



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 27 de mayo de 2022
Oficio N° 322-S-TJCA-2022

Doctor
Carlos Corredor Blanco
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales
Dirección Nacional de Derecho de Autor
República de Colombia
info@derechodeautor.gov.co
Presente.-

Referencia: 74-IP-2020.- Interpretación prejudicial solicitada por la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección de Derechos de Autor de Bogotá, República de Colombia.
Proceso N° 1-2019-45466.

De mi consideración,

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

Atentamente,

Luis Felipe Aguilar Feijóo
Secretario TJCA



Adj. Lo indicado

Cc. angie.torres@derechodeautor.gov.co



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 6 de mayo de 2022

Proceso: 74-IP-2020

Asunto: Interpretación Prejudicial (consulta facultativa)

Consultante: Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia

Expediente interno del Consultante: 1-2019-45466

Referencia: La presunta infracción al derecho de autor y derechos conexos por parte de AutoFusa S.A., por la ejecución pública de obras musicales y fonogramas administrados por la Organización Sayco Acinpro – OSA¹

Normas a ser interpretadas: Artículos 3 [conceptos de fonograma y productor de fonogramas], 13 Literal b), 15 (Literal f), 34 y 37 (Literal d), 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. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos)
3. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos
4. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva
5. Las tarifas a cobrar por parte de las

¹ La Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco) y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos (Acinpro), son representadas en el proceso interno por la Organización Sayco-Acinpro (OSA).

entidades de gestión colectiva

Magistrado Ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano

VISTO:

El Oficio S/N del 18 de febrero de 2020, recibido vía correo electrónico el 5 de marzo del mismo año, mediante el cual la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia, solicitó Interpretación Prejudicial de los Artículos 11, 13, 15, 34, 37, 47, 48, 54 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el proceso interno 1-2019-45466; y,

El Auto del 1 de septiembre de 2021, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante: Organización Sayco Acinpro – OSA

Demandada: AutoFusa S.A.

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 AutoFusa S.A. infringió los derechos de autor y derechos conexos, al presuntamente comunicar públicamente en los vehículos afiliados a esta, sin autorización de los titulares de los afiliados a la Organización Sayco Acinpro – OSA, las obras musicales y fonogramas que forman parte del repertorio que esta última administra.
2. Si Organización Sayco Acinpro – OSA tendría legitimidad activa para cobrar e interponer una demanda de infracción de los derechos de las obras musicales y fonogramas cuya gestión presuntamente se atribuye.
3. Si el monto de las tarifas que exige la Organización Sayco Acinpro – OSA es o no arbitrario.



C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La autoridad consultante solicitó la Interpretación Prejudicial de los Artículos 11, 13, 15, 34, 37, 47, 48, 54 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, los cuales únicamente se realizará la interpretación de los Artículos 13 (Literal b), 15 (Literal f), 34, 37 (Literal d) y 48 de la Decisión 351², por ser pertinentes.

No procede realizar la interpretación de los Artículos 11, 47, 54 y 57 de la Decisión 351, por cuanto no es objeto de controversia los derechos morales; las sanciones que puede interponer la autoridad nacional a las sociedades de gestión colectiva; la responsabilidad solidaria; ni las sanciones que puede imponer la autoridad nacional en casos de infracción de derechos de autor y conexos.

De oficio se llevará a cabo la interpretación de los Artículos 3 [conceptos de fonograma y productor de fonogramas] y 49 de la Decisión 351³ con el

² **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:

(...)

- 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:

(...)

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

(...))»

«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 37.- Los productores de fonogramas tienen del derecho de:

(...)

- 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 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.»

³ **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

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



objeto de desarrollar dichas definiciones y el tema de la legitimidad que tienen las sociedades de gestión colectiva.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra.
2. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos).
3. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos.
4. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva.
5. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva.

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, la demandante señaló que AutoFusa S.A. a través de sus vehículos afiliados, que prestan servicio público de transporte de pasajeros, ha venido ejecutando públicamente las obras musicales y fonogramas del repertorio administrado por la Organización Sayco Acinpro - OSA., sin contar con la 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, 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 reproducción y comunicación pública, toda vez que el caso versa sobre esas presuntas afectaciones.

(...)

- **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 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.»



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.»⁴

(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 temporales⁵.
- 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)

⁴ 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.

⁵ 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.



