

Criterios jurídicos interpretativos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

en materia de sociedades de
——— gestión colectiva ———

**Hugo R. Gómez Apac
José Rafael Fariñas Díaz
Alvaro Galindo Cardona**
Directores

**Alfredo Corral Ponce
Ramiro Rodríguez Medina
Karla M. Rodríguez Noblejas**
Coordinadores



Autores

Abel Martín Villarejo
Alejo Barrenechea
Alfredo Corral Ponce
Álvaro Hernández
Carlos Fernández Ballesteros
Cristina Perpiñá Robert
Eduardo de Freitas
Eduardo de la Parra Trujillo
Edwin Espinal Hernández
Edwin Urquidi
Ernesto Rengifo García
Esteban Argudo Carpio
Federico Duret
Fernando Zapata
Flavio Arosemena Burbano
Geoffrey Andrés Baldivieso Farfán
Gustavo García Brito
Gustavo Schötz
Jorge Mario Olarte Collazos
José Manuel Otero Lastres
Leonidas Rojas
Mabel Klimt Yusti
Martín Moscoso
Pablo Solines Moreno
Patricia Alvear
Ramiro Rodríguez Medina
Rodrigo Javier Gozalbez
Rosa María Kresalja
Santiago Schuster Vergara
Sebastián Sánchez Polanco
Victor Drummond
Wolfgang Ohnes
Yecid Rios

**Criterios jurídicos interpretativos
del Tribunal de Justicia
de la Comunidad Andina
en materia de sociedades
de gestión colectiva**



Criterios jurídicos interpretativos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de sociedades de gestión colectiva

Directores

Hugo R. Gómez Apac
José Rafael Fariñas Díaz
Alvaro Galindo Cardona

Coordinadores

Alfredo Corral Ponce
Ramiro Rodríguez Medina
Karla Margot Rodríguez Noblejas



Autores

Abel Martín Villarejo

Alejo Barrenechea

Alfredo Corral Ponce

Álvaro Hernández-Pinzón

Carlos Fernández Ballesteros

Cristina Perpiñá Robert

José Manuel Otero Lastres

Eduardo de Freitas

Eduardo de la Parra Trujillo

Edwin Espinal Hernández

Edwin Urquidí

Ernesto Rengifo García

Esteban Argudo Carpio

Federico Duret

Fernando Zapata

Flavio Arosemena Burbano

Geoffrey Andrés Baldivieso Farfán

Gustavo García Brito

Gustavo Schötz

Jorge Mario Olarte Collazos

Leonidas Rojas

Mabel Klimt Yusti

Martín Moscoso

Pablo Solines Moreno

Patricia Alvear

Ramiro Rodríguez Medina

Rodrigo Javier Gozalbez

Rosa María Kresalja

Santiago Schuster Vergara

Sebastián Sánchez Polanco

Victor Drummond

Wolfgang Ohnes

Yecid Ríos



-logía

-logía es una partícula lingüística de origen griego cuyo concepto vincula términos como *discurso*, *ciencia*, *estudio* o *tratado*, palabras fundamentales que caracterizan esta colección de escritos teóricos sobre diversas materias, dentro de las diferentes áreas del conocimiento, en el ámbito universitario.

Criterios jurídicos interpretativos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de sociedades de gestión colectiva

© AA.VV. Hugo R. Gómez Apac, José Rafael Fariñas Díaz,
Alvaro Galindo Cardona

© Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TJCA

© Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, CISAC

© Universidad de Las Américas, UDLA

Primera Edición

Quito, junio, 2023

Directores:

Hugo R. Gómez Apac

José Rafael Fariñas Díaz

Alvaro Galindo Cardona

Coordinadores:

Alfredo Corral Ponce

Ramiro Rodríguez Medina

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Curaduría (edición y corrección de estilo)

Gustavo A. Villacreses Brito

Editora

Susana Salvador Crespo

Coordinadora UDLA Ediciones

Producción editorial

La Caracola Editores

Impresión

Editorial Ecuador

Cuidado De La Edición

Fabrizio Cerón Rivas

Analista editorial UDLA Ediciones

Sello editorial:

UDLA Ediciones

Mario Mateo Santos Pérez

Curaduría del texto

ISBN: 978-9942-779-65-6

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

Antes de su publicación, esta obra fue evaluada bajo la modalidad de revisión por pares anónimos.

Impreso en Quito, Ecuador, 2023

Nota

Todos los textos que aparecen en esta publicación han sido objeto de curaduría. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), la Universidad de Las Américas (UDLA), los directores y los coordinadores no se hacen responsables de la exactitud, licitud, veracidad y/o actualidad de sus contenidos u opiniones, los cuales son responsabilidad exclusiva de los autores.

Las declaraciones, ideas y opiniones vertidas en la presente obra colectiva son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no comprometen ni vinculan, ni directa ni indirectamente, a la jurisprudencia o posición oficial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Los autores son responsables exclusivos de la interpretación que efectúan en el presente trabajo académico de las normas andinas y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como de su lectura y sentido. Dicha interpretación, lectura y sentido no vinculan a la corte andina, y esta no necesariamente las comparte.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina apoya el estudio y difusión del derecho comunitario andino por parte de docentes, profesionales, especialistas, estudiantes, doctrinarios y la academia en general.

La posición oficial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se encuentra en su jurisprudencia.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Magistrados

Hugo R. Gómez Apac (Presidente)

Gustavo García Brito

Hernán Rodrigo Romero Zambrano

Luis Rafael Vergara Quintero

Secretario

Luis Felipe Aguilar Feijoó

Abogados Asesores

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Eduardo Almeida Jaramillo

Jefa Administrativa y Financiera

Germania Achig Castellanos

Abogados Consultores

Alejandra Muñoz Torres

Lilian Carrera González

Lupe Helena Núñez del Arco Viteri

Mariohr Pacheco Sotillo

Asistentes Judiciales

Gustavo Andrés Villacreses Brito

Carlos Sebastián Garcés Vásquez

Alejandra Romelia Leiva Brussil

Edison Canchig Echeverría

Jorge Luis Zamora Bonilla

Luis Marcelo Ruiz Carrill

Agradecimiento

Esta publicación ha sido posible gracias al grupo de estudiantes voluntarios que trabajaron arduamente en el proyecto, que permitieron que los cuestionamientos atravesaran su cuerpo y dieran nuevas lecturas a su existencia. Agradecemos a la Universidad de Las Américas por permitirnos desarrollar este proyecto y ahora ponerlo en evidencia en este texto, y a los y las docentes que han formado parte del mismo, por su compromiso y entrega coherente entre lo que se dice y lo que se hace.

Contenido

Prólogo	1
Presentación	7
Agradecimiento.....	9
Capítulo I	
Noción de sociedades de gestión colectiva (SGC).....	11
<i>Carlos Fernández Ballesteros</i>	
<i>Gustavo García Brito</i>	
Capítulo II	
Naturaleza jurídica de las SGC	19
<i>Cristina Perpiñá Robert</i>	
<i>José Manuel Otero Lastres</i>	
Capítulo III	
Justificación o necesidad de la existencia de las SGC	27
<i>Patricia Alvear</i>	
Capítulo IV	
Composición de las SGC y su relación con los afiliados.....	35
<i>Leonidas Rojas</i>	
Capítulo V	
Gestión colectiva y/o gestión individual de las obras	43
<i>Eduardo de Freitas</i>	
<i>Martín Moscoso</i>	
Capítulo VI	
Facultades de la SGC (gestión contractual – defensa de derechos).	
Acción por infracción de derechos de autor a través de una SGC	53
<i>Ernesto Rengifo García</i>	

Capítulo VII

Límites en la actuación de las SGC61

Geoffrey Andrés Baldivieso Farfán

Capítulo VIII

Destino de las remuneraciones recaudadas por las SGC 67

Wolfgang Ohnes

Capítulo IX

Participación en las recaudaciones que realiza la SGC / Modificación o variación en las reglas de distribución equitativas y proporcionales a favor de los socios de la SGC 73

Rodrigo Javier Gozalbez

Abel Martín Villarejo

Capítulo X

Las diferencias entre el reconocimiento de personería jurídica y autorización de funcionamiento de las SGC..... 85

Flavio Arosemena

Edwin Urquidí

Capítulo XI

Principales facultades y obligaciones de las SGC / La adquisición de frecuencias radiales y la adquisición de autorizaciones para la prestación de servicios de radiodifusión por parte de una SGC 95

Esteban Argudo Carpio

Capítulo XII

Derecho de participación apropiado de los socios de las SGC / Pautas en relación con la afiliación y las condiciones de participación de los socios de una SGC ... 101

Alfredo Corral Ponce

Capítulo XIII

Requisitos para la autorización de funcionamiento de una SGC, conforme el artículo 45 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena 113

Pablo Solines Moreno

Rosa María Kresalja

Capítulo XIV

La obligación de no aceptar miembros de otras SGC del mismo género, del país o del extranjero / Principio de exclusividad de la actividad de una SGC .. 127

Victor Drummond

Jorge Mario Olarte Collazos

Álvaro Hernández - Pinzón

Capítulo XV

Comunicación o ejecución pública (uso de señales de televisión) no autorizada de una obra audiovisual inscrita en una SGC / Comunicación o ejecución pública no autorizada mediante la retransmisión de una obra audiovisual inscrita en una SGC / La diferencia entre la retransmisión de una obra audiovisual (derecho de autor) y la retransmisión de una señal (derecho conexo) 141

Yecid Ríos

Gustavo Schötz

Capítulo XVI

Legitimidad para actuar de las SGC / Legitimidad procesal de una SGC / Legitimación activa de las SGC para recaudación..... 155

Santiago Schuster Vergara

Capítulo XVII

La autorización del titular de un derecho de autor o de la SGC que opera y gestiona sus derechos, para la reproducción o comunicación pública de una obra, entre otros, a través de la retransmisión de emisiones..... 165

Federico Duret

Fernando Zapata López

Capítulo XVIII

La responsabilidad solidaria a la que se refiere el artículo 54 de la Decisión 351 175

Mabel Klimt Yusti

Sebastián Sánchez Polanco

Capítulo XIX

La comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y otros establecimientos de hospedaje, que pudieran estar representados por una SGC 187

Alejo Barrenechea

Eduardo de la Parra Trujillo

Edwin Espinal Hernández

Capítulo XX

Potestad de inspección, vigilancia y control estatal sobre las SGC..... 201

Ramiro Rodríguez Medina

Prólogo

Hugo R. Gómez Apac

Magistrado Presidente

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Si bien los titulares de derechos de autor y derechos conexos pueden optar por la gestión individual de sus derechos, ello no siempre es factible, y en muchos casos una alternativa más eficiente es la gestión colectiva. Como afirma la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la razón por la cual no se puede ejercer el derecho de autor individualmente es que las obras son utilizadas por un gran número de usuarios en diferentes lugares y en tiempos diferentes, lo que ocurre cada vez con mayor frecuencia. En general, los titulares de derechos individuales no cuentan con los recursos necesarios para monitorear todos los usos, negociar con todos los usuarios y cobrar la totalidad de la remuneración debida. Asimismo, los usuarios tendrían dificultades si quisieran solicitar la autorización de una gran cantidad de titulares de derechos individuales; el trabajo de identificarlos y localizarlos sería una carga económica excesiva para la mayoría de los usuarios.¹

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) reconoció dicha realidad en el Caso Sayco versus Colombia,² en el que señaló que si no existieran las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC), los autores (de obras literarias, plásticas, musicales, audiovisuales, coreográficas, fotográficas, etc.), los intérpretes, los ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión tendrían que autorizar la utilización de obras, interpretaciones, ejecuciones, producciones fonográficas o emisiones de radiodifusión, así como negociar y recaudar las regalías o remuneraciones correspondientes, con cada uno de los

¹ World Intellectual Property Organization (WIPO), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, WIPO, tercera edición, Geneva, 2022, p. 14. DOI 10.34667/tind.47101

² Sentencia de fecha 11 de marzo de 2022 recaída en el Proceso 01-AI-2019 (Acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia – Sayco contra la República de Colombia), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4442 del 22 de marzo de 2022.

usuarios que utilizan en sus actividades económicas los mencionados derechos, los que pueden ser cines, empresas de radio o televisión (de señal abierta o cerrada), discotecas, bares, restaurantes, hoteles, empresas de transporte (terrestre, aéreo, marítimo, fluvial) y los miles de establecimientos comerciales u otros que utilizan tales creaciones intelectuales como parte de sus actividades económicas y, a su vez, estos miles de establecimientos comerciales u otros (usuarios) tendrían que solicitar autorización y negociar el pago de remuneraciones con cada uno de los miles de titulares de derechos de autor y derechos conexos, lo que sería, en términos económicos, costosísimo para ambos lados. Las SGC, continuó explicando la corte andina, al intermediar entre los titulares de derechos de autor y derechos conexos y los usuarios de estos derechos, reducen los costos de transacción involucrados, logrando, de manera eficiente, que los primeros perciban los beneficios de sus derechos de propiedad intelectual y los segundos utilicen dichos derechos en sus actividades económicas y sociales.³

En términos generales, las SGC cumplen tres funciones esenciales:

la administración de los derechos patrimoniales de las obras o prestaciones establecidas en su repertorio, la fijación y recaudación de las tarifas por el uso de las obras o prestaciones que hagan parte del repertorio de obras de la sociedad de gestión, y la distribución del mencionado recaudo a los titulares de derechos patrimoniales de autor en forma proporcional al uso efectivo de las obras.⁴

Las SGC desarrollan un rol importante en la protección de los derechos de autor y derechos conexos y en la percepción efectiva de los beneficios derivados de su explotación, lo que ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el proceso de integración regional más longevo y exitoso de Sudamérica, que agrupa a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, del 17 de diciembre de 1993, que aprueba el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, regula en sus artículos 43 a 50 determinados aspectos de las SGC, como los requisitos para su autorización de funcionamiento; las potestades de inspección, vigilancia y sanción que cada Estado —a través de la autoridad nacional competente— puede ejercer sobre ellas; los criterios para el cobro de tarifas; la legitimidad procesal para actuar en nombre de sus asociados, entre otros.

El TJCA, que es el órgano jurisdiccional del proceso de integración subregional andino, además de su competencia (supranacional) para resolver controversias entre países miembros, entre órganos comunitarios, entre países miembros

³ Sentencia recaída en el Proceso 01-AI-2019, pp. 10-11.

⁴ Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC), *Panorama de la gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en Iberoamérica*, Documentos Cerlalc –Derecho de autor (documento auspiciado por la Unesco), elaborado por Juan David Gómez Garavito et. al., Bogotá, 2018, p. 23.

y órganos comunitarios, y entre estos y personas naturales y jurídicas, orienta a las autoridades administrativas y jurisdiccionales sobre la correcta interpretación del derecho andino, para efecto de lo cual utiliza el instrumento procesal denominado «Interpretación Prejudicial».

La corte andina ha emitido decenas de interpretaciones prejudiciales que han explicado el contenido y alcance de los conceptos e instituciones inmersos en las disposiciones de la Decisión 351 que regulan la actuación de las SGC. La obra colectiva que tiene en manos el lector sistematiza los criterios jurídicos interpretativos que la corte andina ha desarrollado en torno a las SGC, los que vienen comentados por los más reputados especialistas en derecho autoral de Iberoamérica.

El 20 de junio de 2019, el TJCA y la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) celebraron un convenio interinstitucional con el objeto de cooperar de manera conjunta en el diseño, organización, desarrollo, implementación y ejecución de actividades académicas (v.g., publicaciones e investigaciones) que permitan el conocimiento, estudio, sistematización, enseñanza y difusión del derecho de propiedad intelectual y del derecho comunitario andino, lo que incluye la jurisprudencia de la corte andina vinculada a la Decisión 351 y a las SGC.

A inicios de 2022, en el marco de dicho convenio, acordamos con Rafael Fariñas, director regional para América Latina y el Caribe de la CISAC, publicar una obra colectiva que recopile los criterios jurídicos interpretativos desarrollados por el TJCA en torno a las SGC, así como comentarios sobre tales criterios de reconocidos especialistas en derecho autoral de Iberoamérica. Luego se unió al proyecto editorial la Universidad de Las Américas (UDLA), con la participación de Álvaro Galindo Cardona, decano de su Facultad de Derecho, quien comprometió a dicha casa de estudios con la revisión, diagramación e impresión de la primera edición. Es así como este libro constituye un trabajo mancomunado de tres instituciones: el TJCA, la CISAC y la UDLA.

Mi agradecimiento a Rafael y a Álvaro por el apoyo institucional y directivo que ha permitido la concretización del presente libro.

La implementación del proyecto editorial requería el apoyo de especialistas en propiedad intelectual que se encargaran de recopilar los criterios jurídicos interpretativos del Tribunal, formular una propuesta de estructura del libro, escoger y coordinar con los expertos en derecho autoral, efectuar una primera revisión y corrección de los textos, etcétera.

Quien se encargó de recopilar los criterios jurídicos interpretativos de la vasta jurisprudencia de la corte andina fue Javier Freire Núñez, quien cuenta con dos maestrías en propiedad intelectual (por la Universidad FLACSO de Buenos Aires y por la UDLA) y que se desempeñó como director nacional de Propiedad Industrial en el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), como abogado asesor técnico internacional del TJCA y como becario-investigador del Instituto Max Planck para la Innovación y Competencia.

Luego vino el trabajo de sistematización y coordinación con los autores, labor que recayó en dos reconocidos expertos en derecho de autor: Alfredo Corral Ponce y Ramiro Rodríguez Medina. Alfredo fue presidente del IEPI y director de la Maestría en Propiedad Intelectual de la UDLA, es autor de libros y artículos sobre propiedad intelectual y, a la fecha, ha sido designado como magistrado suplente de la corte andina. Ramiro fue director nacional de Propiedad Industrial y de Derecho de Autor en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (Senadi) y es profesor de propiedad intelectual en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y en la Universidad Internacional del Ecuador. Al equipo de coordinación se sumó Karla Rodríguez Noblejas, autora de publicaciones en materia de propiedad intelectual, que fue secretaria general *ad interim* de la corte andina y que, actualmente, se desempeña como abogada asesora de la presidencia del TJCA.

Mi agradecimiento a Javier, Alfredo, Ramiro y Karla.

El acuerdo adoptado entre el TJCA, la CISAC y la UDLA aceptó la premisa de que los comentaristas iban a tener la libertad de analizar, conforme a sus convicciones, las interpretaciones prejudiciales del Tribunal. Esto es lo propio de la actividad académica —que se desarrolla siempre bajo el ropaje de las libertades de pensamiento y opinión— y se enlaza con el derecho de los ciudadanos de comentar y criticar los fallos judiciales.

Por el lado de la corte andina, la crítica por parte de reconocidos especialistas en derecho autoral es apreciada como una retroalimentación que se recibe de la doctrina jurídica, lo que permitirá, en los casos que corresponda, mejorar o virar el sentido de los criterios jurisprudenciales futuros, o afianzar los actuales. La doctrina jurídica, en lugar de ser desdeñada por los jueces, debe ser observada como un insumo adicional dentro del conjunto de apreciaciones y pareceres que los jueces sopesan antes de inclinarse por una tesis u otra, por una teoría u otra. Existe un diálogo permanente entre jurisprudencia y doctrina. Esta estudia la jurisprudencia y la comenta y la critica. Los jueces estudian la doctrina y si resulta persuasiva la incorporan en su jurisprudencia. Una retroalimentación constante y recíproca que con el tiempo no solo modula y perfecciona los conceptos e instituciones jurídicas, sino que permite crear nuevas teorías sobre dichos conceptos e instituciones.

La obra colectiva está estructurada en veinte capítulos. Cada uno contiene uno o más criterios jurídicos interpretativos —estrechamente vinculados entre sí— y los textos de uno o más expertos en derecho autoral que analizan y comentan tales criterios. Jurisprudencia y doctrina, cara a cara, y se deja al lector estar de acuerdo o en desacuerdo con la jurisprudencia y el comentario, si es que estos están alineados; o tomar partido por alguno, si hay discrepancia entre ellos.

Son 32 especialistas en derecho autoral que participan en la obra colectiva. Mi agradecimiento a Abel Martín Villarejo, Alejo Barrenechea, Alfredo Corral Ponce, Álvaro Hernández, Carlos Fernández Ballesteros, Cristina Perpiñá Robert, José Manuel Otero Lastres, Eduardo de Freitas, Eduardo de la Parra Trujillo,

Edwin Espinal Hernández, Edwin Urquidi, Ernesto Rengifo García, Esteban Argudo Carpio, Federico Duret, Fernando Zapata, Geoffrey Andrés Baldivieso Farfán, Gustavo García Brito, Gustavo Schötz, Jorge Mario Olarte Collazos, Leonidas Rojas, Mabel Klimt Yusti, Martín Moscoso, Pablo Solines Moreno, Patricia Alvear, Ramiro Rodríguez Medina, Rodrigo Javier Gozalbez, Rosa María Kresalja, Santiago Schuster Vergara, Sebastián Sánchez Polanco, Victor Drummond, Wolfgang Ohnes y Yecid Ríos.

El TJCA, la CISAC y la UDLA se han empeñado en esta cruzada académica con el propósito de dar a conocer a las oficinas de derecho de autor, a los titulares de derechos, a los usuarios de las obras y de las prestaciones objeto de derechos conexos, a los directivos y asociados de las SGC de todos los ramos, a los abogados y estudiantes y al público en general, una versión sistematizada y comentada de las interpretaciones prejudiciales emitidas por el TJCA en torno a los artículos 43 a 50 de la Decisión 351, que integran el capítulo XI (de la gestión colectiva) de la ley andina en materia de derecho de autor y derechos conexos.

La difusión del derecho andino es una forma de generar conciencia sobre las bondades de los procesos de integración, que no solo buscan el crecimiento económico y el mayor bienestar de los ciudadanos, sino también consolidar la paz y buenas relaciones entre los países. Que este libro coadyuve en la concientización de la integración como política pública de los Estados; y que la aspiración de los fundadores de la Comunidad Andina, de crear un mercado común latinoamericano, se haga realidad en un futuro cercano.

Quito, diciembre de 2022

Presentación

José Rafael Fariñas Díaz

Director Regional para América Latina
y el Caribe de la CISAC

Esta compilación fue concebida partiendo del hecho de que las interpretaciones prejudiciales (IP) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) son una fuente fundamental de consulta para los profesionales de la propiedad intelectual en los países de América Latina y más allá, en las que los asuntos relacionados con la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos suelen dar lugar a la emisión de criterios jurídicos de interpretación prejudicial.

Las sociedades de gestión colectiva y los usuarios de las obras y prestaciones conexas suelen plantear demandas sobre asuntos relacionados con el derecho de autor y los derechos conexos ante los tribunales de los países miembros de la Comunidad Andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. En ocasiones estas demandas dan lugar a consultas de interpretación prejudicial ante el TJCA a propósito de las cuales el Tribunal emite criterios en los que hace mención a asuntos relacionados con la gestión colectiva, tales como la naturaleza jurídica y la legitimación de las sociedades de gestión, la facultad legal para fijar tarifas por el uso de obras y prestaciones conexas protegidas, o al alcance de la supervisión y vigilancia del Estado sobre tales organizaciones. No son pocos, además, los casos en los que los criterios jurídicos expresados en esas interpretaciones prejudiciales del TJCA son citados en investigaciones académicas especializadas o señalados como precedentes para apoyar argumentaciones en otras causas sobre derecho de autor dirimidas ante tribunales de la región.

La presente compilación se emprendió en el marco del Convenio de Cooperación Interinstitucional Académico suscrito en 2019 entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la oficina regional para América Latina y el Caribe de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores

(CISAC).¹ Luego se sumó también a la iniciativa la Universidad de Las Américas (UDLA). El objetivo desde el inicio fue seleccionar, ordenar, comentar y publicar en formato físico y digital una compilación con las Interpretaciones Prejudiciales del TJCA contentivas de criterios jurídicos sobre gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos. La compilación fue estructurada partiendo de los asuntos generales como la noción, naturaleza jurídica, justificación, o la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva, y luego otros más específicos como la legitimación procesal para actuar, la facultad para fijar tarifas, la comunicación pública de obras audiovisuales administradas por sociedades de gestión en hoteles y otros establecimientos de hospedaje, o la potestad de inspección, vigilancia y control estatal sobre tales entidades.

Pero hubo más. La iniciativa contó también con la colaboración de más de treinta profesionales y académicos de América Latina y España, especialistas en derecho de autor y conexos, quienes tuvieron a su cargo escribir rigurosos comentarios sobre los distintos temas objeto de los criterios jurídicos expresados en las interpretaciones prejudiciales que conforman la compilación.

Solo nos resta agradecer al TJCA, en la persona del magistrado presidente Hugo R. Gómez Apac y demás magistrados; a la Universidad de Las Américas (UDLA), a través del decano de la Facultad de Derecho, Álvaro Galindo; y a los coordinadores Alfredo Corral Ponce, Ramiro Rodríguez Medina y Karla Rodríguez Noblejas, por su disposición, apoyo y valioso trabajo para hacer posible esta compilación sobre criterios jurídicos interpretativos del TJCA en materia de sociedades de gestión colectiva.

No dudamos de que, debido a estas felices circunstancias que la hicieron posible y a la creciente importancia de su temática jurídica, esta compilación tendrá un lugar destacado como fuente de especial interés y de consulta frecuente para jueces, fiscales, funcionarios de oficinas de propiedad intelectual, profesores, estudiantes de especialización y maestría, y en general para los profesionales de la propiedad intelectual.

Santiago de Chile, diciembre de 2022

¹ CISAC es una organización internacional con sede en Francia y oficinas regionales en China, Hungría, Burkina Faso y Chile. Creada en 1926, es una organización no gubernamental que coordina las actividades y relación entre las entidades de gestión colectiva en todo el mundo. CISAC tiene 227 miembros en 118 países, que juntos representan más de 4 millones de creadores de música, arte visual, audiovisual, obras dramáticas y literatura. CISAC provee también a sus sociedades miembros de servicios en las áreas legal, comunicaciones, tecnología y otras. Más información sobre CISAC y sus sociedades miembros en: www.cisac.org.

Agradecimiento

Álvaro Galindo Cardona

Decano de la Facultad de Derecho de la UDLA

Es un honor para la Facultad de Derecho de las Universidades de Las Américas ser parte de este importante proyecto editorial.

