

Oficio 474-S-TJCA-2022 (30-IP-2022)

Tribunal de Justicia CAN <secretaria@tribunalandino.org>

Mar 30/08/2022 8:36 AM

Para: Juzgado 10 Civil Circuito - Santander - Bucaramanga <j10ccbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Señor Doctor

Carlos Javier Ardila Contreras

Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga - Santander

República de Colombia

Presente.-

De mi consideración:

Adjunto al presente sírvase encontrar en diecinueve fojas útiles, copia certificada de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso de la referencia.

Sin otro particular, reitero a usted los sentimientos de mi consideración más distinguida.

Atentamente,

--

Secretaría del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Calle Portete E 11-27 y Gregorio Munga zona El Batán

Quito - Ecuador

(+593) 2 - 3801980 Ext. (5001)

www.tribunalandino.org.ec



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 19 de agosto de 2022

Oficio N° 474-S-TJCA-2022

Señor Doctor

Carlos Javier Ardila Contreras

Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga - Santander

República de Colombia

Presente.-

Referencia: 30-IP-2021 (Interpretación Prejudicial solicitada por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga – Santander de la República de Colombia, expediente interno: 68001-31-03-010-2020-00033-00)

De mi consideración:

Adjunto al presente sírvase encontrar en diecinueve fojas útiles, copia certificada de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso de la referencia.

Sin otro particular, reitero a usted los sentimientos de mi consideración más distinguida.

Atentamente,

Luis Felipe Aguilar Feijoó
Secretario General





TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 28 de julio de 2022

Proceso: 30-IP-2021

Asunto: Interpretación Prejudicial

Consultante: Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga-Santander de la República de Colombia

Expediente interno del Consultante: 68001-31-03-010-2020-00033-00

Referencia: La presunta infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, por parte de Lizeth Natalia Medina Báez (en el establecimiento «**DISCOTECA EL MANICOMIO PARRILLA BAR**»), mediante la comunicación pública no autorizada de las obras musicales y fonogramas administradas por la Organización Sayco – Acinpro OSA

Normas a ser interpretadas: Artículos 3 [limitándolo a los conceptos de fonograma y productor de fonograma], 13 Literal b), 15, 37, 48 y 49 de la Decisión 351

Temas objeto de interpretación:

1. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra
2. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos
3. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva
4. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva
5. Legitimación activa por parte de las sociedades de gestión colectiva para la recaudación

Magistrado Ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano



VISTOS:

Los Oficios números 269 del 15 de febrero de 2021 y 382 de 2 de marzo del 2021, recibidos vía correo electrónico los días 16 de febrero de 2021 y 2 de marzo de 2021; respectivamente, mediante los cuales el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga-Santander de la República de Colombia solicitó Interpretación Prejudicial de los Artículos 3 (conceptos de fonograma, autor, artista, productor de fonogramas, divulgación, emisión y fijación), Artículos 8 a 15; 33 a 38; 43 a 45, 48, 49 y 54 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; a fin de resolver el proceso interno N° 68001-31-03-010-2020-00033-00; y,

El Auto del 12 de diciembre de 2021, mediante el cual se admitió a trámite la solicitud de Interpretación Prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante: Organización Sayco – Acinpro (OSA)¹

Demandada: Lizeth Natalia Medina Báez

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

De la revisión de los documentos remitidos por la autoridad consultante respecto del proceso interno, este Tribunal considera que los temas controvertidos son:

1. Si la señora Lizeth Natalia Medina Báez, habría infringido los derechos de autor y derechos conexos al presuntamente ejecutar públicamente obras musicales y fonogramas administrados por la Organización Sayco – Acinpro (OSA), en la DISCOTECA EL MANICOMIO PARRILLA BAR, sin contar con la debida autorización para ello.
2. Si Organización Sayco – Acinpro (OSA), estaría legitimada para realizar la gestión de derechos de autor y derechos conexos; exigir y cobrar las tarifas reclamadas a la señora Lizeth Natalia Medina Báez, y si estas se ajustan a las condiciones previstas en la normativa comunitaria andina.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La autoridad consultante solicitó la Interpretación Prejudicial de los

¹ Organización conformada por la Organización Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (SAYCO) y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos (ACINPRO).



Artículos 3 (conceptos de fonograma, autor, artista, productor de fonogramas, divulgación, emisión y fijación), Artículos 8 a 15; 33 a 38; 43 a 45, 48, 49 y 54 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de los cuales únicamente se interpretarán los Artículos 3 [limitándolo a los conceptos de fonograma y productor de fonograma], 13 [limitándolo al Literal b)], 15, 37, 48 y 49 de la Decisión 351², por ser

² Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena.-

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

(...)

