resarcitorio o indemnizatorio en el marco de la normativa comunitaria. Regularizar el software ilegal de ninguna manera repara los daños causados con la infracción, lo que debe incluir las remuneraciones traídas a valor presente y dejadas de percibir con la acción infractora, así como el lucro cesante y el daño extrapatrimonial que pudiera presentarse.
(...)”*

- 4.3. El actual colegiado coincide con el texto citado en el extremo que señala que la reparación de los daños causado incluye las remuneraciones traídas a valor presente. Atendiendo la correcta naturaleza del lucro cesante, las remuneraciones traídas a valor presente no son otra cosa que el monto de las licencias que el

infractor no pagó, traídas a valor presente. En efecto, como se ha mencionado anteriormente, en el campo del derecho de autor, la reparación del lucro cesante implicar el pago de aquellas ganancias dejadas de percibir en su momento por el titular de la obra (la cual puede ser un *software*) a partir de la infracción, traídas a valor presente.

- 4.4. Para calcular las remuneraciones traídas a valor presente, la autoridad competente puede establecer diversas metodologías. Por ejemplo, calcular el monto de las licencias no pagadas más los intereses correspondientes, actualizar el monto de las licencias no pagadas a un parámetro inflacionario (v.g. el índice de precios al consumidor), entre otros. Corresponde a la autoridad nacional competente establecer la metodología para calcular las remuneraciones traídas a valor presente.
- 4.5. Teniendo en cuenta que el *downgrade* implica un pago que permite usar tanto la versión anterior como la versión actualizada de un determinado *software*, es posible inferir razonablemente que (aunque no corresponda a la licencia del *software* anterior) dicho pago es un monto de dinero que sale del patrimonio del infractor e ingresa al patrimonio del titular del software y, en tal sentido, compensa de algún modo el lucro cesante dejado de percibir inicialmente.
- 4.6. Así, por ejemplo, si la autoridad competente calculara las remuneraciones no pagadas traídas a valor presente en 10000 unidades, y el pago de la licencia del software actualizado equivale a 1000 unidades, el infractor solo debería, por concepto de remuneraciones devengadas, la suma de 9000 unidades.

Como puede advertirse, la figura del *downgrade* ayuda a paliar (disminuir, atenuar) lo que el titular del software dejó de percibir como consecuencia de la infracción.

- 4.7. Es importante precisar que la figura del *downgrade* no elimina la responsabilidad del infractor, ni lo exime de asumir la sanción correspondiente. Tampoco dicha figura significa que el infractor ya no debe remuneración alguna. La figura del *downgrade* (...) sirve únicamente para paliar (disminuir, atenuar), según el cálculo correspondiente, las remuneraciones no pagadas traídas a valor presente. En efecto, es evidente que el infractor tiene que pagar por el uso del software por el tiempo anterior a la adquisición de la licencia actualizada.
- 4.8. Esta interpretación de los alcances del *downgrade* en lo que atañe a las remuneraciones no pagadas incentiva la formalización, en el sentido de que incentiva a los agentes económicos a dejar la situación de ilegalidad en la que están y adquirir las licencias correspondientes, cumpliendo de esta manera con la legislación que protege el derecho de autor.
- 4.9. Sobre la base de lo expuesto, se deberá tomar en cuenta que la figura del *downgrade* sí es un parámetro a tomar en cuenta para el cálculo del monto que se debe pagar al titular del derecho por reparación de lucro cesante en los términos de lo señalado en el Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351. Cada país miembro, en atención a su legislación interna, determinará la forma en que se realizará dicho cálculo, ya sea como indemnización en la vía judicial o a través de figuras similares como podría ser el pago de remuneraciones no pagadas en sede administrativa.»

«20 Véase las Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los Procesos 07-IP-2014, 124-IP-2014 y 180-IP-2014.»

Fuente: Ver párrafos 4.1. a 4.9. de las páginas 18 a 19 de la Interpretación Prejudicial **440-IP-2015** del 9 de marzo de 2017, que constan en las páginas 58 a 59 de la GOAC 2991 del 21 de abril de 2017, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2991.pdf>

Capítulo XI

Criterios a tener en cuenta para determinar la infracción a los derechos patrimoniales de importación de obras artísticas

«La Sala consultante primero deberá verificar si se efectuó una importación de productos con la reproducción de una obra protegida por el derecho de autor al territorio de cualquier país miembro. En segundo lugar, tendrá que determinar si existió o no autorización del titular de la obra para que el importador de la mercadería pueda realizar el acto de importación cuestionado...»

Fuente: Ver respuesta al párrafo 3.1. de la página 7 de la Interpretación Prejudicial **418-IP-2017** del 3 de octubre de 2018, que consta en la página 26 de la GOAC 3418 del 5 de noviembre de 2018, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203418.pdf>

Capítulo XII

Criterios a tener en cuenta para establecer el nexo entre el infractor y la mercancía importada

«Si bien la norma comunitaria no establece los criterios que puedan establecer el nexo entre infractor y la mercancía, el consultante deberá considerar, en aplicación de la responsabilidad objetiva, el nivel o grado de control, injerencia o vinculación que tuvo o tiene el importador sobre la mercancía que importa. Y es que solo será posible imputarle una conducta a título de infracción, en aplicación del principio de causalidad, si el importador tuvo o tiene, de manera directa o indirecta, algún tipo de control, injerencia o vinculación sobre la mercancía que importa, no siéndole imputable cualquier acción atribuible al hecho determinante de un tercero.

Para la fractura del nexo causal correspondiente, el importador tiene que presentar pruebas pertinentes y contundentes que permitan constatar de modo fehaciente que la mercancía que arribó al país no corresponde a la solicitada o requerida por él, y que esta circunstancia fue advertida y comunicada a la autoridad en la primera oportunidad posible.»

Fuente: Ver respuesta al párrafo 3.2. de la página 7 de la Interpretación Prejudicial **418-IP-2017** del 3 de octubre de 2018, que consta en la página 26 de la GOAC 3418 del 5 de noviembre de 2018, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203418.pdf>

Capítulo XIII

Sobre la pérdida o destrucción de las mercancías incautadas y su incidencia en la probanza de la infracción de derechos de autor¹⁹

«3.9. En el caso de que la mercancía que fue incautada por la autoridad nacional competente por presuntamente vulnerar los derechos de autor haya sido hurtada, desapareciendo los medios de prueba de la infracción, ¿la denuncia debe considerarse infundada?»

La pérdida o destrucción, bajo cualquier circunstancia, de las mercancías incautadas en el marco de una investigación por presunta infracción de derechos de autor no desvirtúa, necesariamente, la probanza del cometimiento de la infracción. Es posible que la autoridad preserve otros medios probatorios relevantes como el acta de la inspección realizada, el acta de incautación de las mercancías, facturas comerciales, guías de remisión, contratos, testimonios, entre otros, los cuales podrán ser empleados en el proceso. No hay pruebas tasadas, de modo que corresponde a la autoridad, sobre la base de la sana crítica, la valoración de los elementos probatorios que obran en el expediente. Una o más pruebas distintas a las mercancías incautadas o hurtadas podrían ser suficientes para acreditar, con plena convicción, la existencia de la infracción a los derechos de autor.

En efecto, la determinación de la infracción del derecho de autor descansa en la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente. El hurto o desaparición de los productos incautados objeto de valoración probatoria no

¹⁹ Nota: en el proceso 232-IP-2021, el magistrado Rogelio Mayta Mayta emitió voto aclaratorio.

hace desaparecer la infracción, y esta podría ser acreditada conforme a las reglas internas de valoración probatoria, como se señaló en el párrafo anterior, con otro u otros elementos probatorios, lo que incluye, por cierto, no solo los documentos, sino también la declaración de parte y de testigos, las inspecciones y los peritajes.»

Fuente: Ver párrafo 4. de las páginas 4 y 5 del Auto en el proceso de Interpretación Prejudicial **232-IP-2021** del 16 de julio de 2024, que constan en las páginas 35 y 36 de la GOAC 5534 del 22 de agosto de 2024, disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205534.pdf>

Título 13

**De los aspectos
procesales y principio de
complemento
indispensable**

Capítulo I

Medidas cautelares ante la presunta infracción de derechos de autor²⁰

«3.9. ¿Las medidas cautelares que puede disponer la autoridad nacional competente en materia de derechos de autor son únicamente las que establece el artículo 56 de la Decisión 351 o es factible que esta disponga medidas de otra naturaleza, incluso de acuerdo con la legislación interna?»

El artículo 56 de la Decisión 351 establece tres modalidades de medida cautelar aplicables en el marco de una denuncia por infracción de derechos. La redacción de estas modalidades es lo suficientemente amplia para abarcar una serie de presupuestos no enumerados que la normativa nacional podría desarrollar en aplicación del principio del complemento indispensable.

En ese sentido, las autoridades nacionales competentes estarían facultadas para ordenar las medidas cautelares previstas en el artículo de referencia y aquellas que, siendo compatibles con las enumeradas en la Decisión 351, prevea el ordenamiento jurídico de sus países. Lo fundamental es que las medidas que sean impuestas: (i) sean idóneas y proporcionales para interrumpir o prevenir la infracción de derechos; (ii) sean acompañadas con un argumento verosímil sobre la presunta infracción; y, (iii) se justifiquen en la actualidad o inminencia de la infracción.»

Fuente: Ver párrafo 3.9. de la página 15 de la Interpretación Prejudicial **60-IP-2021** del 16 de julio de 2024, que consta en la página 28 de la GOAC 5534 del 22 de agosto de 2024, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205534.pdf>

²⁰ Nota: en el proceso 60-IP-2021, los magistrados Rogelio Mayta Mayta y Sandra Catalina Charris, de forma independiente, emitieron voto aclaratorio.

Capítulo II

El principio de complemento indispensable

«6.2. El principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria andina consagra lo que algunos tratadistas denominan “norma de clausura”³⁷, según la cual se deja a la legislación de los países miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.

6.3. Este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha manifestado lo siguiente:

“(...) la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar criterios restrictivos, como el principio del ‘complemento indispensable’ para medir hasta donde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser ‘estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entraben o desvirtúen’ (...) advirtió la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. De esta manera, ‘la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista’.”³⁸

6.4. En así que el TJCA ha establecido que no son aplicables las normas de derecho interno que sean contrarias al ordenamiento jurídico comunitario andino. Asimismo, deben quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria andina. El Tribunal ha expresado que *“no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas”*.³⁹

6.5. De modo que los países miembros no pueden expedir normas sobre asuntos regulados por las normas comunitarias andinas, salvo que sean necesarias para

su correcta ejecución y, en consecuencia, no pueden, so pretexto de reglamentar normas comunitarias, establecer nuevos derechos u obligaciones o modificar los ya existentes y previstos en las normas comunitarias.

- 6.6. No obstante lo anterior, cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los países miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, le corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que estas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario andino o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria andina.⁴⁰
- 6.7. La Decisión 351 establece en el Capítulo XIII “De los Aspectos Procesales” algunos parámetros generales en cuanto a los procesos o procedimientos que se sigan ante la autoridad nacional competente en relación con la protección del derecho de autor. Asimismo, establece algunas medidas cautelares, resarcitorias y sancionatorias de carácter penal que la referida autoridad puede tomar en cuenta en el transcurso del proceso o procedimiento o en el acto que resuelve el fondo del asunto⁴¹.
- 6.8. Se advierte que las anteriores previsiones consagradas en la norma comunitaria, al ser tan generales en materia de procedimiento, dejan abierto un gran margen para que el ordenamiento interno de los países miembros regule los procedimientos y procesos teniendo como base o soporte la norma comunitaria, de conformidad con el principio de complemento indispensable⁴².
- 6.9. En atención a lo expuesto, lo relacionado con los requisitos, validez, eficacia y características de las licencias de uso en materia de derecho de autor deberá ser regulado por la normativa interna de cada país⁴³.»

«³⁷ NAVARRO, Pablo E. *Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos*. En: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). *ISONOMIA - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Número 34, 2011, pp. 109 -139. En: http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_345.pdf (Consulta: 21 de febrero de 2017).

³⁸ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 129-IP-2012 del 25 de abril de 2013, que cita la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 121-IP-2004 de fecha 6 de octubre de 2004.

³⁹ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 111-IP-2014 del 23 de septiembre de 2014.

⁴⁰ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 142-IP-2015 del 24 de agosto de 2015 e Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 67-IP-2013 del 8 de mayo de 2013.

⁴¹ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 110-IP-2007 del 4 de diciembre de 2007.

⁴² Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 177-IP-2013 del 13 de noviembre de 2013.

⁴³ Ibidem.»

Fuente: Ver párrafos 6.2. a 6.9. de las páginas 22 a 24 de la Interpretación Prejudicial **371-IP-2017** del 8 de febrero de 2018, que constan en las páginas 60 a 62 de la GOAC 3188 del 13 de febrero de 2018, disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3188.pdf>

Anexo 1

Decisión 351 de 1993 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos

Publicada en la GOAC 145 del 21 de diciembre de 1993.

Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace145.pdf>

DECISIÓN 351

Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos

LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA,

VISTOS: El Artículo 30 del Acuerdo de Cartagena y la Propuesta 261 de la Junta;

DECIDE:

Aprobar el siguiente:

RÉGIMEN COMÚN SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

CAPÍTULO I DEL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN

Artículo 1.- Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

Asimismo, se protegen los Derechos Conexos a que hace referencia el Capítulo X de la presente Decisión.

Artículo 2.- Cada País Miembro concederá a los nacionales de otro país, una protección no menos favorable que la reconocida a sus propios nacionales en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:

- **Autor:** Persona física que realiza la creación intelectual.
- **Artista intérprete o ejecutante:** Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.
- **Autoridad Nacional Competente:** Órgano designado al efecto, por la legislación nacional sobre la materia.
- **Copia o ejemplar:** Soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.
- **Derechohabiente:** Persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos en la presente Decisión.
- **Distribución al público:** Puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.
- **Divulgación:** Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.

- **Emisión:** Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.
- **Fijación:** Incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación.
- **Fonograma:** Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.
- **Grabación Efímera:** Fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión.
- **Obra:** Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.
- **Obra audiovisual:** Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.
- **Obra de arte aplicado:** Creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial.
- **Obra Plástica o de bellas artes:** Creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías. No quedan comprendidas en la definición, a los efectos de la presente Decisión, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales.
- **Oficina Nacional Competente:** Órgano administrativo encargado de la protección y aplicación del Derecho de Autor y Derechos Conexos.
- **Organismo de radiodifusión:** Empresa de radio o televisión que transmite programas al público.
- **Productor:** Persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador.
- **Productor de fonogramas:** Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.
- **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 ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.
- **Publicación:** Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.

- **Retransmisión:** Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.
- **Titularidad:** Calidad del titular de derechos reconocidos por la presente Decisión.
- **Usos honrados:** Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.
- **Uso personal:** Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.

CAPÍTULO II DEL OBJETO DE LA PROTECCIÓN

Artículo 4.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

- a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;
- b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;
- d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;
- e) Las obras coreográficas y las pantomimas;
- f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;
- g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;
- h) Las obras de arquitectura;
- i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;
- j) Las obras de arte aplicado;
- k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;
- l) Los programas de ordenador;
- ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales.

Artículo 5.- Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras.

Artículo 6.- Los derechos reconocidos por la presente Decisión son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra.

Artículo 7.- Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

CAPÍTULO III DE LOS TITULARES DE DERECHOS

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

Artículo 9.- Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 10.- Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario.

CAPÍTULO IV DEL DERECHO MORAL

Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.

Artículo 12.- Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de orden moral.

CAPÍTULO V DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

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

Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

- a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;
- b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;
- c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.
El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;
- d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;
- e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;
- f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;
- g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;
- h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e,
- i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

Artículo 16.- Los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte. Los Países Miembros reglamentarán este derecho.

Artículo 17.- Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de carácter patrimonial.

CAPÍTULO VI DE LA DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

Artículo 18.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, la duración de la protección de los derechos reconocidos en la presente Decisión, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

Cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso.

Artículo 19.- Los Países Miembros podrán establecer, de conformidad con el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que el plazo de protección, para determinadas obras, se cuente a partir de la fecha de su realización, divulgación o publicación.

Artículo 20.- El plazo de protección se contará a partir del primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de la realización, divulgación o publicación de la obra, según proceda.

CAPÍTULO VII DE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES

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

Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

- a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;
- b) Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición 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;
- c) Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:
 - 1) Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,
 - 2) Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.
- d) Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga;
- e) Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;
- f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;
- g) Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;
- h) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;
- i) La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;
- j) Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, 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;
- k) La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.

CAPÍTULO VIII

DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR Y BASES DE DATOS

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

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

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

Artículo 24.- El propietario de un ejemplar del programa de ordenador de circulación lícita podrá realizar una copia o una adaptación de dicho programa, siempre y cuando:

- a) Sea indispensable para la utilización del programa; o,
- b) Sea con fines de archivo, es decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.

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

Artículo 26.- No constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal.

No será lícito, en consecuencia, el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos.

Artículo 27.- No constituye transformación, a los efectos previstos en la presente Decisión, la adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva utilización.

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

CAPÍTULO IX

DE LA TRANSMISIÓN Y CESIÓN DE DERECHOS

Artículo 29.- El derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional aplicable.

Artículo 30.- Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 31.- Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.

Artículo 32.- En ningún caso, las licencias legales u obligatorias previstas en las legislaciones internas de los Países Miembros, podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

CAPÍTULO X DE LOS DERECHOS CONEXOS

Artículo 33.- La protección prevista para los Derechos Conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en este Capítulo podrá interpretarse de manera tal que menoscabe dicha protección. En caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor.

Artículo 34.- Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.

Artículo 35.- Además de los derechos reconocidos en el artículo anterior, los artistas intérpretes tienen el derecho de:

- a) Exigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice; y,
- b) Oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda lesionar su prestigio o reputación.

Artículo 36.- El término de protección de los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes, no podrá ser menor de cincuenta años, contado a partir del primero de enero del año siguiente a aquél en que tuvo lugar la interpretación o ejecución, o de su fijación, si éste fuere el caso.

Artículo 37.- Los productores de fonogramas tienen del derecho de:

- a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;
- b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin la autorización del titular;
- c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y,
- d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 38.- El término de protección de los derechos de los productores de fonogramas, no podrá ser menor a cincuenta años, contado a partir del primero de enero del año siguiente al que se realizó la fijación.

