



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 26 de mayo de 2022
Oficio N° 302-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: 31-IP-2021.- Interpretación prejudicial solicitada por la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección de Derechos de Autor de Bogotá, República de Colombia.

Proceso N° 1-2019-96062.

De mi consideración,

Adjunto al presente sírvase encontrar en catorce 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:	31-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:	1-2019-96062
Referencia:	La comunicación pública de fonogramas e interpretaciones o ejecuciones musicales administradas por la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos (ACINPRO), presuntamente realizada por ESFINGE GROUP S.A.S.
Normas a ser interpretadas:	Artículos 3 [concepto de fonograma], 34, 37 Literal d) y 48 de la Decisión 351
Temas objeto de interpretación:	<ol style="list-style-type: none">1. Derecho de comunicación pública a favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes2. 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 derechos4. Las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva
Magistrado Ponente:	Luis Rafael Vergara Quintero

VISTO

El Oficio S/N del 15 de febrero de 2021, recibido vía correo electrónico el 17 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 la Interpretación Prejudicial de los Artículos 34, 37 Literal d), 43, 45, 48, 49 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el proceso interno N° 1-2019-96062; y,

El Auto del 15 de marzo de 2022, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE
INTÉRPRETES Y PRODUCTORES
FONOGRÁFICOS - ACINPRO

Demandada: ESFINGE GROUP S.A.S.

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 los siguientes:

1. Si ESFINGE GROUP S.A.S., infringió los derechos conexos, al presuntamente ejecutar públicamente, sin autorización de la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO, los fonogramas e interpretaciones o ejecuciones musicales que están bajo su administración.
2. Si corresponde el pago de la remuneración sobre la base de las tarifas que exige la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO por parte de ESFINGE GROUP S.A.S.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La autoridad consultante solicitó la Interpretación Prejudicial de los Artículos 34, 37 Literal d), 43, 45, 48, 49 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Únicamente procede la interpretación de los Artículos 34, 37 Literal d) y 48 de la Decisión 351 de la citada Comisión¹, por ser pertinentes.

No procede la interpretación de los Artículos 43, 45, 49 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por cuanto no es objeto de

¹ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. –

controversia la inspección y vigilancia de las sociedades de gestión colectiva por parte del Estado; los requisitos para obtener la autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva; la legitimidad activa de una sociedad de gestión colectiva; y lo relativo a la indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor.

De oficio se interpretará el Artículo 3 [concepto de fonograma] de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena², para desarrollar el tema de los productores de fonogramas como titulares de derechos conexos.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Derecho de comunicación pública a favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes.
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. Las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

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

1.1. En el proceso interno, la demandante argumentó en su demanda que

«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.»

2 Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

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

- **Fonograma:** Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.

(...))»



ESFINGE GROUP S.A.S., realizó la ejecución pública de fonogramas e interpretaciones o ejecuciones musicales del repertorio administrado por ACINPRO, sin autorización previa y expresa de sus titulares o de quien los representa. En ese sentido, resulta necesario desarrollar el presente tema.

- 1.2. 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.³

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.⁴

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

«ARTICULO 7

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

1. Derechos específicos;
2. Relaciones de los artistas con los organismos de radiodifusión]

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

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

- 1.4. 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.

³ 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.

⁴ 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.



1.5. 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.»

1.6. 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.

1.7. 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.⁵

⁵ Al respecto Ricardo Antequera Parilli realizando un análisis de la regulación internacional y comunitaria andina que existe sobre el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, señala lo siguiente:

«(...)

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

- a. Se trata de un derecho sobre las radiodifusiones o comunicaciones «en vivo» o «en directo» y no sobre aquellas que se realizan a partir de una fijación realizada con el consentimiento del intérprete o ejecutante, como lo sería aquella efectuada a partir de una grabación sonora o de una fijación audiovisual consentida por el artista.
- b. Si la prestación artística se está haciendo directamente por la radiodifusión u otro medio de comunicación al público (como lo sería la actuación de un cantante en un programa de televisión o en un espectáculo «en vivo»), no podría fijarse esa interpretación sin la voluntad del titular.
- c. Como esa prestación está destinada a ser comunicada «en vivo», mal puede impedirla el artista si la ejecuta o interpreta con su consentimiento.
- d. Quedan comprendidas en este derecho todas las interpretaciones o ejecuciones en directo, sean sonoras o audiovisuales.
- e. Este derecho no alcanza a la comunicación al público de la interpretación o ejecución realizada a partir de fijaciones realizadas con su previa autorización.

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

(...»

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo., *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Editorial Reus



- 1.8. 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 y negrita agregados)

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.

- 1.9. Por lo tanto, se deberá verificar si la conducta presuntamente realizada por la demandada cumple con los requisitos expuestos en el presente acápite y si constituye un acto de comunicación pública efectuado sin la debida autorización de ACINPRO.

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 ESFINGE GROUP S.A.S., no cumplió con su obligación de pagar la remuneración económica a que tienen derecho los artistas intérpretes o ejecutantes representados por ACINPRO. 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.»

S.A. Fundación AISGE, Madrid, 2007, p. 223.



(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 autorizadas⁶ 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:

- (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.⁷

- 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

⁶ 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.

⁷ 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».



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 público⁸ de dichas interpretaciones o ejecuciones fijadas.

- 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 351⁹.

⁸ Si bien el derecho de «puesta a disposición al público» no está reconocido en la Decisión 351, tomando en cuenta el principio de progresividad de los derechos, muchas legislaciones, tanto de los Países Miembros como a nivel mundial, incluyen este nuevo derecho que se deriva de todos los actos de explotación y acceso directo e indirecto de las obras audiovisuales a través de medios alámbricos o inalámbricos (como radio, televisión, internet, entornos digitales, interactivos, electrónicos, *streaming*, entre otros). Se trata de transmisiones interactivas de las obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, que se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que ella misma elija.