La publicación que hoy presentamos es el resultado de un esfuerzo conjunto entre tres importantes instituciones provenientes de la academia (la Universidad de Las Américas, UDLA), la magistratura (el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TJCA) y la representación gremial (la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, CISAC).

Cuando se planteó la posibilidad de que la UDLA aportara con su sello editorial a esta publicación, no existió duda alguna de la relevancia que esta invitación tenía con relación a dos de los objetivos que han sido planteados desde mi llegada al decanato de su Facultad de Derecho: en primer lugar, la internacionalización de nuestros estudiantes, a través del estudio de las diferentes ramas del derecho que se aproximan a esta temática (como inevitablemente es el Derecho Comunitario en general y, particularmente, el que surge como resultado del proceso de integración de los países miembros de la Comunidad Andina, esto es, el Derecho Comunitario Andino); y, en segundo lugar, el fomento de la discusión y el debate, desde una aproximación técnica y objetiva, contribuyendo así al fortalecimiento de las instituciones democráticas (como la Comunidad Andina).

Con estos antecedentes, es justo reconocer la importante labor que desarrolla el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (representado actualmente por su presidente, el magíster Hugo R. Gómez Apac) en el desarrollo de la jurisprudencia vinculada al ordenamiento jurídico comunitario andino. Destacados juristas provenientes de los Estados Miembros han sido magistrados de este Tribunal Comunitario y su contribución a la profundización de la integración andina ha sido relevante. Uno de los mecanismos más importantes para alcanzar este objetivo ha sido la herramienta de la Interpretación Prejudicial, que permite a los jueces domésticos de los Estados Miembros acceder a la guía

jurisprudencial, de carácter vinculante, que ejerce este alto Tribunal para la unificación y correcta interpretación del derecho comunitario.

También merece un especial reconocimiento la encomiable labor realizada por la CISAC (representada por su presidente, José Rafael Fariñas Díaz), entidad que representa, a nivel internacional, a autores y compositores con el fin de gestionar los derechos económicos sobre sus obras. Es mediante esta representación que los autores y compositores reciben la justa retribución económica como resultado del ejercicio gremial de sus derechos intelectuales.

Finalmente, es importante resaltar la labor de cada uno de los comentaristas de la jurisprudencia del TJCA que han aceptado el reto de analizar las sentencias interpretativas. Entre dichos autores se encuentran dos profesores de nuestra Facultad (Patricia Alvear y Leonidas Rojas), quienes, con una visión desde la academia, coadyuvan a enriquecer el debate en esta importante materia de los Derechos de Autor.

La Facultad de Derecho de la UDLA seguirá contribuyendo desde la academia a difundir la fructífera labor del TJCA y, con esto, lograr un objetivo de la integración regional: la aplicación y el respeto del derecho comunitario andino.

Quito, diciembre de 2022

Capítulo I

Noción de sociedades de gestión colectiva

Carlos Fernández Ballesteros¹
Gustavo García Brito²

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y C.S. de la Universidad de la República, Montevideo. Es socio principal de Fernández Ballesteros & Fernández Sarmiento, consultores en Propiedad Intelectual. Es presidente del Instituto Uruguayo de Derecho de Autor (IUDA) y Grupo ALAI/Uruguay, así como miembro de Honor del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). De 1999 a 2006 ejerció como Secretario General de LATINAUTOR, Organización Iberoamericana de Derecho de Autor, y de 1986 a 1999 prestó funciones en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), donde llegó a ocupar el cargo de Subdirector General. Es Asesor Letrado en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo. En el Uruguay, fue Asesor Letrado del Ministerio de Relaciones Exteriores.

² Abogado por la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca. Especialista en Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por la Universidad Mayor de San Andrés. Magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Candidato a Doctor en Estudios Internacionales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO, Ecuador).

Actualmente, Magistrado Principal del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Es profesor de la Maestría en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; de la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional de la Universidad San Francisco de Quito; y de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de Nariño, Colombia.

El criterio jurídico interpretativo del TJCA:

«(...)

“Las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, son organizaciones de derecho privado destinadas a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos. Pueden ser socios de las sociedades de gestión colectiva los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte y los titulares de derechos conexos de otra, pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral (...)”²».

² Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 22-IP-98 del 25 de noviembre de 1998».

Fuente: Párrafo 1.2 de la página 3 de la Interpretación Prejudicial **312-IP-2019** del 13 de diciembre de 2019, que consta en la página 25 de la GOAC núm. 3942 del 6 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203942.pdf>.

Comentario de Carlos Fernández Ballesteros

El reconocimiento de los derechos de autor y conexos descansa en la premisa de que las obras y prestaciones son bienes susceptibles de apropiación que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico, por lo que su uso legítimo requiere de la autorización y, por lo tanto, del licenciamiento de sus titulares, cuestión que da lugar a lo que la doctrina denomina el mercado de «licencias o autorizaciones de los

derechos de propiedad intelectual».^{1, 2} Particular que es importante tener presente para así poder comprender los preceptos recogidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en torno a la noción de Sociedad de Gestión Colectiva.

En el mercado de licencias o autorizaciones se presentan dos escenarios a través de los cuales los titulares de derechos pueden gestionar los beneficios económicos derivados de la explotación de sus obras o prestaciones, a saber: la gestión individual, realizada por el propio titular; o la gestión colectiva, llevada a cabo a través de un organismo que administra los derechos de varios titulares. Esta última se presenta particularmente eficaz y eficiente frente a esquemas de uso y explotación secundaria de obras que conllevan el uso masivo de obras y prestaciones, que requieren de la autorización de uso de múltiples derechos y de gran cantidad de titulares, generando por tanto altos costes de transacción, tanto desde la oferta, como desde la demanda:

...la gestión colectiva constituye la forma más eficiente de gestión de esos derechos de difícil, si no imposible, gestión individual, tanto desde la perspectiva de los titulares de derechos como de los usuarios.³

De este modo, la existencia de terceros intermediarios que puedan concentrar y, por tanto, gestionar de manera colectiva los derechos de obras y prestaciones protegidas resulta beneficioso no solo para autores y titulares, sino también para usuarios.

Si bien la Decisión Andina 351, en sus artículos 43 y siguientes, establece una serie de normas que regulan los lineamientos generales del régimen de gestión colectiva de los derechos patrimoniales de autor y conexos, no define lo que son las Sociedades de Gestión Colectiva, empero establece algunas nociones importantes en torno a ellas, por ejemplo:

- a.** Las sociedades de gestión colectiva son personas jurídicas sujetas a la autorización de funcionamiento⁴ y posterior control y vigilancia del órgano administrativo encargado de la protección y aplicación del Derecho de Autor y los Derechos Conexos.

¹ Vanessa Jiménez Serranía, *La gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual frente al derecho de la competencia*, Monografía núm. 1272, Aranzadi-Civitas, Spanish Edition, Edición de Kindle, 2021, p. 37.

² «Recordemos que la existencia de estos derechos de propiedad intelectual implica que, para explotar y disfrutar de los “contenidos” (i.e. películas, canciones, libros), son necesarias una serie de licencias o autorizaciones, debiendo ser otorgadas las mismas por los titulares de cada uno de esos derechos. Es decir, nos encontramos con el mercado de las “licencias o autorizaciones de los derechos de propiedad intelectual”.» (Vanessa Jiménez Serranía, Op. Cit., p. 38).

³ Vanessa Jiménez Serranía, Op. Cit., pp. 40-41.

⁴ Para lo cual la autoridad debe verificar, entre otras cuestiones, que la Sociedad cuente con un repertorio suficiente de representación, el cual además debe ser proporcional con la tarifa que se pretende fijar.

- b.** La afiliación a las sociedades de gestión colectiva es voluntaria, salvo disposición legal expresa en contrario.
- c.** El objeto social de las sociedades de gestión colectiva es la administración del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos.
- d.** Las sociedades de gestión colectiva, por estar sujetas a la autorización y posterior control y vigilancia estatal, reciben de parte del ordenamiento jurídico la denominada legitimación presunta.⁵ Prerrogativa particular que viabiliza la gestión de los derechos de autor y conexos que, en términos sencillos, implica la inversión de la carga probatoria respecto del repertorio que representan. Es decir, las sociedades de gestión cuentan con la legitimación activa tanto para gestionar los derechos que representan, así como para interponer las acciones que fueren necesarias para salvaguardarlos. Por tanto, la carga de probar la falta de representación⁶ de la sociedad de gestión colectiva sobre determinada obra o prestación recae en quien la impugna.⁷

A estas nociones generales, previstas en la norma andina, el Tribunal de Justicia, mediante Interpretación Prejudicial 22-IP-98 del 25 de noviembre de 1998, ha sumado otras:

- a. «Las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, son organizaciones de derecho privado...».*

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece que la gestión colectiva se circunscribe a personas jurídicas de derecho privado, de allí que, en el marco del derecho comunitario, no es posible que una entidad de naturaleza estatal haga la gestión de los derechos derivados de la explotación de obras y prestaciones. Cuestión que en nuestra opinión resulta lógica y coherente, si consideramos que parecería poco adecuado que un ente de derecho público gestione derechos de naturaleza privada, pues al hacerlo parecería que el Estado se está entrometiendo en el orbe de los particulares.

⁵ La autoridad concede la autorización de funcionamiento a una sociedad cuando aquella logró acreditar que representa un repertorio importante de obras o prestaciones, de ahí una de las razones para que goce de legitimación presunta.

⁶ La representación a la que hacemos referencia abarca todos los aspectos que componen la gestión de los derechos, particular que incluye pero no se limita a la legitimación en activa en procesos judiciales o procedimientos administrativos.

⁷ Es importante advertir que esta presunción se vuelve de derecho y por tanto no admite prueba en contrario, en el caso de los derechos de gestión colectiva obligatoria, pues en ese caso ex lege se prevé que no es posible gestionarlos de manera individual, sino únicamente de forma colectiva.

- b. *«...destinadas a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos.».*

En este párrafo el Tribunal ratifica, por un lado, que el objeto social de las sociedades de gestión es la administración de los derechos de autor y conexos; y, por otro, que para llevar a cabo esta actividad las sociedades representan a los titulares de derechos, cuestión que, como sabemos, implica que las sociedades de gestión colectiva, al amparo del derecho comunitario, gocen de legitimación presunta.

- c. *«...Pueden ser socios de las sociedades de gestión colectiva los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte y los titulares de derechos conexos de otra, pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral...».*

En nuestra opinión, la redacción empleada en esta parte de la interpretación prejudicial resulta ambigua y poco clara; sería importante pues que se clarifique lo expresado. No obstante, al parecer, el Tribunal de Justicia lo que trata de explicar es que las sociedades de gestión colectiva pueden ser de Derecho de Autor o de Derechos Conexos; sin embargo, una sociedad puede gestionar tanto los derechos originarios (derecho de autor), como los derivados (derechos conexos), práctica no tan común pero que podría resultar beneficiosa y eficiente.

Comentario de Gustavo García Brito

La Decisión 351 –Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos– fue adoptada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en diciembre de 1993. El 1 de junio de 1994, en vigencia de la mencionada Decisión, la Sociedad Nacional de Autores y Editores (SONATA) solicitó el reconocimiento de su personería jurídica y la respectiva autorización de funcionamiento como sociedad de gestión colectiva a la Dirección Nacional del Derecho de Autor de la República de Colombia, entidad que aceptó dicha solicitud mediante Resolución número 1098, de 31 de octubre de 1994. Posteriormente, la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (SAYCO) demandó la nulidad de la citada Resolución ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, instancia judicial nacional que solicitó la respectiva Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el **Tribunal** o el **TJCA**), entre otros, del artículo 43

de la Decisión 351.⁸ De esta forma, el Tribunal comunitario tuvo la oportunidad de referirse por primera vez a la naturaleza y fines de las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos (en adelante, SGC), en el marco del Proceso 22-IP-98.⁹

En la citada Interpretación Prejudicial, el Tribunal inició el análisis afirmando que es a través de la labor de las SGC que se materializa el ejercicio de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos. Así, las SGC se encargan de administrar los derechos de sus asociados, de conformidad con sus reglas orgánicas y procurando obtener beneficios colectivos. A continuación, citó una serie de criterios que justifican la existencia de estas entidades, enfatizando que la actuación colectiva es más efectiva, ventajosa y célere que el accionar individual. Continuó el Tribunal reconociendo que, ni la Decisión 351 ni otros instrumentos internacionales sobre la materia establecen una definición de SGC ni se pronuncian acerca de su naturaleza jurídica. Al respecto, señaló que, si bien estas entidades pueden desarrollar actividades económicas o actos de comercio, no constituyen sociedades de naturaleza mercantil, especialmente porque no se encuentran sujetas al aporte de capital de sus miembros. Los autores y titulares de derechos de autor y derechos conexos, en el momento en el que deciden formar parte de una SGC, lo hacen en ejercicio de su libertad de asociación con miras a garantizar el más alto grado de protección de sus derechos de propiedad sobre bienes intangibles.

Sobre la base de esas consideraciones, el Tribunal estableció los siguientes seis criterios que caracterizan a las SGC, a las que se refiere la Decisión 351:

1. **Son organizaciones de derecho privado** que naturalmente deben estar legalmente constituidas en el País Miembro de la Comunidad Andina en el que pretenden ejercer su actividad. Adicionalmente, las SGC deben contar con una autorización de funcionamiento emitida por la oficina nacional competente, la cual tiene la potestad de llevar adelante actividades de inspección y vigilancia, así como de supervisión y control, aspecto que evidencia «una intervención estatal intensa» en relación con el funcionamiento de las SGC, tal como lo ha reconocido el TJCA en la Sentencia emitida en el Proceso 01-AI-2019 .
2. **Están destinadas a representar a los titulares de derechos de autor y derechos conexos.** En efecto, las SGC actúan en el marco de un mandato concedido por los titulares de derechos, a fin de que, en su nombre y representación, administren sus derechos patrimoniales o lleven adelante una gestión

⁸ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

«Artículo 43.- Las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, estarán sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.».

⁹ Publicada en la GOAC núm. 419 del 17 de marzo de 1999.

Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace419.pdf>. Fecha de consulta: 10 de julio de 2022.

representativa de sus intereses pecuniarios, todo de conformidad con las disposiciones normativas y estatutarias que resulten aplicables, así como tomando en cuenta los aspectos contractuales de los instrumentos que suscriban los asociados. Esta representación bien puede alcanzar a las actuaciones pertinentes que realice la SGC ante las autoridades administrativas y judiciales competentes, con el objetivo de cumplir a cabalidad el mandato otorgado por los autores o titulares de derechos.

3. **Actúan para salvaguardar el interés general de los asociados.** La responsabilidad principal a cargo de las SGC es la salvaguarda de los intereses y derechos de quienes confiaron en su representación, a través de una gestión colectiva que resulte más eficiente, ventajosa, célere y eficaz que la actuación individual de cada titular.
4. **Hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos.** La labor de las SGC permite que los autores y titulares de derechos gocen y disfruten de un adecuado nivel de protección de sus derechos patrimoniales, lo que se traduce en la posibilidad de acceder a una efectiva remuneración o contraprestación por la utilización y explotación de los bienes intangibles objeto de protección, tales como una obra artística, literaria, musical o audiovisual.
5. **Están integradas por los autores y los titulares de derechos de autor y derechos conexos,** quienes, como ya se mencionó, podrán asociarse de manera voluntaria, salvo que la legislación interna de los Países Miembros de la Comunidad Andina establezca expresamente una obligación para formar parte de una SGC, a fin de poder ejercer los respectivos derechos patrimoniales.
6. **Pueden converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral.** Al respecto, Antequera Parilli (2007)¹⁰ señala que, considerando que los derechos patrimoniales, a diferencia de los derechos morales de autor, son transferibles por actos entre vivos, cuando se produce una cesión o se otorga una licencia para la explotación de estos derechos, surge el denominado «titular derivado», pues el «titular originario» será siempre el autor. En ese sentido, ambos titulares —originario y derivado— podrían formar parte de una misma SGC.

Como se puede apreciar, el criterio jurídico interpretativo establecido por el TJCA para definir o caracterizar a las SGC se mantiene vigente y ha servido, a lo largo de los años, como un marco general para definir con mucho detalle cuáles son la naturaleza, el objeto, las funciones y los deberes que deben cumplir las SGC, las cuales constituyen un valioso instrumento que permite asegurar el efectivo ejercicio de los derechos patrimoniales de los autores y titulares de derecho de autor y derechos conexos en la Comunidad Andina.

¹⁰ Antequera Parilli, *La gestión colectiva del derecho de autor y el ejercicio de los derechos exclusivos*, en *Derechos Intelectuales*, núm. 13, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

Capítulo II

Naturaleza jurídica de las sociedades de gestión colectiva

Cristina Perpiñá Robert¹
José Manuel Otero Lastres²

¹ Directora de Asuntos Jurídicos e Institucionales de CISAC desde 2019. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde 1992. Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Anteriormente trabajó en la SGAE desde 1998, primero como abogada de plantilla, luego como directora de Servicios Jurídicos hasta 2016, cuando se convirtió en Directora de Asuntos Regulatorios Internacionales y Mercados Digitales para la sociedad. Antes de trabajar en la SGAE fue directora del Departamento Internacional de la Sociedad de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes de España (AIE) y también trabajó en el ámbito privado.

² Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Senior advisor de la firma Broseta, y socio fundador del bufete Otero Lastres. Miembro de la Junta Directiva del Real Madrid C.F. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de León (España) y de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Ha sido decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de León entre 1981 y 1985. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Reconocido con la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (o la Cruz al Mérito) en el Servicio a la Abogacía del Consejo General de la Abogacía Española. Miembro fundador de la International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property, con sede en Ginebra; del Institute of International Business Law and Practice de la Cámara de Comercio Internacional; y del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela. Presidente de la Comisión de Estudios y Publicaciones de la Corte Española de Arbitraje. Miembro del Comité de Redacción de la revista *Abogados*, editada por el Consejo General de la Abogacía Española, y miembro del Consejo de Redacción de la *Revista de Derecho Mercantil*.

Los criterios jurídicos interpretativos del TJCA

«1.7. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de las sociedades de gestión colectiva. El tratamiento de dichas entidades varía de conformidad con las diferentes legislaciones.⁴ La normativa comunitaria no determina explícitamente la naturaleza jurídica de tales organizaciones, pero de la regulación contenida en el Capítulo XI de la Decisión 351 se desprende lo siguiente: son instituciones de naturaleza privada, sin ánimo de lucro y sometidas a la inspección y vigilancia del Estado. Se constituyen de conformidad con las normas nacionales internas sobre la materia (Literal a) del Artículo 45 de la Decisión 351).».

⁴ Antequera Parilli, Ricardo. Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines. Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2007, pp. 265 - 275.».

Fuente: Párrafo 1.7 de la página 5 de la Interpretación Prejudicial **64-IP-2018** del 16 de septiembre de 2019, que consta en la página 19 de la GOAC núm. 3789 del 24 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gaceta%203789.pdf>.

«Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica las sociedades de gestión colectiva, aunque no reguladas en las convenciones internacionales, tienden a ser organizadas como instituciones de naturaleza privada en algunos países europeos, en Estados Unidos y en Latinoamérica, sin perjuicio de que puedan ser sometidas a autorización de funcionamiento, a fiscalización o vigilancia por parte del Estado, a la intervención para el señalamiento de tarifas, etc...».

Fuente: Página 7 de la Interpretación Prejudicial **22-IP-1998** del 25 de noviembre de 1998, que consta en la GOAC núm. 419 del 17 de marzo de 1999, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/gace419.pdf>.

Comentario de Cristina Perpiñá Robert

Son objeto del presente comentario dos criterios interpretativos emitidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) respecto de la naturaleza jurídica de las sociedades de gestión colectiva (en lo sucesivo, SGC): el primero, de fecha 16 de septiembre de 2019 (párrafo 1.7 de la Interpretación Prejudicial 64-IP-2018), que resuelve la consulta formulada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; y el segundo, de fecha 25 de noviembre de 1998 (página 7 de la Interpretación Prejudicial 22-IP-1998), solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Con carácter previo, conviene precisar que por naturaleza jurídica se hace referencia, en el presente comentario, especialmente a la forma o configuración jurídica de las SGC, y no tanto a la definición o finalidad de este tipo de entidades, aunque ambos conceptos estén íntimamente ligados.

Lo primero que se debe resaltar es que, a pesar de haber transcurrido más de dos décadas entre ambas Interpretaciones Prejudiciales, el TJCA mantiene la misma interpretación, coincidiendo sustancialmente en ambas resoluciones los aspectos esenciales a la hora de calificar la naturaleza jurídica de las SGC. Esto resulta especialmente relevante teniendo en cuenta el profundo cambio que se ha producido en las últimas décadas en el ámbito de la gestión colectiva de derechos, muy especialmente por la aparición de nuevas modalidades de explotación a través de las redes digitales, y con ello, a la aparición de otros agentes en el ámbito de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, los cuales compiten frecuentemente con las SGC.

El TJCA reconoce el debate existente acerca de la naturaleza jurídica de las SGC y su tratamiento dispar a nivel internacional, pero en ambas Interpretaciones Prejudiciales se identifican los siguientes elementos característicos de este tipo de sociedades:

- Suele tratarse de organizaciones de derecho privado (mayoritariamente en Europa, Estados Unidos y Latinoamérica);
- Carecen de ánimo de lucro; y,
- Están sujetas a un grado elevado de intervención o fiscalización estatal o pública.

El panorama heterogéneo a nivel internacional respecto de la forma o estructura asociativa de las SGC se basa en su falta de determinación, salvo algunas excepciones, en las distintas leyes nacionales, las cuales otorgan libertad de elección para este tipo de entidades.

A nivel europeo, la Directiva 2014/26 de gestión colectiva¹ cuyo objeto es la coordinación de las normas nacionales relativas al acceso de las entidades de gestión colectiva a la actividad de gestión, sus modalidades de administración y su marco de supervisión,² reconoce expresamente la variedad de formas jurídicas que pueden adoptar las SGC, desde asociaciones, cooperativas o sociedades con responsabilidad limitada, e incluso fundaciones, sin que se exija ninguna en particular. La Directiva, no obstante, advierte a los Estados miembros de la Unión la necesidad de adoptar medidas adecuadas para impedir que, mediante la elección de la forma jurídica, se incumplan las obligaciones derivadas de la Directiva.

La Directiva europea define a las entidades de gestión colectiva como

toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual para gestionar los derechos de autor o los derechos afines en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que cumple al menos uno de los siguientes criterios: i) ser propiedad o estar sometida al control de sus miembros, o ii) carecer de ánimo de lucro.

Precisamente, la falta de estos dos criterios (esto es, tratarse de entidades con ánimo de lucro que no son propiedad ni están controladas por sus miembros) es lo que distingue a las SGC o entidades de gestión colectiva de aquellos otros agentes que intervienen en el mercado de gestión colectiva, denominadas en la Directiva «operadores de gestión independiente». Estos últimos, además, suelen carecer del nivel de control o fiscalización estatal o administrativa que también caracteriza a las SGC, como señala el TJCA. Este nivel de intervención o fiscalización suele manifestarse frecuentemente tanto en el momento de su autorización (control *ex ante*) como durante todo el ejercicio de su actividad (control *ex post*) y es lo que las ha llevado a ser consideradas entidades semipúblicas o *sui generis*.

En este sentido, como indica el TJCA, sobre todo a nivel europeo y latinoamericano, las SGC suelen ser entidades de derecho privado, sin perjuicio de la estrecha vinculación que tienen con las autoridades públicas, por su grado de control. Ahora bien, en aquellos países en los que el nivel de reconocimiento y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual se encuentra aún en desarrollo (por ejemplo, en algunos países africanos), suelen predominar las SGC de carácter público. Según el profesor Mihály Ficsor, considerado uno de los grandes expertos en la materia, la existencia de un número aún pequeño de titulares de derechos y la falta de ingresos suficientes para poder sufragar los

¹ Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

² Considerando 8 de la Directiva 2014/26/UE.

costes de establecimiento de una SGC justifican la necesidad de recurrir a sociedades públicas.³

Se trata, por lo tanto, de organizaciones de base asociativa, en las que resulta esencial la participación de los titulares de derechos, incluso en los órganos de gestión y dirección, a diferencia de las otras agencias u operadores de gestión independientes, en los que no se produce dicho grado de involucración de los titulares de derechos.

Así lo reconoce expresamente la Directiva 2014/26 de gestión colectiva, al establecer que las entidades de gestión colectiva, al actuar en el mejor interés colectivo de los titulares de derechos a los que representan, deben prever sistemas que permitan a los miembros ejercer sus derechos participando en el proceso de toma de decisiones de la entidad.⁴

Esta característica, unida a la ausencia de ánimo de lucro, es precisamente lo que distingue a las SGC de las sociedades mercantiles, debido a la ausencia de aporte común de bienes y de capital de los socios. Ello explica la especial naturaleza jurídica de las SGC, llegando a considerarse entidades jurídicas «sui generis».

Así lo entiende también el TJCA en el mismo párrafo de la Interpretación Prejudicial 22-IP-1998 del 25 de noviembre de 1998, objeto del presente comentario, al establecer: «Para algunos las anteriores características hacen que las entidades de gestión sean consideradas más bien como asociaciones sui generis, sujetas a una regulación detallada».

Comentario de José Manuel Otero Lastres

Es de todos conocida la intervención de Jean Le Chapelier en la Asamblea de Francia en 1791, dos años después de la Revolución Francesa, defendiendo la consideración del derecho de autor como derecho natural, afirmando:

El más sagrado, la más personal de todas las propiedades es el trabajo fruto del pensamiento de un escritor (...) en consecuencia, es extremadamente justo que los hombres que cultivan el campo del pensamiento disfruten los frutos de su trabajo; es esencial que durante su vida y por algunos años después de su muerte, nadie pueda disponer del producto de su genio sin su consentimiento.

³ Mihály Ficsor, *La gestión colectiva de los derechos de autor y derechos conexos*, OMPI, 2002.

⁴ Considerando 22 de la Directiva 2014/26/UE.

Las leyes posteriores de los distintos países reconocieron a sus autores la propiedad intelectual de las obras literarias, artísticas o científicas por el solo hecho de su creación. Y configuraron la propiedad intelectual como un derecho integrado por facultades de carácter personal y patrimonial, que atribuye al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

Por lo general, las leyes consideran como objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. A lo que cabe añadir que el contenido del derecho de la propiedad intelectual se bifurca en el derecho moral y los derechos de explotación. Respecto de estos últimos, suelen disponer las leyes que corresponde al autor y a los titulares de otros derechos de propiedad intelectual (artistas, intérpretes y ejecutantes, principalmente) el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización.