Artículo 39.- Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;
- b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y,
- c) La reproducción de una fijación de sus emisiones.

Artículo 40.- La emisión a que se refiere el artículo anterior, incluye la producción de señales portadoras de programas con destino a un satélite de radiodifusión o telecomunicación, y comprende la difusión al público por una entidad que emita o difunda emisiones de otras, recibidas a través de cualquiera de los mencionados satélites.

Artículo 41.- El término de protección de los derechos de los organismos de radiodifusión, no podrá ser menor a cincuenta años, contado a partir del primero de enero del año siguiente a aquél en que se haya realizado la emisión.

Artículo 42.- En los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los Países Miembros podrán establecer límites a los derechos reconocidos en el presente Capítulo.

CAPÍTULO XI DE LA GESTIÓN COLECTIVA

Artículo 43.- Las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, estarán sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.

Artículo 44.- La afiliación de los titulares de derechos a una sociedad de gestión colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos, será voluntaria, salvo disposición expresa en contrario de la legislación interna de los Países Miembros.

Artículo 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros;
- b) Que las mismas tengan como objeto social la gestión del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos;
- c) Que se obliguen a aceptar la administración del Derecho de Autor o Derechos Conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;
- d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad;
- e) Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso;
- f) Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;
- g) Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución;
- h) Que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan;
- i) Que se obliguen a remitir a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos;
- j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;
- k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;
- l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 46.- En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el presente Capítulo, la autorización de la sociedad de gestión colectiva podrá ser revocada de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 47.- La autoridad nacional competente podrá imponer a las sociedades de gestión colectiva, las siguientes sanciones:

- a) Amonestación;
- b) Multa;
- c) Suspensión; y,
- d) Las demás que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.

Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

Artículo 50.- A fin de surtir efectos frente a terceros, las sociedades de gestión colectiva están obligadas a inscribir ante la oficina nacional competente, en los términos que determinen las legislaciones internas de los Países Miembros, la designación de los miembros de sus órganos directivos, así como los instrumentos que acrediten las representaciones que ejerzan de asociaciones u organizaciones extranjeras.

CAPÍTULO XII

DE LAS OFICINAS NACIONALES COMPETENTES DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Artículo 51.- Las Oficinas Nacionales de Derecho de Autor y Derechos Conexos, son competentes para:

- a) Organizar y administrar el Registro Nacional del Derecho de Autor y Derechos Conexos;
- b) Ejercer la función de autorización, inspección y vigilancia de las asociaciones o entidades de gestión colectiva;
- c) Intervenir por vía de conciliación o arbitraje, en los conflictos que se presenten con motivo del goce o ejercicio del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos, de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros;
- d) Aplicar, de oficio o a petición de parte, las sanciones contempladas en la presente Decisión o en las legislaciones internas de los Países Miembros;
- e) Desarrollar programas de difusión, capacitación y formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos;
- f) Ejercer, de oficio o a petición de parte, funciones de vigilancia e inspección sobre las actividades que puedan dar lugar al ejercicio del Derecho de Autor o los Derechos Conexos, en los términos establecidos por cada legislación interna;
- g) Las demás que determinen las respectivas legislaciones internas de los Países Miembros.

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

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

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

CAPÍTULO XIII DE LOS ASPECTOS PROCESALES

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

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

- a) El cese inmediato de la actividad ilícita;
- b) La incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente Decisión;
- c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

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

Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;
- b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;
- c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;
- d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.

CAPÍTULO XIV DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

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

Artículo 59.- Los plazos de protección menores que estuviesen corriendo, de conformidad con las legislaciones internas de los Países Miembros quedarán automáticamente prorrogados hasta el vencimiento de los plazos dispuestos en la presente Decisión.

No obstante, se aplicarán los plazos de protección contemplados en las legislaciones internas de los Países Miembros, si éstos fueran mayores que los previstos en la presente Decisión.

Artículo 60.- Los derechos sobre obras que no gozaban de protección conforme a las normas legales nacionales anteriores a la presente Decisión, por no haber sido registradas, gozarán automáticamente de la protección reconocida por ésta, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros con

anterioridad a la entrada en vigencia de la misma, siempre que se trate de utilizaciones ya realizadas o en curso en dicha fecha.

Artículo 61.- Los Países Miembros, con miras a la consolidación de un sistema de administración comunitaria, se comprometen a garantizar la mejor aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Decisión, y a propender la autonomía y modernización de las oficinas nacionales competentes, así como de los sistemas y servicios de información.

CAPÍTULO XV DISPOSICIONES TRANSITORIAS DISPOSICIÓN TRANSITORIA

UNICA.- Las sociedades de gestión colectiva existentes, se adecuarán a lo dispuesto en el Capítulo XI, en un plazo no mayor de tres meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los diecisiete días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

Anexo 2

Sentencia en acción de incumplimiento emitida en el proceso 01-AI-2019, caso Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco) vs. República de Colombia

Publicada en la GOAC 4442 del 22 de marzo de 2022.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf>



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO 01-AI-2019

Acción de incumplimiento presentada por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia contra la República de Colombia

Magistrado ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano

El **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**, en la ciudad de San Francisco de Quito, reunido en Sesión Judicial celebrada por medios telemáticos¹ el 11 de marzo de 2022, adopta por unanimidad la presente Sentencia.

En la acción de incumplimiento presentada por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (en adelante, **Sayco**) contra la República de Colombia (en lo sucesivo, **Colombia**).

VISTO:

La audiencia pública celebrada por medios telemáticos el 6 de abril de 2021.

Los escritos de alegatos de conclusión presentados por Colombia el 13 de abril de 2021 y por Sayco el 14 de abril de 2021.

El escrito de solicitud de coadyuvancia del 6 de mayo de 2021 y el de regularización de la referida solicitud del 22 de julio de 2021 presentados por la Asociación Peruana de Autores y Compositores (en adelante, **Apdayc**).

CONSIDERANDO:

Que, el **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA** (en adelante, el **TJCA** o el **Tribunal**) es competente para conocer de la presente controversia en virtud de lo previsto en el Artículo 25 de su Tratado de Creación², concordado con las normas del

¹ De conformidad con lo establecido en el art. 17 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

² Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por la Decisión 472 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Capítulo II del Título III de su Estatuto³, mediante las cuales se regula lo pertinente a la acción de incumplimiento.

Que, se han observado las formalidades inherentes a la acción de incumplimiento, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado.

Que, en este estado procesal y habiéndose agotado todo el trámite conforme lo establece la normativa comunitaria andina, se procederá a dictar Sentencia, para lo cual el Tribunal estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

1. ANTECEDENTES

Proceso seguido ante el TJCA (principales hechos)

- 1.1. El 2 de mayo de 2019, Sayco presentó ante este Tribunal demanda en acción de incumplimiento contra Colombia por el presunto incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino a través de la aprobación y puesta en vigencia de los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32 y 34 de la Ley 1493 del 26 de diciembre de 2011 (por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de control y sanción sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones), los cuales manifestarían un excesivo intervencionismo estatal, violarían las disposiciones de la Decisión 351 – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos⁴ que establecen los límites del ámbito de inspección y vigilancia que un país miembro puede efectuar sobre las Sociedades de Gestión Colectiva (en adelante, la o las **SGC**).
- 1.2. Mediante Auto del 28 de agosto de 2019, el TJCA decidió admitir a trámite la demanda y otorgó a Colombia plazo para contestar la demanda.
- 1.3. Por Oficio OALI 1-2019-026542 del 9 de octubre de 2019, Colombia presentó escrito de contestación a la demanda y excepciones previas.
- 1.4. Mediante Auto del 22 de octubre de 2019, el TJCA decidió dar por contestada la demanda por parte de Colombia y puso en conocimiento de la demandante las excepciones previas planteadas por Colombia.
- 1.5. Por escrito del 1 de noviembre de 2019, la demandante contestó las excepciones previas presentadas por Colombia.
- 1.6. Mediante Auto del 13 de marzo de 2020, el Tribunal decidió declarar infundadas las excepciones previas de falta de competencia, falta de requisitos formales de la demanda y cosa juzgada planteadas por la demandada en relación con la primera pretensión de la demanda; y fundadas las excepciones previas de falta de jurisdicción, falta de competencia del Tribunal e indebida naturaleza de la acción planteadas por la demandada respecto de la segunda pretensión de la demanda.

³ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

⁴ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 145 del 21 de diciembre 1993.

- 1.7. Por Auto del 24 de febrero de 2021, el TJCA decidió no abrir término de prueba y convocar a audiencia pública a las partes del presente proceso.
- 1.8. El 6 de abril de 2021 se celebró la audiencia pública (por medios telemáticos) entre las partes del presente proceso.
- 1.9. Por escritos del 13 y 14 de abril de 2021, Colombia y Sayco, respectivamente, presentaron sus alegatos de conclusión.
- 1.10. Mediante escrito del 6 de mayo de 2021, Apdayc presentó solicitud de coadyuvancia, y por escrito del 22 de julio de 2021 regularizó la mencionada solicitud.

Principales argumentos de la demandante (Sayco)

- 1.11. A continuación, se resumen los principales argumentos esbozados por Sayco en su demanda, la audiencia pública y su escrito de alegatos de conclusión:
 - (i) La conducta que constituiría el incumplimiento por parte de Colombia sería la aprobación o sanción de los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32 y 34 de la Ley 1493 del 26 de diciembre de 2011, pues dichos artículos desconocerían los arts. 43, 44, 45 (literal d), 51 (literal b) de la Decisión 351 y de los arts. 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del TJCA.
 - (ii) Con la aprobación de los referidos arts. de la Ley 1493 de 2011 se le habría otorgado a la autoridad nacional competente, facultades que irían más allá de la inspección y vigilancia (reconocidas por la Decisión 351); esto es, facultades como las de control y toma de posesión desconociendo la voluntad del legislador andino expresada en la Decisión 351 consistente en que el Estado solo pueda supervisar la labor de las SGC, lo cual no se podría traducir en intervencionismo ni estatismo.
 - (iii) Concretamente, existirían funciones asignadas por la Ley 1493 de 2011 que rebasarían el marco de inspección y vigilancia con el que la Decisión 351 facultó a las autoridades nacionales competentes en relación con las SGC, tales como:
 - (iii.1) Sujetar a las SGC al control del Estado (arts. 24, 28 y 34 de la Ley 1493 de 2011).
 - (iii.2) Ordenar la modificación de cláusulas estatutarias (art. 29.1 de la Ley 1493 de 2011).
 - (iii.3) Promover planes y programas —obligatorios— al interior de la SGC (art. 29.2 de la Ley 1493 de 2011).
 - (iii.4) Remover administradores, auditores y demás empleados de las SGC (art. 29.2 de la Ley 1493 de 2011).
 - (iii.5) Tomar posesión de la SGC: designar administrador y entregar a una fiduciaria la gestión de la SGC (art. 32 de la Ley 1493 de 2011).
 - (iii.6) Suspender a los administradores como medida cautelar (art. 30 de la Ley 1493 de 2011).

Principales argumentos de la demandada (Colombia)

- 1.12. A continuación, se resumen los principales argumentos esbozados por Colombia en su contestación a la demanda, la audiencia pública y su escrito de alegatos de conclusión:
- (i) Las medidas colombianas relacionadas con la supervisión a las SGC no serían ajenas o extrañas a las adoptadas por otros países miembros de la Comunidad Andina.
 - (ii) La competencia para que la autoridad nacional competente; esto es, la Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior de Colombia (en adelante, la **DNDA**), ejerza las actividades de control descritas por los arts. 24, 27 (numeral 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32 y 34 de la Ley 1493 de 2011 obedecería a una política pública del Estado colombiano.
 - (iii) El control antes referido habría sido establecido por virtud de la figura del complemento indispensable descrita por los arts. 44, 45 (literales a y l), 46, 47 (literal d) y 51 (literales d y g) de la Decisión 351, la cual confiere suficiente espacio para que los países miembros desarrollen su política pública en relación con la actividad que ejercen las SGC.

2. CUESTIONES EN DEBATE

Considerando los argumentos de la demanda y de la contestación a la demanda, así como de lo alegado por las partes en la audiencia pública, en sus alegatos de conclusión y en escritos adicionales, los puntos controvertidos que constituyen objeto de la sentencia del TJCA son:

- (i) De la acción de incumplimiento.
- (ii) De la controversia en la presente acción de incumplimiento.
- (iii) Consideraciones previas:
 - (iii.1) Las SGC reducen costos de transacción.
 - (iii.2) La posición monopólica de las SGC.
 - (iii.3) La intensidad de la regulación depende de la magnitud del interés público involucrado: la magnitud de las externalidades negativas que podría ocasionar la actividad regulada.
 - (iii.4) La SGC y el interés público subyacente.
 - (iii.5) Las potestades de supervisión y control de los actos de administración de las SGC.
 - (iii.6) La potestad sancionadora sobre las SGC.
- (iv) Del principio de complemento indispensable.
- (v) Del análisis de las disposiciones de la Ley 1493 de 2011.
- (vi) Del análisis de la solicitud de coadyuvancia presentada por Apdayc.
- (vii) De la condena en costas solicitada por la parte demandante.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

3.1. De la acción de incumplimiento

3.1.1 Naturaleza y alcances de la acción de incumplimiento

- 3.1.1.1. El art. 107 del Estatuto del TJCA otorga competencia a este órgano jurisdiccional para pronunciarse respecto de la conducta de un país miembro considerada contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino, a fin de dar cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de Cartagena⁵.
- 3.1.1.2. En vinculación con ello, los arts. 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del TJCA desarrollan las reglas procedimentales y los órganos comunitarios intervinientes en la acción de incumplimiento.
- 3.1.1.3. El art. 23 establece el procedimiento aplicable cuando dicha acción es promovida por la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**)⁶ y el art. 24, cuando es promovida por un país miembro⁷.

⁵ **Estatuto del TJCA.-**

«Artículo 107.- Objeto y finalidad

La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.»

⁶ **Tratado de Creación del TJCA.-**

«Artículo 23.- Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría General.»

⁷ **Tratado de Creación del TJCA.-**

«Artículo 24.- Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido

- 3.1.1.4. Por su parte, el art. 25 desarrolla los supuestos en los que la acción de incumplimiento es promovida por personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos⁸.
- 3.1.1.5. En armonía con lo previsto en el art. 23 del Tratado de Creación del TJCA, en las acciones de incumplimiento promovidas por personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos también corresponde que el caso sea previamente remitido a la SGCA a fin de que esta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento.
- 3.1.1.6. En esa línea, solo en determinados supuestos —taxativamente establecidos por la norma—, las personas naturales o jurídicas pueden acudir directamente ante el TJCA. Así, por ejemplo, cuando la SGCA no emitiera su dictamen dentro de los setenta y cinco (75) días siguientes a la fecha de presentación del reclamo.

3.1.2 Finalidad de la acción de incumplimiento

- 3.1.2.1 De conformidad con lo prescrito en el art. 107 del Estatuto del TJCA y en el art. 23 del Tratado de Creación del TJCA, la acción de incumplimiento tiene por finalidad que un país miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos asumidos en el marco del Acuerdo de Cartagena.
- 3.1.2.2 En la sentencia emitida en el Proceso 07-AI-99 se recalcó que al TJCA le corresponde garantizar que los países miembros cumplan las normas que integran el ordenamiento jurídico comunitario andino, respeten su intangibilidad y se abstengan de adoptar medidas que lo contraríen. Textualmente, se dispuso lo siguiente:

«Requisito fundamental para la existencia y el logro de las finalidades del proceso de integración subregional originado en el Acuerdo de Cartagena y para el cumplimiento de los derechos y obligaciones que dentro del mismo adquirieron los Países Miembros, es el control de la legalidad del sistema, cuya salvaguardia ha sido encomendada a este Tribunal desde el preámbulo mismo de su Tratado Fundacional, en donde se le caracteriza como el órgano jurisdiccional exclusivo, del más alto nivel,

persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal.

Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal. Si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.»

⁸ Tratado de Creación del TJCA.-

«**Artículo 25.-** Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa.»

con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente. En tal virtud le corresponde, en primer lugar, velar por la recta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario conformado en el mismo Tratado que le da origen y, en segundo lugar, garantizar que los Países Miembros cumplan las normas que lo integran, respeten su intangibilidad y se abstengan de adoptar medidas que lo contraríen.

Esta acción, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación constituye el instrumento por excelencia, mediante el cual el Tribunal está llamado a vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Países Miembros de acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.»

(Subrayado agregado)

3.1.2.3 En ese sentido, la acción de incumplimiento es el instrumento procesal del que se sirve la normativa comunitaria andina para garantizar, controlar y vigilar que los países miembros acaten (dimensión positiva) y no obstaculicen (dimensión negativa) la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino, conforme a las obligaciones adquiridas en el marco del Acuerdo de Cartagena.

3.1.2.4 No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los países miembros para retribuir las o sancionarlas, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino.

3.1.3 **La acción de incumplimiento como vía paralela a los tribunales nacionales competentes (jurisdiccionales o administrativos)**

3.1.3.1 Sobre el particular, el art. 25 del Tratado de Creación del TJCA dispone que:

«**Artículo 25.-** Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa.»

