



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 13 de septiembre de 2021
Oficio N° 508-S-TJCA-2021

Doctora

Angie Katherin Torres Cubillos

Técnico administrativo

Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales

Dirección Nacional de Derecho de Autor

info@derechodeautor.gov.co

Presente.-

Referencia: 111-IP-2021.- Interpretación prejudicial solicitada por Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor de la República de Colombia.
Expediente Interno: 1-2020-144864.

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 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, 25 de agosto de 2021

Proceso: 111-IP-2021

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: 1-2020-144864

Referencia: La presunta infracción por parte de PSI Telecomunicaciones de Colombia LTDA., por haber comunicado públicamente y puesto a disposición del público, obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentran fijadas interpretaciones o ejecuciones de artistas intérpretes representados por ACTORES S.C.G.

Normas a ser interpretadas: Artículos 3 [en lo que respecta a definición de intérprete o ejecutante], 13 b), 15, 34, 45, 48, 49 y 57 de la Decisión 351

Temas objeto de interpretación:

1. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción, distribución y comunicación pública de una obra
2. Derecho de comunicación pública a favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes
3. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva
4. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva



5. Indemnización por daños y perjuicios

Magistrado Ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano

VISTOS

El Oficio S/N del 14 de mayo de 2021, recibido vía correo electrónico el 18 del mismo mes y 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 facultativa de los Artículos 3, 15, 30, 31, 34, 43, 45, 48, 49 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el proceso interno 1-2020-144864; y,

El Auto del 20 de mayo de 2021, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante: Sociedad Colombiana de Gestión – ACTORES S.C.G.

Demandada: PSI Telecomunicaciones de Colombia LTDA.

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. La presunta infracción por parte de PSI TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA LTDA. en los años 2011; 2012; 2013; 2014; 2015; 2016; 2017, 2018 y 2019, por haber comunicado públicamente y puesto a disposición del público, obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentran fijadas interpretaciones o ejecuciones de artistas intérpretes representados por ACTORES S.C.G., incumpliendo con el respectivo pago.
2. Si ACTORES S.C.G. estaría facultada para cobrar las tarifas exigidas a Corporación Antena Parabólica Vecinos y Amigos de Pensilvania, y si estas se ajustan a las condiciones previstas en la normativa comunitaria andina.
3. Si corresponde o no que la demandada pague a ACTORES S.C.G. indemnización por daños y perjuicios.



C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La autoridad consultante solicitó la Interpretación Prejudicial de los Artículos 3, 15, 30, 31, 34, 43, 45, 48, 49 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de los cuales se interpretarán los Artículos 3 [en lo que respecta a definición de intérprete o ejecutante], 15, 34, 45, 48, 49 y 57 de la Decisión 351¹ por ser procedentes.

¹ **Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena.-**

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

(...)

- **intérprete o ejecutante:** Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.

(...)

«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 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 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros;
- b) Que las mismas tengan como objeto social la gestión del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos;
- c) Que se obliguen a aceptar la administración del Derecho de Autor o Derechos Conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;
- d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad;



No se interpretarán los Artículos 30, 31, 43 de la Decisión 351, por no estar en discusión transmisión o cesión de derechos, conceptos, ni sobre la vigilancia de las sociedades y control que ejerce el estado sobre las sociedades de gestión colectiva.

De oficio se interpretarán los Artículos 13 Literal b) y 54 de la Decisión 351², a fin de tratar el derecho de autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra.

- e) Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso;
- f) Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;
- g) Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución;
- h) Que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan;
- i) Que se obliguen a remitir a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos;
- j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;
- k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;
- l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros.»

«Artículo 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.»

«Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;
- b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;
- c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;
- d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.»

2 **Decisión 351 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 54.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su



D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción, distribución y comunicación pública de una obra.
2. Derecho de comunicación pública a favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes.
3. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva.
4. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva.
5. Indemnización por daños y perjuicios.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. **Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción, distribución y comunicación pública de una obra**
 - 1.1. En el procedimiento interno, ACTORES S.C.G., señaló que PSI TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA LTDA., ha comunicado públicamente y puesto a disposición del público, obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentran fijadas interpretaciones o ejecuciones de artistas intérpretes representados por la mencionada sociedad. 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.

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

utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.»



permiten al autor controlar los distintos actos de explotación económica de la obra, sea que el autor explote directamente la obra o que, como es lo usual, autorice a terceros a realizarla, y participe en esa explotación obteniendo un beneficio económico.

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

(Énfasis agregado).