Pues bien, creo que no es exagerado afirmar que el reconocimiento de estos derechos a los autores y titulares de los derechos afines serían ilusorios si las leyes no previesen las entidades de gestión colectiva de estos derechos. Estas entidades, de acuerdo con el artículo 147 de la Ley española, deben estar legalmente constituidas, tener un establecimiento en territorio español y dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual. Deberán, asimismo, obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura y Deporte, con objeto de garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual. Esta autorización habrá de publicarse en el *Boletín Oficial del Estado*.

Las entidades de gestión colectiva, añade la ley, son propiedad de sus socios y estarán sometidas al control de los mismos, no podrán tener ánimo de lucro (*rectius* lucro repartible) y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión por sus titulares mediante contrato de gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este título se establecen y, en particular, hacer efectivos los derechos a una remuneración y compensación equitativas en los distintos supuestos previstos en esta ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.

Para finalizar, me gustaría resaltar que si no se previese la existencia de las entidades de gestión colectiva sería como reconocer a los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual la propiedad de un automóvil, pero sin ruedas. Con esto quiero decir que el carácter personal y patrimonial de los derechos de propiedad intelectual sería inefectivo e ilusorio si las leyes no previeran la existencia de estas instituciones de gestión que son indispensables para la explotación de los citados derechos.

Capítulo III

Justificación o necesidad de la existencia de las sociedades de gestión colectiva

Patricia Alvear Peña¹

¹ Es abogada y doctora en Jurisprudencia de la Universidad Estatal de Cuenca; máster en Derecho, con Mención en Derecho Internacional Económico, por la Universidad Andina Simón Bolívar.

Tiene un Diplomado de Derecho Mercantil-Competencia y es Especialista en Derecho Administrativo, de la Universidad de Salamanca (España); y otro en Derechos de Autor y Derechos Conexos, en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Es Doctora (Ph.D) en Derecho.

En la actualidad es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas (UDLA) e invitada de otras universidades.

Tiene experiencia en asesoría y litigio comercial y competencia. Se ha desempeñado como docente y decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Internacional SEK; abogada de varias instituciones públicas, privadas e intergubernamentales como el Instituto Iberoamericano del Patrimonio Natural o Cultural (IPANC) del Convenio Andrés Bello; y con-juez del Tribunal Distrital de lo Fiscal de Pichincha. Es socia fundadora de la firma LexAdvisor Consultores y Abogados Asociados.

Ha participado como ponente en foros y seminarios en el área de su especialización, a nivel nacional e internacional. Es autora de varios artículos y publicaciones especializados en Derecho.

El criterio jurídico interpretativo del TJCA:

«1.11. El Tribunal, en la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 22-IP-98 de fecha 25 de noviembre de 1998, justificó la existencia de las sociedades de gestión colectiva expresándose de la siguiente manera:

“La existencia de la sociedad de gestión colectiva se justifica por la doctrina, por los siguientes motivos:

- a) El ejercicio individual del derecho de autor resulta de muy difícil cumplimiento frente a la diversidad de usos que de la producción artística o literaria se realiza a través de comunicaciones públicas como radio, televisión, salas de fiesta, tecnología digital, etc.
- b) Los derechos de simple remuneración concedidos a los artistas por la Convención de Roma y por las leyes nacionales no podrían llevarse a efecto sin la gestión colectiva.
- c) La existencia de un gran número de artistas, escritores y en general titulares de derechos de autor con una relativamente débil posición negociadora y contractual para salvaguardar los derechos de remuneración, requiere de una efectiva representación por conducto de las sociedades de gestión.
- d) La garantía para el usuario de poder obtener licencia de uso por parte de una sociedad de gestión, que representa a todos los artistas.

En síntesis, la administración colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos se justifica cuando tales derechos ‘no pueden ejercerse en la práctica de manera individual o cuando desde el punto de vista económico sea desventajosa’⁹.

La existencia de estas sociedades se justifica aún más frente al progreso y desarrollo de la tecnología digital que permite almacenar una inmensa cantidad y combinación de categorías de obras y fonogramas y en general de datos combinados en sistemas de multimedia, sistemas en los que las sociedades de gestión están en mejor capacidad de seguir el rastro de las interpretaciones o ejecuciones de obras protegidas por derecho de autor, respecto de las cuales ha concedido licencia.”¹⁰

1.12. Adicionalmente, en la era de usos masivos, las sociedades de gestión colectiva crean un puente entre los creadores culturales y los utilizadores de obras, sirviendo de nexo entre ellos. Dichas sociedades reagrupan los derechos y, de esta manera, facilitan su adquisición por parte de los usuarios. A la inversa, ellas garantizan a los creadores culturales una remuneración por el uso de sus obras.¹¹

1.13. En otras palabras, la gestión colectiva no beneficia únicamente a los titulares de derechos, sino también a los usuarios, quienes en vez de tratar de localizar a cada uno de los titulares a los fines de obtener la autorización de uso y de cancelar la contraprestación debida, pueden dirigirse a la sociedad correspondiente —que representa al repertorio respectivo— y, a través de dicha entidad, cumplir con las obligaciones derivadas de la explotación de todo un catálogo, nacional e internacional.¹²

1.14. En síntesis, su existencia se justifica en el sentido de velar por la protección de los derechos de los titulares de derechos de autor, siempre y cuando su misión esté en armonía con las disposiciones legales. Adicionalmente, la otra gran justificación consiste en comportar una garantía para el usuario de la obra, interpretación o ejecución artísticas, o fonograma, según sea el caso.¹³»

⁹ PÉREZ SOLÍS, Miguel. La Gestión Colectiva en los Umbrales del Siglo XXI: de los Derechos Conexos. En: Memoria del Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, 1997, p. 14.

¹⁰ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 22-IP-98 de fecha 25 de noviembre de 1998.

¹¹ SWISSCOPYRIGHT. Questions et réponses. Disponible en: <http://www.swisscopyright.ch/fr/les-societes-de-gestion.html> (Consulta: 4 de abril de 2017).

¹² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Op. Cit., p. 264.

¹³ Si la gestión colectiva es efectuada de manera transparente y no discriminatoria, ésta representa un interés cierto para el usuario, quien se beneficia de la facilidad de tener un número limitado de interlocutores que representan una multitud de derecho-habientes. Véase, en ese sentido, KAESMACHER, Dominique y STAMOS, Théodora. Op. Cit.».

Fuente: Párrafos 1.11 a 1.14 de las páginas 5 a 8 de la Interpretación Prejudicial **64-IP-2018** del 16 de septiembre de 2019, que constan en las páginas 20 al 22 de la GOAC núm. 3789 del 24 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gaceta%203789.pdf>.

Comentario de Patricia Alvear Peña

La interpretación prejudicial analizada denota las razones que justifican la necesaria existencia de las sociedades de gestión colectiva (en adelante, SGC). Fundamenta la intervención específicamente de la gestión colectiva en tres criterios básicos a considerar:

- a.** La vinculación que tiene la gestión colectiva con lo que se conoce en la doctrina como principio de «protección efectiva» (Carlos Villalba y Delia Lipszyc, 2001, p. 183). Esto es, «asegurar una protección efectiva de los derechos de los autores (...) y de proteger del modo más eficaz posible dichos derechos...» (Ibídem, p. 183), considerando al menos una mínima eficacia.
- b.** La seguridad y garantía que se otorga a los usuarios de obras sujetas a protección de derechos de autor y derechos conexos.
- c.** La reproducción masiva y la intermediación eficiente de la sociedad de gestión colectiva en beneficio doble: para los titulares de los derechos de autor y derechos conexos; y para los usuarios de las obras, interpretaciones o ejecución artística o fonogramas, según sea el caso.

Respecto del primer elemento, la jurisprudencia comunitaria presta atención al hecho concreto de que el ejercicio individual de los derechos exclusivos de autor son de «muy difícil protección y cumplimiento». En este sentido, acoge el discernimiento razonable de que la administración y la defensa individual de los autores pueden carecer de vigencia efectiva y real por la imposibilidad de determinar en forma aislada los múltiples lugares y momentos sincrónicos donde se puede reproducir la obra, así como los innumerables mecanismos de reproducción que el mundo actual presenta, tanto mediante soportes materiales como inmateriales (redes digitales, internet, reproducción por cable, etc.).

La simultaneidad y las diversas formas de la reproducción de una obra vuelven humanamente imposible que un autor, en forma particular, sepa «dónde, cuándo y cómo se están utilizando sus creaciones en el mercado mundial de obras y productos culturales» (Ibídem, p. 184).

A esta imposibilidad, deben sumarse las circunstancias por las cuales en el mercado los autores, especialmente aquellos que no gozan de renombre, están o pueden estar en una condición de necesidad, desigualdad e incluso de indefensión, frente a los consumidores, compradores o reproductores de la obra. Los escenarios señalados son germen propicio para la implementación de condiciones y prácticas abusivas que afectan al autor. La falta de eficiencia en la protección genera un vaciamiento de los derechos autorales de diferente índole, especialmente «...de quienes no tengan ninguna posibilidad real de realizar la administración individual de sus derechos con un mínimo de eficacia» (Ibídem, pp. 184-185) e impide su ejercicio legítimo.

En esta línea de ideas, resulta interesante advertir el desarrollo de las líneas jurisprudenciales comunitarias en torno a la importancia de la gestión y existencia de las SGC, analizada incluso desde el marco del derecho de la competencia. En este sentido, la sentencia dictada en el Proceso 01-AI-2019 señala que las SGC —dentro del marco que lo permita la ley, e indistintamente si a nivel nacional se les confiere un monopolio legal por género de obra— tienen una misión clara basada en el colectivismo y la unión del mayor número de

titulares de derechos de autor y derechos conexos, así como el mayor número de usuarios, lo que las difiere totalmente de la gestión individual.

Además, señala que por las características específicas que presenta cada una de ellas, enseña que es

un error pensar en que la gestión individual es un sustituto de la gestión colectiva, porque para los titulares de derecho de autor o derechos conexos no es indistinto optar por la gestión individual o la colectiva, en la medida que las características, precios y condiciones de ambas difieren (GOAC XXXIX, 2022).

La dificultad de la administración y gestión individual versus la estructura de la gestión colectiva; la vulnerabilidad de la que pueden ser sujetos los autores individualmente considerados y el reconocimiento de protección eficaz y mínima de los derechos de autor —ante todo un derecho humano— en convenciones internacionales como la Convención de Roma, justifican la necesidad y pertinencia de la existencia de las diferentes sociedades de gestión colectiva. De hecho y como señala la jurisprudencia comunitaria estudiada: «Los derechos de simple remuneración concedidos a los artistas por la Convención de Roma y por las leyes nacionales no podrían llevarse a efecto sin la gestión colectiva».

Un derecho o derechos que carezcan de una eficiente protección y de ejercicio, no son tales. La recaudación patrimonial y la protección en general de los derechos de autor y conexos y su defensa, frente a la

disparidad espacial y temporal (...) se logran mediante el sistema de gestión colectiva y el régimen de contratos de representación recíproca entre las sociedades de gestión de autores de los diferentes países (Ibídem, p. 185)

La SGC es el vehículo estructural que viabiliza el ejercicio de los derechos *ut supra*, y permite, además, la intermediación por doble vía entre los titulares de derechos de autor y conexos y sus usuarios, en un mundo complejo y globalizado.

De otro lado, los costos para afrontar la protección de los derechos de autor (patrimoniales y morales) y derechos conexos son altos. Requieren de una estructura que posibilite y vuelva pragmática su administración y defensa. Sobre este particular, el juez comunitario, en el Proceso 01-AI-2019, por el que emitió criterios interpretativos en la «Acción de incumplimiento presentada por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia contra la República de Colombia», en el punto 3.3.1. señala categóricamente que las «SGC reducen costos de transacción» (GOAC XXXIX, 2022). Motiva esta afirmación, refiriendo en lo relevante que:

Si no existieran las SGC, los autores (...), los intérpretes, los ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radio difusión (en ade-

lante, los titulares de derechos de autor y derechos conexos) tendrían que autorizar la difusión de obras, interpretaciones, ejecuciones, producción fonográfica o emisiones de radiodifusión, así como negociar y recaudar las regalías correspondientes, con cada uno de los usuarios que utilizan en sus actividades económicas los mencionados derechos, (...) y los miles de establecimientos comerciales u otros que utilizan tales creaciones intelectuales como parte de sus actividades económicas, y, a su vez, estos miles de establecimientos comerciales u otros tendrían que solicitar autorización y negociar el pago de remuneraciones, con cada uno de los miles de titulares de derechos de autor y derechos conexos, esto sería en términos económicos, costosísimos para ambas partes. Las SGC, al intermediar entre titulares de derechos de autor y derechos conexos y los usuarios de estos derechos, reducen los costos de transacción involucrados, logrando de manera eficiente, que los primeros perciban los beneficios de derechos de propiedad intelectual y los segundos utilicen dichos derechos en sus actividades económicas y sociales.

Respecto del segundo elemento, la jurisprudencia comunitaria, como fuente subsidiaria del derecho, confirma que las SGC tienen una doble función dentro del sistema jurídico. Esto es así porque, a más de prestar servicios a los autores y titulares de derechos de autor y conexos, también benefician a sus usuarios y difusores, pues les

...permite acceder lícitamente a una ingente cantidad de obras diferentes —nacionales y extranjeros— constantemente incrementada, negociar su utilización con un mínimo de personas —sobre la base de tarifas uniformes— y realizar los pagos con la certeza de cancelar sus obligaciones (Ibídem, p. 185).

En este contexto, y respecto del tercer elemento, de suyo se evidencia que la SGC media entre los más variados titulares de derechos de autor y conexos con los más diversos usuarios. Esto conlleva a la intermediación y vinculación legítimamente permitida entre intereses de la más variada índole: posiciones asimétricas y actores de diferente fuerza y presión económica. Dentro del marco legal permitido a la SGC, su gestión puede ayudar así a superar posibles desequilibrios que pueden darse en este ámbito y cumple una función social subyacente.

De lo expuesto, se concluye que la jurisprudencia comunitaria andina reconoce a las SGC como estructuras jurídicas creadas mediante intervención normativa, que tienen funciones claras e importantes dentro del macrosistema jurídico. Es subyacente a ellas la administración más eficiente y de menor costo que el realizado individualmente y el colectivismo en la protección de los derechos de autor y derechos conexos.

Bibliografía

Carlos A. Villalba y Delia Lipszyc, *El Derecho de Autor en la Argentina*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

Capítulo IV

Composición de las sociedades de gestión colectiva y su relación con los afiliados

Leonidas Rojas¹

¹ Es abogado y doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en Propiedad Intelectual, por la Universidad de Las Américas (Ecuador), y en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías, por la Universidad Internacional de La Rioja (España). Tiene un diplomado en Derecho de Autor, por la Universidad Sergio Arboleda (Colombia); en Derecho de Autor, por la Universidad del Noreste (México); y en Propiedad Industrial, por la Universidad del Noreste (México). Es abogado en libre ejercicio, especializado en temas de Propiedad Intelectual. Ha sido profesor de la Universidad de Las Américas en las carreras de Derecho, Comunicación, Biotecnología y Arquitectura, en materias relacionadas con la Propiedad Intelectual. Fue miembro del Consejo Editorial de la revista *Novedades Jurídicas*. Es conferencista y ponente en temas referentes a Propiedad Intelectual. Actualmente es profesor de las cátedras de Derecho de Propiedad Intelectual, Fundamentos Históricos del Derecho y Marco legal de la Publicidad en la Universidad de Las Américas.

El criterio jurídico interpretativo del TJCA:

«1.15. La estructura orgánica de las sociedades de gestión colectiva debe acomodarse a lo que establezca para el efecto la normativa interna de cada País Miembro (Principio de Complemento Indispensable), y se debe plasmar en sus respectivos estatutos. La Decisión 351 no determina cuáles son los órganos societarios, pero en el Literal j) del Artículo 45 se prevé el funcionamiento de una Asamblea General, y en el Artículo 50 se señala que dichas sociedades están obligadas a inscribirse ante la oficina nacional competente, de conformidad con la normativa interna, la designación de los miembros de sus órganos directivos».

Fuente: Párrafo 1.15 de la página 8 de la Interpretación Prejudicial **64-IP-2018**, del 16 de septiembre de 2019, que consta en la página 22 de la GOAC, núm. 3789, del 24 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>.

Comentario de Leonidas Rojas

Órganos de gobierno y derecho de participación

Las sociedades de gestión colectiva presentan una naturaleza jurídica compleja, dado que se tratan de instituciones de derecho privado, sin finalidad lucrativa y que requieren de la autorización y vigilancia del Estado para su funcionamiento.¹ A este carácter particular debe agregarse la dificultad de su labor, considerada generalmente de «interés público».² En consecuencia, estas

¹ Características señaladas en reiterada jurisprudencia por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al tenor de lo establecido en los arts. 45 y ss., de la Decisión 351 (v. g., Proceso 64-IP-2018).

² Se trataría propiamente de «asociaciones para la defensa de los derechos de los asociados» (Antequera, 2009, p. 539). El mencionado autor resalta el interés público de las SGC, debido principalmente a los «intereses colectivos involucrados» (p. 540).

entidades necesitan para el cumplimiento de sus fines una estructura orgánica propia, diferente a la regulación de las sociedades civiles o mercantiles de tipo tradicional.

Debido a que la normativa andina no lo ha señalado expresamente, serán las legislaciones de los Países Miembros las que determinen los órganos de gobierno y administración de estas entidades, y que deberán constar en los estatutos respectivos.³ Será fundamental que esta estructura interna garantice el *derecho de participación*, es decir, la necesidad de establecer mecanismos para que sus miembros puedan intervenir de forma efectiva en los procesos de toma de decisiones de la entidad. Esta participación, por consiguiente, deberá ser equitativa y equilibrada.

En búsqueda de garantizar lo anteriormente dicho, la normativa comunitaria europea (Directiva 2014/26/UE)⁴ ha determinado las pautas que deberán seguir las entidades de gestión europeas para sus órganos de gobierno. La directiva mencionada establece un verdadero cambio de paradigma en el modelo de administración de estas sociedades. Se ha basado en los principios de *transparencia, buen gobierno y responsabilidad*, seguidos por varias federaciones internacionales de gestión colectiva desde 2013, «a fin de garantizar que las entidades de gestión actúen en el mejor interés de sus miembros y no se desvíen de la misión que tienen encomendada, favoreciendo en definitiva el interés general de la protección de la propiedad intelectual» (Serrano, 2016, p. 130).

En cuanto a su contenido, la normativa en cuestión hace hincapié en el carácter participativo que deberán tener las estructuras internas de las SGC (art. 5), facultades de la Asamblea General (art. 8), función de supervisión (art. 9) y obligaciones de sus directivos (art. 10).

En Ecuador, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación (COESCCI), del 2016, en aplicación del principio comunitario de complemento indispensable, ha determinado de manera detallada los requisitos generales y competencias de los órganos de gobierno y representación de las sociedades de gestión colectiva, que serán la *Asamblea General*, como entidad máxima, el *Consejo Directivo*, como órgano de administración, y el *Comité de Monitoreo*, como ente de vigilancia. Es de resaltar que el mencionado cuerpo legal dispone que, en los órganos de gobierno, además del derecho de participación, se deberá garantizar la implementación de políticas de carácter inclusivo (art. 245, num. 2, lit. a).

³ Los estatutos deberán contener los aspectos principales de la estructura orgánica de las sociedades. Al respecto, señala Bercovitz (2019): «Los estatutos son el medio a través del cual se manifiesta el derecho de autoorganización que, amparado por el art. 22.1 CE, tienen las entidades en su condición de asociaciones de derecho privado» (p. 324).

⁴ Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor y licencias multiterritoriales de derechos en obras musicales para usos en línea en el mercado interior (Diario Oficial de la UE de 20 de marzo de 2014).

Asamblea general

Es el órgano supremo de la sociedad. La normativa europea antedicha la ha definido como «el órgano de la entidad de gestión colectiva en el que los miembros participan y ejercen su derecho de voto, independientemente de la forma jurídica de la organización». Entre sus competencias deberán contar, como mínimo, las políticas sobre recaudación y reparto, nombramiento de directivos, presupuestos e inversiones, que resultan sin duda las funciones más delicadas de las entidades de gestión. Se deberá procurar la periodicidad de su convocatoria, que no debería ser menor a una vez por año, así como asegurar la participación equitativa de todos los miembros de la entidad.

En el COESCCI se ha determinado que la Asamblea General tendrá como competencias el conocimiento del presupuesto de la entidad, reglamentos de tarifas, distribución y reparto, beneficios sociales, elección de directivos, suspensión o expulsión de socios y cualquier otra resuelta en su seno (art. 245, num. 2, lit c). En los estatutos deberá garantizarse el derecho de participación de todos los titulares de la sociedad, independientemente de que puedan existir categorías de titulares.

Administración

Siguiendo la tradición germánica, las entidades de gestión colectiva han optado, por regla general, por dividir sus órganos de administración en dos: el de administración propiamente dicho y el de vigilancia o fiscalización.

La normativa ecuatoriana señala que el órgano de administración es el «Consejo Directivo», cuyos miembros deberán ser elegidos por la Asamblea General. No existe restricción con respecto a la posibilidad de que los miembros del órgano de administración sean o no socios de la entidad, por lo que deberá ponerse especial cuidado con respecto a posibles conflictos de intereses. En consecuencia, sería razonable que en las normativas internas de las entidades se restrinja esta posibilidad. En este sentido, el derecho de participación de los socios no debe impedir que terceros, de fuera del seno de la entidad, participen en puestos clave de los órganos de administración, para evitar los conflictos de intereses que puedan presentarse.⁵

⁵ La normativa interna de algunas sociedades de gestión colectiva prohíbe que uno o más de los administradores sean socios de la entidad (v. g., Estatutos de SAYCE, art. 41, lit. i). No obstante, existen normativas como la mexicana que señalan de manera expresa que «No se podrá excluir a ningún socio de la posibilidad de fungir como administrador» (Ley Federal del Derecho de Autor, art. 205, núm. IX).

Vigilancia

Además de la fiscalización del Estado a la que están sometidas, las entidades de gestión poseen sus propios órganos de vigilancia y supervisión. Este control, tanto externo como interno, garantiza un manejo idóneo de los dineros administrados y brinda tranquilidad a los socios ante una legítima preocupación por el producto de los derechos encomendados a la entidad.

El órgano de control interno deberá, como mínimo, supervisar las actividades y en general el trabajo realizado por el órgano de administración, para lo cual será indispensable guardar una total independencia con este. Será necesario que las normativas internas prevean los mecanismos de acceso a toda la información requerida por el ente de control sobre los manejos de la entidad.⁶ Deberán rendir cuentas de su gestión con una periodicidad anual como mínimo, o en cualquier tiempo, si así lo solicitare la Asamblea General.

Por último, el art. 50 de la Decisión 351 establece la obligatoriedad de inscribir ante la oficina nacional competente la designación de los miembros de los órganos directivos de las entidades de gestión. La norma indicada hace referencia a las facultades de fiscalización que tiene el Estado sobre dichas sociedades; es decir, a la *vigilancia externa*. La omisión de este acto resultaría particularmente grave, pues la norma comunitaria indica que deberá cumplirse con esta formalidad «a fin de surtir efectos frente a terceros».

Bibliografía del comentario:

Obras

- Antequera, R.** (2009). *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Bercovitz, R.** (2019). *Manual de Propiedad Intelectual* (9ª ed). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Ficsor, M.** (2002). *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

⁶ La normativa española ha señalado al respecto: «Los órganos de gobierno y representación de la entidad de gestión deberán remitir, como mínimo con carácter trimestral, al órgano de control interno toda la información sobre la gestión de la entidad que sea necesaria para el ejercicio de sus competencias de control» (art. 162, núm. 7, Ley de Propiedad Intelectual).

Paredes, L. (2015). *Derecho mercantil*. México: Grupo Editorial Patria. Recuperado de <https://elibro.net/es/lc/udla/titulos/39392>.

Serrano, E. (2016). *Cuestiones de Derecho de Autor en la Unión Europea*. Madrid: Editorial Reus. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/udla/120734?page=130>.

Normativa

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación. (2016). (Registro Oficial Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016).

Decisión 351, Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos. (1993) (Registro Oficial 366 de 25 de enero de 1994).

Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. (2014). 26 de febrero de 2014. (Diario Oficial de la UE de 20 de marzo de 2014).

Estatuto de SAYCE. (2021), registrado el 13 de septiembre de 2021.

Ley Federal del Derecho de Autor. (1996). (Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996).

Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. (1996). (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996).

Capítulo V

Gestión colectiva y/o gestión individual de las obras

Eduardo de Freitas¹
Martín Moscoso²

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, egresado de la Universidad de la República (Uruguay) en 1980. Especialista en Propiedad Intelectual y Derecho de Autor, Marcas y Patentes, y Nuevas Tecnologías.

Realiza asesoramiento legal en materia de *software*. Vicepresidente del Instituto Uruguayo de Derecho de Autor. Miembro de ALAI. Vicepresidente de la Comisión Jurídica de la Cisac. Asesor en Business Software Alliance. Especialista en cursos de Propiedad Intelectual OMPI. Docente invitado en los cursos de posgrado de Universidades en Uruguay y en el extranjero. Publicación de artículos y un libro referido al derecho de autor.

² Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene una maestría en leyes (LLM) por la Queen Mary and Westfield College de la Universidad de Londres. Ha sido director de Derecho de Autor de Indecopi por doce años. Negociador en materia de propiedad intelectual en los tratados de libre comercio con EUA, EFTA (Suiza), Unión Europea, y en el Acuerdo Transpacífico (TPPA). Profesor en los cursos OMPI SGAE de Derecho de Autor. Ha negociado los tratados de Beijing de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, y el Tratado de Marrakech de excepciones al derecho de autor para invidentes. Actualmente preside el Comité Permanente de derecho de autor y derechos conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Los criterios jurídicos interpretativos del TJCA

«1.38. Cada sociedad de gestión colectiva representa a sus miembros en los límites de su mandato de representación convenido con los mismos (contrato o convención colectiva), o derivado de la legislación nacional o de su propio estatuto. Ello supone que, la sociedad de gestión colectiva puede representar únicamente a sus miembros y no a terceros. Adicionalmente, la sociedad de gestión colectiva solamente podrá representar a sus miembros para:

- Las obras cuya gestión ha sido confiada por sus miembros; y,
- Los usos cuya gestión ha sido confiada por sus miembros o por la ley.²⁸

1.39. En consecuencia, es posible que, por ejemplo, un autor sea miembro de una sociedad de gestión colectiva pero que le haya confiado a esta únicamente la gestión de sus derechos sobre ciertas obras de su autoría y solo para ciertos usos. En tal caso, para las demás obras de dicho autor, la sociedad de gestión colectiva no tendrá poder de representación y el autor podrá ejercer sus derechos por sí mismo. En efecto, el derecho-habiente no se encuentra obligado a afiliarse a una sociedad de gestión colectiva.²⁹ Exceptuando eventuales excepciones previstas por ley, este podrá gestionar sus derechos por sí mismo (Artículo 44 de la Decisión 351).