(Subrayado agregado)

3.1.3.2 En esa línea, el art. 31 del Tratado de Creación del TJCA establece que:

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

(Subrayado agregado)

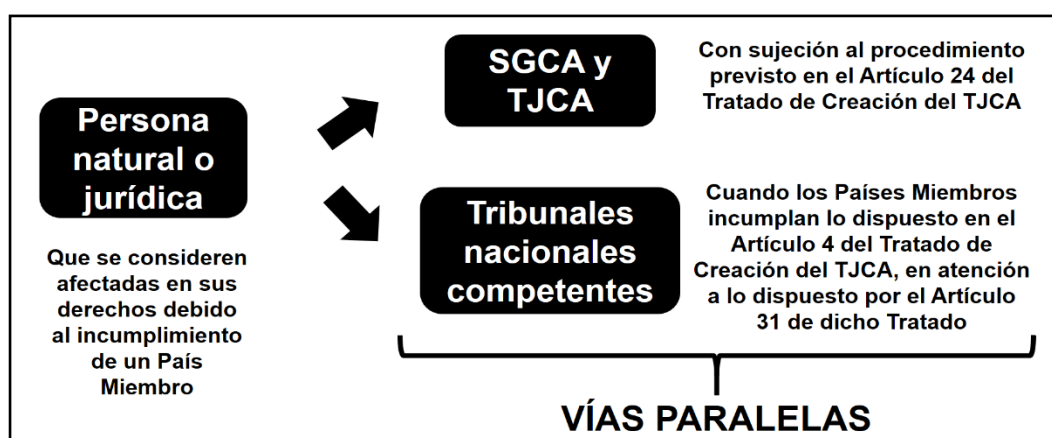
3.1.3.3 Conforme a lo previsto en los arts. 25 y 31 del Tratado de Creación del TJCA, las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos debido

al incumplimiento de un país miembro se encuentran facultadas a optar por estas vías paralelas:

- Acudir ante la SGCA y el TJCA con sujeción al procedimiento previsto en el art. 24 del Tratado de Creación del TJCA (acción de incumplimiento).
- Acudir ante los tribunales nacionales competentes conforme al derecho interno cuando resulten afectados por el incumplimiento del Artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA⁹.

3.1.3.4 De esta manera, la normativa faculta que las personas naturales o jurídicas puedan elegir reclamar la afectación de sus derechos vulnerados debido al incumplimiento de un país miembro ante la jurisdicción comunitaria (SGCA y TJCA); o, ante el tribunal nacional competente correspondiente, conforme se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico



Fuente: arts. 4, 24 y 31 del Tratado de Creación del TJCA.

Elaboración propia.

3.1.3.5 De esta manera, la normativa comunitaria faculta, para el caso de los particulares, dos posibilidades de acción no simultáneas (vías paralelas alternativas, pero excluyentes¹⁰); esto es, la jurisdicción comunitaria de la SGCA y el TJCA conforme

⁹ **Tratado de Creación del TJCA.-**

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

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

¹⁰ La doctrina ha señalado que fue a través del Protocolo de Cochabamba que se otorgó legitimación a las personas naturales o jurídicas para formular el reclamo ante la SGCA, a causa del incumplimiento de cualquiera de los Países Miembros, siempre que el incumplimiento de que se trate haya afectado los derechos del reclamante (art. 25). Asimismo, precisó que esta nueva legitimación introducida en el Protocolo Modificatorio del Tratado se integró a la que el Tratado original les otorgaba (art. 27) y el actual mantiene (art. 31) de acudir ante los Tribunales nacionales competentes para obtener la reparación de los daños causados por el incumplimiento.

al primer párrafo del art. 25 del Tratado de Creación del TJCA; o, los tribunales nacionales competentes en virtud de lo previsto en el art. 31 de la misma norma¹¹.

- 3.1.3.6 Dicha regla se condice también con el requisito de admisibilidad contemplado en el literal c) del art. 49 del Estatuto del TJCA, norma que dispone que el actor de la acción de incumplimiento debe adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante la jurisdicción nacional.
- 3.1.3.7 Así, por ejemplo, frente a un acto administrativo que viola o incumple una norma andina, el administrado afectado por dicho acto puede acudir al proceso contencioso administrativo (vía nacional) o incoar la acción de incumplimiento comunitaria, en este último supuesto, el interesado deberá acudir primero ante la SGCA.
- 3.1.4 **La acción de incumplimiento y su diferencia con un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción y con la acción de nulidad**
 - 3.1.4.1 La acción de incumplimiento a cargo del TJCA no constituye un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Por tanto, en vía de acción de incumplimiento el TJCA no puede anular o revocar actos administrativos, como tampoco puede otorgar derechos o declararlos, ni restablecer situaciones jurídicas subjetivas vulneradas.
 - 3.1.4.2 Por la acción de incumplimiento el TJCA tiene la competencia para verificar y, de ser el caso, declarar el incumplimiento de un país miembro al derecho comunitario andino. Será este país, en ejecución de la sentencia, el que tomará las medidas necesarias y pertinentes para lograr el cese del incumplimiento.
 - 3.1.4.3 La acción de incumplimiento no es un mecanismo que faculte al TJCA a declarar la existencia de derechos particulares, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; esto es, garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino.
 - 3.1.4.4 En la acción de incumplimiento el TJCA solo analiza si los criterios o fundamentos jurídicos contenidos en los actos administrativos (resoluciones administrativas) o jurisdiccionales (sentencias) contravienen o no el ordenamiento jurídico comunitario andino y no entra a valorar medios probatorios. En este sentido, y dado que el TJCA no entra a valorar medios probatorios, es que la acción de incumplimiento no puede ser considerada como un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, como tampoco un recurso de revisión.

Iris González de Troconis, *Solución de Controversias por Incumplimiento de los Estados en el Régimen Jurídico de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad*. Tesis de Doctorado en Derecho con mención en Derecho Económico y de la Empresa, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

¹¹ Fabián Novak Talavera, *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*. En: AA.VV, *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 93 y 94.

3.2. **De la controversia en la presente acción de incumplimiento**

3.2.1. La controversia de la acción de incumplimiento, en el caso concreto, tiene por objeto determinar hasta qué punto la legislación interna de Colombia^{12,13}, en aplicación del principio de complemento indispensable, puede otorgar a la DNDA¹⁴ potestades de control y sanción sobre las SGC adicionales a las potestades de inspección y vigilancia previstas en la Decisión 351, como es la potestad de remover y nombrar a administradores y órganos de control interno, la potestad de tomar la posesión (administración) estatal de la SGC, entre otras.

3.3. **Consideraciones previas:**

3.3.1. **Las SGC reducen costos de transacción**

3.3.1.1 Si no existieran las SGC, los autores (de obras literarias, artísticas, musicales, audiovisuales, coreográficas, fotográficas, etc.), los intérpretes, los ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (en adelante, **los titulares de derechos de autor y derechos conexos**) tendrían que autorizar la utilización de obras, interpretaciones, ejecuciones, producciones fonográficas o emisiones de radiodifusión, así como negociar y recaudar las regalías correspondientes, con cada uno de los **usuarios** que utilizan en sus actividades económicas los mencionados derechos, los que pueden ser cines, empresas de radio o televisión (de señal abierta o cerrada), discotecas, bares, restaurantes, hoteles, empresas de transporte (terrestre, aéreo, marítimo, fluvial) y los miles de establecimientos comerciales u otros que utilizan tales creaciones intelectuales como parte de sus actividades económicas y, a su vez, estos miles de establecimientos comerciales u otros tendrían que solicitar autorización y negociar el pago de remuneraciones con cada uno de los miles de titulares de derechos de autor y derechos conexos, lo que sería, en términos económicos, costosísimo para ambas partes. Las SGC, al intermediar entre los titulares de derechos de autor y derechos conexos y los usuarios de estos derechos, reducen los costos de transacción involucrados, logrando, de manera eficiente, que los primeros perciban los beneficios de sus derechos de propiedad intelectual y los segundos utilicen dichos derechos en sus actividades económicas y sociales.

3.3.2. **La posición monopólica de las SGC**

3.3.2.1 A mayor número de titulares de derechos de autor y derechos conexos miembros de una SGC y a mayor el número de usuarios, la gestión colectiva se beneficia de economías de red, de economías de escala y se vuelve más valiosa la participación de cada miembro y usuario adicional, todo lo cual genera una barrera de entrada al mercado para un competidor¹⁵: una SGC del mismo rubro, género o rama. Por

¹² Para el caso en concreto, los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32 y 34 de la Ley 1493 de 2011.

¹³ Así como la legislación interna de los otros países miembros de la Comunidad Andina.

¹⁴ Aplicable también a las oficinas nacionales competentes de los otros países miembros de la Comunidad Andina.

¹⁵ Con cada titular de derecho de autor o conexo adicional y con cada usuario adicional, disminuye el costo total medio de la gestión colectiva, de una manera bastante similar a lo que ocurre en las industrias de red que califican como monopolios naturales.

tanto, e independientemente de si la legislación nacional estableciera o no un monopolio legal, lo cierto es que en la práctica es sumamente complicado que compitan dos o más SGC del mismo rubro (género o rama) entre sí, como sería, hipotéticamente hablando, que dos o tres sociedades de autores y compositores compitieran entre sí al interior de un país miembro.

- 3.3.2.2 Existe un monopolio (o monopsonio), cuando en el mercado relevante hay un solo agente que oferta (o compra) un determinado bien o servicio, el cual carece de sustitutos razonables. La ausencia de sustitutos razonables es lo que realmente otorga la condición de monopolio (o poder de mercado). Es un error pensar que la gestión individual es un sustituto de la gestión colectiva porque para los titulares de derechos de autor o derechos conexos no es indistinto el optar por la gestión individual o la colectiva, en la medida que las características, precios y condiciones de ambas difieren. Se podría sospechar de cierta sustituibilidad en mercados en los que la gestión individual disciplina¹⁶ el monto de las tarifas de la gestión colectiva, pero no existe evidencia de que algo así ocurra en los países miembros de la Comunidad Andina.
- 3.3.2.3 La mencionada situación monopólica se traduce en que una SGC tiene, también en la práctica, y en su respectivo rubro (género o rama), dos mercados cautivos. El primero, relacionado con los titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por la SGC; y, el segundo, respecto de los usuarios de dichos derechos. Así, por ejemplo, en el caso de una SGC que agrupa a autores y compositores (el rubro), tratándose de la gestión colectiva (que es distinta a la individual), los autores y compositores constituyen un mercado cautivo pues no tienen otra elección¹⁷ (en el país miembro de que se trate) que acudir a la única SGC de ese rubro; y lo mismo ocurre respecto de los usuarios que utilizan en sus actividades económicas los derechos de los autores y compositores, pues ellos no pueden elegir a qué entidad le pagan las regalías, sino que el pago lo tienen que efectuar, necesariamente, ante la única SGC del rubro, que es la SGC que agrupa a autores y compositores. Para dichos usuarios, esta SGC es un monopolio.
- 3.3.2.4 En la medida que, en la práctica, una SGC actúa en régimen de monopolio, su presencia constituye lo que se conoce como una falla de mercado (el poder de mercado que existe ante la ausencia de competencia efectiva), lo que justifica la intervención regulatoria del Estado con el objetivo de evitar abusos tanto respecto de los miles de titulares de los derechos gestionados por ella como con relación de los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares.
- 3.3.2.5 Dicha intervención regulatoria se expresa en que el Estado autoriza el funcionamiento de la SGC, le aprueba sus estatutos (y sus modificaciones), ejerce sobre ella facultades de inspección y vigilancia (fiscalización y supervisión) —como, por ejemplo, el requerimiento de información y documentación—, le ordena la realización de auditorías contables y financieras, le aprueba sus reglamentos (de socios, de tarifas y de distribución), le impone sanciones en casos de

¹⁶ Es decir, que la gestión individual evitara el incremento de las tarifas de la gestión colectiva.

¹⁷ En el supuesto de que opten por la gestión colectiva.

incumplimiento normativo (multas, la suspensión o la revocación de la autorización de funcionamiento), etc.

3.3.3. La intensidad de la regulación depende de la magnitud del interés público involucrado: la magnitud de las externalidades negativas que podría ocasionar la actividad regulada

3.3.3.1 El Estado regula, a través de potestades administrativas (reglamentaria, de policía, de fiscalización, de sanción, entre otros), las actividades económicas y sociales con el objeto de evitar daños a los involucrados (a los que realizan la actividad y a los destinatarios de ella) y a terceros (personas ajenas a la transacción, el ambiente, etc.), lo que se traduce en la prevención, reducción o eliminación de externalidades negativas.

3.3.3.2 La intervención del Estado es más o menos intensa en función del interés público involucrado, de modo que si la actividad es susceptible de generar pocas externalidades negativas (*v.g.*, afectar a pocas personas), la intervención será leve, mientras que si ella puede generar muchas externalidades negativas (*v.g.*, afectar a muchas personas), la intervención será mayor. Si la actividad podría afectar a pocas personas, la intervención del Estado será leve al limitarse a autorizar el funcionamiento del establecimiento y fiscalizarlo. En cambio, si la actividad podría afectar a muchas personas, la intervención estatal se torna más intensa, pudiendo comprender la obtención de autorizaciones o permisos adicionales, la exigencia de reservas legales, el establecimiento de limitaciones y prohibiciones a los actos de gestión, la aprobación de cláusulas generales de contratación, y/o la exigencia de seguros obligatorios, según las circunstancias de cada caso concreto.

3.3.4. La SGC y el interés público subyacente

3.3.4.1 El interés público que preocupa respecto del funcionamiento de una SGC son los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ella y los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares. Lo que busca la normativa andina y nacional existente es evitar que la SGC abuse (o se aproveche indebidamente) de los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ella y de los miles de usuarios de dichos derechos. Por el número de posibles afectados, el interés público subyacente es significativo, como ocurre con los miles de ahorristas que tienen los bancos o los miles de asegurados que tienen las compañías de seguros. De alguna forma, las SGC se asemejan a los bancos y a las compañías de seguros, por lo que la intervención del Estado no se reduce a la autorización de su funcionamiento, sino que, además, requiere el control de aspectos relativos a la administración de estas entidades. En la página 15 de la demanda¹⁸, citando a Ricardo Antequera Parilli, Sayco reconoce que las SGC, al igual que los bancos y las compañías de seguros, son organizaciones privadas que pueden afectar intereses colectivos.

3.3.5. Las potestades de supervisión y control de los actos de administración de las SGC

3.3.5.1 De conformidad con lo establecido en los arts. 43 y 44 de la Decisión 351, las SGC están sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener

¹⁸ Ver folio 9 del expediente.

de la oficina nacional competente la correspondiente autorización para su funcionamiento, la cual se concederá solo si dichas entidades cumplen con los siguientes requisitos:

- a) Que se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los países miembros;
- b) Que tengan como objeto social la gestión del derecho de autor o de los derechos conexos;
- c) Que se obliguen a aceptar la administración del derecho de autor o derechos conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;
- d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad;
- e) Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso;
- f) Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;
- g) Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución;
- h) Que se obliguen a publicar, cuando menos anualmente, en un medio de comunicación de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan;
- i) Que se obliguen a remitir a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos;
- j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;
- k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;
- l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los países miembros.

3.3.5.2 Se advierte del listado de requisitos antes consignado que la supervisión (fiscalización) que ejerce el Estado sobre las SGC es intensa, y esta intensidad llega a los actos de administración de dichas entidades (participación apropiada de los miembros en las decisiones de la entidad, distribución equitativa de las regalías, transparencia y administración eficaz, aprobación de determinados reglamentos, aprobación y publicación de balance general y estados financieros, limitaciones para los gastos administrativos, reglas para cubrir los gastos efectivos de administración, entre otros). La autoridad administrativa no suele inmiscuirse en los actos de administración de restaurantes, ferreterías, discotecas o sastrerías, que son establecimientos comerciales que operan previa obtención de la autorización administrativa correspondiente, pero sí lo hace respecto de compañías como

bancos, entidades financieras, seguros, cooperativas, fondos de inversión, entre otros, que además de contar con autorización para su funcionamiento, se encuentran obligadas a cumplir con ámbitos regulatorios que inciden sobre la administración de dichas compañías.

- 3.3.5.3 Adicionalmente, el art. 48 de la Decisión 351 establece que las tarifas a cobrar por parte de las SGC deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los países miembros expresamente dispongan algo distinto; y su art. 50 señala que las SGC están obligadas a inscribir ante la oficina nacional competente, en los términos que determinen las legislaciones de los países andinos, la designación de los miembros de sus órganos directivos, así como los instrumentos que acrediten las representaciones que ejerzan de asociaciones u organizaciones extranjeras.
- 3.3.5.4 La autoridad administrativa no suele inmiscuirse en los precios de los restaurantes, ferreterías, discotecas o sastrerías, tampoco les exige a esta clase de establecimientos registrar a sus órganos directivos, lo que no ocurre con las SGC, donde resulta razonable establecer parámetros de control sobre sus tarifas dada la natural situación de monopolio de estas entidades, así como registrar a los integrantes de sus órganos directivos como parte del proceso de supervisión intensa que existe sobre los actos de administración de dichas entidades.
- 3.3.5.5 Lo anterior revela que las SGC, si bien son organizaciones privadas, también son de interés público, pues la actividad que realizan puede afectar un interés colectivo (los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ellas y los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares) que justifica la necesidad de ejercer sobre ellas un intenso nivel de regulación y control. Como lo ha mencionado este Tribunal a través de su jurisprudencia: «...las sociedades de gestión colectiva si bien son de carácter privado también son de interés público, ya que protegen intereses colectivos soportados en la salvaguarda de los derechos de autor...»¹⁹.
- 3.3.5.6 En su jurisprudencia, esta Corte Internacional ha reconocido que la autoridad nacional competente tiene competencia para ejercer las siguientes potestades de fiscalización, supervisión, inspección, vigilancia y control sobre las SGC, que inciden sobre sus actos de administración:

Sobre los gastos de la SGC

- a) Verificar que los gastos en los que incurre la SGC tienen por objeto la consecución de sus fines institucionales, como son percibir o recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan, negociar las autorizaciones por concepto de uso de obras que formen parte del repertorio que representan, perseguir los usos no

¹⁹ Interpretación Prejudicial 136-IP-2013 del 13 de noviembre de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2295 del 17 de febrero de 2014, p. 73 de dicha Gaceta.
Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2295.pdf>

autorizados de tales obras y distribuir el importe restante entre los asociados (o afiliados).²⁰

- b) Verificar que la SGC no incurra en gastos que no respondan a su objeto o naturaleza y que impidan o amenacen la realización de alguno de sus fines, como el repartir el importe restante entre sus afiliados luego de deducir los respectivos gastos de administración.²¹
- c) Verificar, respecto de la SGC, que son permisibles los gastos que le permitan recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que representan, negociar las autorizaciones por el uso de las obras que administran y perseguir los usos no autorizados de dichas obras con mayor eficiencia, principalmente económica, de manera tal que ningún asociado vea mermado el monto correspondiente a las regalías percibidas por parte de la SGC, en nombre de este, por concepto del uso o explotación de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas.²²
- d) Verificar que la SGC cuenta con los suficientes recursos humanos y técnicos para el cumplimiento de sus fines institucionales y así garantizar la recaudación de las regalías que corresponden a sus afiliados, así como la posible efectividad de la gestión en el extranjero del repertorio que se aspira administrar.²³

Sobre el reparto de las regalías recaudadas entre los titulares de derechos (los asociados o sus causahabientes)

- e) Verificar que las remuneraciones recaudadas por la SGC se destinen exclusivamente a los titulares de los derechos de autor y conexos, así como a los gastos que implica gestionar dichos derechos, salvo que la Asamblea General o los asociados acuerden fines adicionales que no contravengan o desnaturalicen la razón de ser de la SGC.²⁴
- f) Verificar, respecto de las normas de reparto de la SGC, que una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, se garantice una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real

²⁰ Interpretación Prejudicial 525-IP-2015 del 20 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3123 del 27 de octubre de 2017, p. 12.
Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3123.pdf>

²¹ Ibídem, p. 13

²² Ibídem, p. 14.