- 1.6. Los derechos patrimoniales, contrariamente a los derechos morales, en atención a su propia naturaleza, son exclusivos, de contenido ilimitado, disponibles, expropiables, renunciables, embargables y temporales⁴.
- 1.7. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación:
 - «a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
 - b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
 - c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
 - d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
 - e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.»(Subrayado agregado)
- 1.8. De conformidad con el artículo 17 de la Decisión 351, los Países Miembros pueden reconocer otros derechos de carácter patrimonial, diferentes a los contemplados en el Artículo 13 del mencionado cuerpo normativo.
- 1.9. A continuación, se analizará cada una de las figuras antes señaladas en el párrafo 6.3., a fin de que se pueda determinar si existió o no infracción al derecho de autor dentro del procedimiento interno.

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

³ VEGA JARAMILLO, Alfredo. *Manual de Derecho de Autor*. Dirección Nacional de Derecho de Autor - Unidad Administrativa Especial del Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, Bogotá, 2010, p. 35.

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



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

«(...)

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

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

³⁷ Vid. España, arts. 18 y 19.

⁵ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

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

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

⁶ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas

«Artículo 9

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

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



(...)»⁷

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

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

- 1.15. Dado que, en el presente caso, la demandante manifestó que se habría verificado que la sociedad demandada ha llevado a cabo la comunicación pública de obras audiovisuales, musicales y fonogramas, corresponde analizar el presente acápite
- 1.16. 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;

(...)»

- 1.17. 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.
- 1.18. 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

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



una red de difusión de cualquier tipo (...)».⁸

(Subrayado agregado)

- 1.19. 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 personas⁹. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.¹⁰
- 1.20. 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

⁸ 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.

⁹ 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 21 de agosto de 2020)

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.



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».¹¹

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 satélite¹²; y, por cable **distribución**, el cual consiste en la distribución de señales portadoras de imágenes y/o sonidos, para el público a través de hilo, cable, fibra óptica, entre otros¹³. (Artículo 15 Literal f) Decisión 351).

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ *Ibidem*.



1.21. 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. Derecho de comunicación pública a favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes

2.1. En el procedimiento interno, la demandante argumentó en su demanda que PSI TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA LTDA., realizó la ejecución pública de obras musicales y/o fonogramas del repertorio administrado por ACTORES S.C.G., 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 artista, intérprete o ejecutante, delimitado en el Artículo 3 de la Decisión 351 como la «persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.», es titular de derechos conexos, los cuáles se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización, o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada.¹⁴

Los derechos conexos de los artistas, intérpretes o ejecutantes se encuentran reconocidos en la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión; y, de conformidad con el Artículo 42 de la Decisión 351, esta Convención constituye la base jurídica de regulación de los límites a dichos derechos que pueden ser establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros.¹⁵

2.3. El Literal a) del numeral 1 del Artículo 7 de la Convención de Roma, señala lo siguiente:

«ARTICULO 7

[Mínimo de protección que se dispensa a los artistas intérpretes o ejecutantes:

1. Derechos específicos;

2. Relaciones de los artistas con los organismos de radiodifusión]

1. La protección prevista por la presente Convención en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir:

¹⁴ Ver Interpretación Prejudicial N° 371-IP-2017 de fecha 8 de febrero de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3188 del 13 de febrero de 2018.

Ver Interpretación Prejudicial N° 316-IP-2014 de fecha 19 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2598 del 12 de octubre de 2015.



a) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieren dado su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación;»

2.4. La protección prevista en la disposición citada fue incorporada en la Decisión 351 de una manera más amplia y reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes, no solo la facultad de impedir o prohibir la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones, sino también la capacidad de autorizarla, en cualquiera de sus formas, siempre y cuando dichas interpretaciones o ejecuciones no se encuentren fijadas.

2.5. En efecto, el Artículo 34 de la Decisión 351 establece lo siguiente:

«Artículo 34.- Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.»

2.6. Por otra parte, el párrafo segundo del Artículo 34 de la Decisión 351 establece una excepción con respecto al ejercicio del derecho mencionado, al señalar que los artistas, intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando estas constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.

2.7. De esta manera, resulta evidente que la propia Decisión 351 ha limitado el ejercicio del derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, para autorizar o prohibir la comunicación pública de aquellas interpretaciones o ejecuciones que formen parte o se encuentren contenidas en una fijación realizada con su consentimiento previo; asimismo, tampoco se pueden oponer a la comunicación pública de una interpretación o ejecución, cuando constituya por sí misma una ejecución radiodifundida.¹⁶

¹⁶ Al respecto Ricardo Antequera Parilli realizando un análisis de la regulación internacional y comunitaria andina que existe sobre el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, señala lo siguiente:

«(...)