²⁷ KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. Op. Cit.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.»

Fuente: Párrafos 1.38 y 1.39 de la página 17 de la Interpretación Prejudicial **64-IP-2018**, del 16 de septiembre de 2019, que consta en la página 31 de la GOAC, núm. 3789, del 24 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>.

«2.2. Existen dos regímenes de gestión colectiva, a saber (Artículo 44 de la Decisión 351):

2.2.1. Facultativo o voluntario: como regla general, los titulares de los derechos de autor se encuentran en la libertad de decidir si gestionan tales

derechos por sí mismos, es decir, de manera individual, o confían su guarda a las sociedades de gestión colectiva, que se encuentran sometidas a la inspección y vigilancia del Estado.

2.2.2. Obligatorio: Como excepción y por disposición expresa de la normativa nacional, el titular de derechos de autor necesariamente deberá gestionarlos a través de las sociedades de gestión colectiva establecidas o autorizadas por el Estado.

2.3. En el marco del primer régimen, si el titular escogió la guarda colectiva de sus derechos, y si la entidad de gestión colectiva a la que se afilió se encuentra contractualmente prestando todo su contingente para la protección y ejercicio de sus derechos, no resulta lógico que el titular, mientras existan dichas condiciones contractuales, otorgue la administración de ciertos derechos a otro tipo de entidades o los pretenda administrar individualmente.

2.4. La exclusividad en cuanto a la gestión colectiva es un elemento de la esencia del contrato de gestión colectiva, o lo que es lo mismo, dicho elemento no puede ser desconocido por la voluntad de las partes y sin el cual el acuerdo no podría existir.

2.5. No obstante lo anterior, el autor o intérprete sí puede entregar las obras que no fueron objeto del contrato de gestión colectiva, para que sean administradas mediante gestión individual.

2.6. Cada sociedad de gestión colectiva representa a sus miembros en los límites de su mandato de representación convenido con los mismos (contrato o convención colectiva), o derivado de la legislación nacional o de su propio estatuto. Ello supone que, la sociedad de gestión colectiva puede representar únicamente a sus miembros y no a terceros. Adicionalmente, la sociedad de gestión colectiva solamente podrá representar a sus miembros para:

- Las obras cuya gestión ha sido confiada por sus miembros; y,
- Los usos cuya gestión ha sido confiada por sus miembros o por la ley.

2.7. En consecuencia, es posible que, por ejemplo, un autor sea miembro de una sociedad de gestión colectiva pero que le haya confiado a esta únicamente la gestión de sus derechos sobre ciertas obras de su autoría y solo para ciertos usos. En tal caso, para las demás obras de dicho autor, la sociedad de gestión colectiva no tendrá poder de representación y el autor podrá ejercer sus derechos por sí mismo, es decir, mediante gestión individual.¹

¹ Sobre esto se puede ver la Interpretación Prejudicial 387-IP-2016 de 11 de mayo de 2017.»

Fuente: Párrafos 2.2. a 2.7 de las páginas 4 y 5 de la Ampliación de la Interpretación Prejudicial **120-IP-2012**, del 27 de julio de 2017, que

constan en las páginas 5 y 6 de la GOAC, núm. 4198, del 24 de marzo de 2021, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficiales/Files/Gacetitas/Gaceta%204198.pdf>.

Comentario de Eduardo de Freitas

La respuesta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la Interpretación Prejudicial 570-IP-2018 (ante la consulta de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá/Colombia), apunta a la esencia de la representación/legitimación que ejercen las entidades de gestión colectiva. Es decir, derechos y obras confiadas a la administración de las entidades autorales por parte de los autores/compositores.

Nos parece importante, como primera aproximación, señalar que la legislación de cada uno de los países es determinante al analizar si una entidad de gestión colectiva puede no solo representar a sus miembros sino a terceros. Lo que sí tenemos claro, en América Latina, es que el régimen de gestión colectiva es de tipo territorial (no multi-territorial ni transfronterizo), siendo necesaria una autorización de la autoridad administrativa respectiva para viabilizar su ejercicio dentro del género de actividad.

El carácter exclusivo intrínseco de la adhesión a una entidad de gestión torna imposible que para el mismo tipo de licencia sean dos o más entidades de un mismo país las que otorguen a los usuarios la autorización o licencia respectiva.

Con base en lo señalado, cuando hablamos de gestión colectiva y derecho individual de los autores, también es necesario diferenciar los sistemas de gestión colectiva que recorren la región. Así, fuera del ámbito de la Decisión Andina 351 y las legislaciones de sus países miembros, encontramos normativa jurídica que confiere a las entidades de gestión colectiva un auténtico monopolio en su gestión (v. g., Argentina, en donde la propia ley le reconoce específicamente a cada entidad —por género— una legitimación especial para licenciar/recaudar y distribuir las regalías recolectadas).¹ De esta forma, se trate de autores miembros o no, la entidad de gestión tiene la legitimación para administrar el licenciamiento de sus obras. También observamos sistemas de consagración de «ventanilla única» obligatoria para el licenciamiento, recaudación y distribución de los derechos

¹ La Ley 17.648 y el decreto reglamentario 5146/69 publicado en Boletín Oficial de 21/11/1969 establecen que SADAIC, la sociedad de gestión colectiva Argentina de autores y compositores, tiene a su cargo la representación no solo de los mismos, sean socios o no, y la de los extranjeros pertenecientes a entidades de gestión con los cuales se hayan celebrado contratos de representación recíproca.

relativos a la comunicación pública de obras musicales de autores, intérpretes y productores de fonogramas (v.g., ECAD/Brasil),² o bien sistemas voluntarios de licenciamiento único con relación a derechos de autor y derechos conexos —sobre estos últimos, los comprendidos en sus derechos de simple remuneración—, como sucede en Uruguay a través de la gestión de Agadu (www.agadu.org).

No obstante, la realidad jurídico-regional de la gran mayoría de las legislaciones de nuestra región parten de la adhesión o mandato que los autores le confieren a las entidades de gestión colectiva voluntariamente, ya desde su ingreso por normas estatutarias, ya por el mandato expreso que suscriben en su calidad de socios o administrados. De esta forma, siguiendo al CJI es posible que un autor sea miembro de una entidad de gestión y que solamente la haya facultado a gestionar determinados derechos, así como ciertas obras. Sin embargo, y como también se señala

no resulta lógico que el titular, mientras existan dichas condiciones contractuales, otorgue la administración de ciertos derechos a otro tipo de entidades o los pretenda administrar individualmente.³

En el concepto de legitimación de una entidad de gestión colectiva, sabemos que la cuestión radica en el concepto de seguridad jurídica, no solo para los titulares de las obras, sino para los usuarios o clientes de los repertorios. La esencia de la gestión colectiva emerge en el concepto de licencias colectivas o globales. No es posible imaginar que en un territorio en donde se ha conferido la autorización para la gestión a una entidad con el objeto de licenciar la explotación colectiva de obras nacionales y extranjeras, por ejemplo, radiodifusión, televisión por abonados, plataformas digitales, discotecas o retransmisión, un autor pueda reservarse el derecho para ejercitarlo en forma individual. Si bien desde el punto de vista teórico podría darse tal situación, la realidad indica lo contrario. Cuando estamos ante usos singulares, como la sincronización de obras en publicidad, audiovisuales, etc., es muy probable o factible que el autor, aun estando el repertorio de sus obras dentro de la gestión colectiva, se reserve este tipo de explotaciones que también tienen una estrecha relación con los derechos morales.

² https://www4-ecad-org-br.translate.google.com/sobre/?_x_tr_sl=pt&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc; Ley Federal 9.610/98, preceptúa en su art. 99 que «La recaudación y distribución de los derechos relativos a la ejecución pública de obras musicales y musicales infantiles, y de fonogramas se realizará por medio de las asociaciones de gestión colectiva creadas para este fin por sus titulares, las cuales deberán unificar el cobro en una única oficina central para recaudación y distribución, que funcionará como ente recaudador con personalidad jurídica propia y observará los §§ 1° a 12 del art. 98 y los art. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A y 100-B». (Redacción dada por la Ley n.º 12.853 de 2013). Dicho ente se encuentra administrado por siete sociedades de gestión colectiva de compositores, intérpretes, editores y productores fonográficos.

³ Párrafo 1.18 de la página 9 de la Interpretación Prejudicial 522-IP-2019, del 06 de mayo de 2022, que consta en la página 7 de la GOAC, núm. 4483, del 30 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204483.pdf>.

En el caso de las obras musicales, sería prácticamente imposible para los clientes o usuarios acudir al licenciamiento individual frente a los referidos usos masivos. Es obvio que los derechos de autor autorizados para la comunicación pública por radiodifusión ingresan dentro de la licencia amplia que brindan las entidades a radioemisoras y televisoras. Más aún cuando estamos en presencia de licencias legales en el caso de muchas legislaciones, siguiendo la facultad que brinda el Convenio de Berna. El medio tiene su derecho conexo vinculado a la emisión y el autor, por intermedio de la entidad, el control de los usos posteriores que puedan generarse por la retransmisión de obras.

El punto, pues, en el presente análisis, vinculado al Criterio Jurídico Interpretativo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se centra en armonizar y garantizar la relación de los autores y las entidades de gestión colectiva a efectos de que estas ejerzan la representación legitimando su accionar a través de los licenciamientos de las obras. Sin dudas, la esencia de la gestión colectiva pasa por licencias amplias. Lo que pueda quedar reservado por los propios autores, con base en la experiencia por lo ya dicho, no son las obras en sí, sino los usos o utilizaciones en relación con los derechos y las diversas formas de explotación. Como lo expresamos, un ejemplo de ello refiere al uso de obras musicales para publicidad u obras audiovisuales. Por el contrario, la explotación normal de este tipo de obras constituye el objeto de las licencias de las entidades de gestión. Es natural que un autor no hace su gestión respecto del uso de sus obras en un entorno global. Él apunta a la utilización singularizada o bien faculta a la entidad a consultarlo. Los licenciamientos en las plataformas digitales por parte de las entidades y en conjunto con editores es una muestra de ello.

Tanto en un entorno de gestión colectiva voluntaria, donde el autor libremente se asocia o integra una entidad de gestión, como obligatoria, en donde la ley impone que específicamente las entidades de gestión son quienes administran las obras para determinadas utilizaciones, todo apunta a que determinados usos particulares sobre las obras quedan en esencia en el marco del derecho individual del autor. La consulta al autor se encuentra en la esencia de estas utilizaciones.

Comentario de Martín Moscoso

Gestionar los derechos de autor y los derechos conexos a los mismos resulta una tarea compleja debido a múltiples factores. Podemos enumerar entre ellos los siguientes: la pluralidad y diversidad de autores, obras y usuarios; la demanda transnacional de obras; la variedad de usos de las obras y producciones; la trama de derechos económicos implicados en dichos usos; las condiciones y términos de las licencias y cesiones. La gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos se ha constituido en la forma más eficaz para acometer las complejidades en la administración de dichos derechos. Está definida como la

Forma de ejercer el derecho de autor y los derechos conexos cuando resulta imposible, o muy poco práctico, ejercer los derechos a título individual. Los titulares de los derechos en cuestión autorizan a una organización a ejercer estos derechos en su nombre; en particular a conceder licencias, a vigilar los usos, a recaudar la remuneración correspondiente y a distribuir y transferir dicha remuneración a quienes corresponda.⁴

Sin embargo, en determinadas situaciones, la gestión individual puede resultar tanto posible como eficaz. En particular, cuando los derechos morales requieren ciertas garantías de respeto. Tres ejemplos de gestión individual son la autorización que brinda un autor para la sincronización de su obra musical en una obra audiovisual, la exhibición de una nueva obra pictórica en una galería de arte y la autorización de escenificación de una obra de teatro que emite el dramaturgo a una compañía teatral. En el primer caso, estamos ante un autor cuya obra es requerida para su uso en un largometraje, medimetroraje, cortometraje o documental cinematográfico, así como en una obra publicitaria. La contratación puede ser directa con los autores, o sus representantes, o indirecta, a través de los editores, quienes representan un repertorio variado, pero contratan sobre obras específicas. Esta última forma de intermediación no ha de confundirse con la gestión colectiva, pues no emite licencias globales. Al contratar con un editor la sincronización, el productor no accede a la posibilidad de sincronizar cualquier obra del repertorio como sí sucede con la autorización de comunicación pública que emiten las entidades de gestión colectiva. Adicionalmente, a diferencia de dichas licencias globales, los autores pueden restringir la autorización de sincronización a obras que consideren apropiadas para las suyas, evitando su uso en publicidad de productos masivos, o en cierto tipo de obras como las pornográficas o las de corte político radical. En el segundo ejemplo, un pintor puede negociar con el representante de la galería las condiciones de comunicación pública y distribución en la modalidad de venta, pactando el porcentaje por cada venta durante el *vernissage* o en ocasión posterior. Finalmente, en el tercer ejemplo, el dramaturgo es consultado directamente por una compañía teatral para obtener la autorización para la ejecución de su obra. De esta forma, el autor tiene la facultad de negociar las condiciones de dicho uso.

La determinación de cuándo proceder a optar por un tipo de gestión u otro debiera estar siempre en manos del autor como titular originario, o en todo caso, a cuenta del titular derivado. La excepción a esta regla general es la gestión obligatoria de derechos, situación en la cual la ley exige que la única forma de gestionar determinado derecho es a través de la gestión colectiva. Ya que esta última modalidad afecta la libertad constitucional de contratación, deben existir

⁴ Fixhor, M., *Guía de tratados de derechos de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*, Organización mundial de la propiedad intelectual, Ginebra, 2003.

razones fundadas para optar por tal restricción. Un ejemplo de una gestión colectiva obligatoria con razones fundadas para su imposición es la recaudación de la denominada compensación por copia privada.

En este caso, estamos ante una medida por la cual el Estado reconoce que la excepción de copia privada que la legislación establece, dado su ejercicio masivo, tiene un impacto resaltante en autores, productores, artistas, intérpretes y ejecutantes. Si bien la excepción resulta necesaria para facilitar el acceso a la información y la cultura por particulares, al mismo tiempo reconoce que es importante compensar a los mencionados titulares por haber otorgado tal facilidad a la ciudadanía. Dado que esta compensación alcanza a una pluralidad de titulares, resulta económica y prácticamente razonable exigir que su recaudación sea conjunta a través de una sola entidad de gestión colectiva.

Sin perjuicio de la excepción comentada, la regla principal ha de ser la primacía de la voluntad autoral. Y esa ha sido la premisa que correctamente ha utilizado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en las dos interpretaciones prejudiciales, objeto de comentario. Es el autor quien decide si una entidad de gestión colectiva ha de representarlo o no, cuáles de sus obras serán administradas por dicha entidad y qué usos formarán parte del mandato otorgado a esta última.

Sin embargo, esta libertad no es ilimitada. El marco normativo andino, al igual que muchas legislaciones nacionales, restringe la posibilidad de que el autor otorgue a más de una sociedad la facultad de administrar el mismo tipo de derecho.⁵ Dicha restricción se fundamenta en la necesidad de preservar la funcionalidad del sistema de gestión colectiva. Efectivamente, un usuario no sabría con qué entidad contratar para obtener una autorización de uso de una misma obra, o una de las dos entidades podría suspender determinado acto de comunicación pública de una obra sobre la cual el usuario sí ha obtenido una licencia de la otra entidad que gestiona sus derechos. Estos posibles efectos reducen la predictibilidad de la que goza el sistema y, en consecuencia, lo debilitan.

Podemos analizar si la libertad que preconizamos permite al autor otorgar mandato sobre determinadas obras a una entidad y sobre otras a una entidad distinta. Este ejercicio, sin embargo, solo funcionaría teóricamente en un escenario de información individualizada y actual sobre el estado de los repertorios de las distintas entidades de gestión. La realidad, sin embargo, nos muestra que

⁵ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos:

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

(...)

k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;

(...).

existe un sano dinamismo sobre la concesión de mandatos de representación o incluso sobre las cesiones que los titulares de derecho otorgan. A ello se aúna el frecuente proceso de transformación de las obras, sumando obras derivadas con nuevos titulares a los repertorios a ser administrados. El resultado del respeto a una libertad ilimitada de decisión en el escenario descrito nos conduciría nuevamente a un confuso entramado de derechos y representaciones cuyo resultado incrementaría las disputas por supuestos usos no autorizados, afectando la ordenada explotación del derecho, cuyo beneficiario es el titular mismo.

Resulta necesario, en consecuencia, añadir otro criterio al aplicar el principio de primacía de la voluntad del autor, y es la obligación de mantener las ventajas ampliamente descritas del sistema de gestión colectiva.

Efectivamente, ya que se ha reconocido entre ellas la facilitación de la explotación transfronteriza de una pluralidad de obras, no es conveniente que la normativa andina o su aplicación introduzcan la misma posibilidad de tornar dicho sistema ineficiente.

Se resalta entonces la solución planteada por la misma Decisión Andina en el artículo 45 citado, al referirse a la restricción de no aceptar miembros de otra sociedad del mismo género. De esta forma, la posibilidad de que un autor pueda registrar unas obras en una sociedad y otras en una entidad distinta queda restringida por esta disposición estatutaria obligatoria.

Finalmente, existen incentivos para que una eficiente administración de derechos por parte de una entidad de gestión evite la situación planteada de mantener en gestión individual algunas obras. Siempre el autor podrá elegir entre las diversas entidades extranjeras a la más eficiente y adecuada a sus intereses, en caso de que la entidad nacional no satisfaga sus legítimas expectativas de administración.

Capítulo VI

Facultades de la sociedad de gestión colectiva (Gestión Contractual – Defensa de Derechos)

Acción por infracción de Derechos de Autor a través de una sociedad de gestión colectiva

Ernesto Rengifo García¹

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Director del Departamento de la Propiedad Intelectual y profesor emérito de la misma Universidad.

El criterio jurídico interpretativo del TJCA

«34. Resulta necesario precisar que la afiliación que celebran las partes no transmite derechos de propiedad intelectual a favor de la sociedad de gestión colectiva. Mediante el referido contrato se faculta a la sociedad de gestión colectiva a que realice dos tipos de encargos: la gestión contractual con terceros y la defensa de los derechos de sus administrados.

- (i) Gestión contractual con terceros: las sociedades de gestión colectiva tienen la misión de administrar los derechos de propiedad intelectual de sus afiliados, concediendo a terceros usuarios autorizaciones no exclusivas de derechos de autor o derechos conexos, según corresponda; esto también incluye la recaudación del pago por actos de comunicación pública o remuneraciones, entre otros pagos que se encuentren bajo su administración en materia de derecho de autor o derechos conexos. Cabe señalar que las tarifas deberán ser previamente elaboradas por la entidad y publicadas en un medio de amplia circulación nacional, de conformidad con lo señalado en el Literal h) del Artículo 45 de la Decisión 351.¹⁵
- (ii) Defensa de los derechos de sus administrados: las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con sus estatutos y lo acordado con sus afiliados, deben defender los derechos de estos en cualquier clase de procedimientos administrativos o judiciales sea iniciando trámites administrativos en general, interponiendo acciones por infracción, solicitando formas alternativas de solución de controversias o conflictos — como pudiera ser el arbitramiento u arbitraje—, atendiendo las normas procesales que para el efecto consagre el país miembro.¹⁶

Esta función es de gran importancia, pues estas entidades realizan en la práctica el ejercicio pleno de los derechos de autor o derechos conexos de sus afiliados, según sea el caso, frente a una vulneración de los mismos por parte de un tercero. El afiliado a una sociedad de gestión colectiva confía en que sus intereses patrimoniales serán defendidos plenamente por esta.¹⁷

3.5. En consecuencia, al momento en que el titular de un derecho de autor o derecho conexo le confía a la sociedad de gestión colectiva la protección de sus derechos, celebra con éste un contrato en el cual se les autoriza

para que puedan iniciar a su nombre las acciones necesarias en defensa de sus derechos, así como también se les hace el encargo de sus obras bajo un listado del repertorio, el cual a su vez la sociedad de gestión colectiva autoriza y protege frente a terceros.

3.6. La norma comunitaria no enuncia los requisitos que deben contener los contratos, aplicándose por tanto el principio del complemento indispensable; sin embargo, sí se debe enunciar las obras o producciones fonográficas de los cuales el afiliado es titular de manera pormenorizada, para que la sociedad de gestión colectiva pueda realizar una protección adecuada de los mismos¹⁵.

¹⁵ Ver a modo referencial, las Interpretaciones Prejudiciales recaída en los Procesos 119-IP-2010 del 8 de abril de 2011 y 519-IP-2016 del 7 de julio de 2016.

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Ver a modo referencial, la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 119-IP-2010 del 8 de abril de 2011.

¹⁸ Ver, la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 519-IP-2016 del 7 de julio de 2017.»

Fuente: Párrafos 3.4 a 3.6 de las páginas 11 y 12 de la Interpretación Prejudicial **300-IP-2017**, del 16 de julio de 2018, que constan en las páginas 45 y 46 de la GOAC, núm. 3361, del 24 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/300-IP-2017.pdf>.

Comentario de Ernesto Rengifo García

Las sociedades de gestión colectiva (en adelante, SGC) representan una garantía de eficacia de derechos para sus titulares en la medida en que esa actividad compleja y especializada no la pueden acometer eficaz e individualmente los creadores o los titulares de derechos. Rápidamente los legisladores nacionales, por influencia de la normativa internacional y del derecho comunitario, regularon a esos entes supraindividuales para que gestionaran y defendieran los derechos de los autores, dado que estos eran incapaces de defender eficazmente sus derechos de exclusiva en razón —entre otras cosas— de la facilidad de explotación no autorizada de las creaciones, estimulada hoy en día por los modernos sistemas y medios de difusión de obras y de contenidos que incluso no reconocen límites físicos o territoriales. Imaginémonos un autor independiente cobrando en lugares abiertos al público cada vez que su interpretación

musical es ejecutada en la zona rosa de su lugar de origen o de su domicilio. El cobro real y efectivo por la ejecución o comunicación pública de su interpretación es evidentemente un supuesto fáctico, imposible de realizar.

Sobre dichas sociedades existen precedentes relevantes que han explicado sus obligaciones y funciones; dentro de estos vale la pena destacar algunos apartes o numerales de la Interpretación Prejudicial 300-IP-2017, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proferida con ocasión de la solicitud formulada por la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso instaurado por el Bar y Restaurante Turístico Sargento Pimienta E.I.R.L. en contra del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), y dentro del cual intervino como tercero interesado la Unión Peruana de Productores Fonográficos (UNIMPRO).

El Tribunal hubo de reiterar que, por regla general, la afiliación a las sociedades de gestión colectiva es voluntaria; empero, las legislaciones nacionales de los países miembros pueden establecer la obligatoriedad de la afiliación.¹ A lo anterior se debe añadir que la normativa andina faculta a las sociedades para representar a los autores o titulares de derechos en procesos administrativos o judiciales; razón por la cual se afirma que las sociedades de gestión gozan de una legitimación presunta en la defensa de los derechos que se le han confiado para su administración.² Es decir que las sociedades de gestión gozan de una presunción de representación o de legitimación procesal en favor de los titulares que les han confiado la administración de sus derechos.³

Ahora bien, es dable pensar que la afiliación a una sociedad de gestión colectiva implica la celebración de un contrato de mandato de carácter representativo, mediante el cual los titulares de derechos, como mandantes, le confían a la sociedad, como mandataria, la administración y defensa de todos o algunos de sus derechos. La legislación andina no determina la naturaleza jurídica del

¹ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos:

Artículo 44.- La afiliación de los titulares de derechos a una sociedad de gestión colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos, será voluntaria, salvo disposición expresa en contrario de la legislación interna de los Países Miembros.

² *Ibidem*:

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 «4.8. No obstante lo anterior, esta presunción admite prueba en contrario, es decir, en el caso en concreto, la persona a quien se le acuse de estar utilizando fonogramas musicales, sin contar con la autorización respectiva, deberá demostrar que el productor del fonograma no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva o que no se encuentra incorporado a la sociedad colectiva extranjera con la cual mantiene contratos de representación recíproca.»

Ver párrafo 4.8 de la página 16 de la Interpretación Prejudicial N° 300-IP-2017 del 16 de julio de 2018, que consta en la página 50 de la GOAC N° 3361 del 24 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/300-IP-2017.pdf>.

contrato, pero es claro que es una típica modalidad de gestión de negocios ajenos. Como la afiliación implica la celebración de un contrato, este, por supuesto, deberá cumplir con los requisitos de todo acto de disposición de intereses y, en especial, el del consentimiento recíproco de sus celebrantes, lo cual se traduce en la autorización del autor o titular del derecho y la aceptación de la respectiva sociedad. Vale señalar que a la luz de la legislación colombiana las sociedades de gestión colectiva se encuentran obligadas a aceptar la administración de los derechos de sus asociados.⁴

En la celebración del contrato de afiliación, el autor o titular de derechos de autor o derechos conexos faculta a la sociedad de gestión para que asuma fundamentalmente dos encargos: la gestión contractual con terceros y la defensa administrativa o judicial de los derechos que gestiona en favor de los autores o titulares de derechos. El Tribunal señala que en virtud del primer encargo las SGC concederán autorizaciones no exclusivas de derechos de autor o derechos conexos, así como recaudarán los pagos por actos de comunicación pública o remuneraciones. El recaudo de los pagos que se encuentren bajo su administración deberá ser distribuido y entregado a los afiliados.⁵

Respecto del segundo encargo, esto es, el de la defensa de los derechos de sus administrados, conforme a lo establecido en los estatutos de las sociedades y acordado con sus afiliados, deberán representar a los autores o titulares de derechos ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales, velando por la protección y el reconocimiento de los derechos por ellas administrados. En virtud de ese encargo, podrán, por ejemplo, interponer una acción civil o penal por infracción a los derechos de propiedad intelectual o una acción por competencia desleal o una acción administrativa ante las autoridades aduaneras o incluso recurrir a las formas alternativas de solución de conflictos como la mediación, la amigable composición o el arbitraje. En fin, y tal como lo señala el Tribunal, el afiliado a una sociedad de gestión colectiva confía en que sus intereses patrimoniales «serán defendidos plenamente» por la sociedad de gestión y en que, por virtud del contrato celebrado, esta queda autorizada para iniciar en nombre de sus afiliados «las acciones necesarias en defensa de sus intereses».