²³ Interpretación Prejudicial 387-IP-2016 del 11 de mayo de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3050 del 26 de junio de 2017, p. 27.
Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3050.pdf>

²⁴ Ibídem, 26 y 27.

de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso.²⁵

Sobre la participación apropiada de los miembros en la toma de decisiones de la SGC

- g) Verificar, respecto de las reglas de participación de los asociados en las decisiones de la SGC, que de ninguna manera se vulnere el derecho de los miembros que no hagan parte de la expansión en el mercado, pues a ellos los puede mover más un interés cultural, artístico o literario.^{26, 27}

²⁵ Literal e) del art. 45 de la Decisión 351 e Interpretación Prejudicial 64-IP-2018 del 16 de septiembre de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3789 del 24 de octubre de 2019, p. 13.

Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>

²⁶ Interpretación Prejudicial 550-IP-2016 del 14 de diciembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3663 del 17 de junio de 2019, p. 20.

Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203663.pdf>

²⁷ Respecto de la participación apropiada de los afiliados en las decisiones de la SGC, el TJCA, en la Interpretación Prejudicial 136-IP-2013 del 13 de noviembre de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2295 del 17 de febrero de 2014, ha señalado lo siguiente:

«...Cuando la norma prevé que se debe reconocer a los miembros de la sociedad colectiva un derecho de “participación apropiado”, el legislador comunitario no estaba pensando únicamente en los autores que reciben grandes sumas de dinero por la gestión de sus derechos de autor. Estaba sopesando en el interés público que está detrás de esta figura de gestión colectiva. La protección de los derechos de autor y conexos, en donde evidentemente se encuentra la labor de las mencionadas sociedades, no puede ser únicamente dirigida a la protección de los autores de “espectáculo rentable”; esta no es ni puede ser la finalidad de dicha protección. Si bien la industria del espectáculo, en todos sus niveles, genera grandes sumas de dinero, no se puede descuidar la esencia propia de una protección de los derechos de autor: la salvaguardia de la creación del espíritu humano representada en obras, ya que esto condensa ciertos bienes culturales que le interesa a la generalidad de individuos de una sociedad.

El Tribunal advierte que una cosa es la distribución equitativa de los recaudos, y otra es la participación en las decisiones de la entidad. La normativa comunitaria, de conformidad con lo expuesto, no puede hacer depender la participación al nivel de distribución. Debe quedar claro que las sociedades de gestión colectiva no tienen un carácter eminentemente mercantil.

Por lo tanto, el legislador comunitario, precisamente con la norma estudiada, previó una adecuada participación de todos los miembros de la sociedad colectiva: los artistas de “gran rentabilidad” y los que no han logrado o no les interesa dicha “gran rentabilidad”. De conformidad con el interés público que cobija las sociedades de gestión colectiva, la participación apropiada es el espacio que la normativa comunitaria abre para una real y efectiva participación de todos los grupos de autores, intérpretes o ejecutantes miembros de éstas.

En consecuencia, el Tribunal entiende que una participación apropiada es la que permite una adecuada participación de todos los grupos de miembros. En este sentido, las sociedades de gestión colectiva sí pueden generar reglas de participación, pero de ninguna manera vulnerando el derecho de miembros que no hagan parte de la expansión en el mercado, ya que a éstos los mueve un interés cultural, artístico o literario. Se puede normar la participación en la toma de decisiones estableciendo ciertos criterios de participación de conformidad con lo mencionado:

Sobre el particular, el TJCA ha señalado que se puede normar la participación en la toma de decisiones estableciendo ciertos criterios de participación, como la antigüedad de los socios; su representación en ciertos grupos de autores, intérpretes o ejecutantes; entre otros criterios que permitan una participación adecuada.²⁸

La exigencia de transparencia y auditoría

- h) Verificar que la SGC tenga reglamentos de socios, de tarifas y de distribución; que publique cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan; y que remita a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la SGC que puedan interesar al ejercicio de sus derechos.²⁹

3.3.5.7 Este Tribunal advierte del listado antes citado dos asuntos a destacar. El primero, que en efecto, la supervisión efectuada sobre las SGC no es superficial, sino que es tan invasiva que ingresa al terreno de los actos de gestión o administración de estas entidades (el controlar sus gastos, el verificar el reparto equitativo de los ingresos por concepto de regalías, el constatar la existencia de recursos humanos suficientes, el verificar que los miembros —e independientemente de si los titulares reciben o no grandes sumas de dinero por las gestión de sus derechos— gocen de un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad, entre otros). El segundo, que la necesidad de supervisar los actos de gestión o administración, hablando terminológicamente, va más allá de una simple inspección y vigilancia, arribando al ámbito del término «control», que es una forma de intervención más intensa. El término «control» ha sido expresamente reconocido por el TJCA en la Interpretación Prejudicial 525-IP-2015 del 20 de abril de 2017³⁰, oportunidad en la cual esta Corte señaló lo siguiente:

«...En conclusión, las sociedades de gestión colectiva se encuentran sometidas a un especial **control y supervisión** por parte del Estado. El Artículo 43 de la Decisión 351 establece que dichas sociedades están sometidas a la **inspección y vigilancia** por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.»³¹

(Énfasis agregado)

3.3.5.8 La jurisprudencia de este Tribunal acredita que las SGC no solo están sometidas a la «inspección y vigilancia» de la oficina nacional competente, sino también a su «control y supervisión», cuatro verbos (a los que sin ningún problema se le podrían

antigüedad de los socios, representantes de ciertos grupos de autores, intérpretes o ejecutantes, entre otros muchos que permitan una participación adecuada.»

²⁸ Interpretación Prejudicial 550-IP-2016, p. 20.

²⁹ Literales g), h) e i) del art. 45 de la Decisión 351 e Interpretación Prejudicial 64-IP-2018, p. 13.

³⁰ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3123 del 27 de octubre de 2017.

³¹ Interpretación Prejudicial 525-IP-2015, p. 53.

agregar los verbos «monitorear», «fiscalizar», «auditar») que evidencian una intervención estatal intensa que tiene por objeto asegurar que el funcionamiento y administración de dichas entidades no perjudique a los titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ellas, como tampoco a los usuarios que utilizan dichos derechos en el mercado. Esta intervención estatal intensa se asemeja a la que los países ejercen sobre los bancos y las aseguradoras, precisamente para cautelar los intereses de los miles de ahorristas y asegurados.

3.3.6. La potestad sancionadora sobre las SGC

- 3.3.6.1 Las funciones de inspección, vigilancia, fiscalización, supervisión y control sobre las SGC han sido acompañadas de una potestad muy importante que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la normativa andina y nacional, que es la sancionadora, tal como se advierte de las siguientes disposiciones de la Decisión 351:

«**Artículo 46.-** En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el presente Capítulo, la autorización de la sociedad de gestión colectiva podrá ser revocada de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 47.- La autoridad nacional competente podrá imponer a las sociedades de gestión colectiva, las siguientes sanciones:

- a) Amonestación;
- b) Multa;
- c) Suspensión; y,
- d) Las demás que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.»

- 3.3.6.2 Este órgano jurisdiccional aprecia, de los artículos antes citados, que la norma andina faculta a los países miembros no solo a revocar (cancelar) la autorización de funcionamiento de la SGC, sino que también los faculta a la «suspensión», lo que puede comprender tanto la suspensión de las actividades de la SGC como la suspensión de las funciones de sus órganos de dirección.

3.4. Del principio de complemento indispensable

- 3.4.1. De conformidad con lo expuesto en el acápite 3.2. de la presente sentencia, la controversia tiene por objeto determinar hasta qué punto la legislación interna de Colombia, en aplicación del **principio de complemento indispensable**, puede otorgar a la DNDA potestades de control y sanción sobre las SGC adicionales a las de inspección y vigilancia previstas en la Decisión 351.
- 3.4.2. Los países miembros no pueden expedir normas sobre asuntos regulados por las normas comunitarias, salvo que sean necesarias para su correcta ejecución y, en consecuencia, no pueden, bajo el pretexto de reglamentar normas comunitarias, establecer nuevos derechos u obligaciones o modificar los ya existentes y previstos en las normas comunitarias.³²
- 3.4.3. No obstante lo anterior, cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los países miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por

³² Interpretación Prejudicial 340-IP-2019 de fecha 29 de julio de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4037 del 30 de julio de 2020, p. 35.

aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, le corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que estas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario o, restrinjan aspectos esenciales por él regulado de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.³³

3.4.4. En ese sentido, este Tribunal ha señalado lo siguiente:

«...son solo dos los escenarios en los que la norma nacional puede complementar a la norma andina:

- (i) El primero, cuando un asunto o tema no está regulado en la norma andina. En este caso, ante el silencio de la norma andina, la norma nacional puede abocarse al conocimiento de dicho asunto o tema y regularlo normativamente; y,
- (ii) El segundo, cuando la norma andina regula una materia en términos generales y autoriza que algún extremo de ella sea desarrollado de manera más detallada o concreta por la legislación interna de los países miembros. (...)

En cualquiera de los dos supuestos antes mencionados, la regulación del asunto o materia por la norma nacional no puede transgredir ni el texto ni la *ratio legis* de la norma andina.

...Ejemplo del primer escenario es el Artículo 276 de la Decisión 486 (...), el cual dispone que “[l]os asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por las normas internas de los Países Miembros”. Por virtud del principio de complemento indispensable, todo aquello sobre propiedad industrial que no está contemplado en la Decisión 486 es susceptible de ser regulado por la normativa interna de los países miembros, sin que ello suponga la posibilidad de contradecir alguna disposición de dicha norma andina. Un ejemplo del segundo escenario es el Capítulo IX de la Decisión 351 (...), que va del Artículo 29 al 32 y regula lo referido a la transmisión y cesión de derechos. Su Artículo 29 establece que el derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional aplicable. Su Artículo 30 señala que las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas se registrarán por lo previsto en las legislaciones internas de los países miembros. Los dos artículos mencionados, por vía del principio de complemento indispensable, autorizan a las legislaciones internas a regular aquello que en términos muy generales está mencionado en la norma andina...»³⁴

3.4.5. Como se podrá advertir, de las disposiciones de la Decisión 351, examinadas conjuntamente con la jurisprudencia de este Tribunal, se aprecia que el legislador andino ha considerado pertinente que el principio de complemento indispensable (segundo escenario) se desarrolle plenamente en esta materia. Así, en el art. 45, referido a los requisitos para la obtención de la autorización de funcionamiento de

³³ Interpretación Prejudicial 142-IP-2015 de fecha 24 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2614 del 23 de octubre de 2015; y, la Interpretación Prejudicial 67-IP-2013 de fecha 8 de mayo de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2228 del 16 de agosto de 2013.

³⁴ Interpretación Prejudicial 340-IP-2019, p. 36.

una SGC, el literal l) de dicho artículo agrega que se deben cumplir los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los países miembros, lo que evidentemente significa que estos cuentan con la prerrogativa de añadir más requisitos para autorizar el funcionamiento de una SGC. La revocación de la autorización de funcionamiento, prevista en el art. 46 de la Decisión 351, está supeditada a lo que dispongan las legislaciones internas de los países miembros, los cuales pueden tipificar en una norma con rango de ley las diversas causales que podrían originar la revocación o cancelación de la autorización de funcionamiento de estas entidades. En lo referido a las sanciones, el literal d) del art. 47 habilita a los países miembros a establecer otras sanciones a las SGC, además de la amonestación, multa y suspensión, como puede ser la remoción o destitución de las autoridades de las SGC o, como *ultima ratio*, la toma de posesión (el control de la administración) de las SGC.

- 3.4.6. Lo mismo ocurre tratándose de las tarifas, en las que el art. 48 de la Decisión 351 ha habilitado plenamente a los países miembros a establecer algo distinto a lo mencionado en dicho artículo. Este es un caso especial de aplicación del principio de complemento indispensable, pues se ha autorizado a los países, en lo atinente a las tarifas de las SGC, a establecer condiciones, requisitos y limitaciones distintos a los contemplados en el mencionado artículo. Esto se encuentra plenamente justificado en atención a que, por lo general, las SGC actúan como monopolios, por lo que el control que debe realizar el Estado sobre sus precios o tarifas debe ser mayor, como el hecho mismo de aprobar administrativamente dichas tarifas. En la medida que no es factible la presencia de competencia efectiva, la existencia de condiciones monopólicas revela una falla de mercado que debe ser corregida con los instrumentos legales y económicos pertinentes, lo que va desde establecer parámetros para fijar las tarifas hasta la aprobación misma de dichas tarifas por la autoridad administrativa competente nacional.
- 3.4.7. El principio de complemento indispensable tiene dos límites connaturales: el primero, que la legislación nacional no viole el derecho andino³⁵; y, el segundo, que, en la medida que la legislación nacional desarrolla vacíos contenidos en la norma andina, debe mantener la razonabilidad o proporcionalidad que guía a esta.
- 3.4.8. El segundo aspecto merece una mayor explicación. Si bien por el principio de complemento indispensable, los países miembros se encuentran autorizados a complementar la legislación andina con legislación nacional, esta no puede establecer cualquier cosa en cualquier sentido o dirección. No solo se trata de que la legislación nacional no contradiga el derecho andino, sino que debe respetar los principios que guían a esta, como son los principios de razonabilidad y progresividad, los cuales establecen límites naturales al ejercicio de las potestades más exorbitantes de la administración pública, aquellas que implican una restricción o limitación significativa de los derechos o libertades involucrados.

³⁵ Salvo, claro está, que la propia norma andina autorice a los países a legislar de modo distinto a lo previsto en el derecho andino, como es el caso del mencionado art. 48 de la Decisión 351 referido a las tarifas de las SGC.

3.5. Del análisis de las disposiciones de la Ley 1493 de 2011

En este punto corresponde al TJCA verificar si las disposiciones de la Ley 1493 de 2011 cuestionadas por la demandante, constituyen o no un incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino por parte de Colombia.

3.5.1. **Del art. 24 de la Ley 1493 de 2011**³⁶

3.5.1.1 No se aprecia incumplimiento alguno en el art. 24 de la Ley 1493 de 2011, pues el término «control» ha sido reconocido expresamente por el TJCA como una de las potestades que puede ejercer la oficina nacional competente sobre las SGC.

3.5.1.2 Tal como se ha señalado en los párrafos 3.3.5.7 y 3.3.5.8 de la presente sentencia, el término «control» ha sido expresamente reconocido por el TJCA en la Interpretación Prejudicial 525-IP-2015 del 20 de abril de 2017, oportunidad en la cual esta Corte señaló lo siguiente:

«...En conclusión, las sociedades de gestión colectiva se encuentran sometidas a un especial **control y supervisión** por parte del Estado. El Artículo 43 de la Decisión 351 establece que dichas sociedades están sometidas a la **inspección y vigilancia** por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.»³⁷

(Énfasis agregado)

Como se puede advertir, la jurisprudencia de esta Corte internacional acredita que las SGC no solo están sometidas a la «inspección y vigilancia» de la oficina nacional competente, sino también a su «control y supervisión».

3.5.1.3 Por lo expuesto, este Tribunal considera que el art. 24 de la Ley 1493 de 2011 no viola la Decisión 351.

3.5.2. **Del art. 27 (numeral 9) de la Ley 1493 de 2011**³⁸

³⁶ Ley 1493 de 2011.-

«**Artículo 24. Competencia de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior.** Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 44 de 1993, el Presidente de la República ejercerá por conducto de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, la inspección, vigilancia y control de las Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en los términos establecidos en las normas vigentes.

Parágrafo. Las disposiciones del presente capítulo aplicarán también, en lo pertinente, a las entidades recaudadoras constituidas por las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos.»

³⁷ Interpretación Prejudicial 525-IP-2015, p. 53.

³⁸ Ley 1493 de 2011.-

«**Artículo 27. Otras Facultades de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior.** (...)»

(...)
9. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.
(...)»

- 3.5.2.1 En lo que respecta art. 27 (numeral 9) de la Ley 1493 de 2011, tampoco se observa incumplimiento alguno, pues en la Interpretación Prejudicial 136-IP-2013 de fecha 13 de noviembre de 2013³⁹, el TJCA mencionó que la inspección y vigilancia ejercida sobre las SGC no se agota en el acto de autorización, sino que se mantienen a lo largo del funcionamiento de estas entidades, lo que incluye la autorización de cambios reglamentarios y estatutarios:

«Lo anterior siempre bajo la vigilancia estatal, de conformidad con el artículo 43 de la Decisión 351. Por lo tanto, dicha inspección y vigilancia no se agota en el acto de autorización, sino que sigue en relación con las actividades que desempeña la sociedad de gestión colectiva, lo que incluye, por supuesto, la autorización de cambios reglamentarios o estatutarios.»

- 3.5.2.2 En consecuencia, la autoridad nacional competente sí puede ordenar a la SGC la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a lo establecido en la legislación interna.
- 3.5.2.3 Por lo expuesto, este Tribunal considera que el art. 27 (numeral 9) de la Ley 1493 de 2011 no viola la Decisión 351.