- **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.

(...)

- **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.

(...))»

«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;

(...))»

«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 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 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser



pertinente.

No procede la interpretación de los Artículos 8, 9, 10, 11, 12, 14, 33 al 36, 38, 43 al 45, ni del 54 de la Decisión 351, por cuanto no es materia controvertida en el proceso interno lo relativo a los titulares del derecho de autor; el derecho moral de autor; el concepto de reproducción; el menoscabo de la protección de los derechos conexos previstos en la Decisión 351; los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes; el término de protección de los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes, ni de los productores de fonogramas; la inspección y vigilancia por parte del Estado, los requisitos de afiliación, y la autorización para el funcionamiento de las Sociedades de Gestión Colectiva; ni tampoco la responsabilidad solidaria en asuntos de infracción de derechos de autor.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra.
2. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos.
3. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva.
4. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva.
5. Legitimación activa por parte de las sociedades de gestión colectiva para la recaudación.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. **Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra**
 - 1.1. En el procedimiento interno, se discute si la señora Lizeth Natalia Medina Báez, habría infringido los derechos de autor al presuntamente ejecutar públicamente en la DISCOTECA EL MANICOMIO PARRILLA BAR las obras musicales administradas por la Organización Sayco – Acinpro (OSA), sin contar con la debida autorización para ello. En virtud de lo anterior, corresponde analizar el tema propuesto.
 - 1.2. Teniendo en cuenta el objeto de protección del derecho de autor,

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.» 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.»



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 planteado en el proceso interno 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

³ Alfredo Vega Jaramillo, *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. 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.



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.
- 1.9. A continuación, se analizará cada la figura de la comunicación pública de una obra referida en el párrafo 1.3. de la presente Interpretación Prejudicial, 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

- 1.10. Dado que, en el proceso interno, la demandante manifestó que se habría infringido los derechos de autor al presuntamente ejecutar públicamente en la DISCOTECA EL MANICOMIO PARRILLA BAR las obras musicales administradas por la Organización Sayco – Acinpro (OSA), sin contar con la debida autorización para ello, corresponde analizar el presente acápite
- 1.11. 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;
(...)»
- 1.12. 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.
- 1.13. 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 (...).⁵

(Subrayado agregado)

1.14. 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 personas⁶. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.⁷

1.15. 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».

⁵ 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 Zavalia S.A., Buenos Aires, 1993, p. 183.

⁶ 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
(visitado el 12 de julio de 2022)

⁷ 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.



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 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, 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.**- «Se entiende por transmisión el acto de enviar a distancia obras, datos, informaciones o la representación, ejecución o recitación de la obra, sin trasladarla materialmente, por medios idóneos, alámbricos o inalámbricos».⁸

En ese sentido, la transmisión se puede hacer por **radiodifusión**, que se entiende a la comunicación a distancia de sonidos y/o

⁸ X Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, (del autor, el artista y el productor) 1ra. Edición, noviembre 29 a diciembre 2 de 1995, Quito, página 77, 78, 79 y 80.



imágenes para su recepción por el público en general por medio de ondas radioeléctricas, a través de la radio, la televisión, o de un satélite⁹; 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 otros¹⁰. (Artículo 15 Literal f) Decisión 351).

- 1.16. En consecuencia, dentro del proceso interno se deberá determinar si existió una vulneración del derecho patrimonial de comunicación pública por parte de la demandada, respecto de obras de titularidad de la demandante, tomando en consideración lo analizado en el presente acápite.

2. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos

- 2.1. Dado que en el proceso interno se discute si la señora Lizeth Natalia Medina Báez habría infringido los derechos conexos, al presuntamente ejecutar públicamente en la DISCOTECA EL MANICOMIO PARRILLA BAR los fonogramas administrados por la Organización Sayco – Acinpro (OSA), sin contar con la debida autorización para ello, este Tribunal considera pertinente desarrollar el presente tema.

Definición

- 2.2. El Artículo 3 de la Decisión 351 define al productor fonográfico como [la] «Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos».
- 2.3. Los productores de fonogramas, al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes y los organismos de radiodifusión, son titulares 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 determinada¹¹.
- 2.4. 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 «Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros

⁹ 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.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Ver a modo referencial, la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso N° 371-IP-2017 del 8 de febrero de 2018, publicada en la Gaceta Oficial N° 3188 de 13 de febrero del 2018.



sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.»¹²

- 2.5. 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.»

(Subrayado y resaltado, fuera del texto)

- 2.6. 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 fonogramas¹³.
- 2.7. 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.
- 2.8. 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:

«ARTÍCULO 12

[Utilización secundarias de los fonogramas]

¹² Definición desarrollada en el Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

¹³ 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.»