Ahora bien, los requisitos del contrato de afiliación entre el titular de derechos de autor o conexos y la sociedad de gestión no aparecen en la norma comunitaria, por ello, en virtud del principio del complemento indispensable, las legislaciones nacionales de los países miembros tienen libertad de configuración normativa en este punto; sin embargo, el Tribunal Andino precisa que en el acto de disposición de intereses (negocio de confianza) se deben enunciar las

⁴ Parágrafo, artículo 12, Ley 44 de 1993: «Parágrafo. - Las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos están siempre obligados a aceptar la administración de los derechos de sus asociados».

⁵ Se recuerda que las tarifas deben ser previamente elaboradas por la sociedad de gestión y publicadas por un medio de amplia circulación nacional: literal h) del artículo 45 de la Decisión 351.

obras o producciones fonográficas de los cuales «el afiliado es titular de manera pormenorizada, para que la sociedad de gestión colectiva pueda realizar una protección adecuada de los mismos».

En lo concerniente al principio de exclusividad de la actividad de una SGC, conviene resaltar que cuando los titulares se afilian a la sociedad con la celebración del respectivo contrato, se les está otorgando la facultad exclusiva para administrar los derechos, es decir, solamente esta sociedad queda facultada para negociarlos y administrarlos; en consecuencia, el autor o titular no podrá facultar a otra sociedad de gestión ni podrá administrarlos de manera individual. Lo anterior se explica por la finalidad de brindar seguridad jurídica tanto a terceros como a las otras sociedades de gestión colectiva que actúan en el mercado. Sin embargo, se ha de aclarar que los autores o titulares de derechos podrán precisar o limitar los derechos para ser gestionados y administrados por la respectiva SGC. Aquí ha de recordarse que «la afiliación que celebran las partes no transmite derechos de propiedad intelectual a favor de la sociedad de gestión colectiva», tal como lo indica el Tribunal Andino. En fin, de todo ese haz de derechos patrimoniales que detenta un autor o creador, él podrá autorizar la gestión de unos a una SGC y de otros derechos a otra. Lo que no se permite es la concurrencia de la gestión de un específico derecho patrimonial en cabeza de dos o más SGC.

Como se sabe, la normativa andina no limita el número de SGC que pueden existir en un país miembro; esto se deja al arbitrio de la legislación nacional, la cual podría permitir la creación y la coexistencia de diversas sociedades o incluso podría limitar la concurrencia y permitir una única sociedad de gestión. Sin embargo, la experiencia andina nos muestra la prevalencia de la pluralidad de las sociedades de gestión en el mercado de la gestión de derechos patrimoniales de autores y de titulares de derechos conexos.

Finalmente, se puede observar que la normativa andina contempla un marco regulatorio claro e integral para las SGC como administradoras de los derechos de sus afiliados. Igualmente, se evidencia que ellas tienen un amplio margen de autorregulación. En efecto, por medio de sus estatutos podrán determinar su legitimación y la forma de representar los intereses de los titulares de derechos en las negociaciones y los procedimientos administrativos o judiciales. Dicha posibilidad de autorregulación tenderá, por supuesto, a lograr un reconocimiento justo, eficaz y eficiente de los derechos que administra en favor de sus afiliados.

Capítulo VII

Límites en la actuación de las sociedades de gestión colectiva

Geoffrey Andrés Baldivieso Farfán¹

¹ Licenciado en Derecho y Ciencias Jurídicas; máster en Administración de Empresas (MBA); máster en Educación Superior (MES); máster en Administración del Talento Humano (RRHH-MRH). Ha dictado cursos en Propiedad Intelectual, Derechos de Autor y Gestión Colectiva en Sudamérica, Centroamérica, Estados Unidos, Europa y Asia. Es miembro fundador del Departamento Jurídico y Representante Legal de la Sociedad Boliviana de Autores y Compositores de Música (SOBODAYCOM, 2005); es el primer boliviano miembro del Comité Jurídico de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC para Latinoamérica y el Caribe, 2019); y, también, el primer boliviano miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho de Autor (IIDA, 2019). Es presidente de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ilustre Colegio de Abogados de La Paz (ICALP). Director general de la Sociedad Boliviana de Autores y Compositores de Música (SOBODAYCOM, desde el año 2011 a la fecha).

El criterio jurídico interpretativo del TJCA

«1.29. Si bien estas sociedades no tienen ánimo de lucro, sí tienen un andamiaje institucional y financiero basado en la actividad de gestión de derechos de autor y/o de derechos conexos que realizan. Por lo tanto, los gastos de estas sociedades deben ser tendientes a la consecución de sus fines institucionales, como son percibir o recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan, negociar las autorizaciones por concepto de uso de obras que formen parte del repertorio que representan, perseguir los usos no autorizados de tales obras y distribuir el importe restante entre los mismos.

1.30. En consecuencia, las sociedades de gestión colectiva no deben incurrir en gastos que no respondan a lograr su objeto o naturaleza y que puedan impedir o amenazar la realización de alguno de sus fines, como es aquel de repartir el importe restante entre sus afiliados luego de deducir los respectivos gastos de administración.

1.31. Sin embargo, son permisibles los gastos que le permitan recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que representan, negociar las autorizaciones por el uso de las obras que administran y perseguir los usos no autorizados de dichas obras con mayor eficiencia, principalmente económica, de manera tal que ningún asociado vea mermado el monto correspondiente a las regalías percibidas por parte de la sociedad de gestión colectiva en nombre de este por concepto del uso o explotación de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas.²⁰

²⁰ FICSOR, Mihály. *La Gestión Colectiva de Derecho de Autor y de los Derechos Conexos*, OMPI, Ginebra, 2002, p. 165.»

Fuente: Párrafos 1.29 a 1.31 de las páginas 14 y 15 de la Interpretación Prejudicial **64-IP-2018**, del 16 de septiembre de 2019, que constan en las páginas 28 y 29 de la GOAC, núm. 3789, del 24 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>.

Comentario de Geoffrey Andrés Baldivieso Farfán

Para entender el andamiaje institucional y financiero de una SGC, que en lo general no tiene ánimo de lucro, debemos definir en principio el concepto de gastos, que son los utilizados para llevar a cabo una gestión operativa y que se originan en la actividad de dirección, administración y organización de una institución. Si bien estos gastos se refieren a erogaciones o salidas de dinero reflejados en los estados financieros, estos deben estar ligados a los objetivos de una SGC.

Por ello, debemos establecer cuáles son los principales objetivos de una SGC, en cuanto a sus gastos y a una eficiente gestión:

- Hacer valer los derechos patrimoniales de los titulares de los derechos.
- Licenciamiento de los usos, recaudación de los derechos y distribución de estos entre sus titulares, de la manera más eficaz y económica posible.
- Informar y hacer conocer los alcances del derecho que administran, haciendo énfasis del perjuicio que ocasionan los usos ilícitos; todo ello mediante actividades de concientización a autoridades gubernamentales, judiciales, usuarios, propios creadores y público en general.
- Ayuda solidaria a los socios ancianos o impedidos y de difusión de las obras de sus socios.
- Entre otros.

Es importante mencionar que las SGC tienen como principal recurso para solventar su funcionamiento administrativo-operativo los descuentos deducidos de los montos recaudados, los cuales están autorizados por la norma del país en concordancia a su propio estatuto. En la mayoría de los países, esos descuentos tienen un límite establecido, generalmente de un 30 % de descuento administrativo y de un 10 % para los fines sociales de ayuda solidaria y difusión de repertorio. Estos porcentajes se encuentran también señalados en los contratos tipos de representación recíproca de CISAC.

En este sentido, es importante establecer que los montos de las recaudaciones y licenciamientos que realiza una SGC no constituyen ingresos, ya que son derechos pendientes de distribuir, es decir, obligación que debe cumplir a corto o mediano plazo y cuyo destino final son y serán siempre los creadores de las obras, debiendo ser contabilizados en el Estado de Situación Patrimonial. Están referidas principalmente a la obligación a distribuir a los autores nacionales y a los autores extranjeros, además del cumplimiento de obligaciones administrativas, Tributarias (de existir) y obligación FAS (Fondo de Ayuda Social). Para ello, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones establece en su artículo 45 literal e) de manera clara que,

...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...

Sin embargo, debemos tomar en cuenta la importancia de que los miembros de una SGC tengan amplio conocimiento respecto a todas las deducciones de los montos recaudados.

Dicho esto, en un análisis específico deberíamos plantearnos: ¿qué elementos adicionales a los objetivos ya citados permiten a una SGC la recaudación de dinero por el licenciamiento o autorización de uso de obras?

La representación en territorio local de repertorios extranjeros sin duda fortifica el accionar legal y operativo de una SGC; para eso se han diseñado los convenios recíprocos entre sociedades para esta representación. Sumada a ello está la pertenencia a instituciones internacionales que avalan, ratifican, defienden, viabilizan y ayudan en todos los casos a la gestión colectiva. Todos estos elementos, sin duda, contribuyen a una eficiente gestión de licenciamiento. El contar con personal capacitado, que reafirme y actualice sus conocimientos en los diferentes rubros, no solo de cobranza sino más bien de administración, documental, tecnológica, contable y de procesamiento de la distribución de derechos, entre otros, es una necesidad constante que también coadyuva a la gestión de una SGC. La participación activa e interactiva en espacios internacionales y regionales, que involucren a las instancias de toma de decisiones de una SGC, fortifica su estructura administrativa y de gestión, teniendo como resultado una armonización en la conducción de una gestión colectiva en cada país, con lo que definitivamente se contribuye a la gestión operativa.

Estas instituciones, que en muchos de los países son consideradas «especiales» o «particulares» en cuanto a su estructura, funcionamiento y objetivo, tienden a ser confundidas en aspectos gremiales y laborales, no solo por los usuarios de las obras sino también por las mismas autoridades gubernamentales, jueces y fiscales, mas donde se debería tener un mejor entendimiento del accionar de estas sociedades son las oficinas nacionales, competentes en materia de Propiedad Intelectual, quienes, además de armonizar el régimen de Propiedad Intelectual en cada país, deberían colaborar en el crecimiento, mejoramiento y gestión de derechos que las SGC realizan.

Mencionados y tomados en cuenta todos estos elementos adicionales, que conforman y son parte del accionar de una SGC, coincidimos en que estas deben tener gastos relacionados con los fines institucionales que van de la mano a un objetivo común de recaudar, administrar y distribuir por el uso público de obras. Tomando en cuenta que dentro de este objetivo y los otros que se desarrollan a través de este, y que ya fueron mencionados, existen elementos que coadyuvan al quehacer diario de estas instituciones y que su aplicabilidad es necesaria para fortificar su accionar y que en ninguno de los casos podrían

considerarse «fuera de los fines», ya que el resultado final de llevar una correcta gestión colectiva tiene una serie de implicaciones de elementos que promueven un trabajo general, que en ninguno de los casos puede ir en desmedro de los intereses morales y menos patrimoniales de los creadores; muy por el contrario, deben ir en el sentido del crecimiento individual para el creador y de una organización (SGC) que le brinde alternativas de respaldo, confianza y cobijo en cuanto a sus derechos y su vida misma como creador.

Capítulo VIII

Destino de las remuneraciones recaudadas por las sociedades de gestión colectiva

Wolfgang Ohnes¹

¹ Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Magíster en Derecho Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar. Exdirector nacional de la Oficina PI. Es abogado de marcas, patentes y derechos de autor para el sector privado desde el año 2000. Fue dos veces presidente de ABPI-Bolivia.

Los criterios jurídicos interpretativos del TJCA

«...salvo que la Asamblea General o los asociados acuerden fines adicionales que no contravengan o desnaturalicen la razón de ser de la sociedad, las remuneraciones recaudadas deben destinarse exclusivamente a los titulares de los derechos de autor y conexos, así como a los gastos que implica gestionar dichos derechos.

La forma de garantizar el destino de las remuneraciones recaudadas es a través de la evaluación de la información que presente la nueva sociedad en su solicitud de autorización, debiendo revisarse si cuenta con los suficientes recursos humanos y técnicos para el cumplimiento de sus fines institucionales y así garantizar la recaudación de la regalías que corresponden a sus afiliados, así como la posible efectividad de la gestión en el extranjero del repertorio que se aspira administrar».

Fuente: Ver contestación a la pregunta 4.2 de las páginas 26 y 27 de la Interpretación Prejudicial **387-IP-2016**, del 11 de mayo de 2017, que consta en las páginas 44 y 45 de la GOAC, núm. 3050, del 26 de junio de 2017, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/387-IP-2016.pdf>.

«1.29. En virtud del Artículo 45 literal j) de la Decisión 351, se entiende que las remuneraciones percibidas por las sociedades de gestión colectiva pueden destinarse a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración, siempre y cuando se cuente con la debida autorización expresa de la Asamblea General y permitan una gestión más eficiente, sobre todo desde el punto de vista económico, de los derechos administrados, sin discriminación, en conformidad con la naturaleza y los fines de la correspondiente sociedad de gestión colectiva.

(...)»

Fuente: Párrafo 1.29 de la página 14 de la Interpretación Prejudicial **525-IP-2015**, del 20 de abril de 2017, que consta en la página 52 de la GOAC, núm. 3123, del 27 de octubre de 2017, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3123.pdf>.

Comentario de Wolfgang Ohnes

Análisis sobre el destino de las recaudaciones de las SGC y los posibles usos de estos, en cuestiones que no contravengan la naturaleza de estas organizaciones

El destino de las remuneraciones recaudadas por las SGC es, sin duda, una materia digna de profunda reflexión y amplia discusión, debido a la sensible naturaleza económica relacionada con esta función, y al equilibrio que debe haber al permitir el desarrollo de nuevas actividades complementarias a los derechos de autor de las SGC, que permitan su mejor difusión, promoción y además mantengan un manejo transparente de los recursos recaudados.

A ello se suma la realidad de algunos países que no cuentan en sus estructuras gubernamentales con instituciones fuertes que apoyen la promoción y la debida protección de los derechos de autor, circunstancias que abren una importante oportunidad para que las SGC puedan ampliar sus funciones apuntando en esta dirección ante las numerosas ausencias estatales.

Interpretación Prejudicial 387-IP-2016

La respuesta que da el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) a la pregunta 4.2 de la Interpretación Prejudicial 387-IP-2016, indica que la manera de garantizar el buen uso de los recursos recaudados por parte de una nueva sociedad de gestión colectiva, que se desprende de una sociedad madre, es la evaluación de la información de si cuenta con los recursos humanos y técnicos para cumplir con esta labor.

Esta solución puede parecer un poco ingenua e irresponsable, sobre todo considerando que muchas organizaciones al momento de su creación cumplen con todos los requisitos formales, en papeles, pero luego, debido a cambios en diversas circunstancias, que van desde el reemplazo del personal técnico en la administración pública hasta el cambio de prioridades políticas nacionales, se provocan ineficiencias en los controles sobre el funcionamiento de las SGC, por lo que suelen surgir inconvenientes y malos manejos de los recursos.

La exigencia formal a la que se refiere el TJCA en esta interpretación prejudicial pareciera ser insuficiente para garantizar apropiadamente el destino de los recursos que se recaudan, ante las múltiples posibilidades de engaño que más adelante se puedan dar. Sin embargo, no se puede dejar de considerar los mecanismos legales que se aplican a las SGC, como sus propios estatutos

orgánicos, disposiciones tributarias y civiles a las que están sujetas, y sobre todo a los socios vigilantes de las mismas, interesados en su buen funcionamiento. Las SGC rinden anualmente informes detallados sujetos a auditorías externas que verifican el trabajo efectuado durante cada gestión.

Eficiencia en las SGC dentro de sus funciones

Es interesante observar el alto nivel de organización y eficiencia que pueden alcanzar a tener las SGC. Por ejemplo, en la Sociedad Boliviana de Autores y Compositores de Música (SOBODAYCOM), registrada ante el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual de Bolivia (SENAPI), al amparo de la Ley 1322 de Derechos de Autor y su Decreto Reglamentario 23907, se puede observar, en su página de internet, las memorias anuales de cada gestión, en las que incluyen sus respectivos estados financieros auditados y una detallada rendición de cuentas ante sus asociados. Esta documentación muestra que es posible tener una gestión transparente y responsable por parte de la sociedad civil, organizaciones privadas a favor del desarrollo de los derechos de autor, supliendo en varios aspectos las labores que debería cumplir el Estado.

Particularmente en el caso boliviano, varias instituciones estatales carecen del necesario presupuesto y también de suficiente personal capacitado para cumplir con importantes tareas relacionadas a la difusión, la promoción y la protección de los derechos de autor. Es en estas áreas en las que las SGC pueden ampliar sus funciones y para ello es necesario tener la flexibilidad de poder usar los recursos recaudados, obviamente con la aprobación de la Asamblea General de Socios, lo cual viene a ser un decisivo elemento de aporte hacia el progreso de los derechos de autor, sin dejar de cumplir los lineamientos legales establecidos en los estatutos y la normativa que rige sus actividades.

Interpretación Prejudicial 525-IP-2015

En la respuesta del TJCA a la pregunta del consultante, contenida en el punto 1.29 de la Interpretación Prejudicial 525-IP-2015, se menciona el ineludible contrapeso que debe existir dentro de la actividad de la SGC, la intervención estatal que controle el buen manejo de la misma, en resguardo de los intereses de los titulares de derechos de autor. Pese a que es muy importante permitir cierta flexibilidad regulada para el desarrollo de nuevas funciones complementarias de las SGC, no se puede dejar por completo de lado la especial vigilancia y supervisión del Estado sobre estas gestiones, para proteger los intereses de los titulares de derechos de autor. Más allá de reconocer la alta eficiencia que pueden llegar a tener las organizaciones privadas, y las múltiples áreas de trabajo que pueden

desarrollar para el avance de los derechos de autor, la labor del Estado es fundamental para tutelar los intereses y derechos de todos los titulares de derechos de autor. El buen equilibrio de estos dos conceptos, la vigilancia del Estado y las nuevas actividades complementarias de las SGC, financiadas por un uso más flexible pero a la vez regulado de sus recursos, permite un ámbito favorable para desarrollar los derechos de autor en los Países Miembros, donde la labor del TJCA da un invaluable aporte mediante la interpretación de las disposiciones andinas dentro de los procesos seguidos por los titulares de derechos de autor, ayudando a salvar los vacíos que existen en el marco jurídico andino.

Conclusiones

Es necesario aprender a manejar este buen equilibrio, entre la firmeza de la aplicación de la norma y la sabiduría de permitir suficientes espacios de flexibilidad que promuevan el crecimiento natural de nuevas funciones complementarias de las SGC para promover el desarrollo de los derechos de autor, sin pasar por alto la voluntad de los titulares de derecho de autor que las conforman; una labor compleja que solo podrá ser abordada entre el sector público y el privado de manera conjunta y colaborativa, en una época de un vertiginoso desarrollo de la difusión y transmisión de los mismos.

Capítulo IX

Participación en las recaudaciones que realiza la sociedad de gestión colectiva

Modificación o variación en las reglas de distribución equitativas y proporcionales a favor de los socios de la sociedad de gestión colectiva

Rodrigo Javier Gozalbez¹
Abel Martín Villarejo²

¹ Abogado (UCSF) y docente especializado en Derechos de Autor y Derechos Conexos. Magíster en Propiedad Intelectual (U. Austral). C.O.O. Argentina de ELAPI. Agente de Propiedad Industrial (INPI). Tiene un posgrado en Derechos de Autor y Derechos Conexos (UBA). Es apoderado-litigante de Entidades de Gestión Colectiva y autor de artículos de doctrina en Propiedad Intelectual.

² Abogado desde 1992 y profesor asociado del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, desde 1995. Director general de AISGE y de la Fundación AISGE desde 2002. Secretario general de Latin Artis. Ha publicado más de 100 trabajos de investigación en materia de Derecho de Autor, Derechos Conexos, Copyright, Gestión Colectiva y nuevas tecnologías. Cofundador y vicepresidente de la Asociación para el Estudio del Derecho de Autor (ASEDA). Director del diploma de Alta Especialización en derecho de autor de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid.

Los criterios jurídicos interpretativos del TJCA

«...el sistema de reparto tiene que estar predeterminado en los estatutos o los reglamentos internos de la correspondiente sociedad de gestión colectiva.³⁰ De este modo, cuando la norma comunitaria andina, en el Literal e) del Artículo 45, hace alusión a “distribución equitativa”, significa que la participación de los titulares de los derechos en el reparto ha de ser “proporcional” a la utilización de sus obras.³¹

³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo *et al.*, *Op. Cit.*, p. 283.

³¹ Cabe comentar que, la remuneración proporcional es también el modo normal de retribuir al titular que cede sus derechos. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo *et al.*, *Op. Cit.*, pp. 283-284.»

Fuente: Párrafo 1.40 de la página 17 de la Interpretación Prejudicial **64-IP-2018**, del 16 de septiembre de 2019, que consta en la página 31 de la GOAC, núm. 3789, del 24 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>.

«Las sociedades de gestión colectiva pueden generar reglas de participación, pero de ninguna manera vulnerando el derecho de miembros que no hagan parte de la expansión en el mercado, ya que a éstos los mueve un interés cultural, artístico o literario. Se puede normar la participación en la toma de decisiones estableciendo ciertos criterios de participación de conformidad con lo mencionado: antigüedad de los socios, representantes de ciertos grupos de autores, intérpretes o ejecutantes, entre otros muchos que permitan una distribución equitativa y una participación adecuada.

No obstante, las facultades de la Asamblea General de las Sociedades de Gestión Colectiva se rigen por las legislaciones internas de los países miembros de la Comunidad Andina».

Fuente: Ver contestación a la pregunta 3.6 de las páginas 19 y 20 de la Interpretación Prejudicial **550-IP-2016**, del 14 de diciembre de 2018, que

consta en las páginas 20 y 21 de la GOAC, núm. 3663, del 17 de junio de 2019, disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/550-IP-2016_.pdf.

Comentario de Rodrigo Javier Gozalbez

...el sistema de reparto tiene que estar predeterminado en los estatutos o los reglamentos internos de la correspondiente sociedad de gestión colectiva.¹ De este modo, cuando la norma comunitaria andina, en el Literal e) del Artículo 45, hace alusión a «distribución equitativa», significa que la participación de los titulares de los derechos en el reparto ha de ser «proporcional» a la utilización de sus obras.²

El sistema de administración colectiva constituye un conjunto de actividades que buscan el efectivo ejercicio de los derechos de autor y los derechos conexos por parte de entidades que, aplicando un principio de superación de la individualidad propia de los titulares de esos derechos, y gracias a las autorizaciones que estos oportunamente conceden, realizan tareas de administración, contratación, otorgamiento de licencias, recaudación y distribución, asesoramiento, entre otras; todo esto en beneficio de los autores y titulares de derechos de autor y derechos conexos.³

Cuando se hace referencia al ejercicio efectivo, uno de los principales objetivos es consagrar una justa participación económica de los titulares de derecho, conforme el uso de sus obras y prestaciones, participación que se tornaría irrisoria en caso de ausencia de dicho sistema de administración. Conforme lo precitado, la existencia de una robusta arquitectura de SGC garantiza el ejercicio posible de las facultades patrimoniales dispensadas por el ordenamiento jurídico.

Al ser considerada como una de las funciones más importantes que las SGC desarrollan, la distribución del producido económico, como consecuencia de la percepción de ingresos conforme a los aranceles que los usuarios abonan

¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo *et al.* *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant le Blanc, 2001, p. 283.

² Cabe comentar que la remuneración proporcional es también el modo normal de retribuir al titular que cede sus derechos. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo *et al.*, Op. Cit., pp. 283-284.

³ Cfr. Gozalbez, Rodrigo. (2017). «La administración colectiva y el aseguramiento efectivo del ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos. Su acaparamiento práctico en circuitos de música latinoamericanos». En *Actas de Músicos en Congreso. Músicas Latinoamericanas. Perspectivas y enfoques en la educación*, ISM/FHUC-UNL, p. 97.

como contraprestación al uso del catálogo administrado por la entidad, ocupa un lugar de preponderancia a la hora de efectuar un análisis de las actividades de gestión. Los actos de distribución reposan en la esencia del actuar de las entidades, siendo uno de los aspectos que más interesan al conjunto de los titulares de derechos que las integran.

A pesar de compartir principios de justificación similares y una esencia común, existen diversos aspectos diferenciadores que dotan a las distintas SGC de características particulares que las diferencian conforme a su naturaleza como persona jurídica, el grado de exclusividad en su funcionamiento respecto del ordenamiento jurídico que les da fundamento o el sistema de instrumentalización; es decir, el régimen de recaudación y distribución aplicado. Conforme a este último punto, existen organizaciones con tareas de recaudación y distribución unificadas o separadas.

En muchos modelos de gestión colectiva se recaudan las regalías derivadas del derecho administrado y luego se distribuyen entre sus asociados. En otros esquemas, se reciben los dividendos recaudados por una «ventanilla única» (como en el caso de Brasil) o una entidad distinta (como en el caso de Argentina, en materia de derechos conexos, donde los intérpretes nucleados en AADI,⁴ como los productores organizados en CAPIF,⁵ integran una asociación civil recaudadora denominada AADI-CAPIF A.C.R., para unificar el cobro de los aranceles que luego distribuyen separadamente).⁶

Desde el punto de vista del reparto de lo recaudado, conforme a los usos, encontraremos características condicionadas no solo por el tipo de SGC sino también por las tipologías del espacio del arte donde estas se desenvuelven. A modo de ejemplo, podemos considerar el caso de los autores y compositores de música argentinos (SADAIC⁷), donde los ingresos encuentran diversas fuentes, predominando actos de reproducción, comunicación pública tradicional (directa e indirecta) y la puesta a disposición en línea. El estatuto prevé que el reparto

deberá orientarse a través de la naturaleza del derecho de autor musical y de las peculiaridades y complejidades inherentes a su recaudación, contralor, procesamiento y liquidación, buscando los criterios más equitativos y que permitan neutralizar injerencias empresarias o procedimientos desnaturalizantes de terceros (...).⁸

⁴ Asociación Argentina de Intérpretes.