3.5.3. **Del art. 28 de la Ley 1493 de 2011**⁴⁰

- 3.5.3.1 En lo que respecta al art. 28 de la Ley 1493, resulta pertinente mencionar que el TJCA ha reconocido expresamente que los países miembros pueden «controlar» a las SGC, y este control incide de manera especial en los actos de administración de la SGC, por lo que resulta absolutamente razonable que, en ejercicio del principio de complemento indispensable, se haya establecido que la DNDA, mediante acto administrativo, puede ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier SGC. En la medida que la oficina nacional competente tiene competencia para controlar los gastos de la SGC, verificar el reparto equitativo de los ingresos por concepto de regalías, constatar la existencia de recursos humanos suficientes, verificar que los miembros —e independientemente de si reciben o no grandes sumas de dinero por las gestión de sus derechos— gocen de un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad, etc., es razonable que dicha oficina pueda ordenar medidas provisionales, cautelares, correctivas y definitivas conducentes a corregir o subsanar cualquier situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de las SGC. Por ejemplo, si la SGC incurre en gastos que violan la normativa andina o nacional (*v.g.*, aportar a la campaña política de un candidato, donar automóviles de lujo a los miembros del consejo

³⁹ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2295 del 17 de febrero de 2014.

⁴⁰ **Ley 1493 de 2011.-**

«**Artículo 28. Control.** El control consiste en la atribución de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, a fin de ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, cuando así lo determine la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, mediante acto administrativo de carácter particular.»

directivo, etc.), la autoridad nacional le puede ordenar, como medida correctiva, que deje de incurrir en tales actos, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

3.5.3.2 Si bien son diversos los actos de administración supervisados por la autoridad administrativa, hay tres actos que revisten una importancia particular:

- a) **Los órganos de dirección de la SGC no pueden decidir con absoluta libertad sin la participación de los miembros.** La SGC tiene que reconocer a sus miembros un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad, lo cual no depende de la «rentabilidad» de los derechos explotados. Por tanto, la SGC debe establecer mecanismos adecuados para que los miembros⁴¹ («todos los grupos de miembros») se vean representados, de una u otra forma, en la toma de decisiones de la SGC (v.g., el derecho de elegir a los miembros del Consejo Directo desde la asamblea General, el otorgar a esta la facultad de ratificar determinadas designaciones o validar la adopción de gastos especiales, etc.) y la oficina nacional competente debe fiscalizar que esto realmente ocurra, y si no ocurre, pues entonces deberá emitir las medidas correctivas o sancionatorias correspondientes a efectos de garantizar que sí ocurra.
- b) **Los órganos de dirección de la SGC no pueden disponer con absoluta libertad de las remuneraciones recaudadas.** Estas tienen que destinarse exclusivamente a los titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ella, así como a los gastos que implica gestionar dichos derechos, y tales remuneraciones deben repartirse equitativamente, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas. Para que la autoridad administrativa competente pueda verificar esta exigencia del derecho comunitario, tiene que tener facultades solventes en lo concerniente a la capacidad de efectuar requerimientos de información y documentación, efectuar visitas inopinadas (y levantar allí la información y documentación correspondiente), ordenar la realización de auditorías, imponer medidas cautelares (provisionales) y correctivas (definitivas) y establecer sanciones.
- c) **Los órganos de dirección de la SGC no pueden gastar con absoluta libertad los ingresos percibidos por concepto de regalías.** Los gastos solo pueden tener por objeto la consecución de los fines institucionales. La SGC no puede incurrir en gastos que no respondan a su objeto o naturaleza, y debe evitar que los gastos impidan o amenacen la realización de sus fines. El art. 45 (literal e) de la Decisión 351 señala que las disposiciones legales (nacionales) o estatutarias (las que son aprobadas por la autoridad nacional competente) pueden establecer un porcentaje máximo para los gastos administrativos. Esta disposición es la que revela con bastante claridad el grado de injerencia que puede tener el Estado sobre las SGC. La jurisprudencia de este Tribunal ha precisado, además, el nivel de control que se puede ejercer sobre los gastos administrativos, que es el asunto que permite garantizar que los órganos de dirección de la SGC no abusen ni de los titulares de los derechos de autor y derechos conexos ni de los usuarios (los que utilizan estos derechos en sus actividades económicas). El tema de los gastos

⁴¹ Asociados o no.

se encuentra estrechamente vinculado con las tarifas, las que, como se ha explicado, son controladas por la autoridad administrativa, dada la condición monopólica en la que actúan las SGC.

3.5.3.3 Los tres temas antes mencionados permiten apreciar que las SGC no gozan de la libertad intrínseca a cualquier asociación civil o sociedad mercantil. Su libertad de asociación, su libertad de organización interna, su libertad de empresa, como queramos llamarla, se encuentra severamente limitada por el interés público involucrado. El Estado, a través de una disposición legal, podría establecer que los gastos administrativos no pueden superar un porcentaje máximo determinado de los ingresos por concepto de remuneraciones; y también por otra disposición legal podría establecer un esquema de aprobación de las tarifas de la SGC.

3.5.3.4 Por lo expuesto, este Tribunal considera que el art. 28 de la Ley 1493 de 2011 no viola la Decisión 351.

3.5.4. **Del art. 29 de la Ley 1493 de 2011**⁴²

⁴² Ley 1493 de 2011.-

«Artículo 29. Funciones de Control de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior. En ejercicio del control, la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.
2. Ordenar la remoción y consecuente cancelación de la inscripción de los miembros del Consejo Directivo, de los integrantes del Comité de Vigilancia, del Gerente, del Secretario, del Tesorero y del Revisor Fiscal y empleados, según sea el caso por incumplimiento de las órdenes de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos, de oficio o a petición de parte, mediante providencia motivada en la cual podrá designar su remplazo u ordenar que la sociedad proceda en tal sentido. La remoción ordenada por la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, implicará una inhabilidad para cargos directivos en sociedades de la misma naturaleza, hasta por diez (10) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo correspondiente.

A partir del sometimiento a control, se prohíbe a los administradores y empleados la constitución de garantías que recaigan sobre bienes propios de la sociedad, enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de las actividades de la sociedad sin autorización previa de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior.

Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo será ineficaz de pleno derecho.

El reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en este artículo será de competencia de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, de oficio o a petición de parte en ejercicio de funciones administrativas.

3. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones de la Asamblea General, el Consejo Directivo o el Comité de Vigilancia.

- 3.5.4.1 Como se ha afirmado párrafos arriba, las SGC actúan, en la práctica, en régimen de monopolio. Así, mañana podrían duplicar sus tarifas, y en seis meses volverlas a duplicar. Si no hay competencia efectiva, ¿qué podría impedir que lo hagan? Y los ingentes ingresos provenientes de esta actuación monopólica podrían derivar en un despilfarro de recursos, de modo que los órganos de dirección podrían asumir gastos superfluos o excesivos en perjuicio de los intereses de los asociados. El derecho andino busca evitar esta situación, por lo que en el art. 45 de la Decisión 351 no solo se han consignado limitaciones en lo relativo a los gastos administrativos y parámetros para el reparto de los ingresos, sino que también se ha autorizado a los países miembros, vía el principio de complemento indispensable, que establezcan requisitos adicionales en su legislación interna.
- 3.5.4.2 Teniendo presente el contexto descrito, en principio, este Tribunal encuentra razonables las facultades otorgadas a la DNDA en el art. 29 de la Ley 1493, en particular la competencia para ordenar la remoción de los órganos directivos de la SGC por incumplimiento de las órdenes de dicha autoridad, o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos, de oficio o a petición de parte. ¿Qué ocurriría si la SGC, en desacato a las órdenes de la autoridad, sigue incurriendo en gastos administrativos excesivos? Es evidente que, en un escenario de esta naturaleza, la oficina nacional competente debe contar con los instrumentos legales idóneos para forzar a la SGC a disminuir sus gastos, lo que podría hacerse a través de la remoción de los órganos de dirección de la SGC.
- 3.5.4.3 Sin embargo, se advierten dos excesos que vulneran los principios de razonabilidad y progresividad⁴³.

-
4. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.»

5.

⁴³ Como se mencionó en el párrafo 3.4.8 (pág. 23) de la presente Sentencia, si bien por el principio de complemento indispensable, los países miembros se encuentran autorizados a complementar la legislación andina con legislación nacional, esta no puede establecer cualquier cosa en cualquier sentido o dirección. No solo se trata de que la legislación nacional no viole el derecho andino, sino que debe respetar los principios que guían a esta, como son los principios de razonabilidad y progresividad, los cuales establecen límites naturales al ejercicio de las potestades más exorbitantes de la administración pública, aquellas que implican una restricción o limitación significativa de los derechos o libertades involucrados.

Los países miembros fundaron la Comunidad Andina sobre la base de los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia (ver parte considerativa del Acuerdo de Cartagena). El principio rector justicia, a su vez, se encuentra integrado por diversos principios ordenadores de un Estado de Derecho, como son el de legalidad, el del debido proceso y todos aquellos que tienen incidencia en el ejercicio de potestades punitivas y exorbitantes, como son el de tipicidad, de razonabilidad, de progresividad, de la presunción de inocencia, de retroactividad benigna, entre otros.

La legislación nacional expedida al amparo del principio de complemento indispensable, reiteramos, no solo no debe transgredir el derecho andino, sino que debe encauzarse en los principios jurídicos que lo guían. Es así que, para este Tribunal, máximo intérprete del ordenamiento jurídico comunitario andino, la legislación nacional que, en aplicación del principio de complemento indispensable, establezca potestades exorbitantes sobre sujetos de derecho regulados por el ordenamiento andino, debe respetar los principios «de razonabilidad» y «de progresividad», los cuales hacen parte de un principio mayor que es el «de proporcionalidad».

- 3.5.4.4 Para entender el primer exceso, resulta pertinente recordar que el control y supervisión acentuado que se da sobre las SGC tiene por objeto garantizar una administración eficiente, eficaz y transparente de las regalías que se recaudan, de modo que haya una repartición equitativa de los beneficios y no haya despilfarro o gastos excesivos, de allí que, como se ha explicado en párrafos precedentes, dicho control y supervisión incide sobre diversos actos de administración de esta clase de entidades. En la medida que el *quid* del asunto es la administración o gestión de la SGC, la potestad de remover tiene que estar dirigida hacia todos aquellos funcionarios que ostentan el control, o influencia decisiva sobre el control, de la administración de la sociedad, pues es a través del control de la administración que se puede evitar el incumplimiento de la normativa que exige la participación apropiada de los miembros en la toma de decisiones, la distribución equitativa de las regalías entre los titulares de derechos y que los gastos tengan por objeto cumplir los fines institucionales.
- 3.5.4.5 El control de la administración es ejercido por los órganos de dirección, de apoyo y de auditoría de mayor jerarquía, que son los designados por la Asamblea General (el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia y el Revisor Fiscal) o por el Consejo Directivo (el Gerente General, el Secretario y el Tesorero), pues son estos los que cuentan con poder de decisión, o una influencia decisiva, sobre los actos de administración. Sin embargo, el numeral 2 del Artículo 29 de la Ley 1493 extiende la facultad de remoción hacia cualquier empleado, inclusive a los que no tienen poder de decisión o influencia decisiva sobre los actos de administración de las SGC.
- 3.5.4.6 Resulta absurdo, por ejemplo, que la DNDA pretenda la remoción de la secretaria del Gerente General o de un asistente legal del Gerente Legal, pues ni la secretaria ni el mencionado asistente tienen poder de dirección o una influencia decisiva. La remoción debe recaer en los que tienen el control de la administración de la SGC, o una importante influencia sobre dicho control, que son el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia, el Revisor Fiscal, el Gerente General, el Secretario y el Tesorero.
- 3.5.4.7 Por otro lado, la DNDA debe ejercer estos poderes exorbitantes con proporcionalidad, lo que significa que deben ser ejecutados con «progresividad»; es decir, primero el más atenuado, y ante la falta de eficacia de este, proceder con el más gravoso. En tal sentido, primero debería remover a los órganos y ordenar a la SGC que proceda a designar a los reemplazantes, y solo en el escenario en el que los reemplazantes designados por la SGC persistieran en el incumplimiento normativo, la DNDA designaría a los nuevos reemplazantes.
- 3.5.4.8 En tal sentido, para que no haya violación de los principios de razonabilidad y progresividad, y por tanto tampoco violación del derecho andino, la DNDA debe proceder en el sentido siguiente:
- a) La remoción debe dirigirse únicamente hacia los órganos que tienen el poder de control de la administración de la SGC, o una influencia decisiva en dicho control: el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia, el Revisor Fiscal, el Gerente General, el Secretario y el Tesorero.

- b) Ante un escenario de remoción de los órganos que tienen el control (o una influencia decisiva en el control) de la administración de la SGC, esta debe tener la oportunidad (en primer lugar) de designar a los reemplazantes; y solo si los reemplazantes designados por la SGC persisten en el incumplimiento normativo, la DNDA está facultada para designar a los nuevos reemplazantes correspondientes.
- 3.5.4.9 En tal sentido, por ejemplo, si la DNDA removiera al Consejo Directivo, debería darse la oportunidad a la Asamblea General de designar al nuevo Consejo Directivo; y si el nuevo Consejo Directivo, designado por la Asamblea General, persistiera en la violación del derecho andino o nacional aplicable, entonces la DNDA podría designar al nuevo Consejo Directivo. De la misma forma, si la DNDA removiera al Gerente General, debería darse la oportunidad al Consejo Directivo de designar al nuevo Gerente General, pero si este persistiera en el incumplimiento normativo, entonces el Consejo Directivo perdería su facultad de designarlo, de modo que sería la DNDA la que nombraría al nuevo Gerente General.
- 3.5.4.10 Por lo expuesto, este Tribunal considera que una interpretación literal del art. 29 de la Ley 1493 de 2011, podría generar una violación de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino. No obstante ello, si se interpreta y aplica el citado art. 29 de la Ley 1493 de 2011, en concordancia con los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al referido ordenamiento jurídico, estaremos frente a un escenario de compatibilidad entre las disposiciones nacionales impugnadas y los principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.
- 3.5.4.11 Así, corresponde dejar claramente establecido que una interpretación conforme a los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al referido ordenamiento jurídico, se traduce en entender que la remoción de los órganos de una SGC únicamente alcanza a los órganos con poder de decisión en el control (o una influencia decisiva en el control) de los actos de administración de las SGC, así como que la designación de los reemplazantes de los órganos removidos recae en primer lugar en la SGC, y solo si los designados por la SGC persisten en el incumplimiento normativo, recién entonces la DNDA podría designar a los reemplazantes.
- 3.5.4.12 En consecuencia, este Tribunal considera que el art. 29 de la Ley 1493 de 2011 no viola el derecho andino siempre y cuando sea interpretado y aplicado a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, tal como se ha explicado precedentemente.

3.5.5. Del art. 30 (literal b) de la Ley 1493 de 2011⁴⁴

⁴⁴ Ley 1493 de 2011.-

«**Artículo 30. Medidas cautelares.** El Director de la Unidad Administrativa Especial –Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior podrá adoptar, en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control y mediante resolución motivada, las siguientes medidas cautelares inmediatas:

- a) El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción a las disposiciones legales o estatutarias en materia de derecho de autor, por parte de las sociedades de gestión colectiva, entidades recaudadoras o de sus directivos;

3.5.5.1 Toda vez que la remoción de órganos tiene por objeto adoptar medidas correctivas conducentes a garantizar el cumplimiento de la normativa que exige la participación apropiada de los miembros en la toma de decisiones, la distribución equitativa de las regalías entre los titulares de derechos y que los gastos tengan por objeto cumplir los fines institucionales, resulta razonable que dicha remoción se dé provisionalmente en el marco del dictado de medidas cautelares, por lo que este Tribunal no observa incumplimiento alguno en el hecho de que el art. 30 (literal b) de la Ley 1493 establezca que la DNDA, mediante medida cautelar, puede suspender en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, a los integrantes del Comité de Vigilancia, al Gerente General, al Secretario, al Tesorero y al Revisor Fiscal.

3.5.5.2 Por lo expuesto, este Tribunal considera que el art. 30 (literal b) de la Ley 1493 de 2011 no viola la Decisión 351.

3.5.6. De los arts. 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011⁴⁵

3.5.6.1 Los arts. 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011 regulan lo referido a la toma de posesión de la SGC por parte de la DNDA (que consiste en designar un administrador y

-
- b) Suspender en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, del Comité de Vigilancia, al Gerente, al Secretario, al Tesorero y al revisor fiscal de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras;
 - c) La suspensión de la personería jurídica y de la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras;
 - d) Cualquiera otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.

Parágrafo. Las medidas cautelares podrán decretarse antes de iniciar una investigación, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio antes de que se profiera la decisión que le ponga fin. La adopción de estas medidas no implicará prejuzgamiento.»

⁴⁵ Ley 1493 de 2011.-

«**Artículo 31. Toma de posesión.** La Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá tomar posesión de una sociedad de gestión colectiva para administrarla o liquidarla, en los siguientes casos:

1. Cuando la sociedad de gestión colectiva no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca.
2. Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos.
3. Cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla.

Artículo 32. Efectos de la toma de posesión. Como consecuencia de la toma de posesión, el Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor al tomar posesión deberá designar un administrador y adoptar las medidas que considere pertinentes para garantizar la gestión de los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca. Para tales efectos, el Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.»

adoptar las medidas que considere pertinentes para garantizar la gestión de los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca) en los siguientes casos:

- a) Cuando la SGC no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca.
- b) Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos.
- c) Cuando sus administradores se hayan rehusado a dar información veraz, completa y oportuna a la DNDA, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de solicitarla u obtenerla.

3.5.6.2 Desde que el art. 29 de la Ley 1493 prevé la posibilidad de que la DNDA remueva y cancele la inscripción de los miembros del Consejo Directivo, de los integrantes del Comité de Vigilancia, del Gerente, del Secretario, del Tesorero y del Revisor Fiscal, así como designar a los reemplazantes, en la práctica la oficina nacional competente en materia de derecho de autor de Colombia estaría controlando a la SGC, lo que haría, en principio, innecesario la toma de posesión prevista en sus arts. 31 y 32.

3.5.6.3 Sin embargo, debe entenderse que la designación de un administrador tiene por objeto un control más directo y menos burocrático de la SGC, es decir, designar a una persona jurídica (la entidad fiduciaria) con poderes plenos para administrar a la SGC, relevando de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, de los integrantes del Comité de Vigilancia, del Gerente, del Secretario, del Tesorero y del Revisor Fiscal.