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»

- 2.9. 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.
- 2.10. 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*.
- 2.11. 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 ambos¹⁴.
- 2.12. 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

¹⁴ 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.”



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.

2.13. Resulta necesario precisar que la protección analizada podrá ser ampliada —más 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.

2.14. 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, tal como sucede en el caso en concreto.

2.15. 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.

3. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva

3.1. En el proceso interno la Organización Sayco – Acinpro (OSA) argumentó que le corresponde a la demandada el pago de las tarifas que le exige, por presuntamente haber comunicado públicamente y sin autorización las obras musicales y fonogramas de sus asociados y representados; por otra parte, la señora Lizeth Natalia Medina Báez cuestiona si estas tarifas se ajustan a las condiciones previstas en la normativa comunitaria andina; por lo cual, corresponde desarrollar el presente tema.

3.2. La tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva. Sirve, como se advirtió anteriormente, para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad; además, genera igualdad de trato en todos los usuarios del repertorio administrado por la institución.¹⁵

¹⁵ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*, pág. 285.



- 3.3. Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características¹⁶:
- 3.3.1. Deben estar consignadas en un reglamento de tarifas elaborado por la sociedad de gestión colectiva (Literal g del Artículo 45).
 - 3.3.2. 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).
 - 3.3.3. 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).
- 3.4. 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, renunciabiles 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 esencial¹⁷.
- 3.5. En ese mismo sentido, conforme al mismo 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 responsable.¹⁸
- 3.6. 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

¹⁶ Ver Interpretación Prejudicial N° 119-IP-2010 de fecha 8 de abril de 2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1949 del 3 de junio de 2011.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Ver Interpretación Prejudicial N° 154-IP-2015 de fecha 24 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3045 del 26 de junio de 2017.



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 misma¹⁹.

4. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

4.1. En el proceso interno se cuestiona la legitimidad para actuar de la Organización Sayco – Acinpro (OSA), por lo cual, el Tribunal interpretará el presente tema.

4.2. 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).

4.3. 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».

4.4. La norma antes citada confiere a las sociedades de gestión colectiva la legitimidad para obrar activa bajo dos supuestos²⁰:

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.

4.5. 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 judicial.²¹

4.6. Por otro lado, en relación con la legitimidad procesal de una sociedad

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Ver Interpretación Prejudicial N° 519-IP-2016 de fecha 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3154 del 11 de diciembre de 2017.

²¹ *Ibidem*.



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 derechohabiente...».

(Subrayado agregado)

«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».²²

- 4.7. 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 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

²² Ver Interpretación Prejudicial N° 165-IP-2015 de fecha 4 de febrero de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2682 del 14 de marzo de 2016.



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 aun 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 de 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.

- 4.8. 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.

5. Legitimación activa por parte de las sociedades de gestión colectiva para la recaudación

- 5.1. En el procedimiento interno, la demandada señaló que a la Organización Sayco – Acinpro (OSA) no le corresponde el derecho de exigir el pago de remuneraciones. En tal sentido, se analiza el tema propuesto.
- 5.2. 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.
- 5.3. 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

²³ Jean Vincent, *Droit des arts visuels: contrats d'auteurs*. Éditions Lamy, Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2010, p. 143.



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.

- 5.4. 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.
- 5.5. 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.
- 5.6. 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.
- 5.7. 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,

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.



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.

5.8. 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.

5.9. 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).

5.10. 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.

5.11. 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.

²⁹ Dominique Kaesmacher, y Théodora Stamos. *Op. Cit.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Op. Cit.*, p. 283.

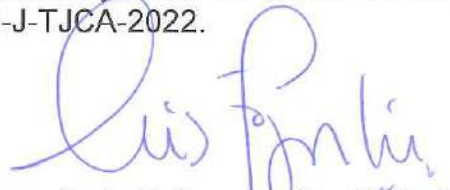
³³ Cabe comentar que, la remuneración proporcional es también el modo normal de retribuir al titular que cede sus derechos. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Op. Cit.*, pp. 283-284.



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.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por la autoridad consultante al resolver el proceso interno N° **68001-31-03-010-2020-00033-00**, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

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 de 5 de marzo de 2021, certifica que la presente Interpretación Prejudicial ha sido aprobada por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial de fecha 28 de julio de 2022, conforme consta en el Acta 35-J-TJCA-2022.


Luis Felipe Aguilar Feijoó
Secretario

Notifíquese a la autoridad consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.



³⁴ Miguel Pérez Solís, «WIPO International Forum», *Op. Cit.*, p. 156.