⁵ Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas.

⁶ Cfr. Gozalbez, Rodrigo. (2017) «La administración...», p. 101.

⁷ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música de la República Argentina.

⁸ Art. CENTÉSIMO NONAGÉSIMO SEXTO, Estatuto de SADAIC, <https://www.sadaic.org.ar/sadaic-estatuto.pdf>

Asimismo, el reparto se rige por lo regulado en el art. 37 del Decreto 5146/69, reglamentario de la Ley 17648, que establece una serie de reglas, como la calificación de las obras en «editadas, grabadas, fonomecánica o cualquier otro medio de reproducción similar»,⁹ la exclusión de los gastos administrativos y el valor de las planillas donde constan las utilizaciones. También se consideran los casos de

carencia total o parcial de planillas o cuando éstas fueran rechazadas por irregularidades (...).¹⁰ [determinando que] el monto global proveniente de dichos importes se repartirá entre los rubros que posean un quantum de recaudación sin planillas, a prorrata sobre las cantidades que en ellos tienen individualizadas las respectivas obras, pero los sistemas podrán apartar un porcentaje destinado a equilibrar los casos en que se produzcan márgenes acentuadas de ingresos sin planillas, o en que se haga aplicación de lo determinado en la última parte del presente inciso (...).¹¹

Al referirse a dichos criterios, se tienen en cuenta la objetividad, la naturaleza y característica del uso de las obras musicales a través de los medios de difusión, los estudios sobre repertorios y las constancias y estadísticas obrantes en la entidad.¹² Lo referido en el párrafo anterior regula el denominado «fondo sin planilla», utilizado como criterio de distribución y de exclusión de distribución en ciertos supuestos. Dicho fondo constituye una característica del tipo de repertorio que administra la entidad. Asimismo, se utilizan criterios adicionales como «haber percibido como mínimo un veinte por ciento (20%) de los derechos en uno o varios de los siguientes rubros: radio, televisión, fonomecánico, exterior».¹³

En el caso de CADRA,¹⁴ luego de deducir un porcentaje destinado a gastos administrativos (que no puede superar el 30 %), un porcentaje con destino al fondo de reserva y reclamos (15 %) y otro consignado a los derechos sobre las obras extranjeras (10 %),¹⁵ la entidad distribuye la participación económica entre autores y editores siguiendo los siguientes lineamientos: el resultado de las deducciones analizadas previamente se denomina Fondo de Distribución. Del mismo se destina el 10 %¹⁶ (Fondo de Distribución General) entre todos los socios de CADRA en forma igualitaria, concediendo el 5 % a editores y el 5 % a los

⁹ Art. 37, Decreto 5146/69.

¹⁰ *Ibídem.*

¹¹ *Ibídem.*

¹² *Ibídem.*

¹³ Art. 38, Decreto 5146/69.

¹⁴ Centro de Administración de Derechos Reprográficos de la República Argentina.

¹⁵ Ver Reglamento de distribución disponible en: http://www.cadra.org.ar/upload/REGLAMENTO_DE_DISTRIBUCION_DE_DERECHOS_Modif_31012017.pdf.

¹⁶ *Ibídem.*, 1.

autores; y el 90 %¹⁷ (Fondo de Distribución Individual) se distribuye entre las obras que integran el repertorio de la entidad publicadas, reeditadas o impresas con ISBN argentino en los últimos cinco años (anteriores al 31 de marzo del año previo a la distribución), según los criterios que se establecen a continuación: el Fondo de Distribución Individual se divide entre autores y editores por mitades.

Luego, se clasifican las obras en dos categorías —denominadas 1 y 2—, en función de sus contenidos utilizando, para tal fin, el sistema de clasificación de la Cámara Argentina del Libro. La categoría 1, correspondiente a los libros técnicos, científicos y/o de estudio, percibirá el 70 % del FDI. La categoría 2, correspondiente al resto de los libros, percibirá el 30 % del FDI. El FDI de cada categoría se divide por la cantidad de títulos que estén incluidos en la misma, correspondiéndole a cada libro un importe determinado.¹⁸ De esta forma, se intenta asegurar el efectivo ejercicio de los derechos por parte de sus titulares.¹⁹

Los criterios de participación y reparto analizados tienen fundamento en el ordenamiento jurídico, los estatutos y los reglamentos internos de las SGC, variando de acuerdo con el tipo de entidad y la rama del arte en la que esta se desenvuelve y sujetos al control que naturalmente propician los órganos participativos de la entidad, buscando una justa distribución de los resultados de las actividades de gestión que fundamentan la existencia de la organización. Un sólido basamento de los sistemas de participación y reparto, además de aumentar la capacidad de negociación de la entidad y arrojar seguridad jurídica y transparencia en la actividad, incrementa las posibilidades de hacer efectivas en la práctica las facultades patrimoniales reconocidas por la norma a los titulares de derechos.

Comentario de Abel Martín Villarejo

Planteamiento de la cuestión

El proceso de reparto de los derechos recaudados colectivamente se configura como uno de los principales elementos, quizá el fundamental, para poder valorar el nivel de transparencia, diligencia y equidad de una sociedad de gestión. Por esta razón, su regulación en las diferentes legislaciones nacionales ha

¹⁷ Ibídem, 1.

¹⁸ Ibídem, 2.

¹⁹ Cfr. Gozalbez, Rodrigo J., *Derechos de reproducción reprográfica de los autores literarios y su gestión colectiva* en Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC-UNESCO) (octubre), 3/10/2018, 149. Disponible en <https://cerlalc.org/>.

presentado, tradicionalmente, la obligación de cumplimiento de una serie de principios informadores inherentes al propio concepto de distribución, como son el principio de «proporcionalidad» o el de «equidad», y el de «predeterminación normativa» o de «exclusión de la arbitrariedad». En la última década se ha incorporado, decididamente, otro principio inherente o coadyuvante al de equidad o proporcionalidad como es del «trazabilidad» o correspondencia entre la fuente de recaudación (tarifas) de los derechos y su distribución entre los titulares de los derechos que generaron dicha recaudación proindivisa, fruto de la aplicación de las correspondientes tarifas generales y de su recaudación colectiva.

No obstante, y como consecuencia de la irregular implementación de tales principios por parte de algunas sociedades de gestión colectiva en distintos países, en los últimos años se han ido estableciendo nuevos marcos legislativos en los que la «transparencia», la «diligencia» y la «exactitud» se convierten en atributos ineludibles de todo proceso de recaudación, administración y distribución de derechos. La gestión de derechos y dinero ajenos exigen un mayor grado de transparencia y rigor en esta tarea fundamental de la gestión colectiva para que tales derechos alcancen su verdadera virtualidad y eficacia. Es en este contexto en el que la regulación del reparto/distribución ha protagonizado varias de las últimas reformas normativas, tanto en el ámbito de la Unión Europea²⁰ como en España, así como en los países de la Comunidad Andina (Colombia, Ecuador y Perú), que traeremos oportunamente a colación con el propósito de que coadyuven a mejorar los criterios de aplicabilidad de tales principios fundamentales de la gestión colectiva de derechos.

En consecuencia, el presente análisis del criterio jurídico interpretativo realizado por el TJCA sobre el concepto «distribución equitativa», reflejado en el literal e) del artículo 45 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, debe necesariamente enmarcarse dentro del mencionado escenario de interpretación de los principios informadores del reparto en el derecho comparado, y, más concretamente, en el de las últimas modificaciones legislativas que han aclarado el concepto de «proporcionalidad» en la distribución, incluso mediante la exigencia legal de garantizar la «trazabilidad» entre los procesos de recaudación y reparto de derechos que realizan las sociedades de gestión.²¹

²⁰ El artículo 13.1 de la Directiva 2014/26/UE establece como premisas básicas para la realización del reparto de derechos «la exactitud», la «diligencia» y la «periodicidad», fijando de este modo un marco de transparencia en la administración de los importes adeudados a los titulares por parte de las entidades de gestión.

²¹ En este sentido, en el considerando veinticinco (25) de la citada Directiva 2014/26/UE, el legislador comunitario expone que únicamente resulta posible repartir con «exactitud» los ingresos si la entidad de gestión colectiva de derechos mantiene registros adecuados de sus miembros, de las licencias y de la «utilización» de las obras y otras prestaciones.

El principio de «equidad» («proporcionalidad») y la correspondencia entre recaudación y reparto

En el referido párrafo 1.40 de la Interpretación Prejudicial 64-IP-2018, cuyo análisis nos ocupa, el Alto Tribunal de la Comunidad Andina concluye que el término «distribución equitativa» debe entenderse como aquella «participación» de los titulares de los derechos en el reparto que sea «proporcional a la utilización» de sus obras. Por lo tanto, y desarrollando tal conclusión, habrá de considerarse «justa o equitativa» toda remuneración en el reparto cuya determinación se haya efectuado atendiendo al «uso o utilización real» de las obras u otras prestaciones de los titulares de los derechos.

Ahora bien, una correcta interpretación del término «utilización», referido a las obras y prestaciones de los titulares, será la que permita predicar, realmente, el atributo de «equidad» a la distribución efectuada. En efecto, por «utilización» no solo habrá de tenerse en consideración, pues, el «número de los usos realizados» sino también la «incidencia económica» que tales usos hayan tenido en el mercado, y, en consecuencia, en la recaudación obtenida por parte de la sociedad de gestión que realiza el reparto.

Dicho de otra manera, aquel reparto de derechos que pudiera efectuarse «proporcionalmente» atendiendo solo al «número de utilizations» de las obras de los titulares, pero desligándolas de su correspondiente resultado económico en el mercado (valor comercial, audiencia, etc.), podrá producir un notable desequilibrio entre la valoración de tales obras en el proceso de recaudación de la sociedad de gestión,²² y el correspondiente reparto y pago de dicha recaudación a sus legítimos titulares. Este desequilibrio obligará necesariamente a calificar la distribución así realizada como «inequitativa», especialmente en aquellos casos en los que pueda producirse un uso intensivo de determinadas obras en el mercado que, sin embargo, presente un valor comercial nulo o testimonial.

Esta delimitación interpretativa del principio de «proporcionalidad/equidad» en el reparto de derechos, además, resulta relevante si atendemos al marco legislativo que aborda esta cuestión en los países que integran la Comunidad Andina. En este sentido, la regulación vigente en Colombia, Perú y Ecuador²³ refleja el criterio de la proporcionalidad en la distribución en términos muy

²² Con respecto a la valoración del repertorio en la fase de recaudación, a título de ejemplo, conviene citar el artículo 153.e) de la Ley de Derecho de Autor del Perú, DL 822 de 1996, que establece que las tarifas a cobrar por las entidades de gestión por la utilización de su repertorio deberán aplicar «(...) el principio de la remuneración proporcional a los ingresos obtenidos con la explotación de dicho repertorio (...)».

²³ La obligación de las entidades de gestión de realizar una distribución entre los titulares de forma proporcional a la utilización de sus «derechos», «obras» u otro tipo de prestaciones se establece en el art. 14.5 de la Ley 44, 1993, que modifica la Ley de Derecho Autor de Colombia, en el art. 153.k); Ley de Derecho de Autor Perú, DL 822, de 1996; y en el art. 76 del Reglamento de Gestión de los Conocimientos del Ecuador, de 2020.

similares a los dispuestos en la Decisión 351; mientras que, por el contrario, la legislación nacional de Bolivia,²⁴ si bien alude a la potestad de las sociedades de gestión para percibir y liquidar los derechos derivados de la utilización de las obras de su repertorio, no aborda los principios que deben guiar la realización del reparto y pago de tales derechos. Por esta razón, el papel del TJCA en esta materia resulta determinante para una correcta armonización y desarrollo de la gestión colectiva en la región.

En el ámbito del derecho comparado, probablemente sea el legislador español el que haya abordado con mayor detalle la cuestión que nos ocupa. Así, con la aprobación del Real Decreto Ley 2/2018, la legislación española delimitaba por vez primera el principio de proporcionalidad en el reparto, regulado hasta entonces en términos muy similares a los del literal e) del artículo 45 de la Decisión 351. Tal delimitación se produce en el primer párrafo del artículo 159.l) TRLPI,²⁵ en el que, tras indicar que el reparto debe ser proporcional a la utilización de las obras y prestaciones de los titulares, se añade que tal proporcionalidad debe atender, igualmente, «a la recaudación» que tales obras y prestaciones «contribuyan a generar para la entidad de gestión», sentando de esa manera el principio general de «correspondencia» entre «recaudación y reparto».²⁶

El principio de «trazabilidad» en la gestión colectiva de derechos

La delimitación realizada del principio de proporcionalidad resulta imprescindible para poder calificar como «equitativa» la distribución de derechos, pero precisa adicionalmente de un marco legal y de una *praxis* que garantice dicha equidad, de manera transparente, en todas las fases de la gestión, desde la recaudación hasta el reparto y pago de derechos.

²⁴ Vid. art. 27.3 y 5 del Reglamento de la Ley de Derecho de Autor de Bolivia.

²⁵ Artículo 159.l) TRLPI, párrafo primero: «(...) En cualquier caso, como parte de dichos principios generales deberá excluirse la arbitrariedad en el reparto y garantizarse que la participación de los titulares en el reparto sea proporcional a la utilización de sus obras y prestaciones protegidas y, en consecuencia, a la recaudación que contribuyan a generar para la entidad de gestión.»

²⁶ Art. 177 TRLPI (Reparto, pago y prescripción de derechos): «1. El reparto de los derechos recaudados se efectuará equitativamente por las entidades de gestión a los titulares de las obras o prestaciones utilizadas y a otras entidades de gestión con las que hayan firmado acuerdos de representación, conforme a lo previsto en su reglamento de reparto. En todo caso deberá existir trazabilidad entre los derechos recaudados y los repartidos y pagados».

En este sentido, los artículos 175.2²⁷ y 177.1.2²⁸ del TRLPI español consagran el principio de «trazabilidad» entre los derechos recaudados y los repartidos y pagados, obligando a las entidades de gestión a separar las cantidades recaudadas y sus correspondientes procesos de reparto, cuando estas correspondan a derechos procedentes de la explotación de obras de diferentes categorías, no pudiéndose asignar cantidades en el reparto a obras distintas a aquellas de las que procedan los derechos a repartir.

Sin embargo, a nuestro juicio, para abordar con mayor precisión y eficacia la trazabilidad entre la recaudación y el reparto, y la correspondiente separación de ambos procesos cuando estos se desarrollen por sociedades de gestión que administren repertorios con obras y titulares de derechos en diferente tipología, resulta esencial distinguir la gestión que tales entidades puedan realizar en el ámbito de los «derechos exclusivos», de la efectuada con respecto a derechos de «remuneración». La diferenciación de las cantidades recaudadas por ambas modalidades de derechos y la separación de sus repartos será la principal garantía para, dentro del marco de transparencia y trazabilidad expuesto, poder desarrollar distribuciones proporcionales a la utilización de las obras y prestaciones de los titulares, cuyo carácter equitativo no pueda albergar condicionante alguno.

El principio de «predeterminación normativa» de los criterios de reparto

Los anteriores principios han de inspirar e informar a todos los criterios de distribución de derechos administrados colectivamente; principios que no pueden constituir meras proclamas o declaraciones de intenciones, al contrario, deben presidir todos los criterios y procesos de administración y distribución de los derechos recaudados. Sucede, pues, que su exigibilidad solo puede deducirse de la obligación legal de su positivización en los estatutos sociales o reglamentos internos de la correspondiente entidad de gestión. La legitimidad para requerir su observancia ha de ser atribuida a los propios titulares de los derechos, concernidos en la gestión colectiva, y a las autoridades competentes que ejerzan competencias de control y vigilancia sobre las entidades de gestión, normalmente a cargo de las oficinas nacionales de derecho de autor.

²⁷ «Las entidades de gestión que administren derechos de autor sobre obras de diferentes categorías deberán garantizar la trazabilidad del proceso de recaudación y reparto de los derechos, de tal forma que sea posible identificar todas sus etapas, desde el origen de la recaudación hasta el reparto a los titulares de derechos sobre las obras cuya utilización genere los derechos» (art. 175.2 TRLPI).

²⁸ «Para las entidades de gestión que administren derechos sobre obras o prestaciones protegidas de diferentes categorías, el reparto deberá realizarse de manera separada, por cada tipo de obra o prestación protegida, no pudiéndose asignar cantidades para reparto por derechos a obras diferentes a aquellas de las que procedan los derechos a repartir (...)» (art. 177.1.2º TRLPI).

Con el principio de «predeterminación normativa» se satisfará, asimismo, el principio universal de seguridad jurídica, al tiempo que operará como garantía formal de todos los demás principios que han de informar el reparto, sobre todo el de «equidad» o «proporcionalidad» objetiva y cuantitativa.

Capítulo X

Las diferencias entre el reconocimiento de personería jurídica y autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva

Flavio Arosemena¹

Edwin Urquidí²

¹ Abogado. Máster en Derecho (LL.M.) de Georgetown University. Fundador, en 2007, de Arosemena Burbano & Asociados (AB&A), estudio jurídico de Propiedad Intelectual y Competencia. Fue reconocido como «Pionero de la Propiedad Intelectual en Guayaquil» por el ranking internacional, con sede en Londres, «World Trademark Review (WTR)». Es autor de la obra *Derecho de autor para autores y empresarios* (IEPI, 2011). Exdirector nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Ecuador. Directivo de la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI). Director de la carrera de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE) en Guayaquil. Mediador del Centro de Mediación Empresarial (CME). Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la UEES.

² Licenciado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor San Simón de Cochabamba-Bolivia. Máster en Propiedad Intelectual (marcas, patentes, derecho de autor, variedades vegetales) por la Universidad de Alicante-España. Tiene un diplomado en Investigación Cultural por el Centro Latinoamericano y del Caribe para el Desarrollo Cultural (CLACDEC-OEA, Caracas-Venezuela). Exdirector titular del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual de Bolivia (SENAPI). Negociador de la Decisión 486 (Régimen Común Andino de Propiedad Industrial). Excoordinador del grupo observador de propiedad intelectual en las rondas de negociación del TLC entre Estados Unidos con los países de la Comunidad Andina. Es investigador académico en denominaciones de origen, sociedades de gestión colectiva, además de docente, consultor y asesor de propiedad intelectual con más de 20 años de práctica profesional en propiedad industrial, derecho de autor y conexos.

El criterio jurídico interpretativo del TJCA

«2.2. Mediante el reconocimiento de personería de una sociedad de gestión colectiva, se permite a la sociedad ejercer su razón social una vez que la autoridad nacional competente la declare formalmente constituida, sin que ello implique que se le está otorgando una autorización de funcionamiento.

2.3. Si bien podría presuponerse que tanto la constitución de la sociedad de gestión colectiva, como su autorización de funcionamiento, deberían estar comprendidos dentro de un solo acto administrativo, la redacción del Artículo 43 de la Decisión 351 distingue dos momentos distintos, uno en donde la sociedad de gestión colectiva ya existe como tal, y otro en el cual obtiene la correspondiente autorización de funcionamiento de la oficina nacional competente.

(...)

2.6. La autorización de funcionamiento no es el acto por el cual se da reconocimiento de la existencia jurídica de la sociedad, sino que constituye un acto administrativo de habilitación de la sociedad para que desarrolle su actividad dentro del marco legal establecido.

2.7. El reconocimiento de personería en cambio está destinado a dar nacimiento a la sociedad como ente jurídico distinto de los socios individualmente considerados. Podría decirse que la personería jurídica se produce en el momento en que se constituye legalmente una sociedad por el reconocimiento que de ella haga el Estado, pero por ese sólo hecho no puede entrar a funcionar sin la autorización previa del Estado (oficina nacional competente), que debe hacerlo una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley comunitaria.»

[contestación a la pregunta 4.1.]

(...)

Lo afirmado precedentemente, determina que incluso la revocatoria de la autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva no implica la extinción de la sociedad como persona jurídica. En consecuencia, si una sociedad considera que determinados derechos de autor y conexos deban ser administrados por una o dos sociedades nuevas, no

es necesaria la extinción de la primera como persona jurídica, para que puedan existir las nuevas».

Fuente: Párrafos 2.2, 2.3, 2.6, 2.7 y contestación a la pregunta 4.1. de las páginas 23, 24 y 26 de la Interpretación Prejudicial **387-IP-2016**, del 11 de mayo de 2017, que constan en las páginas 41, 42 y 44 de la GOAC, núm. 3050, del 26 de junio de 2017, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/387-IP-2016.pdf>.

Comentario de Flavio Arosemena

La gestión colectiva de los derechos patrimoniales de autor ha demostrado ser la mejor forma que tienen la mayoría de los autores para percibir ingresos por la explotación de sus obras en mercados en los que, de otra forma, no tendrían capacidad de gestión de cobro. La hiperconexión comunicativa y de acceso a contenidos autorales que tenemos hoy en el mundo vuelve la gestión colectiva en el cobro de ingresos por la explotación de obras aún más necesaria. En este contexto, la fiscalización estatal de las sociedades de gestión colectiva (SGC), para proteger tanto a los autores cuyos derechos están siendo administrados como a los usuarios de las obras, adquiere una relevancia superior, siendo el acto nuclear de dicha fiscalización estatal la autorización de funcionamiento que deben recibir las SGC por parte de las autoridades estatales de control. Pero es muy importante no confundir a la autorización de funcionamiento con el reconocimiento de la personería jurídica de las SGC. En este orden de ideas, el criterio jurídico interpretativo expuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), en la Interpretación Prejudicial 387-IP-2016 del 11 de mayo de 2017, es de superior relevancia.

En el criterio jurídico interpretativo materia del presente comentario, el TJCA destaca los dos momentos distintos que deben apreciarse de la lectura adecuada del artículo 43 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina. En primer lugar, tenemos al acto constitutivo o de creación de la SGC, el cual ocurre «en el momento en que se constituye legalmente una sociedad por el reconocimiento que de ella haga el Estado»; y en segundo lugar la autorización de funcionamiento, la cual ocurre cuando la SGC es autorizada expresamente a funcionar por parte de la autoridad estatal de control «una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley comunitaria». La separación y diferenciación de estos dos actos trae las siguientes inevitables conclusiones: una SGC puede existir legalmente pero no estar autorizada para funcionar, o puede haber perdido su autorización de funcionamiento sin que esto implique que haya dejado de existir.

Es importante subrayar en este punto que tal como ha expresado el propio TJCA en previas interpretaciones prejudiciales, a través de la autorización de funcionamiento «se ejerce el control del acceso de estas organizaciones a la gestión autoral y de allí nace la vigilancia del Estado para asegurar el cumplimiento de las condiciones de funcionamiento exigidas en la ley».¹

Es decir, aunque una SGC pueda tener existencia legal no se encuentra por ello posibilitada jurídicamente a representar a los autores en el otorgamiento de licencias de uso de sus obras, administrando sus derechos patrimoniales, mientras dicha SGC no cuente además con la correspondiente autorización de funcionamiento. Por supuesto, el verdadero desafío para nuevas SGC no radica en cumplir con las exigencias estatutarias establecidas para recibir la aprobación de existencia jurídica, las cuales pueden «ser cumplidas sin ningún esfuerzo extraordinario»,² sino en atender las realidades fácticas requeridas para que «la autoridad administrativa llegue a la conclusión de que existen razones justificadas para concluir en que el éxito de la gestión del solicitante es viable».³

Además, el TJCA señala con acierto que, como consecuencia de las diferencias jurídicas entre el acto de aprobación de existencia de una SGC y la autorización de funcionamiento, no es indispensable la extinción de una SGC para que se vuelva necesaria o deseable la creación de una nueva SGC para administrar determinados derechos de autor o conexos, ya que bastaría para ello que a la primera SGC le haya sido revocada la correspondiente autorización de funcionamiento.

Interpretaciones prejudiciales como la aquí comentada constituyen un instrumento indispensable para la aplicación armonizada y acertada de la normativa andina, en particular respecto de las entidades sui géneris como lo son las sociedades de gestión colectiva.

Comentario de Edwin Urquidi

Una oportunidad para recordar a Enheduanna

La lira, uno de los instrumentos más antiguos del mundo, palpitó en la misma torre de Babel para venerar al dios Luna Nanna (el dios sumerio de la luna llena y la sabiduría). Del rasgado de sus cuerdas salía la inspiración del

¹ Interpretación Prejudicial 22-IP-98.

² Ricardo Antequera Parilli, *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Temis, 2009.

³ Ídem.

corazón, la mente y las manos de Enheduanna, princesa sumeria, hija del rey Sargón el grande y la alta sacerdotisa del templo de aquel dios adorado en la ciudad de Ur, que hoy es parte del sur de Irak. Ni la torre de Babel, ni la ciudad de Ur, ni la mismísima Enheduanna, imaginaron jamás que darían nacimiento al primer recordado nombre de un compositor e intérprete en la historia del mundo (2285-2250 a. C.).⁴

Hoy, más de 4000 años más tarde, el eco de aquellas melodías sigue viajando en las innumerables bifurcaciones de la creación, y es precisamente la de su protección la que nos invita a reflexionar y comentar sobre los criterios de la Interpretación Prejudicial 387-IP-2016, esbozados por los magistrados del Tribunal de la Comunidad Andina poco antes del quincuagésimo aniversario de esta organización, que emitió lineamientos en los puntos 2.1, 2.2, 2.6, 2.7 y 4.1 sobre la naturaleza de las sociedades de gestión colectiva, con relación a su reconocimiento de personería jurídica y su autorización de funcionamiento por parte de la autoridad competente.

El reconocimiento de la personería de una sociedad de gestión colectiva

Las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor y conexos en esencia son asociaciones civiles sin fines de lucro, conformadas por creadores o los intérpretes, entre otros. La sociedad de gestión es una institución privada que esencialmente es un ejercicio de organización colectiva, la mejor que se conoce hasta ahora, para que los autores, compositores, intérpretes, productores de fonogramas y creadores de otros géneros procuren, de manera agrupada, la percepción o remuneración por el uso de sus obras y música fonograda en toda forma de comunicación pública; para que luego las mismas sean repartidas y distribuidas proporcionalmente entre sus miembros cuyas obras han sido utilizadas en toda forma de soportes y medios.