Del análisis comparativo de los anteriores dispositivos se desprenden varios elementos en común, a saber:

a. Se trata de un derecho sobre las radiodifusiones o comunicaciones «en vivo» o «en directo» y no sobre aquellas que se realizan a partir de una fijación realizada con el consentimiento del intérprete o ejecutante, como lo sería aquella efectuada a partir de una grabación sonora o de una fijación audiovisual consentida por el artista.

b. Si la prestación artística se está haciendo directamente por la radiodifusión u otro medio de comunicación al público (como lo sería la actuación de un cantante en un programa de televisión o



- 2.8. Por último, corresponde destacar las disposiciones del Artículo 33 de la Decisión 351:

«Artículo 33.- La protección prevista para los Derechos Conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en este Capítulo podrá interpretarse de manera tal que menoscabe dicha protección. En caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor.»

(Subrayado agregado)

Como se puede apreciar, el ejercicio de los derechos conexos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, como, por ejemplo, la facultad de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, de ninguna manera puede ser interpretado como una limitación o menoscabo de los derechos de autor.

- 2.9. Por lo tanto, se deberá verificar si la conducta presuntamente realizada por PSI TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA LTDA., cumple con los requisitos expuestos en el presente acápite y si constituye un acto de comunicación pública efectuado sin la debida autorización de ACTORES S.C.G.

3. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

- 3.1. En el presente caso, PSI TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA LTDA. cuestionó la legitimación activa de ACTORES S.C.G., como sociedad de gestión colectiva para interponer la demanda por presunta infracción del derecho de autor, y afirmó que no tendría la representación para reclamar los derechos patrimoniales de autor sobre las obras audiovisuales 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

en un espectáculo «en vivo»), no podría fijarse esa interpretación sin la voluntad del titular.

c. Como esa prestación está destinada a ser comunicada «en vivo», mal puede impedirla el artista si la ejecuta o interpreta con su consentimiento.

d. Quedan comprendidas en este derecho todas las interpretaciones o ejecuciones en directo, sean sonoras o audiovisuales.

e. Este derecho no alcanza a la comunicación al público de la interpretación o ejecución realizada a partir de fijaciones realizadas con su previa autorización.

En todo caso, las excepciones anotadas no limitan el derecho del artista a recibir una remuneración equitativa cuando se trate de «utilizaciones secundarias» de un fonograma que contenga su interpretación o ejecución, por medio de la radiodifusión u otra forma de comunicación pública, como se verá más adelante.

(...)»

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo., *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Editorial Reus S.A. Fundación AISGE, Madrid, 2007, p. 223.



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 supuestos¹⁷:

- 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.

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.¹⁸

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

¹⁷ 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.

¹⁸ Ibidem.



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».¹⁹

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

¹⁹ 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.



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. En el procedimiento interno, la demandante ACTORES S.G.C., persigue el pago de una suma de dinero por parte de PSI Telecomunicaciones de Colombia LTDA, que supuestamente comunicó públicamente y sin autorización las obras audiovisuales de sus asociados y representados. Por lo que es necesario abordar el 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.²⁰

4.3. Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características²¹:

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

²⁰ Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, y otros, Manual de Propiedad Intelectual, pág. 285.

²¹ 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.



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 esencial²².

- 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.²³
- 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 misma²⁴.

5. Indemnización por daños y perjuicios

- 5.1. La demandante reclama la indemnización por daños extrapatrimoniales toda vez que estos últimos habrían vulnerado la integridad de su obra.
- 5.2. El Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

«**Artículo 57.-** La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;

(...)

- 5.3. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la

²² Ibídem.

²³ 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.

²⁴ Ibídem.



indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral²⁵.

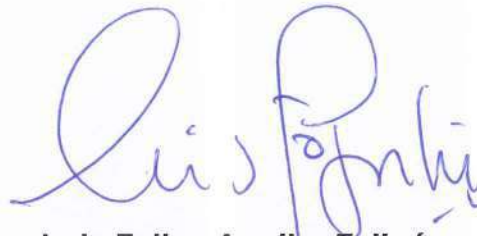
- 5.4. El concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a la esfera personal o subjetiva (daño moral).
- 5.5. Ahora bien, la reparación o indemnización del daño, sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que «la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño».
- 5.6. Corresponde a los Países Miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor.

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 **1-2020-144864**, 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 25 de agosto de 2021, conforme consta en el Acta 19-J-TJCA-2021.

²⁵ Véase las Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los Procesos 07-IP-2014 del 3 de julio de 2014, publicada en la G.O.A.C. N° 2380 de 22 de agosto de 2014; y 124-IP-2014 del 10 de abril de 2015, publicada en la G.O.A.C. N° 2511 de 5 de junio de 2015.





Luis Felipe Aguilar Feijóo
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.