3.5.6.4 A este Tribunal no le resulta extraña una figura como la toma de posesión de la SGC. En diversas secciones de esta sentencia se han comparado las SGC con los bancos y aseguradoras debido a que en todas estas entidades existen miles de personas que deben ser protegidas en sus derechos e intereses (titulares de derechos de autor y derechos conexos, usuarios de estos derechos, ahorristas y asegurados), lo que justifica, por ejemplo, que los ordenamientos jurídicos de los países hayan previsto situaciones en las que los bancos y asegurados son intervenidos por la autoridad competente (usualmente una superintendencia).

3.5.6.5 Ahora bien, en la medida que la figura de la remoción permite a la DNDA tomar el control de la SGC a través de la designación de los reemplazantes de los órganos que detentan el control (o una influencia decisiva sobre el control) de la administración de la sociedad, la toma de posesión, que también permite a la DNDA tomar el control de la SGC a través de una entidad fiduciaria, debería estar sujeta al régimen de «progresividad» que hemos explicado para la remoción.

3.5.6.6 En tal sentido, si bien esta Corte Internacional considera que no vulnera el principio de razonabilidad intrínseco al derecho andino el que la Ley 1493 de 2011 haya otorgado a la DNDA la potestad exorbitante de tomar la posesión de la administración de las SGC, dicha potestad debe ejercerse como *ultima ratio* cuando otras medidas hayan fracasado (progresividad). En consecuencia, en términos de progresividad, si primero las sanciones (multas) no hubiesen tenido el efecto esperado (regresar a un escenario de cumplimiento de la normativa aplicable), y luego la remoción de órganos tampoco hubiese tenido dicho efecto o no resultara

pertinente (impertinencia que debería justificarse), solo entonces, como *ultima ratio*, la DNDA debería poder contar con la prerrogativa de encargar a una entidad fiduciaria la administración de la SGC.

- 3.5.6.7 Se equivoca la SGCA al señalar en el Dictamen 001-2019 de fecha 5 de marzo de 2019 que la revocación de la autorización de funcionamiento o cerrar una SGC es una medida más grave («el que puede lo más») que la intervención o toma de posesión («puede lo menos») ⁴⁶. Para los agentes económicos, una medida más invasiva que la revocación o cancelación de la habilitación administrativa correspondiente es que el Estado asuma la administración de su negocio, empresa o actividad.
- 3.5.6.8 Por lo expuesto, este Tribunal considera que una interpretación literal de los arts. 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, podría generar una violación de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino. No obstante ello, si los mencionados arts. 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, se interpretan y aplican a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al referido ordenamiento jurídico, se debe entender que la toma de posesión (adquirir el control de la administración de la SGC a través de una entidad fiduciaria) debe ser la *ultima ratio*; es decir, que frente a las causales previstas en los numerales 1, 2 y 3 del art. 31 de la Ley 1493 de 2011, la DNDA: (i) primero debe buscar la corrección de la conducta de los órganos de la SGC a través de la imposición de sanciones; (ii) si las sanciones no hubiesen tenido el efecto buscado, evaluaría la opción de la remoción, salvo que la remoción resultara impertinente, lo que debería justificar en su decisión; y (iii), como última opción, procedería con la toma de posesión de la administración de la SGC a través de una entidad fiduciaria.
- 3.5.6.9 En consecuencia, este Tribunal considera que los arts. 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011 no violan la Decisión 351 siempre y cuando sean interpretados y aplicados a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, tal como se ha explicado precedentemente.
- 3.5.7. **Del art. 34 de la Ley 1493 de 2011** ⁴⁷
- 3.5.7.1 Finalmente, corresponde señalar que este Tribunal no advierte incumplimiento alguno en el art. 34 de la Ley 1493 de 2011 en la medida que el término «control», como ya se ha explicado precedentemente (ver párrafos 3.3.5.7, 3.3.5.8 y 3.5.1.2 de la presente sentencia), ha sido reconocido expresamente por el TJCA como parte de los poderes de fiscalización y supervisión que los países miembros ostentan con relación a las SGC.
- 3.5.7.2 Por lo expuesto, este Tribunal considera que el art. 34 de la Ley 1493 de 2011 no viola la Decisión 351.

⁴⁶ Dictamen 001-2019 de fecha 5 de marzo de 2019, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3558 de la misma fecha, párrafos 209 y 210, pp. 53 y 54.

⁴⁷ **Ley 1493 de 2011.-**

«**Artículo 34. Remisión normativa.** En los demás aspectos de inspección, vigilancia, control y liquidación obligatoria, no regulados en esta ley, se aplicará el Código de Comercio y sus modificaciones y adiciones. En lo referente a la contabilidad deberá remitirse a las normas contables aplicables.»

- 3.5.7.3 Las potestades de control y sanción que la Ley 1493 de 2011 ha otorgado a la DNDA, adicionales a las facultades de inspección y vigilancia previstas en la Decisión 351, no violan el derecho comunitario andino, sino que representan, en aplicación del principio de complemento indispensable, medidas eficaces tendientes a controlar de manera idónea los actos de administración de las SGC, en atención al interés público involucrado: los intereses de los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ellas, y los intereses de los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares.
- 3.5.7.4 En tal sentido, corresponde declarar que los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 30 (literal b) y 34 de la Ley 1493 de 2011 no violan la Decisión 351.
- 3.5.7.5 Sin embargo, respecto de los arts. 29, 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, corresponde señalar que una interpretación literal de sus disposiciones podría generar una violación de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino; no obstante ello, si se interpretan y aplican a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, serán compatibles con los principios y normas de dicho ordenamiento, en la medida que:
- a) La remoción de órganos de la SGC únicamente alcance a los órganos con poder de decisión en el control (o una influencia decisiva en el control) de los actos de administración de las SGC: el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia, el Revisor Fiscal, el Gerente General, el Secretario y el Tesorero.
 - b) La designación de los reemplazantes de los órganos removidos recaiga en primer lugar en la SGC, y solo si los designados por la SGC persisten en el incumplimiento normativo, recién entonces la DNDA puede designar a los reemplazantes.
 - c) La toma de posesión (adquirir el control de la administración de la SGC a través de una entidad fiduciaria) debe ser la *ultima ratio*; es decir, que frente a las causales previstas en los numerales 1, 2 y 3 del art. 31 de la Ley 1493 de 2011, la DNDA: (i) primero deber buscar la corrección de la conducta de los órganos de la SGC a través de la imposición de sanciones; (ii) si las sanciones no hubiesen tenido el efecto buscado, evaluaría la opción de la remoción, salvo que la remoción resultara impertinente, lo que debería justificar en su decisión; y (iii), como última opción, procedería con la toma de posesión de la administración de la SGC a través de una entidad fiduciaria.
- 3.5.7.6 Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar que los arts. 29, 31 y 32 no violan la Decisión 351 siempre y cuando sean interpretados y aplicados a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, tal como se ha explicado precedentemente.
- 3.6. **Del análisis de la solicitud de coadyuvancia presentada por Apdayc**
- 3.6.1. Mediante escrito del 6 de mayo de 2021, Apdayc presentó solicitud de coadyuvancia a favor de Sayco.

- 3.6.2. Por Auto del 5 de julio de 2021, el Magistrado sustanciador concedió a Apdayc el término de quince (15) días calendario, contado desde la notificación del referido Auto, a fin de que regularice su solicitud de coadyuvancia.
- 3.6.3. Mediante Oficio 402-S-TJCA-2021 del 6 de julio de 2021, el Secretario del Tribunal notificó el Auto del 5 de julio de 2021 a Apdayc⁴⁸.
- 3.6.4. Por escrito del 22 de julio de 2021, Apdayc presentó la regularización de su solicitud de coadyuvancia.
- 3.6.5. Como se puede advertir, el término concedido para la regularización venció el 21 de julio de 2021; esto es, la regularización presentada por Apdayc fue extemporánea.
- 3.6.6. Por lo expuesto, corresponde declarar improcedente la solicitud de coadyuvancia presentada por Apdayc por extemporánea.
- 3.7. **De la condena en costas solicitada por la parte demandante**
- 3.7.1. La parte demandante solicitó al TJCA condenar en costas a la contraparte.
- 3.7.2. En la medida que la demanda va a ser declarada infundada, resulta improcedente la condena de costas solicitada por la parte demandante.

Sobre la base de las consideraciones expuestas,

El **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**, de conformidad con el art. 25 de su Tratado de Creación, en concordancia con el art. 107 de su Estatuto;

DECIDE:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la demanda en acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - Sayco contra la República de Colombia por el presunto incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino a través de la aprobación y puesta en vigencia de los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 30 (literal b) y 34 de la Ley 1493 de 2011.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la demanda en acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - Sayco contra la República de Colombia por el presunto incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino a través de la aprobación y puesta en vigencia de los arts. 29, 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, siempre y cuando dichos artículos sean interpretados y aplicados a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, lo que implica que:

- a) La remoción de órganos de la sociedad de gestión colectiva únicamente alcanza a los órganos con poder de decisión en el

⁴⁸ Mediante correo electrónico enviado a las 13:32 horas del 6 de julio de 2021 (ver folio 971 del expediente) y confirmado por Apdayc a las 14:09 horas del 6 de julio de 2021 (ver folio 972 del expediente).

control (o una influencia decisiva en el control) de los actos de administración de las sociedades de gestión colectiva: el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia, el Revisor Fiscal, el Gerente General, el Secretario y el Tesorero.

- b) La designación de los reemplazantes de los órganos removidos recae en primer lugar en la sociedad de gestión colectiva, y solo si los designados por la sociedad de gestión colectiva persisten en el incumplimiento normativo, recién entonces la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia puede designar a los reemplazantes.
- c) La toma de posesión (adquirir el control de la administración de la sociedad de gestión colectiva a través de una entidad fiduciaria) debe ser la *ultima ratio*; es decir, que frente a las causales previstas en los numerales 1, 2 y 3 del art. 31 de la Ley 1493 de 2011, la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia: (i) primero deber buscar la corrección de la conducta de los órganos de la sociedad de gestión colectiva a través de la imposición de sanciones; (ii) si las sanciones no hubiesen tenido el efecto buscado, evaluaría la opción de la remoción, salvo que la remoción resultara impertinente, lo que debe encontrarse debidamente justificado en su decisión; y (iii), como última opción, procedería con la toma de posesión de la administración de la sociedad de gestión colectiva a través de una entidad fiduciaria.

TERCERO: Declarar improcedente la solicitud de coadyuvancia presentada por la Asociación Peruana de Autores y Compositores - Apdayc, por extemporánea.

CUARTO: Declarar improcedente la solicitud de condena en costas.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que el presente Auto ha sido aprobado por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial del 11 de marzo de 2022, conforme consta en el Acta 9-J-TJCA-2022.

Luis Felipe Aguilar Feijoó
Secretario

De conformidad con lo establecido en el Literal k) del Artículo 9 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman la presente Sentencia el Presidente y el Secretario.

Hugo R. Gómez Apac
Presidente

Luis Felipe Aguilar Feijoó
Secretario

Anexo 3

Sentencia de interpretación prejudicial emitida en el proceso 227-IP-2023, caso Asociación de Empresas de Telecomunicaciones del Ecuador (Asetel) vs. Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos (Sayce)

Publicada en la GOAC 5540 del 2 de septiembre de 2024.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205540.pdf>



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 27 de agosto de 2024

Proceso:	227-IP-2023
Asunto:	Interpretación prejudicial
Consultante:	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Competencia Económica de la República del Ecuador
Expediente interno del consultante:	SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021
Referencia:	Del supuesto abuso de posición de dominio en el mercado por un agente económico al adoptar condiciones desiguales que podrían poner en desventaja competitiva a unos agentes económicos con otros terceros contratantes
Normas objeto de la consulta prejudicial:	Artículos 45 (literal k) y 48 de la Decisión 351 – «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos» y 8 (literal d) de la Decisión 608 – «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina» de la Comisión de la Comunidad Andina
Temas objeto de interpretación:	1. Sobre la solicitud de interpretación prejudicial y el concepto de «juez nacional». 2. El ámbito de aplicación de la Decisión 608 a asuntos nacionales. 3. El abuso de posición de dominio en el mercado: el caso de las sociedades de gestión colectiva.
Magistrada ponente:	Sandra Catalina Charris Rebellón

VISTOS:

El Oficio SCE-IGT-INICAPMAPR-2023-024 del 17 de octubre de 2023, mediante el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante, la **Inicapmapr**) de la Superintendencia de Competencia Económica (en lo sucesivo, la **SCE**) de la República del Ecuador solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**) la

interpretación prejudicial de los artículos 45 (literal k) y 48 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena – «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos» (en lo sucesivo, la **Decisión 351**) y del artículo 8 (literal d) de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina – «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina» (en adelante, la **Decisión 608**), a fin de dar trámite al proceso interno SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021.

El Acta de la diligencia de presentación de informes orales realizada el 14 de marzo de 2024, convocada por Auto de fecha 23 de febrero de 2024.

CONSIDERANDO:

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Denunciante: Asociación de Empresas de Telecomunicaciones del Ecuador – ASETEL

Denunciado: Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos – SAYCE

B. EL ACTO ACLARADO EN EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

1. En las sentencias de interpretación prejudicial emitidas en los procesos 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022¹ y 391-IP-2022², todas de fecha 13 de marzo de 2023, el Tribunal reconoció al criterio jurídico interpretativo del acto aclarado, por virtud del cual, si el Tribunal ya ha explicado el objeto, contenido y alcance de una norma comunitaria andina (en una interpretación prejudicial publicada en la GOAC) y no hay razones para suponer que dicho Tribunal va a cambiar de criterio jurisprudencial, carecería de sentido solicitar una nueva interpretación de la misma norma. En caso de que un proceso judicial interno esté vinculado con una norma andina que constituye un acto aclarado, la autoridad consultante deberá remitirse a los criterios jurídicos interpretativos ya emitidos por la corte andina, sobre el tema en cuestión.
2. En este sentido el Tribunal estableció que «el criterio jurídico interpretativo del acto aclarado es plenamente compatible con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el artículo 123 de su Estatuto».
3. Conforme al criterio jurídico interpretativo del acto aclarado que resulta aplicable en el ámbito de la Comunidad Andina, no corresponde emitir un nuevo pronunciamiento si es que este Tribunal ya ha interpretado una norma comunitaria andina con anterioridad, en una sentencia de interpretación prejudicial publicada en la GOAC.

¹ Publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante, **GOAC**) 5146 del 13 de marzo de 2023. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205146.pdf>

² Publicada en la GOAC 5147 del 13 de marzo de 2023. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205147.pdf>

C. ASUNTO CONTROVERTIDO

De la revisión del informe sucinto de los hechos presentado por la Inicapmapr se puede apreciar que la cuestión controvertida en el procedimiento interno consiste en determinar si SAYCE tendría posición de dominio en el mercado y, de ser así, si habría abusado o no de tal poder, por medio de una supuesta práctica discriminatoria al cobrar a unos cableoperadores una tarifa menor de la que cobra a otros, pese a que ofertaría exactamente el mismo servicio.

D. NORMAS OBJETO DE LA CONSULTA PREJUDICIAL

1. La autoridad consultante solicitó la interpretación prejudicial de los artículos 45 (literal k) y 48 de la Decisión 351 y del artículo 8 (literal d) de la Decisión 608³.
2. Los artículos 45 (literal k) y 48 de la Decisión 351 constituyen acto aclarado de conformidad con el criterio jurisprudencial previamente citado y en los términos de la sentencia de interpretación prejudicial emitida en el proceso 383-IP-2021.

En consecuencia, corresponde que la autoridad consultante se remita a los criterios jurídicos interpretativos contenidos en los párrafos 4.1. a 5.5. de las páginas 14 a 20 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 15 a 21 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023; y está disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

De igual manera, la autoridad consultante podrá remitirse al criterio contenido en la respuesta a la pregunta 7 de la página 7 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 29-IP-2020 del 23 de enero de 2024, que consta en la página 8 de la GOAC 5405 del 26 de enero de 2024; y está disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205405.pdf>

3. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal ampliará su criterio sobre las consecuencias

³ **Decisión 351.-**

«**Artículo 45.-** La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;

(...)»

«**Artículo 48.-** Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.»

Decisión 608.-

«**Artículo 8.-** Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

(...)

d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;

(...)»

económicas del principio de exclusividad que rige sobre las sociedades de gestión colectiva (en adelante, **SGC**) y la facultad que tienen estas entidades para establecer las tarifas que cobran por la concesión de licencias y autorizaciones sobre los derechos que administran.

4. Por otro lado, el Tribunal analizará el artículo 8 de la Decisión 608, para determinar su aplicación a casos nacionales. En cualquier caso, e incluso si la norma andina no fuera directamente aplicable al caso concreto, el criterio que adopte este Tribunal sobre ella es vinculante para analizar conductas anticompetitivas transfronterizas y puede tener carácter orientador tratándose del análisis de una conducta anticompetitiva nacional.

E. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Sobre la solicitud de interpretación prejudicial y el concepto de «juez nacional».
2. El ámbito de aplicación de la Decisión 608 a asuntos nacionales.
3. El abuso de posición de dominio en el mercado: el caso de las sociedades de gestión colectiva.
4. Respuestas a las preguntas formuladas por la autoridad consultante.

F. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Sobre la solicitud de interpretación prejudicial y el concepto de «juez nacional»

- 1.1. El artículo 122 del Estatuto del Tribunal dispone que los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, podrán (carácter facultativo) solicitar la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que su sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno.
- 1.2. Dentro de la presente causa, la autoridad consultante es la Inicapmapr de la SCE de la República del Ecuador, órgano de investigación creado al tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo, **LORCPM**). Puesto que no se trata manifiestamente de una autoridad jurisdiccional nacional, corresponde analizar la procedencia de su solicitud de interpretación prejudicial.
- 1.3. En su Oficio SCE-INICAPMAPR-DNICAPM-2023-116, del 16 de octubre de 2023, la Inicapmapr señaló expresamente que:

«...la actuación de esta Autoridad Administrativa [la Inicapmapr], se circunscribe únicamente, a la **investigación** de conductas anticompetitivas violatorias del régimen de libre competencia cuya sustanciación termina con la expedición del **Informe Final**. El cual es expedido únicamente en el supuesto de que se **formulen cargos y se dé apertura a la etapa probatoria. Dicho Informe Final es puesto en conocimiento del Órgano Resolutor, (Comisión de Resolución de Primera Instancia), quien resuelve respecto de la existencia de infracciones o no a la LORCPM**»⁴.