Para que esta organización interactúe en la sociedad, y en particular para que se relacione formalmente con los usuarios de derechos, necesita identificarse con un nombre y apellido reconocido por autoridad competente. Es aquí donde el Estado garantista del accionar de las instituciones despliega su rol de administrador, velando por el interés público.

Esa identificación social es la denominada *personería jurídica*, que representa un sólido instrumento normativo e identificativo para habilitar a sus miembros, que centralmente son personas naturales y jurídicas, a ejercer y hacer valer, de

⁴ Michael Spitzer, *The Musical Human A History of Life on Earth*, Bloomsbury Publishing, 2022, p. 179.

manera colectiva, sus derechos morales y patrimoniales —ya que, de manera individual, antes y después de Enheduanna, el derecho de los creadores, con o sin gestión colectiva, es intrínseco e irrenunciable a la naturaleza humana, condición que está reconocida no solo en rango constitucional sino como derecho humano—. ⁵ De modo que, contando con este requisito social inscrito en un registro público, al que se han sometido su nombre, estatutos y reglamentos de funcionamiento, queda habilitada para discurrir en la sociedad como «persona jurídica», queda habilitada para identificarse y presentarse en el contrato social haciendo valer los derechos de sus miembros ante cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, en el territorio de su jurisdicción.

El Tribunal Andino, en ese sentido, manifiesta que el reconocimiento de la personería está destinado a dar nacimiento a la sociedad como ente jurídico distinto de los socios individualmente considerados, sin embargo precisa que «...por este solo hecho no puede entrar a funcionar sin la autorización prevista del Estado... que debe hacerlo una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley comunitaria». Es aquí donde me detengo, en la autorización de funcionamiento al que se refiere el artículo 43 de la Decisión 351.

La autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva

El Tribunal Andino sobre la autorización de funcionamiento afirma en el punto 2.6 de la IP comentada que:

La autorización de funcionamiento no es el acto por el cual se da reconocimiento de la existencia jurídica de la sociedad, sino que constituye un acto administrativo de habilitación de la sociedad para que desarrolle su actividad dentro del marco legal establecido.

En la explicación se deja expresa anotación de que el reconocimiento de la existencia jurídica de la sociedad de gestión colectiva no conlleva, *per se*, la autorización de funcionamiento para que desarrolle su actividad, y más bien aclara que la autorización está referida a la «habilitación» que recibe por parte del Estado a través de un acto administrativo, que, como tal, puede ser revocado y recurrido en garantía del debido proceso y generar otro acto administrativo de «inhabilitación» o desautorización. Así se desprende del artículo 46 de la

⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos.-

Artículo 27

(...)

Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Decisión 351, que prevé que la autorización de la sociedad de gestión colectiva puede ser revocada de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los países miembros de la CAN.

Lo anterior hace entrever también que la autorización está condicionada al cumplimiento de las leyes locales para mantener su vigencia, hecho que le añade el factor de temporalidad condicionado por el papel de fiscalización y control a la labor de la sociedad que la autoridad nacional competente, de derecho de autor, tiene sobre ella y de la que depende su licencia de funcionamiento a través de un mecanismo de renovación; lo que no sucede con la personería jurídica de la organización que no está sujeta a la renovación de su reconocimiento ni a otras formalidades locales, salvo disposiciones expresas.

En este panorama, el matiz que hace el tribunal andino sobre una eventual revocatoria de la autorización de funcionamiento de una sociedad, al afirmar que ello no implicaría la extinción de la sociedad como persona jurídica, me parece pertinente y coherente con su fundamentación y tomando en cuenta la naturaleza y objeto de la sociedad de gestión, en tanto asociación civil, cuya personería jurídica es reconocida y en consecuencia vigente su existencia. Ello se constituye, para los miembros que la conforman, en una garantía inobjetable de su capacidad legal e interés legítimo para hacer valer sus derechos morales y patrimoniales con la sola acreditación de su personería.

Es preciso recordar que una sociedad de gestión colectiva se gesta por la suma de voluntades individuales que tienen consagrados para sí determinados derechos que amparan sus creaciones, interpretaciones o producciones, y que hoy están reconocidos por la normativa andina, interna, y la legislación internacional; sin embargo, la contestación a la pregunta 4.1 que hace el Tribunal me genera la siguiente duda:

Si un juez en la reclamación de derechos admite a la parte demandante su personería mediante la acreditación de documento idóneo, consistente en la presentación de su personería jurídica, y en medio del proceso recibe la prueba de que la organización colectiva pierde su licencia de funcionamiento, ¿implica ello que el titular del derecho, que ha extendido un mandato a la sociedad de gestión para reclamar por el uso no autorizado de obras o interpretaciones, renuncia a su derecho? ¿O que el juez declare la extinción del proceso? Tal parece que no, porque la propiedad sobre el derecho de autor y conexo está basada en un sistema declarativo y no constitutivo de derecho. En ese orden, la protección que se le otorga debe estar por encima de formalismos. En consecuencia, esta característica también debe ser extendida en caso de revocación de la licencia de funcionamiento en instancia administrativa, esto es, que el demandante no puede perder su condición de sujeto activo, que desde ya le es conferido desde el momento de la creación de la obra.

Tras más de 4000 años desde el sonido de aquella composición musical ejecutada en Babel a través de la lira, y después de que reyes, presidentes, mi-

nistros, directores, se han valido de actos administrativos de diferente matiz para resolver asuntos de su competencia, la institución del derecho de autor y conexo, que no ha modificado sus principios, consagra el derecho humano de proteger y gozar de los beneficios de las producciones científicas, artísticas o literarias. Dicha institución ha sido y seguirá siendo la piedra angular de las creaciones individualmente gestionadas y que deben traducirse de manera milimétrica en una sociedad de gestión colectiva.

Finalmente, no olvidemos que el aporte jurisprudencial andino en la construcción y desarrollo del derecho de autor y conexo entre otros aspectos de la propiedad intelectual representa para los miles de Enheduannas una veta permanente para seguir expresando y cuidando sus obras y creaciones, que son la voz eterna del sentimiento humano.

Capítulo XI

Principales facultades y obligaciones de las sociedades de gestión colectiva

La adquisición de frecuencias radiales y la adquisición de autorizaciones para la prestación de servicios de radiodifusión por parte de una sociedad de gestión colectiva

Esteban Argudo Carpio¹

¹ Doctor en Jurisprudencia y abogado por la Universidad de Cuenca (Ecuador); máster en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad de La Rioja (España); Magíster en Gestión de la Industria Minera por la Universidad de Viña del Mar (Chile); Especialista Universitario en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid (España). Diplomado de estudios de postgrado en Derecho de Autor y Derechos Conexos para Profesores Universitarios de América Latina por la Universidad de Los Andes, de Mérida (Venezuela); acreditado como Consultor y Árbitro Comercial Internacional del Tribunal Internacional de Conciliación y Arbitraje MERCOSUR/ALCA. Como experto en temas de propiedad intelectual, fue el primer director nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y en esta condición participó en las delegaciones ecuatorianas en reuniones de diferentes niveles de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), como la Conferencia Diplomática sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (2000), o las Sesiones del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Fue miembro del equipo negociador de Ecuador en la Mesa de Propiedad Intelectual en el Tratado de Libre Comercio (TLC) Andino-EUA, en 2004; y como miembro del Consejo Directivo del IEPI, en el Acuerdo Comercial con la Unión Europea – Países Andinos (rondas de Lima y Bruselas). En el ámbito profesional y académico, son frecuentes las invitaciones recibidas para participar como expositor, panelista o invitado en varios congresos, seminarios y reuniones internacionales y nacionales. Ha sido profesor de postgrados en la Universidad de Las Américas (UDLA, módulo Derecho de Autor) y en la Universidad Central del Ecuador, en las maestrías de Propiedad Intelectual y para Jueces.

Profesor de pregrado de la Universidad del Azuay (UDA), en las materias de Derecho Laboral Individual, Derecho Laboral Colectivo, Derecho Constitucional y módulo de Propiedad Intelectual. Coautor e investigador del Curso Sistemático de Derechos Humanos en Formato Hipertexto Red y Texto del Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África (IEPALA), España. Es autor de varios artículos para revistas internacionales y nacionales sobre la Propiedad Intelectual.

El criterio jurídico interpretativo del TJCA

«1.21. Entre las facultades que poseen estas sociedades podemos citar las siguientes:

- Autorizar en nombre y representación de los titulares de derechos de autor la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización a través de licencias de uso.
- Administrar los derechos económicos de los titulares afiliados.
- Salvaguardar los derechos de los titulares de derechos de autor.
- Gestionar los derechos de explotación y otros de orden patrimonial de los titulares que les encomiendan dicha labor.
- Celebrar contratos con terceros interesados en el uso de los derechos de autor bajo su custodia.
- Fijar las tarifas por uso de derechos de autor.
- Otras que pueden estar establecidas en los reglamentos internos de cada sociedad.

1.22. Frente a las facultades, existen también obligaciones que deben cumplir y que son:

- Contar con la autorización de la autoridad nacional competente para poder funcionar.
- Repartir de manera equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, el valor recaudado por autorizaciones conferidas.
- Deben contar necesariamente con reglamentos de socios, de tarifas y de distribución.
- Publicar al menos una vez al año en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan.

- Remitir a sus miembros, información periódica y pormenorizada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos.

1.23. Adicionalmente, cabe mencionar que la constitución y la actividad de una sociedad de gestión colectiva están sometidas a los términos de la autorización conferida por la autoridad nacional competente, y a las demás reglas relativas a la transparencia del repertorio representado y a la gestión colectiva correspondiente. En caso de irrespeto a dichas reglas, la sociedad puede perder la referida autorización.¹⁹

¹⁹ KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. Op. Cit».

Fuente: Párrafos 1.21 a 1.23 de la página 12 de la Interpretación Prejudicial **64-IP-2018**, del 16 de septiembre de 2019, que constan en la página 26 de la GOAC, núm. 3789, del 24 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>.

«1.26. En vista que la normativa andina interpretada no regula las limitaciones de las sociedades de gestión colectiva en lo referente a la adquisición de frecuencias radiales, será apropiado remitirse a lo previsto en la legislación nacional de cada País Miembro, en virtud del principio del complemento indispensable antes referido.

(...)

Tomando en cuenta ese marco normativo, se podrá verificar si existe o no la facultad de adquirir frecuencias radiales por parte de la sociedad de gestión colectiva. En caso afirmativo, se verificará que en esa adquisición se cumpla con lo previsto en la normativa pertinente. Finalmente, deberán tenerse en cuenta las disposiciones que regulen la manera de administrar los recursos para la explotación de tales frecuencias radiales, las mismas que buscarán precautelar de modo equitativo a todos los miembros de la sociedad sin que se favorezca a unos en desmedro de otros.

(...)

1.29. (...)

...las actividades complementarias a la gestión de los derechos conexos al Derecho de Autor tienen sus límites en lo que expresamente se contemple en los Estatutos de las sociedades respectivas, donde se verificará incluso la potestad de las actuaciones de la Asamblea General. Una vez verificada la facultad de adquirir o no frecuencias radiales por parte de la sociedad de gestión colectiva, la explotación de tales frecuencias buscará precautelar

de modo equitativo a todos los miembros de la sociedad sin que se favorezca a unos en desmedro de otros».

Fuente: Ver párrafos 1.26 y 1.29 de las páginas 13 y 14 de la Interpretación Prejudicial N° **525-IP-2015**, del 20 de abril de 2017, que constan en las páginas 51 y 52 de la GOAC N° 3123, del 27 de octubre de 2017, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3123.pdf>.

Comentario de Esteban Argudo Carpio

¿Cómo debe interpretarse la gestión y administración del derecho de autor o los derechos conexos como objeto de las sociedades de gestión colectiva?

La adquisición de frecuencias radiales para la prestación de servicios de radiodifusión por parte de una SGC, ¿puede incluirse como una actividad relacionada a la gestión de los derechos y/o los beneficios socioculturales a favor de sus afiliados?

Proceso: 525-IP-2015

La administración del derecho de autor y los derechos conexos cuenta con una valiosa herramienta que es utilizada por los titulares de los derechos patrimoniales, en el sistema de gestión colectiva, que se desarrolla a través de entidades especializadas conformadas por los propios autores, artistas y/o productores, agrupados en las llamadas sociedades de gestión colectiva (SGC).

Estas entidades de base asociativa, que funcionan generalmente como personas jurídicas sin fines de lucro, permiten superar las dificultades que presenta la gestión individual de los derechos de propiedad intelectual, a fin de hacerlos efectivos en la mayor parte de sus modalidades, en especial cuando sus obras o prestaciones son utilizadas de manera masiva y simultánea a través de su desmaterialización en el ámbito digital. De esta manera, también se permite a los usuarios superar la dificultad de obtener las autorizaciones o realizar pagos a los propios titulares, encontrando en el sistema de gestión colectiva la posibilidad de acceder a las obras y prestaciones que necesitan, y realizar el pago de las regalías sin inconvenientes.

La función originaria y el objetivo primordial de las SGC, desde sus inicios, es la gestión de los derechos de autor y/o los derechos conexos, como se encuentra estatuido en el artículo 45, literal b) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Para cumplir con este objeto, las SGC deberán

implementar mecanismos eficaces para la recaudación y distribución de las remuneraciones; y, salvo que cuenten con la autorización de la Asamblea General, no podrán destinar los valores recaudados a otro fin que cubrir los gastos de la administración y la distribución, de acuerdo con lo señalado en el literal j) del artículo previamente referido, a fin de repartir las regalías entre los titulares de los repertorios representados, garantizando una distribución equitativa en forma proporcional a la utilización real de dichos repertorios.

Las posibilidades de extender o dotar de funciones adicionales a las SGC se podrán originar en las regulaciones de las legislaciones nacionales o en sus propios estatutos y reglamentos internos; en estos dos últimos casos, en el ejercicio de su autonomía como entidad de naturaleza jurídica privada y dentro del marco jurídico correspondiente. Así, es común encontrar que la misión de las SGC se podría extender a la defensa de los intereses morales y materiales de sus representados, el fomento de las actividades culturales, la provisión de beneficios sociales o previsionales a sus miembros, entre otros; acciones que revisten una especial importancia en los países en donde los autores, artistas y más titulares de derechos se encuentran desprovistos de estas prestaciones de parte del Estado.¹

En cualquier caso, y como colofón de este breve comentario, tendría que repetir aquello que el maestro Ulrich Uchtenhagen enseñaba: que la tarea más importante para una sociedad de gestión colectiva es pagar los importes equitativos a los autores y editores por la utilización de sus obras —en alusión especial a esta categoría de titulares—; y que esta tarea no se realiza si dicha sociedad en lugar de efectuar pagos, constituye fondos y reservas, y con esos recursos persigue otros objetivos.²

¹ En el caso de Ecuador, su legislación nacional incluye la obligación de las SGC de destinar porcentajes de hasta el 10 % del total del recaudo, para beneficios asistenciales y previsionales; y otro porcentaje igual para el fomento de la actividad creativa de los socios.

² Ulrich Uchtenhagen, *El establecimiento de una sociedad de derecho de autor: experiencias y observaciones*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, mayo, 2005, p. 10.

Capítulo XII

Derecho de participación apropiado de los socios de las sociedades de gestión colectiva

Pautas en relación con la afiliación y las condiciones de participación de los socios de una sociedad de gestión colectiva

Alfredo Corral Ponce¹

¹ Abogado y doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Tiene una maestría en Propiedad Intelectual por la Universidad de Los Andes (Venezuela) y la Academia de la OMPI (Ginebra). Tiene un diplomado en Comercio en Georgetown University (Washington). Expresidente del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI); Jefe Negociador de la mesa de Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual en el ALCA; Jefe Negociador de la mesa de Propiedad Intelectual en el TLC Andino-EEUU y en el TLC Andino-Unión Europea. Además, es consultor de varios organismos internacionales como el BID, la OEA y la OMPI; tutor y experto OMPI para los cursos a jueces y magistrados de Iberoamérica. Fue director de la Maestría de Propiedad Intelectual de la Universidad de Las Américas (UDLA), profesor invitado por varias universidades a la cátedra de propiedad intelectual como la Universidad Lima, la Universidad Sergio Arboleda de Colombia, la Universidad Católica de República Dominicana, la Universidad Católica de Chile, y a la cátedra de propiedad intelectual y comercio a George Washington University y Georgetown University de EEUU, entre otras. Es miembro de número de la Academia del Colegio de Abogados; miembro del Comité Jurídico de la Confederación Internacional de Sociedades de Gestión Colectiva (CISAC); magistrado suplente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Es autor de varios libros y artículos sobre propiedad intelectual. Socio del Estudio Jurídico Romero Corral Abogados.

Los criterios jurídicos interpretativos del TJCA

«Es en este marco donde se debe ubicar e interpretar el literal d) del artículo 45 de la Decisión 351. Cuando la norma prevé que se debe reconocer a los miembros de la sociedad colectiva un derecho de “participación apropiado”, el legislador comunitario no estaba pensando únicamente en los autores que reciben grandes sumas de dinero por la gestión de sus derechos de autor. Estaba sopesando en el interés público que está detrás de esta figura de gestión colectiva. La protección de los derechos de autor y conexos, en donde evidentemente se encuentra la labor de las mencionadas sociedades, no puede ser únicamente dirigida a la protección de los autores de “espectáculo rentable”; ésta no es ni puede ser la finalidad de dicha protección. Si bien la industria del espectáculo, en todos sus niveles, genera grandes sumas de dinero, no se puede descuidar la esencia propia de una protección de los derechos de autor: la salvaguardia de la creación del espíritu humano representada en obras, ya que esto condensa ciertos bienes culturales que le interesa a la generalidad de individuos de una sociedad.

El Tribunal advierte que una cosa es la distribución equitativa de los recaudos, y otra es la participación en las decisiones de la entidad. La normativa comunitaria, de conformidad con lo expuesto, no puede hacer depender la participación al nivel de distribución. Debe quedar claro que las sociedades de gestión colectiva no tienen un carácter eminentemente mercantil.

Por lo tanto, el legislador comunitario, precisamente con la norma estudiada, previó una adecuada participación de todos los miembros de la sociedad colectiva: los artistas de “gran rentabilidad” y los que no han logrado o no les interesa dicha “gran rentabilidad”. De conformidad con el interés público que cobija las sociedades de gestión colectiva, la participación apropiada es el espacio que la normativa comunitaria abre para una real y efectiva participación de todos los grupos de autores, intérpretes o ejecutantes miembros de éstas...».

Fuente: Ver Interpretación Prejudicial N° **136-IP-2013**, del 13 de noviembre de 2013, que consta en las páginas 73 y 74 de la GOAC N° 2295 de 17 de febrero de 2014, disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/gacetas/GACE2295.pdf>.

- «a. La afiliación será voluntaria, salvo que la normativa interna de los Países Miembros prevea algo diferente (Artículo 44).

Por medio del contrato de afiliación que celebran las partes no se transmiten los derechos de propiedad intelectual, tampoco se otorgan derechos para explotar las obras; mediante dicho contrato se faculta para que la sociedad de gestión colectiva administre los derechos de propiedad intelectual de su afiliado, concediendo a terceros usuarios autorizaciones no exclusivas y haciendo valer los mencionados derechos en cualquier clase de procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas procesales que para el efecto consagre el respectivo País Miembro.¹⁴

La Decisión 351 no regula específicamente el contrato de gestión y, por lo tanto, este será regulado, en virtud del principio de complemento indispensable, por la normativa interna de cada País Miembro.¹⁵

- b. La sociedad de gestión colectiva debe reconocer a sus miembros un derecho de participación apropiado en las decisiones de la institución (Literal d) del Artículo 45). Esto se basa en que debe tener un reglamento de socios, tarifas y distribución (Literal g) del Artículo 45). Al respecto, es pertinente citar lo señalado en la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 136-IP-2013 de fecha 13 de noviembre de 2013:

Cuando la norma prevé que se debe reconocer a los miembros de la sociedad colectiva un derecho de “participación apropiado”, el legislador comunitario no estaba pensando únicamente en los autores que reciben grandes sumas de dinero por la gestión de sus derechos de autor. Estaba sopesando en el interés público que está detrás de esta figura de gestión colectiva. La protección de los derechos de autor y conexos, en donde evidentemente se encuentra la labor de las mencionadas sociedades, no puede ser únicamente dirigida a la protección de los autores de “espectáculo rentable”; esta no es ni puede ser la finalidad de dicha protección. Si bien la industria del espectáculo, en todos sus niveles, genera grandes sumas de dinero, no se puede descuidar la esencia propia de una protección de los derechos de autor: la salvaguardia de la creación del espíritu humano representada en obras, ya que esto condensa ciertos bienes culturales que le interesa a la generalidad de individuos de una sociedad.

El Tribunal advierte que una cosa es la distribución equitativa de los recaudos, y otra es la participación en las decisiones de la entidad. La normativa comunitaria, de conformidad con lo expuesto, no puede hacer depender la participación al nivel de distribución. Debe quedar claro que las sociedades de gestión colectiva no tienen un carácter eminentemente mercantil.

Por lo tanto, el legislador comunitario, precisamente con la norma estudiada, previó una adecuada participación de todos los miembros de la sociedad colectiva: los artistas de “gran rentabilidad” y los que no han logrado o no

les interesa dicha “gran rentabilidad”. De conformidad con el interés público que cobija las sociedades de gestión colectiva, la participación apropiada es el espacio que la normativa comunitaria abre para una real y efectiva participación de todos los grupos de autores, intérpretes o ejecutantes miembros de éstas.

En consecuencia, el Tribunal entiende que una participación apropiada es la que permite una adecuada participación de todos los grupos de miembros. En este sentido, las sociedades de gestión colectiva sí pueden generar reglas de participación, pero de ninguna manera vulnerando el derecho de miembros que no hagan parte de la expansión en el mercado, ya que a éstos los mueve un interés cultural, artístico o literario. Se puede normar la participación en la toma de decisiones estableciendo ciertos criterios de participación de conformidad con lo mencionado: antigüedad de los socios, representantes de ciertos grupos de autores, intérpretes o ejecutantes, entre otros muchos que permitan una participación adecuada.

Lo anterior siempre bajo la vigilancia estatal, de conformidad con el artículo 43 de la Decisión 351. Por lo tanto, dicha inspección y vigilancia no se agota en el acto de autorización, sino que sigue en relación con las actividades que desempeña la sociedad de gestión colectiva, lo que incluye, por supuesto, la autorización de cambios reglamentarios o estatutarios.

- c. La sociedad de gestión colectiva debe dar a sus afiliados información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades que realice y que sean del interés para el ejercicio de sus derechos (Literal i) del Artículo 45).
- d. Las sociedades de gestión colectiva no pueden aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, nacionales o extranjeras, salvo que ya se hubiera renunciado expresamente a ellas (Literal k) del Artículo 45).

¹⁴ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 120-IP-2012 del 6 de febrero de 2013.

¹⁵ *Ibídem*».

Fuente: Párrafo 1.16 de las páginas 8 a 10 de la Interpretación Prejudicial **64-IP-2018**, del 16 de septiembre de 2019, que consta en las páginas 22 a 24 de la GOAC núm. 3789 del 24 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>.

Comentario de Alfredo Corral Ponce

Interpretación Prejudicial 550-IP-2016 del 14 de diciembre de 2018, Interpretación Prejudicial 136-IP-2013 del 13 de noviembre de 2013 e Interpretación Prejudicial 64-IP-2018 del 16 de septiembre de 2019.

Las sociedades o entidades de gestión colectiva (SGC, en adelante) son entes jurídicos sui géneris, singulares, muy particulares. Esto debido a que no tienen como objetivo o finalidad el lucro para sí mismas, sino más bien buscan que el lucro, provecho y ganancias sean para sus socios o miembros. Hoy, tales entidades se administran como verdaderas empresas y de su eficiencia depende, en buena parte, el ingreso económico por derechos de autor (regalías) de tales miembros o socios.

Las SGC, debido a la naturaleza de los derechos que administran, tienen una finalidad económica fundamental y preeminente, pero a su vez también tienen una finalidad social y de colaboración entre los socios (tanto los socios que más regalías generan como los socios que no han podido o no han querido hacerlo aún). El patrimonio de la SGC está conformado básicamente por las regalías que generan los socios nacionales y extranjeros, y por ello es importante entender que los socios que más generan son los que sostienen las sociedades y, además, quienes permiten precisamente otorgar asistencia social a todos, inclusive a los socios que nada generan.

Es importante destacar que en la mayoría de los casos, la asistencia social que se otorga en las SGC no difiere entre los socios que generan regalías y los que no lo hacen; sin embargo, la mayor parte de las SGC sí hacen diferencias *en cuanto a la participación de tales socios en las decisiones de la entidad*, y bajo un principio de equidad permiten que los socios que más regalías generan tengan un poder de decisión mayor que de los socios que generan menos regalías o los que no las generan. Esta participación equitativa y condicionada a la generación de regalías se ha llevado a cabo en la mayoría de SGC bajo la figura del «voto ponderado».¹

En este contexto (participación de los socios), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el TJCA), en las interpretaciones prejudiciales materia de comentario, entiende a la gestión colectiva desde una doble vía: por un lado, el componente patrimonial o económico; y, por el otro, el componente social y cultural al que la corte andina le da un peso importante en el marco de

¹ El voto ponderado es un mecanismo electoral comúnmente utilizado por organizaciones y entidades *privadas* que permite tomar decisiones fundamentadas en el marco de la *equidad* (dar a cada uno lo suyo), en sustitución del sistema de voto simple, el cual, en muchas ocasiones, es un claro ejemplo de *injusticia* para aquellos miembros que más generan, producen o que fueren más comprometidos o con mayor participación en la actividad colectiva de una organización o entidad de carácter privado.

las decisiones que toman los socios o miembros de la entidad. Dicho de otra manera, el TJCA advierte que la generación de regalías no debe ser el único criterio a considerar en la toma de decisiones, sino que debe tenerse en cuenta también, entre muchos otros criterios, la antigüedad de los socios, la representación de otros socios y, agregamos nosotros, podría ser, además, la calidad de socio fundador de la entidad, su presencia en el contexto cultural y muchos otros criterios que dependerían de la decisión de cada SGC.