⁹ Decisión 351.-

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

3.1. Dado que ACINPRO —en su calidad de sociedad de gestión colectiva de derechos conexos— cuestionó el hecho de que la demandada no le haya reconocido el pago de remuneraciones devengadas por los actos de comunicación pública y utilización de fonogramas que se encontrarían bajo su administración, presuntamente efectuados por la demandada, en el marco del procedimiento por infracción que le inició a este último, corresponde analizar el tema propuesto.

Definición

3.2. El Artículo 3 de la Decisión 351 define al productor de fonograma como [la] «Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos».

3.3. Los productores de fonogramas, al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes y los organismos de radiodifusión, son titulares de derechos conexos, los cuales se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización, o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada.¹⁰

3.4. La normativa andina reconoce a los productores de fonogramas derechos de carácter patrimonial, por cuanto se sustenta en el esfuerzo e inversión realizada por estos titulares para difundir sus fonogramas al público. Entiéndase como **fonograma** a «[t]oda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.»¹¹

3.5. Siendo ello así, el Artículo 37 de la Decisión 351 establece específicamente que los productores de fonogramas cuentan con los siguientes derechos exclusivos:

«(...)

- a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;
- b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin la autorización del titular;

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

¹⁰ Ver la Interpretación Prejudicial N° 371-IP-2017 de fecha 8 de febrero de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3188 del 13 de febrero de 2018.

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





- 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)

- 3.6. En esa misma línea, el Artículo 10 de la Convención de Roma establece que los productores de fonogramas gozarán de la facultad de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.¹²
- 3.7. Teniendo en cuenta lo anterior, ninguna persona puede reproducir —sea de forma directa o indirecta—, importar y distribuir fonogramas sin contar con la autorización del productor del mismo. Asimismo, este percibirá una remuneración única por cada utilización de sus fonogramas o copias con fines comerciales.

Sobre este último punto, referido al pago de una remuneración por cada uso o copia de un fonograma protegido, el Artículo 12 de la Convención de Roma ha dispuesto lo siguiente:

«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 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.»

- 3.8. En ese sentido, la norma es clara al imponer a quien utilice un fonograma publicado con fines comerciales o cuando la reproducción de ese fonograma se utilice directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación, el pago de una remuneración equitativa y única. Dicho pago será abonado a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes o a los productores de fonogramas o atribuírselo a la vez a ambos.

¹² 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.»

3.9. Cabe precisar que el pago que se le otorga a los productores fonográficos por el uso de sus fonogramas es denominado por la normativa como *Remuneración Equitativa y Única*, más no como *Remuneración Devengada*.

3.10. Lo señalado en párrafos anteriores se encuentra debidamente concordado con lo dispuesto en el Artículo 15 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT o TOIEF por sus siglas en español), el cual dispone que las partes contratantes pueden establecer en su legislación nacional que la remuneración equitativa y única deberá ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos.¹³

3.11. Del mismo modo, la normativa andina condiciona el pago antes señalado a los siguientes requisitos:

- Que el fonograma haya sido publicado con fines comerciales.

Es decir, no se encontrarán contemplados en este supuesto aquellos fonogramas que no se publiquen con el propósito de obtener un beneficio comercial.

- Que el fonograma sea utilizado única y directamente para: (i) la radiodifusión; o, (ii) cualquier forma de comunicación al público.

Entiéndase como comunicación pública al acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso al fonograma.

3.12. Resulta necesario precisar que la protección analizada podrá ser ampliada —más no reducida— por las legislaciones nacionales. No obstante, en aplicación al principio del complemento indispensable la legislación de los Países Miembros podrá determinar las condiciones o montos en lo que se efectuará la distribución de la referida remuneración.

¹³ 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.»



- 3.13. Asimismo, resulta necesario indicar que los productores de fonogramas pueden efectuar la defensa, así como la recaudación económica de sus derechos conexos por sí mismos (gestión individual) o confiar su administración a una sociedad de gestión colectiva.
- 3.14. En consecuencia, una sociedad de gestión colectiva válidamente autorizada por la Autoridad competente podrá administrar los derechos conexos de sus asociados. Su existencia se justifica en el sentido de velar por la protección de los derechos de los productores fonográficos, siempre y cuando su misión esté en armonía con las disposiciones legales.

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

- 4.1. En el proceso interno, ACINPRO manifiesta que la sociedad ESFINGE GROUP S.A., no le ha reconocido el pago de las tarifas por la comunicación pública de fonogramas administradas por ella, en consecuencia, 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 institución¹⁴.
- 4.3. Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características¹⁵:
- 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)¹⁶.



¹⁴ Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*, p. 285.

¹⁵ 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.

¹⁶ Las tarifas, por cierto, deben guardar correspondencia con el volumen de repertorio que administra la sociedad de gestión colectiva en el territorio del País Miembro de la Comunidad Andina, lo que significa que si dicha sociedad representa a un porcentaje pequeño o mínimo de las obras que se



- 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 esencial¹⁷.
- 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 responsable¹⁸.
- 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 misma¹⁹.

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° 1-2019-96062, 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.

utilizan en el referido territorio, no podría cobrar tarifas como si representara a la mayor parte de las obras (por ejemplo, un repertorio prácticamente universal) que se utilizan en el mencionado territorio.

¹⁷ Ibidem.

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

¹⁹ Ibidem.

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 del 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.

| PROCESO 31-IP-2021 |