(Énfasis agregado).

- 1.4. En opinión de la autoridad consultante, al tenor de la normativa comunitaria andina, no

⁴ Ver foja 5 (reverso) del expediente.

es competente para solicitar una interpretación prejudicial obligatoria, pues su pronunciamiento no sería de única o última instancia y sería susceptible de recursos en derecho interno. Sin embargo, considera que eso no constituiría un impedimento para que presente una solicitud de interpretación prejudicial facultativa, pues este Tribunal habría ampliado en su jurisprudencia el término «jueces nacionales»^{5, 6} para que también abarque órganos administrativos.

1.5. En el fundamento 29 de la Interpretación Prejudicial 121-IP-2014⁷ y en el literal d) del artículo 2 del «Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales»⁸, el Tribunal ha establecido que se entenderá por «órgano administrativo que ejerce funciones jurisdiccionales» y, por tanto, será considerado como «juez nacional» para efectos de la interpretación prejudicial, aquel órgano administrativo que:

- i) ha sido creado por norma constitucional o legal;
- ii) es de naturaleza permanente;
- iii) sus competencias son obligatorias;
- iv) aplica normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias;
- v) resuelve un conflicto entre dos partes con intereses opuestos, esto es, el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo;
- vi) en el trámite se debe respetar el debido proceso;
- vii) emita decisiones motivadas; y,
- viii) cuente con independencia (autonomía funcional) e imparcialidad.

1.6. Según se indica, la Inicapmapr al final de su investigación emitirá o no un Informe Final, con base en el cual otro órgano resolutor, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCE, deberá resolver sobre la existencia de una infracción por parte del investigado. Teniendo en cuenta lo anterior, la autoridad solicitante no reuniría los requisitos para formular solicitudes de interpretación prejudicial facultativa. En consecuencia, corresponderá a la autoridad consultante determinar si constituye un órgano administrativo que ejerce funciones jurisdiccionales a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal.

2. El ámbito de aplicación de la Decisión 608 a asuntos nacionales

2.1. El 29 de marzo de 2005, la Comisión de la Comunidad Andina adoptó la Decisión 608 que contiene las «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina». Esa Decisión fue el resultado de los trabajos previos realizados por la Secretaría General de la Comunidad Andina y el Grupo de Expertos

⁵ Ver, por ejemplo, las sentencias de interpretación prejudicial recaídas en los procesos 121-IP-2014 y 426-IP-2019, publicadas en la GOAC 2427 del 11 de diciembre de 2014 y la GOAC 4487 del 2 de junio de 2022, respectivamente. Disponibles en:

- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2427.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204487.pdf>

⁶ La magistrada Sandra Catalina Charris Rebellón emitió voto disidente al aprobarse la Interpretación Prejudicial 167-IP-2020, publicada en la GOAC 5292 del 31 de agosto de 2023, la cual se refiere a la facultad del TJCA de ampliar dicho término. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205292.pdf>.

⁷ Que contiene la posición jurisprudencial armónicamente mantenida por la mayoría del Tribunal.

⁸ Publicado en la GOAC 3146 del 29 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3146.pdf>

Gubernamentales en materia de libre competencia⁹.

- 2.2. La norma adoptada en 2005 tuvo en consideración no solo la etapa en la que se encontraba el desarrollo del proceso de integración subregional, sino en general la apertura comercial y la globalización, lo cual hacía necesaria la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina y su promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco del proceso de integración andino.
- 2.3. El Capítulo II de la Decisión 608 establece el objetivo, los principios y el ámbito de aplicación. Su artículo 5 dispone que son objeto de esta norma andina las conductas practicadas en:
- a) el territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,
 - b) el territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

Asimismo, el último párrafo del artículo 5 precisa que: «Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros».

- 2.4. Solamente se permitió, mediante norma transitoria¹⁰, que el Estado Plurinacional de Bolivia aplique como norma nacional la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5. De igual manera, mediante Decisión 616 – «Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador» de la Comisión de la Comunidad Andina¹¹, el legislador andino dispuso que, al igual que Bolivia, Ecuador puede adoptar la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia desde el 26 de julio de 2005¹² hasta que entre en vigor su propia ley nacional en la materia, lo que ocurrió el 13 de octubre de 2011, con la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado¹³.
- 2.5. De esta manera, la norma comunitaria distingue perfectamente dos regímenes jurídicos distintos según el ámbito geográfico del origen de la conducta investigada y sus efectos. En el caso de los literales a) y b) del artículo 5 de la Decisión 608 se aplicará la norma andina; y, en los demás casos, se aplicarán las normas nacionales (salvo cuando hayan aplicado las excepciones previstas para Bolivia y Ecuador).
- 2.6. A su vez, el artículo 4 señala que se prohíben y sancionan las conductas establecidas

⁹ Esta Decisión, por su parte, derogó la Decisión 285 que estaba en vigor desde 1991 y que contenía las normas para prevenir y corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia.

¹⁰ Artículo 49 de la Decisión 608.

¹¹ Publicada en la GOAC 1221 del 25 de julio de 2005. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1221.pdf>

¹² Ver párrafo 4.17. de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 02-IP-2019 del 11 de diciembre de 2020, que consta en la página 17 de la GOAC 4126 del 14 de diciembre de 2020. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204126.pdf>

¹³ En el Suplemento del Registro Oficial del Ecuador 555 del 13 de octubre de 2011.

en los artículos 7 y 8 cuando hayan sido desarrolladas por agentes económicos. En el contexto de esta Decisión, los artículos 7 y 8 se refieren a las conductas que, cumpliendo los criterios de los literales a) y b) del artículo 5, son prohibidas y serán objeto de investigación y sanción a través del procedimiento sancionador comunitario que contiene la Decisión 608.

- 2.7. La intervención de la Comunidad Andina en las políticas sobre libre competencia es limitada y en este ámbito se mantienen las competencias soberanas de los Países Miembros en los asuntos que no hayan quedado definidos o regulados en la Decisión 608.
- 2.8. Por la información suministrada en el expediente, se advierte que el caso objeto de investigación se referiría exclusivamente a conductas realizadas en el territorio nacional y por lo mismo, desde la perspectiva geográfica, no cubriría el tipo de conductas descritas en los literales a) y b) del artículo 5. Así, siguiendo lo dispuesto en dicho artículo, cualquier otra conducta no prevista en el artículo 5 se regirá por la legislación nacional de los respectivos Países Miembros.
- 2.9. Como se ha indicado en un número importante de interpretaciones prejudiciales emitidas por este Tribunal, la solicitud de interpretación prejudicial (sea facultativa u obligatoria) por parte de los jueces nacionales¹⁴, se hace necesaria cuando en un proceso nacional se controvierte o se debe aplicar una norma andina.
- 2.10. Lo anterior, conduciría a que este Tribunal se abstenga de llevar a cabo una interpretación del artículo que solicita la autoridad consultante por tratarse de una conducta que no estaría en el ámbito de aplicación directa de la Decisión 608, cuestión que deberá determinar el juez nacional del caso (conforme a la jurisprudencia adoptada por mayoría por el Tribunal).
- 2.11. El Tribunal emitirá un criterio interpretativo con relación al literal d) del artículo 8 de la Decisión 608, aclarando que este es vinculante para analizar una conducta anticompetitiva transfronteriza y podrá tener un carácter orientador tratándose del análisis de una conducta anticompetitiva nacional.

3. El abuso de posición de dominio en el mercado: el caso de las sociedades de gestión colectiva

- 3.1. Considerando las normas objeto de interpretación, resulta importante delimitar el alcance de los supuestos previstos en el artículo 8 de la Decisión 608; sin ignorar que, en aplicación de lo establecido en el literal g) de dicho artículo, estos supuestos son *numerus apertus*. En el presente asunto, interesa principalmente el supuesto del literal d) según el cual:

«**Artículo 8.-** Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

(...)

- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;

¹⁴ Según la jurisprudencia adoptada por la mayoría. Ver pie de página 6 de la presente interpretación prejudicial.

(...)»

- 3.2. A la luz de lo establecido en el artículo 8 de la Decisión 608, constituyen modalidades de abuso de posición de dominio todas aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

La eficiencia económica traduce el esfuerzo empresarial de ofrecer al mercado productos o servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad, acceso más rápido y fácil, o con mejores servicios de *pre* o *post* venta para los consumidores. Estas eficiencias permiten a las empresas atraer más clientes y consumidores. La competencia entre las empresas por captar más clientes las incentiva a satisfacer los gustos, preferencias y capacidad de gasto de los consumidores, todo lo cual lleva a ofrecer mejores posibilidades de elección a los consumidores.

- 3.3. Las eficiencias económicas implementadas por una empresa que cuente con posición de dominio pueden tener un efecto exclusorio en el mercado, pues las empresas competidoras que no tengan la capacidad de enfrentar o desafiar los menores precios, mejor calidad, mayor variedad, etc. ofrecidos por la dominante, probablemente saldrán del mercado por elección de los consumidores. El esfuerzo empresarial que significa adoptar eficiencias productivas o innovativas constituye una barrera lícita que dificulta la permanencia de los competidores en el mercado, provocando su salida, o que impide el ingreso de nuevos competidores. Es lo que se conoce como el daño concurrencial lícito.
- 3.4. El reproche al abuso de posición de dominio es que la empresa incumbente, en lugar de introducir eficiencias económicas —esto es, ofertar en el mercado productos o servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad o más accesibles— para conservar o fortalecer su posición de dominio, utiliza esta posición para incrementar sus ventas o cuota de mercado, eliminar a sus competidores o impedir que nuevos competidores entren al mercado, obtener más ganancias, etc. En otras palabras, el abuso de la posición de dominio consiste en obtener beneficios, ventajas o ganancias —de manera directa o indirecta— a través de la posición de dominio y no sobre la base del esfuerzo empresarial: la competencia por méritos.
- 3.5. La literatura jurídica y económica especializada, así como la jurisprudencia comparada, suelen diferenciar dos modalidades de abuso de posición de dominio: el abuso «explotativo» y el abuso «exclusorio»¹⁵. El primero expresa el simple ejercicio de la posición de dominio (poder de mercado), y la modalidad por excelencia —pero no la única— de este tipo de ilícito es el denominado precio abusivo o inequitativo. El segundo, en cambio, es el abuso que restringe la competencia; que perjudica a los competidores actuales o potenciales. Por «competidores» se entiende a los competidores de:
- a) la empresa dominante;
 - b) empresas vinculadas a la empresa dominante; o
 - c) empresas que representan un interés para la empresa dominante.

¹⁵ Banco Mundial & OCDE, *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, Washington, 1998. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/977331468759588195/pdf/multi-page.pdf>

3.6. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (**OCDE**) ha mencionado que:

«Tradicionalmente, las leyes de competencia y los organismos encargados de su implementación han reconocido como abusivos dos amplios tipos de conducta empresarial:

- Abusos explotativos, en los que una empresa se aprovecha de su poder de mercado cobrando precios excesivamente altos a sus clientes, discriminando entre consumidores, pagando precios bajos a sus proveedores o mediante prácticas relacionadas.
- Abusos exclusorios, en los que una empresa intenta suprimir la competencia, por ejemplo, negándose a negociar con un competidor, aumentando los costos de entrada de los competidores a un mercado o cobrando precios predatorios»¹⁶.

3.7. En línea con lo anterior, la Oficina de Comercio Justo del Reino Unido explica que:

«La conducta abusiva generalmente entra en una de las siguientes categorías o ambas:

- conductas que explotan a los clientes o proveedores (por ejemplo, precios excesivamente altos), o
- conductas exclusorias, porque eliminan o debilitan la competencia de competidores existentes, o establece o fortalece barreras de entrada, eliminando o debilitando de esta manera potencial competencia.

El comportamiento exclusorio puede incluir precios excesivamente bajos y ciertos esquemas de descuento, cuando su (probable) efecto sea cerrar un mercado, así como restricciones verticales o negativas a brindar suministro cuando (posiblemente) cierren mercados o debiliten la competencia. Sin embargo, cualquiera que sea la forma del comportamiento en cuestión, su posible efecto sobre la competencia dependerá de las circunstancias del caso...»¹⁷

¹⁶ Traducción propia del original en inglés:

«Two broad types of business conduct have traditionally been recognized as abusive by competition laws and enforcement agencies:

- Exploitative abuses, in which a firm takes advantage of its market power by charging excessively high prices to its customers, discriminating among customers, paying low prices to suppliers, or through related practices.
- Exclusionary abuses, in which a firm attempts to suppress competition –for example, by refusing to deal with a competitor, raising competitors’ costs of entering a market, or charging predatory prices».

Banco Mundial & OCDE, *Op. Cit.*, p. 72.

¹⁷ Traducción propia del original en inglés:

«Abusive conduct generally falls into one or both of the following categories:

- conduct which exploits customers or suppliers (for example, excessively high prices), or
- conduct which amounts to exclusionary behaviour, because it removes or weakens competition from existing competitors, or establishes or strengthens entry barriers, thereby removing or weakening potential competition.

Exclusionary behaviour may include excessively low prices and certain discount schemes, where its (likely) effect is to foreclose a market, as well as vertical restraints or refusals to supply where these (are likely to) foreclose markets or dampen competition. However, whatever the form of the behaviour in

- 3.8. El resultado del abuso es un «beneficio» para la empresa dominante. El beneficio puede ser directo para la empresa dominante o indirecto, lo que significa, en este segundo supuesto, **un beneficio para el grupo económico o grupo de interés de la firma dominante**. De ahí que resulta pertinente reiterar que no hay abuso si la empresa dominante no gana nada. Menos hay abuso si ella pierde. Si la empresa cuya conducta es analizada por la autoridad de competencia no puede imponer sus condiciones; si ella se ve forzada a asumir condiciones que la perjudican, no solo no hay abuso, sino que posiblemente ni siquiera haya poder de mercado.
- 3.9. A la luz de lo anterior, se tiene que el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608 proscribire la conducta de la empresa dominante que adopta condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva.
- 3.10. En la medida que la conducta a que se refiere esta norma (la práctica discriminatoria prevista el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608) es una práctica exclusoria, sí es requisito, para que se configure el abuso de la posición de dominio, que el agente económico dominante obtenga beneficios y perjudique a competidores reales o potenciales. Esto podría traducirse en un incremento de sus ventas, ganancias o cuota de mercado, la eliminación de sus competidores, o el establecimiento de condiciones que impidan el ingreso al mercado de nuevos competidores. El agente económico dominante debe restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales. Y por competidores, se entiende a los competidores reales o potenciales del operador económico dominante, o de operadores económicos vinculados a este de una u otra forma, o que representan un interés a aquel.

Sobre si existe una posición de dominio ejercida por las Sociedades de Gestión Colectiva

- 3.11. El literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 recoge el *principio de exclusividad*, explicado en la jurisprudencia del TJCA —los párrafos [4.6] al [4.13] de las páginas 15 a 18 de la Interpretación Prejudicial 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 16 a 19 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023¹⁸—, según el cual la administración de un determinado derecho de autor o conexo puede ser confiada a más de una SGC o mantenerse bajo gestión individual. No es posible que dos SGC gestionen el mismo derecho, ni que sobre este haya una gestión colectiva e individual al mismo tiempo.
- 3.12. El principio de exclusividad, por sí mismo, no constituye una barrera de entrada al mercado que impida la competencia entre dos SGC del mismo rubro (género o rama). Sin embargo, como lo señaló el TJCA en la Sentencia de fecha 11 de marzo de 2022, dentro del Proceso 01-AI-2019, a mayor número de titulares de derechos de autor y derechos conexos miembros de una SGC y a mayor el número de usuarios, la gestión colectiva se beneficia de economías de red, de economías de escala y se vuelve más

question, its likely effect on competition will depend on the circumstances at hand and the OFT assesses alleged abuses on a case-by-case basis».

Office of Fair Trading, *Abuse of a dominant position*, Competition Law, 2004, p. 19. Disponible en: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a74c497ed915d4d83b5ecd7/oft402.pdf>

¹⁸ Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

valiosa la participación de cada miembro y usuario adicional, todo lo cual genera una barrera de entrada al mercado para un competidor: una SGC del mismo rubro, género o rama.¹⁹

- 3.13. En dicha sentencia, el TJCA reconoció que las SGC tienen, en la práctica, dos mercados cautivos. El primero, relacionado con los titulares de los derechos de autor y derechos conexos que gestionan; y, el segundo, respecto de los usuarios de dichos derechos.
- 3.14. En ese escenario, la existencia de contratos de representación recíproca y el *principio de exclusividad* son elementos que coadyuvan a impedir que dos o más SGC del mismo rubro (género o rama) compitan entre sí. Como ha quedado señalado, el artículo 45 de la Decisión 351 dispone que la autorización de los titulares de derechos al momento de afiliarse a una sociedad de gestión colectiva se dará cuando se den en cumplimiento de una serie de requisitos, entre los que se encuentra, el compromiso de no aceptar miembros de otras SGC del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas (literal k).
- 3.15. Conforme al artículo 9 de la Decisión 608 se entiende que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tienen la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad. En esa medida, la existencia de una barrera legal que impide, dificulta, retrasa o hace más costosa la entrada de competidores al mercado es un elemento que debe ser analizado por la autoridad de defensa de la competencia supranacional al momento de analizar si la empresa denunciada tiene o no posición de dominio en los términos previstos en el artículo 9 de la Decisión 608.

El establecimiento de tarifas por parte de las Sociedades de Gestión Colectiva y posibilidad de negociación con terceros

- 3.16. Conforme al artículo 48 de la Decisión 351, las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según corresponda, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto. En consecuencia, los Países Miembros pueden establecer en su legislación interna, de manera expresa, algo distinto a lo previsto en el artículo 48 de la Decisión 351.
- 3.17. Tratándose de la fijación de tarifas, es preciso tomar en consideración la legislación interna de los Países Miembros en la materia, así como el deber de las SGC de tener reglamentos sobre tarifas y el de publicar cuando menos anualmente, las tarifas generales por el uso de los derechos que representan (artículo 45, literales g) y h) de la Decisión 351). El Tribunal ha explicado en su jurisprudencia el régimen

¹⁹ Sentencia de fecha 11 de marzo de 2022, recaída en el Proceso 01-AI-2019, publicada en la GOAC 4442 del 22 de marzo de 2022, p. 11. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf>

correspondiente a las tarifas fijadas por las SGC²⁰. Asimismo, ha explicado algunos de los criterios generales que pueden ser considerados por estas entidades para el establecimiento de tales tarifas²¹. Por su parte los Países Miembros han adoptado normas internas en esta materia, por ejemplo, sujetando a aprobación las tarifas, estableciendo montos máximos o incluso autorizando tratos especiales y diferenciados para atender necesidades de ciertas comunidades²². Por eso, para determinar si es posible adelantar una negociación sobre tarifas especiales con terceros, es necesario remitirse a la norma interna del respectivo País Miembro, en caso este lo haya regulado de manera expresa.