- 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 el Literal b) del Artículo 13 de la Decisión 351, 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 presente caso la demandante manifestó que en las unidades de transporte de la sociedad demandada se lleva a cabo la comunicación pública de las obras musicales y fonogramas del repertorio que administra, 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 (...).⁶

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, p. 183.



(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 personas⁷. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.⁸
- 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».

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

⁷ 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: 25 de abril de 2022)

⁸ 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.



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».⁹

En ese sentido, 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 satélite¹⁰; 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 otros¹¹. (Artículo 15 Literal f de la 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

⁹ 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, pp. 77, 78, 79 y 80.

¹⁰ 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.

¹¹ *Ibidem*.



acápites.

2. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos)

2.1. En el proceso interno, la demandante argumentó en su demanda que AutoFusa S.A. autorizó la presunta ejecución pública de obras musicales y fonogramas del repertorio administrado por la Organización Sayco Acinpro – OSA en los vehículos afiliados a la sociedad demandada, sin autorización previa y expresa de sus titulares o de quien los representa. En ese sentido, resulta necesario desarrollar el presente tema.

2.2. 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)

2.3. 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 autorizadas¹² 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.

2.4. Resulta pertinente diferenciar los siguientes escenarios contemplados en la norma andina:

¹² 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.



- (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.¹³
- 2.5. 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.
- 2.6. 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 público¹⁴ de dichas interpretaciones o ejecuciones fijadas.

¹³ 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».

¹⁴ 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,





- 2.7. 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.
- 2.8. 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 351¹⁵.

Definición

- 2.9. El Artículo 3 de la Decisión 351 define al productor fonográfico 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».
- 2.10. 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 determinada¹⁶.
- 2.11. 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

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.

¹⁵ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

«Artículo 17.- Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de carácter patrimonial.»

¹⁶ Ver a modo referencial, 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.

los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.»¹⁷

2.12. 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)

2.13. 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 fonogramas¹⁸.

2.14. 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.

2.15. 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]

Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para

¹⁷ Definición desarrollada en el Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

¹⁸ 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».





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»

- 2.16. 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.
- 2.17. 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*.
- 2.18. 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 ambos¹⁹.
- 2.19. 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.

¹⁹ 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».



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.

- 2.20. 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, podrán determinar las condiciones o montos en lo que se efectuará la distribución de la referida remuneración.
- 2.21. 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.
- 2.22. 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. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

- 3.1. En el presente caso AutoFusa S.A., cuestionó la legitimación activa de Organización Sayco Acinpro - OSA, como sociedad de gestión colectiva para interponer la demanda por presunta infracción de derechos de autor y afirmó que no tendría la representación para reclamar los derechos patrimoniales de autor sobre las obras musicales y fonogramas cuya gestión presuntamente le fueron encomendadas. Por tal motivo, el Tribunal interpretará el presente tema.
- 3.2. 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).
- 3.3. 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.»
- 3.4. La norma antes citada confiere a las sociedades de gestión colectiva la legitimidad para obrar activa bajo dos supuestos²⁰:

²⁰ Ver Interpretación Prejudicial N° 519-IP-2016 de fecha 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta

- 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 procesos judiciales.
- 3.5. 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
- 3.6. 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...».

(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

Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3154 del 11 de diciembre de 2017.

²¹ Ibídem.

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.



- 3.7. 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 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 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.

- 3.8. 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.

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

- 4.1. Dado que en el proceso interno Organización Sayco Acinpro – OSA, argumentó que le corresponde a AutoFusa S.A., el pago de las tarifas que exige por presuntamente haber comunicado públicamente y sin autorización las obras musicales y fonogramas de sus asociados y representados; y, la demandada sostuvo que el monto que exige es arbitrario, corresponde desarrollar el presente tema.
- 4.2. 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.²³

- 4.3. Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características²⁴:
 - 4.3.1. Deben estar consignadas en un reglamento de tarifas elaborado por la sociedad de gestión colectiva (Literal g del Artículo 45).
 - 4.3.2. 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).
 - 4.3.3. 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).
- 4.4. 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, 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 esencial²⁵.
- 4.5. 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.²⁶

²³ Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*, p. 285.

²⁴ 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.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ 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.

- 4.6. 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 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 misma²⁷.

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° 1-2019-45466, 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 del 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 6 de mayo de 2022, conforme consta en el Acta 21-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.

²⁷ Ibídem.