- 3.18. Las SGC, en ejercicio de sus facultades estatutarias y libertad contractual, bien podrían convenir con terceros, tarifas distintas a las establecidas en sus tarifarios aprobados por la autoridad nacional competente, siempre y cuando la norma interna no lo prohíba o no haya establecido condiciones para su ejercicio —en caso la norma nacional haya establecido condiciones para su ejercicio, dichas condiciones deberán acatarse—, y ello represente un beneficio justificado para los titulares de derechos de autor y conexos que representan.
- 3.19. Lo cierto es que, al ser aprobadas por una autoridad pública, será preciso que tomen en consideración los criterios de proporcionalidad y razonabilidad contemplados en el artículo 48 de la Decisión 351, antes citado. En ese sentido, difícilmente podrá una SGC abusar de su posición de dominio al cobrar los valores establecidos en su tarifario que ha sido previamente aprobado por la autoridad nacional competente.

Sobre las consecuencias competitivas que podría traer el establecimiento de tarifas desiguales por parte de Sociedades de Gestión Colectiva

- 3.20. Como se explicó en líneas anteriores, la posición de dominio, de la que generalmente gozan las SGC, no representa *per se* una restricción competitiva sancionable. Es su empleo abusivo el que puede ser sometido al escrutinio de las autoridades de competencia correspondiente.
- 3.21. En el caso particular del literal d) del artículo 8 de la Decisión 608, como se explicó en líneas anteriores, la frase «colocándolos en desventaja competitiva» evidencia el carácter exclusorio de la conducta tipificada en dicho literal.
- 3.22. Si en un determinado mercado, la legislación ha establecido un régimen de regulación económica, en el sentido de que una autoridad administrativa autoriza, fija o establece el precio (o tarifa) que va a cobrar la empresa o empresas de dicho mercado por un determinado producto o servicio, es evidente que no se podría cuestionar dicho precio, pues no puede ser abusivo un precio establecido por la autoridad administrativa. En este caso, quien se considere perjudicado por dicho precio podría cuestionar, por las

²⁰ Ver párrafos 5.1. a 5.5. de las páginas 18 a 20 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 19 a 21 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

²¹ Ver respuesta a la pregunta 7 de la página 7 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 29-IP-2020 del 23 de enero de 2024, que consta en la página 8 de la GOAC 5405 del 26 de enero de 2024. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205405.pdf>

²² Ver por ejemplo el artículo 251 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, creatividad e innovación del Ecuador.

vías legales que corresponda, el acto administrativo que ha establecido el mencionado precio, de conformidad con la legislación aplicable.

- 3.23. Como se explicó en la sección anterior, el artículo 48 de la Decisión 351 faculta a los Países Miembros a regular autónomamente ciertos aspectos relacionados con el cálculo y cobro de tarifas por parte de SGC. En consecuencia, nada impide que la legislación nacional establezca que la autoridad nacional competente aprobará, establecerá o fijará las tarifas de las SGC.
- 3.24. Dada la condición de las SGC, la aprobación administrativa de sus tarifas lo que busca es que estas sean razonables, equitativas y proporcionales. La norma andina contiene los elementos esenciales que se deben garantizar en relación con las tarifas y no ha prohibido que, sobre la base de la libertad contractual, las SGC tengan la potestad de convenir con los usuarios en las tarifas a ser pagadas, pero esta potestad podría quedar delimitada a la luz de lo expresamente regulado en el derecho interno.
- 3.25. Con base en lo anterior, las SGC podrían convenir con los usuarios (o asociaciones o gremios de usuarios) tarifas distintas a las aprobadas administrativamente o negociar descuentos por volumen, pronto pago, pago anticipado, entre otras, siempre que la adopción de condiciones diferenciales no ponga en condiciones de desventaja competitiva a terceros contratantes de una situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes.
- 3.26. Sin perjuicio de lo anterior, se aclara nuevamente que esta es la interpretación particular de la norma contenida en la Decisión 608, la cual es vinculante en casos de conductas anticompetitivas transfronterizas. Este criterio puede ser empleado orientativamente por las autoridades nacionales que analicen conductas que se restrinjan a sus jurisdicciones si lo vieran conveniente.

4. Respuestas a las preguntas formuladas por la autoridad consultante

Antes de dar respuesta a las preguntas formuladas por la autoridad consultante, es necesario precisar que este Tribunal no brindará una respuesta que resuelva el caso en concreto ni calificará los hechos materia del proceso. Este Tribunal se limitará a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

- 4.1. **«En el ámbito de la gestión colectiva, ¿se puede considerar como conducta de abuso de posición dominante el literal d) de Artículo 8 de la Decisión Andina 608, la asociación exclusiva de los miembros a una sociedad de gestión colectiva al tenor de lo prescrito en el literal k) del Artículo 45 de la Decisión Andina 351?»**
- 4.2. **«¿Puede constituir un acto de abuso de posición de dominio tipificado en el Artículo 8 de la Decisión 608 cuando la Autoridad Nacional competente autorizó las tarifas a la Sociedad de Gestión Colectiva?»**
- 4.3. **«¿Las tarifas de derechos de autor autorizadas por el Estado son susceptibles de negociación?, ¿Ello se contrapone al Artículo 48 de la Decisión Andina 351 y el Artículo 8 literal d) de la Decisión 608 por que podría ser discriminatorio, o al ser un techo tarifario autorizado si puede una Sociedad de Gestión Colectiva**

negociar su valor con cada agente económico?»

- 4.4. «¿A la luz de lo prescrito en el artículo 8 literal d) de la Decisión 608, un operador económico que ostenta posición de dominio, en el marco de una negociación, ¿puede establecer condiciones desiguales para prestación equivalentes?»
- 4.5. «¿Lo prescrito en el artículo 45 literal k) de la Decisión Andina 351, se podría considerar como barrera de entrada?»
- 4.6. «¿Para la configuración de la conducta prescrita en el artículo 8 literal d) de la Decisión 608, se requiere una determinación específica de la ‘desventaja competitiva’?»

Para responder las seis preguntas anteriores, la autoridad consultante deberá remitirse a lo indicado en el Tema 3 del Acápite F de la presente interpretación prejudicial.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

DECIDE:

- PRIMERO:** Consignar la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la autoridad consultante en lo que resulte pertinente, al resolver el proceso interno SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021, conforme a lo señalado en los puntos 1 a 3 del Acápite F de la presente interpretación prejudicial.
- SEGUNDO:** Para lo demás, declarar que carece de objeto emitir interpretación prejudicial sobre los artículos 45 (literal k) y 48 de la Decisión 351 en los términos solicitados en el presente proceso, toda vez que dichas normas andinas constituyen acto aclarado y, para tal efecto, la autoridad consultante deberá remitirse a los criterios jurídicos interpretativos contenidos en las sentencias emitidas en los procesos 383-IP-2021 y 29-IP-2020, las cuales se encuentran publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena 5186 del 22 de mayo de 2023 y 5405 del 26 de enero de 2024, respectivamente, en los términos expuestos en la parte considerativa de la presente providencia judicial.
- TERCERO:** Con relación a las interrogantes formuladas, la autoridad consultante deberá remitirse a la respuesta contenida en la presente providencia.
- CUARTO:** Publicar esta sentencia de interpretación prejudicial en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consigna la presente sentencia de interpretación prejudicial para que, en adelante, sea aplicada en la Comunidad Andina.

Esta sentencia de interpretación prejudicial fue aprobada en la sesión judicial de fecha 27 de agosto de 2024, conforme consta en el Acta 19-J-TJCA-2024, y se firma por los magistrados

que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 90 del Estatuto del Tribunal²³.

Sandra Catalina Charris Rebellón
Magistrada

Hugo R. Gómez Apac
Magistrado

Íñigo Salvador Crespo
Magistrado

De acuerdo con el último párrafo del artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente sentencia de interpretación prejudicial el magistrado presidente y la secretaria general.

Íñigo Salvador Crespo
Magistrado presidente

Karla Margot Rodríguez Noblejas
Secretaria general

Notifíquese a la autoridad consultante y remítase copia de la presente sentencia de interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

²³ El magistrado Rogelio Mayta Mayta emite voto disidente pues considera que la presente consulta de interpretación prejudicial debe rechazarse debido a que este Tribunal no tiene competencia para tratar el presente caso. El sustento de su voto consta en el Acta 19-J-TJCA-2024.

Los magistrados Íñigo Salvador Crespo y Hugo R. Gómez Apac emiten voto aclaratorio en el sentido de que, para ellos, la noción de «juez nacional» comprende a las autoridades administrativas en los términos establecidos en literal d) del artículo 2 del «Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión Interpretaciones Prejudiciales», aprobado por Acuerdo 08/2017 y modificado por los Acuerdos 04/2018 y 03/2022, complementado con la Interpretación Prejudicial 426-IP-2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 4487 del 2 de junio de 2022, lo que se explica en detalle en el Acta 19-J-TJCA-2024.

La magistrada Sandra Catalina Charris Rebellón emite voto aclaratorio en el sentido de que en el presente caso no era necesario hacer referencia a todas las categorías a las que el Tribunal ha extendido el concepto de «juez nacional». Además, considera que la determinación de «juez nacional» es competencia exclusiva de los Países Miembros, sin que el Tribunal pueda por la vía de jurisprudencia extenderlo a todas las autoridades administrativas, en especial porque se amplía la responsabilidad internacional de los Países Miembros pudiendo ser estos objeto de acciones de incumplimiento, lo cual no fue la voluntad de los signatarios del Tratado de Creación de este Tribunal, ni del CAMRE al adoptar el Estatuto del TJCA. El sentido completo de su aclaración se encuentra en el Acta 19-J-TJCA-2024.

Reseñas de los directores

Hugo R. Gómez Apac

Abogado titulado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho de Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y admitido en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de La Coruña (España).

Actualmente, magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (desde marzo de 2016) y profesor en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico (Perú) y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. También, profesor invitado en la Maestría en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías en la Universidad Austral (Argentina).

Es miembro de la Junta Asesora de Jueces de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, por el período 2023 – 2025.

En Perú fue presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, director Nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. En el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) fue vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor, presidente de la Comisión adscrita a la Oficina Regional de Ica, secretario técnico de la Sala de Defensa de la Competencia, asesor de la Gerencia Legal y secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia.

En universidades peruanas ha sido profesor de los cursos de derecho administrativo, de la competencia, regulación de servicios públicos, y ambiental. En universidades ecuatorianas ha sido profesor de los cursos de derecho constitucional económico, administrativo, de la competencia, ambiental, e introducción al derecho.

Es autor y director de libros, así como autor de artículos académicos y de opinión, sobre derecho constitucional, administrativo, de la competencia, comunitario andino, de la propiedad intelectual, del consumidor, ambiental y penal. También ha prologado diversas publicaciones.

José Rafael Fariñas

Abogado venezolano con doctorado (PhD) en derecho de la Universidad Central de Venezuela y especialista en derecho de autor. Es profesor invitado de la cátedra de derecho de autor en el postgrado en propiedad intelectual de la Universidad de los Andes, (ULA), Mérida, Venezuela, y del curso intensivo en derecho de autor y derechos conexos de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Suele dictar conferencias en seminarios y congresos nacionales e internacionales sobre derecho de autor y redes digitales. Asimismo, es profesor del postgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad Monteávila, Caracas.

Se desempeñó como Gerente legal y Director General de la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (SACVEN), y ha sido miembro de la Comisión Jurídica y Auditor Interno de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, CISAC. Ha participado durante más de 15 años en procesos internacionales de negociación de contratos con grandes usuarios de la radio y la televisión, en el marco de las misiones de apoyo a las entidades de gestión colectiva en desarrollo de América Latina.

Ha publicado varios trabajos en materia de derecho de autor y derechos conexos, en libros y revistas venezolanas y extranjeras, algunos de los cuales están disponibles también en la sección propiedad intelectual de su página web personal www.ipclick.com.ve, y cuya línea de investigación está orientada al estudio de la responsabilidad de las personas propósito de los contenidos que crean, difunden y comparten en Internet, especialmente a través de los nuevos medios digitales.

En el 2016 fue elegido Vicepresidente por Venezuela del Instituto Interamericano de Derecho de Autor, (IIDA), y en el 2018 designado por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) como director regional para América Latina y el Caribe.

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y egresada de la maestría en derecho de la empresa por la misma casa de estudios.

Actualmente, secretaria general del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

Antes, secretaria *ad interim*, abogada asesora de la Presidencia y abogada asesora de la Magistratura de la República del Perú del TJCA. Abogada del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA); secretaria técnica de los Procedimientos Administrativos Disciplinarios del OEFA; coordinadora general (e) de Integridad, Responsabilidad, Ética y Anticorrupción del OEFA; abogada de la Presidencia de Consejo Directivo del OEFA; y, abogada en el Gabinete de Asesores del Despacho Ministerial y Secretaría General del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

Miembro del Comité Consultivo del Consejo de Egresados del Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA) de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM; y, miembro fundador de la Asociación Peruana para el Desarrollo de Técnicas de Argumentación (APTA - Perú).

Directora, coordinadora y/o coautora de libros como «*Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: 1979-2024. 45 años de creación y 40 años al servicio del derecho y la integración*»; «*Apuntes de Derecho Comunitario Andino*»; «*Nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2016 – 2019). Propiedad intelectual, libre competencia, comercio internacional, derecho tributario, telecomunicaciones, transporte y minería ilegales*»; «*Desafíos de la propiedad intelectual en el marco del proceso de integración andina. A propósito de los 50 años de creación de la Comunidad Andina*»; y, otros. Autora de artículos académicos. Expositora en eventos académicos internacionales y nacionales.

Reseñas de los compiladores

John Alexander García Rodríguez

Abogado egresado de la Universidad Libre (sede Bogotá) con especialización en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y en Derecho de la Propiedad Intelectual de la Universidad Sergio Arboleda. y actualmente cursando la Maestría en Derecho de la Economía Digital en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito.

Actualmente se desempeña como Abogado Asesor en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, luego de una larga trayectoria en la Superintendencia de Industria y Comercio, donde fungió como Coordinador de los Grupos de Oposiciones y Cancelaciones; y de Vía Gubernativa.

Gracias a su conocimiento en la Propiedad Intelectual ha participado como panelista y expositor en eventos académicos y empresariales dentro y fuera de Colombia.

Carlos Sebastián Garcés Vásquez

Abogado y Politólogo por la Universidad Hemisferios de Quito. Cuenta con un LL.M. por la University of St. Thomas de Minnesota y está registrado en la Barra de Abogados del Estado de Nueva York. Cursa la Especialización Superior en Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito.

A la presente fecha, se dedica al asesoramiento jurídico externo de una firma con base en los Estados Unidos.

Se desempeñó como Abogado Asesor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, centrándose en la elaboración de proyectos de autos y sentencias en procesos contenciosos, así como en la elaboración de proyectos de interpretaciones prejudiciales con criterios jurídicos novedosos.

Autor de los artículos académicos: «La jurisdicción Arbitral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina» (en colaboración con Patricia Alvear Peña) y «Acciones de incumplimiento planteadas por entidades corporativas en la Comunidad Andina: entre la flexibilidad y la cautela».

Lupe Helena Núñez del Arco Viteri

Abogada por la Universidad Internacional SEK de Ecuador.

A la fecha, cursa el Máster de Formación Permanente en Derecho y Gestión Aduanera en la Universitat de Barcelona, España y la Especialización Superior en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito.

Actualmente, se desempeña como consultora legal en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), donde participa en el análisis y desarrollo de interpretaciones prejudiciales y la revisión de procesos contenciosos.

Se ha desempeñado en el ámbito de la asesoría jurídica en temas de derecho administrativo, aduanero y propiedad intelectual, colaborando con estudios jurídicos especializados.

Editora, revisora y transcriptora de las publicaciones «Las especialidades tradicionales garantizadas (ETG): una herramienta para promover el turismo gastronómico» (2020), «La propiedad industrial y el derecho de autor en Iberoamérica: tendencias para la tercera década del Siglo XXI» (2021), entre otras.

Mario Mateo Santos Pérez

Abogado y licenciado en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales por la Universidad Hemisferios (Ecuador), en ambos casos graduado con honores. Estudiante de la Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador.

Actualmente, se desempeña como auxiliar judicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ha sido asistente de cátedra y de investigación en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO Ecuador) y en la Universidad Hemisferios.

En 2023, realizó una estancia académica en la Misión de Representación Permanente de la República del Ecuador ante la Organización de Estados Americanos (OEA) en Washington D.C., Estados Unidos.

Asimismo, ha brindado servicios profesionales y académicos en distintas organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas. Autor de artículos académicos y curador de libros y publicaciones.

Su formación abarca cursos internacionales en temas tales como derecho internacional, geopolítica, historia, entre otros.



El presente libro compila 108 criterios jurisprudenciales desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al interpretar las disposiciones de la Decisión 351 – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, ley andina que se viene aplicando en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú desde 1993 a la fecha.

Como órgano jurisdiccional del proceso de integración subregional andino, la corte andina ha dado forma, alcance y contenido a las disposiciones del régimen común de derecho de autor a través de centenares de interpretaciones prejudiciales, constituyéndose como una fuente de consulta fundamental para el cabal entendimiento de esta rama de la propiedad intelectual.

Esta compilación va a ser de mucha utilidad a todos los actores involucrados —autoridades, empresarios, autores y ciudadanos en general— en el quehacer del derecho de autor y sus derechos conexos no solo de los cuatro países miembros de la Comunidad Andina, sino en el ámbito iberoamericano.



ISBN: 978-9942-51-019-8



9 789942 510198