Sin embargo, en nuestra opinión, la generación de regalías debería ser el criterio más importante y fundamental —si no el único— que se debe tener en cuenta para la toma de decisiones de la entidad. Las SGC son hoy verdaderas empresas que, sin embargo, no descuidan el componente social al conceder a todos los socios los mismos beneficios sociales, generen o no regalías, con lo cual, en nuestro criterio, se evidencia la

esencia propia de una protección de los derechos de autor: la salvaguardia de la creación del espíritu humano representada en obras, ya que esto condensa ciertos bienes culturales que le interesa a la generalidad de individuos de una sociedad.

Esto, según las palabras del propio TJCA.

Consideramos que la protección del derecho de autor, reflejada en la salvaguardia de la creación humana, no es la finalidad principal de las SGC. Estas están constituidas para la administración de derechos económicos (recaudar y distribuir regalías), y el componente social no es el fundamental, siendo eso sí importante y siendo, además, de la misma esencia de la gestión colectiva.

No obstante, cuando de la toma de decisiones se trata, sean de gestión, administrativas o de gobierno, la generación de regalías debería ser el criterio primordial, fundamental, sustancial que marque la toma de decisiones de los socios. Los que más trabajan para la sociedad y los que más generan regalías deben ser quienes mayor poder de decisión tengan frente a quienes no trabajan, generan menos o no generan ninguna regalía para la sociedad, tal como ocurre con cualquier organización, sociedad, entidad o corporación. Este es un simple reflejo del principio de equidad y del principio de justicia. Si bien es importante el componente social y cultural en la gestión colectiva, esto no significa que tal componente pueda soslayar o siquiera equiparse al componente sustancial y fundamental de la gestión colectiva: la recaudación y reparto de regalías. Esta es la verdadera esencia de la gestión colectiva y así lo han ratificado un sinnúmero de legislaciones sobre derecho de autor de tradición continental europea (entre las que están todas las latinoamericanas), y obviamente las legislaciones del *common law*. El que la mayor parte de las legislaciones hayan sustituido a las «sociedades de autores» —gremios— por «entidades de gestión colectiva» —empresas— es una muestra clara de ello.

Es importante puntualizar que no sugerimos que se privilegien antiguos criterios —comunes todavía en un sinnúmero de SGC—, en que los socios que no generan un valor mínimo de regalías no puedan participar de las Asambleas Generales y, por tanto, no puedan participar en las decisiones de la entidad; al contrario, en la línea de la Decisión Andina, coincidimos en que todos los miembros deben participar y deben hacerlo apropiadamente (art. 45, lit. d, Decisión 351). Sin embargo, esa participación «apropiada» debe estar principalmente condicionada por la generación de regalías y, de manera accesoria o secundaria, por otros criterios, como el de antigüedad, sugerido por el TJCA.

La lógica de la decisión atada a la generación de regalías: la equidad y la justicia

El sistema de voto ponderado, atado a criterios económicos —principalmente—, es comúnmente utilizado para la toma de decisiones en entidades de carácter privado, como son las asociaciones, empresas, sociedades, cooperativas, entidades de gestión colectiva, en donde los votos de los que más producen, más trabajan o más generan, de los que más invierten y más aportan a tales entidades, tienen mayor valor frente a los que no producen, no generan o están menos comprometidos con tales organizaciones. Por ejemplo, el voto del accionista de una empresa que tiene 500 acciones tendrá mayor valor que el voto del accionista que tiene 10 acciones, y tendrá, a su vez, menor valor que el voto del accionista que tiene 10 000 acciones.

Lo mismo sucede en las entidades de gestión colectiva. Hay socios que generan regalías con su trabajo y parte de esta generación se aporta a la entidad (30 % para la administración). El socio que ha generado en un año USD 50 000, aporta a la entidad USD 15 000; por tanto, es evidente que el voto de este socio debe tener mayor valor que el voto del socio que en ese mismo período no ha generado ni un centavo o ha generado montos mínimos de regalías. No puede castigarse al socio que invierte, que genera y que trabaja, con un voto igualitario al del socio que no invierte, que no genera o que no trabaja. Esto no es discriminación, esto no está en contra de la generación de cultura o de la salvaguardia de los derechos humanos de los creadores, esto es simple equidad y justicia. Habría eventualmente discriminación o desigualdad formal o material o incluso podría haber afectación a los derechos humanos de los creadores (aunque dudo) si el socio que no genera no tuviera derecho a voto; sin embargo, normalmente tiene ese derecho. La mayor parte de las SGC del mundo permiten a los socios que no generan que también participen de las decisiones de la entidad, sin importar el monto de la generación de rega-

lías. La ponderación lo único que hace es dotar de justicia y equidad al valor de aquellos votos.²

Si se entendiera a este sistema de participación como discriminatorio, habría que cambiar el sistema de votación de todas las entidades o corporaciones o sociedades de carácter privado como empresas, cooperativas, universidades o cualquier otro tipo de organización privada en donde el valor de los votos depende de la producción, de la generación, de la inversión, de la dedicación, o del cargo o función que ostentan en tal entidad o corporación.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, las sociedades de gestión colectiva no son los únicos organismos que, de acuerdo con la normativa legal que las regula, pueden establecer un sistema de voto atado a criterios principalmente económicos; por ejemplo, tal como lo hemos anticipado, la participación de los socios en las compañías de responsabilidad limitada. Para efectos de la votación, cada participación dará al socio el derecho a un voto y en las compañías anónimas, en las juntas generales para la constitución de la compañía, cada suscriptor tendrá derecho a tantos votos como acciones hayan de corresponderle con arreglo a su aportación (artículos 114 y 157 de la Ley de Compañías). En esta línea también está la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria (artículo 122). La Ley Orgánica de Educación Superior (LOES, artículos 57 y 58) establece un sistema similar para la elección de rector y vicerrector de las universidades y escuelas politécnicas; también el Reglamento General de la Ley de Propiedad Horizontal (artículo 34), que establece que cada copropietario en la asamblea general tendrá derecho a voto en forma correlativa y equivalente a la alícuota de dominio que corresponda al departamento de vivienda o local comercial.

En el ámbito privado, el derecho al voto puede ser tomado en cuenta en función de múltiples factores que no necesariamente implican vulneración a principios constitucionales de igualdad o que puedan ser asimilados como discriminatorios en razón de factores socio-económicos; y en el caso de las SGC, la participación condicionada a la generación de regalías no puede entenderse contraria a la protección del derecho de autor reflejado en la salvaguardia de la creación del espíritu humano, por dos razones fundamentales: primero, porque esa no es la finalidad ni el objetivo fundamental de la gestión colectiva, y segundo, porque esa protección al derecho de autor y a la creación humana a la que se refiere el TJCA, está siendo atendida con el sistema de asistencia social que tienen todos los socios de una SGC sin distinción, particularmente, sin que se tenga en cuenta la generación de regalías de cada socio.

² Sin embargo, tal como habíamos anticipado, el aporte que hacen los socios que más generan sirve para otorgar beneficios sociales a todos los socios sin distinción, generen o no regalías. Las ayudas médicas, el seguro médico, el seguro de vida, las ayudas mortuorias, entre otros beneficios sociales, se ofrecen a todos los socios, sea que estos hayan generado o no regalías.

La participación atada a la generación de regalías en las entidades de gestión colectiva a nivel mundial

La mayor parte de sociedades de gestión en el mundo utilizan el sistema de participación atado a aspectos económicos para tomar sus decisiones y elegir sus autoridades, la mayoría de ellas dándole primordial importancia a la generación de regalías para calificar el valor de los votos. De hecho, la Confederación Internacional de Entidades de Gestión Colectiva (CISAC), que agrupa a todas las sociedades de gestión de derecho de autor existentes en el mundo,³ utiliza el sistema de voto ponderado para la toma de sus decisiones teniendo en cuenta las regalías que cada país genera. El valor del voto de la entidad de gestión que más recauda tiene por supuesto mayor valor que el voto de las entidades que recaudan menos (arts. 35 y 36 de los Estatutos).

El sistema de voto ponderado también es utilizado en Europa, tal como lo reconoce la Directiva de 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (art. 8.9).

En la región: La Ley de Derecho de Autor del Perú (Decreto 822) incluye la figura del voto ponderado teniendo en cuenta la generación de regalías (Art. 153, Decreto 822). De igual manera, el Estatuto de la Sociedad de Compositores de Chile (SCD) (Art. 17), incluye la figura del voto ponderado teniendo en cuenta la generación de regalías. En la misma línea, el Estatuto de la Sociedad de Autores y Compositores de México (SACEM) incluye el sistema de voto ponderado teniendo en cuenta la generación de regalías (Artículo 22). República Dominicana incluye esta figura en el Reglamento a la Ley de Derecho de Autor (Art. 92, numeral 4), entre otras legislaciones que adoptan esta figura jurídica.

Es decir, existe una obligación legal de las entidades de gestión de establecer un sistema de participación sujeto o condicionado a la utilización de las obras y obviamente a la generación de regalías. Tal obligatoriedad está exclusivamente sujeta a aspectos eminentemente económicos. Es decir, en tales legislaciones, la ley impediría tener en cuenta otros criterios como los de antigüedad sugeridos por el TJCA, en las interpretaciones prejudiciales que analizamos.

Finalmente, en la misma línea, Ecuador, en el Reglamento al Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento, Innovación y Creatividad de Ecuador (COECCI), regula la figura del voto ponderado, atándolo obligatoriamente a la generación de regalías (art. 79).

En resumen, atendiendo a los principios de justicia y equidad, consideramos que la generación de regalías debe ser el criterio fundamental que debe

³ Agrupa a 239 entidades de gestión colectiva de 121 países y abarca a más de 6 millones de creadores. Fuente: Revista CISAC.

primar para la toma de decisiones dentro de las SGC; otros criterios adicionales y facultativos como los sugeridos por el TJCA deberían únicamente ser tenidos en cuenta de manera accesorio o secundaria, ya que no son de la esencia de la gestión colectiva.

Capítulo XIII

Requisitos para la autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva, conforme al artículo 45 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

Pablo Solines Moreno¹
Rosa María Kresalja²

¹ Es socio de la firma Solines & Asociados, abogados en Ecuador; coordinador del área de Derecho del Entretenimiento y Propiedad Intelectual; presidente de la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI); abogado en libre ejercicio, especialista en Derecho del Entretenimiento y Medios, Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Máster en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías por la Universidad Autónoma de Madrid, Máster de Derecho de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y Comunicación por la Universidad Carlos III de Madrid, Especialista Superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar. Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Protección de Datos. Expresidente del Comité de Propiedad Intelectual de la Cámara Ecuatoriano-Americana (AMCHAM). Miembro del Instituto Interamericano de Derechos de Autor (IIDA), de la Asociación Interamericana de Propiedad Intelectual (ASIFI), de la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI), del Comité de Derecho de Entretenimiento de ASIFI, entre otras organizaciones. Consultor de la OMPI para estudios sobre derechos de autor en Latinoamérica.

² Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú: Facultad de Derecho y Facultad de Ciencias y Artes de la Comunicación. Se graduó con una tesis sobresaliente (*summa cum laude*) en la mencionada Pontificia Universidad Católica del Perú: Facultad de Derecho. Es miembro del Colegio de Abogados de Lima (2008). Istituto Europeo e Istituto Italiano-Florenzia (2000). Miembro activo de *Themis*, revista de Derecho (agosto 1998-diciembre 1999). Es secretaria del Anuario Andino de Derechos Intelectuales (2004-actualidad). Universidad de Buenos Aires: Facultad de Derecho, Postgrado. Actualización en Derecho de Autor y Derechos Conexos (2010). Miembro de APPI, ASIFI, INTA.

El criterio jurídico interpretativo del TJCA

«1.24. En el ámbito subregional andino, las disposiciones normativas referidas a la autorización conferida por la autoridad nacional competente son los Artículos 43 y 45 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, siendo que este último artículo establece que la citada autorización se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros;
- b) Que las mismas tengan como objeto social la gestión del derecho de autor y/o de los derechos conexos;
- c) Que se obliguen a aceptar la administración del derecho de autor y/o de los derechos conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;
- d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad;
- e) Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso;
- f) Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;
- g) Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución;
- h) Que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan;
- i) Que se obliguen a remitir a sus miembros información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos;

- j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;
- k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;
- l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros.

1.25. En lo que respecta al Literal f) del Artículo 45 de la Decisión 351, el cual contiene un enunciado muy general, este alude a toda la documentación presentada por la sociedad solicitante y la información que se pueda obtener de la misma, de la que se pueda advertir que tenga la capacidad para funcionar como sociedad de gestión colectiva, verificando que cuente con los medios suficientes para administrar el repertorio de sus afiliados y permita concluir que reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, esto es, que no contravenga todo lo regulado en este cuerpo legal y en las normas internas de cada País Miembro referido a las sociedades de gestión colectiva.

1.26. Cuando se señala una eficaz administración, se entiende que se debe cumplir con las funciones propias a toda sociedad de gestión de derechos de autor y/o de derechos conexos: negociación, recaudación y distribución de regalías.»

Fuente: Párrafos 1.24 a 1.26 de las páginas 12 a 14 de la Interpretación Prejudicial **64-IP-2018**, del 16 de septiembre de 2019, que constan en las páginas 26 a 28 de la GOAC núm. 3789 del 24 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>.

Comentario de Pablo Solines Moreno

1. Alcance

Por haber sido un pedido expreso de la coordinación de esta obra, el presente artículo expone breves reflexiones del autor sobre los párrafos 1.24 a 1.26

de Interpretación Prejudicial 64-IP-2018, del 16 de septiembre de 2019 dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), páginas 12 a 14.

La mencionada decisión del TJCA interpreta y analiza, entre otras disposiciones, el alcance del artículo 45 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el *Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos* (Decisión 351), relativo a los requisitos que deben cumplir las sociedades de gestión colectiva constituidas en un País Miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), para obtener la autorización de funcionamiento. Los párrafos 1.24 a 1.26 de esta Interpretación Prejudicial (IP) hacen una mención específica del requisito contenido en la letra f) del referido art. 45 de la Decisión 351, que señala:

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

(...)

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;

(...).

2. Comentarios

Del contenido de la letra f) del art. 45 de la Decisión 351 se puede extraer dos condiciones que deben observar las sociedades de gestión colectiva para obtener la autorización de funcionamiento (no las únicas): a) que la sociedad garantice el respeto a las disposiciones legales; y b) una eficaz administración de los derechos que gestiona.

Sobre estas dos condiciones, el TJCA explicó, en la IP objeto del presente análisis, en su parte medular, que:

- El primer requisito, garantía del respeto a las disposiciones legales, se refiere a que toda la documentación e información presentada por la sociedad de gestión debe justificar que tenga la capacidad para funcionar como sociedad de gestión colectiva, para lo cual se debe verificar que cuenta con los medios suficientes para administrar el repertorio de sus afiliados, y que reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales relativas a las sociedades de gestión colectiva.
- El segundo requisito, la eficaz administración, se refiere a que se debe cumplir con las funciones propias de toda sociedad de gestión de derechos de

autor y/o de derechos conexos: negociación, recaudación y distribución de regalías.

Los dos requisitos constantes en el art. 45, letra f) de la Decisión plantean, a priori, una condición de futuro, esto quiere decir que, a la fecha de presentación de la documentación para la obtención de autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva, la autoridad, propiamente, no puede determinar si una sociedad de gestión colectiva respetará las disposiciones legales y si será eficaz en su administración, toda vez que aquello solo podrá ser comprobable una vez que la sociedad de gestión colectiva esté operando.

Sin perjuicio de ello, es deber de la autoridad nacional competente establecer los mecanismos necesarios para buscar que una sociedad de gestión colectiva, al menos, demuestre estar en capacidad de cumplir con estas condiciones, necesarias para su futura operación.

En este sentido, en relación con el primer requisito, esto es, que de la documentación presentada se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, es importante identificar, en primer lugar, cuáles son esas disposiciones normativas que deben ser objeto de observancia por parte de la sociedad de gestión colectiva, para luego establecer qué documentación debería ser la idónea para garantizar o, mejor dicho, buscar asegurar su cumplimiento.

Lamentablemente, la Decisión 351 no contempla una definición de sociedad de gestión colectiva, ya que, a través de esta, se podría identificar su naturaleza, con lo cual se tendrían los primeros elementos claros para determinar un alcance preliminar de sus obligaciones.

Por otra parte, el requisito plantea que la garantía debe ser sobre «disposiciones legales», por lo que, en estricto sentido, esta condición estaría supeditada al régimen jurídico de cada País Miembro, pues son estos los que determinarán, por medio de sus leyes internas, aquellas obligaciones que deben ser cumplidas por las sociedades de gestión colectiva.

Sin perjuicio de lo anterior y en aplicación del «principio de aplicación inmediata», contemplado en el art. 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que indica que la norma comunitaria pasa a ser parte, automáticamente, del derecho positivo de cada País Miembro, sin que sea necesaria su trasposición a través de leyes u otras normas en los ordenamientos jurídicos internos, podríamos hacer una aproximación del alcance de este primer requisito sobre la base de las obligaciones que contempla la Decisión 351 para las sociedades de gestión colectiva.

En este sentido, se debe señalar que las sociedades de gestión colectiva están reguladas en el capítulo XI de la Decisión 351 (desde el artículo 43 al 50), y en las disposiciones contenidas en el referido capítulo se pueden determinar algunas obligaciones a ser cumplidas por estas entidades. Así, encontramos que el

propio artículo 45 contempla la gran mayoría de obligaciones, que, además, son condiciones *sine qua non* para poder operar a través de la autorización correspondiente. La mayoría de obligaciones contempladas en el artículo 45 podrían ser justificables a través de normas y principios claros, redactados en el Estatuto de la sociedad de gestión colectiva, que deberá regular aspectos como: el objeto social de gestión de derechos de autor o¹ derechos conexos (letra b), cumplir con el mandato de los administrados (letra c), reconocer a los miembros la participación en las decisiones (letra d), garantizar normas de reparto y distribución equitativa entre titulares (letra e), publicar anualmente balances así como estados financieros y tarifas (letra h), informar a miembros de actividades (letra i), distribuir valores recaudados, deducidos gastos administrativos (letra j), no aceptar miembros de otras sociedades de gestión análogas (letra k).

Existen otras obligaciones tales como: contar con reglamentos de socios, de tarifas y de distribución (letra g del art. 45) o contar con tarifas proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras y prestaciones protegidas (art. 48), que, difícilmente, podrían ser justificadas por la sociedad de gestión colectiva a través de los documentos correspondientes (reglamentos y tarifario) antes de obtener la autorización de funcionamiento correspondiente, pues estos deben ser instrumentos que se aprueben en el seno de la Asamblea de la sociedad de gestión colectiva, y esto solo se puede hacer en la medida en que la sociedad se encuentra conformada legalmente y operando a través de la correspondiente autorización.

Para interpretar con mayor precisión el alcance del requisito analizado, consideramos menester entender la naturaleza de una sociedad de gestión colectiva, a fin de determinar el alcance de sus obligaciones. Así, dado que, como se señaló, la Decisión 351 no contempla una definición de «sociedad de gestión colectiva», hemos tomado aquella que el propio TJCA ha señalado en algunas de sus sentencias. Indica lo siguiente:

Las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos son organizaciones de derechos privado destinadas a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos. Pueden ser socios de las sociedades de gestión colectiva los autores y los titulares de los derechos de autor, de una parte y los titulares de los derechos conexos de otra, pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral...²

¹ Entiéndase la conjunción o no como excluyente de las actividades que puede realizar una sociedad de gestión colectiva, sino como alternativas que podrían abarcar su objeto social, por lo que podrían ser ambas; esto es, la gestión de derechos de autor, así como la gestión de derechos conexos (considerando el evidente valor inclusivo de la conjunción o en este artículo).

² Ver Interpretación Prejudicial 300-IP-2017.

El TJCA, para complementar su definición, también ha invocado una de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que señala lo siguiente:

Por gestión colectiva se entiende el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por intermedio de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses. Las organizaciones de gestión colectiva «tradicionales», que actúan en representación de sus miembros, negocian las tarifas y las condiciones de utilización con los usuarios, otorgan licencias y autorizaciones de uso y recaudan y distribuyen regalías. El titular del derecho no participa directamente en ninguna de esas tareas.³

En tal sentido, de las definiciones antes transcritas, el TJCA ha determinado las facultades principales de una sociedad colectiva, que se resumen en las siguientes:

- a. Autorizar a nombre y representación de los titulares de derechos (sea de autor o conexos) la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización a través de licencias de uso.
- b. Administrar los derechos económicos de los titulares afiliados.
- c. Salvaguardar los derechos de los titulares de los derechos de autor.
- d. Gestionar los derechos de explotación y otros de orden patrimonial de los titulares que les encomiendan dicha labor.
- e. Celebrar contratos con terceros interesados en el uso de los derechos de autor bajo su custodia.
- f. Fijar tarifas por uso de derechos de autor.
- g. Otras que puedan estar establecidas en los reglamentos internos de cada sociedad.⁴

Sobre la base de estas facultades, determinadas por el propio TJCA, se podría señalar que, para cumplir con el primer requisito que estamos analizando, contemplado en la letra f) del art. 45 de la Decisión 351, para obtener la autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva se debería justificar ante la autoridad nacional competente:

- Tener como miembros o socios a titulares de derechos de autor o derechos conexos que encomienden a la sociedad la gestión de sus derechos patrimoniales (exclusivos).⁵

³ Ibídem. Menciona definición obtenida en sitio web de OMPI: <https://www.wipo.int/copyright/es/management> (consulta 24 de abril de 2017).

⁴ Además de la IP anterior, ver Interpretación Prejudicial 613-IP-2016.

⁵ Considerar que cuando se traten de sociedades de gestión colectiva que gestionan derechos de remuneración equitativa, que son de gestión colectiva obligatoria, la documentación que acredite la representación de titulares de derechos no sería tan relevante.

- Demostrar capacidad para una buena administración de derechos económicos, a través de la estructuración de procesos internos adecuados y transparentes que contemplen: negociación, recaudación y reparto o distribución de valores.
- Contar o garantizar que se contará con herramientas o instrumentos internos, tales como: programas de ordenador o *software*, bases de datos, programas de visionado u otros, que permitan recaudar valores de forma proporcional y distribuirlos en forma equitativa a titulares, sobre la base de usos reales de repertorio.
- Contar con autorizaciones de titulares de derechos de autor o derechos conexos, para la representación en negociaciones y licencias con terceros respecto del uso y explotación de sus obras o prestaciones protegidas.⁶

Como se puede apreciar, el TJCA, en la interpretación prejudicial que es objeto del presente comentario, simplemente ha determinado que la entidad debe demostrar el tener la capacidad para funcionar como sociedad de gestión colectiva y que debe contar con los medios suficientes para administrar el repertorio de los afiliados, sin dar mayores elementos sobre cómo cumplir con estos aspectos. Por tanto, no resulta del todo clarificadora esta interpretación.

En relación con el segundo requisito contemplado en la letra f) del art. 45 de la Decisión 351, esto es, que la sociedad de gestión colectiva justifique ante la autoridad que tiene las condiciones para lograr una eficaz administración de los derechos, cuya gestión solicita, es importante señalar que este se trata de un concepto jurídico indeterminado. Ello no quiere decir que la potestad administrativa pueda ser discrecional, pues, tal como lo menciona el profesor Juan José Marín López, que cita a Fernando Sainz Moreno,

...cuando la norma formula el criterio de la decisión mediante un concepto jurídico indeterminado no atribuye una facultad discrecional porque todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de indeterminación, expresa una idea que puede servir de criterio para una decisión en cuanto que puede ser utilizado en «juicios de verdad» (p.347). La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, añade en otro lugar, es la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por ser una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente varias soluciones «posibles», aquella que en cada caso se considere conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea, el grado de su indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una sola solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control impli-

⁶ En caso de gestionar derechos patrimoniales exclusivos.

que una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa. Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa eliminando la arbitrariedad mediante el sometimiento a control judicial de todo aquello que debe ser juzgado en términos de legalidad o de justifica (p. 192).⁷

En este sentido, el segundo requisito analizado exige como condición para la obtención de la autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva que se justifique documentadamente que la administración de la entidad será eficaz.

Para determinar la eficacia de la administración de una sociedad de gestión colectiva, la autoridad nacional competente debe considerar, ante todo, los intereses de los titulares de los derechos administrados, así como la función misma que está llamada a cumplir la sociedad de gestión, de conformidad con su Estatuto.

Como lo señala el profesor Juan José Marín López, en la obra citada,

...Con la exigencia de este requisito se establece una protección en favor de tales titulares, a quienes se garantiza que, en caso de ser autorizada, la entidad ejercerá una correcta y segura administración de los derechos que le sean confiados.

Sobre esta base, el TJCA, en la interpretación prejudicial objeto de este comentario, ha hecho bien en identificar las tareas básicas que toda sociedad de gestión colectiva debe cumplir en la administración y gestión de derechos que le son encomendados, sea por los titulares o por la ley (cuando se trata de derechos de gestión colectiva obligatoria); esto es, la negociación, recaudación y distribución de regalías o derechos económicos.

En este sentido, dependiendo del tipo de sociedad de gestión colectiva que se trate, y de los derechos que gestiona, la autoridad nacional competente debería requerir la documentación necesaria a fin de que la entidad demuestre si está en condiciones de cumplir con una eficaz administración. De esta forma, si una sociedad gestiona principalmente derechos exclusivos de titulares, la autoridad debería revisar cuál sería el repertorio que va a administrar y la legitimación para tal efecto, identificando, principalmente, los derechos encomendados por los titulares y si estos están alineados al objeto social de la entidad de gestión. Además, deberá tener los sustentos documentados de cómo operará la recaudación de valores y sobre qué base (tarifas proporcionales, equitativas y justas en virtud del repertorio administrado), y bajo qué parámetros, se realizará la distribución o reparto de los valores recaudados a los titulares de derechos.

⁷ Juan José Marín López, «Artículo que comenta el artículo 148», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Rodrigo Bercovitz, Op. Cit., 2007.

En el caso, por ejemplo, de una sociedad de gestión colectiva cuyo objeto social esté orientado a recaudar derechos de remuneración equitativa, que son de gestión colectiva obligatoria, la autoridad nacional competente deberá observar que la entidad mantenga cartas de intención u otros documentos equivalentes con otras sociedades de gestión análogas, que expresen la voluntad de suscribir convenios de reciprocidad para la recaudación y reparto de derechos a los titulares de los respectivos países, dado que se trata, en este caso, de mandatos legales sobre gestiones globales por la explotación (principalmente comunicación pública, puesta a disposición y distribución), de obras o prestaciones protegidas, que no constituyen repertorios determinados a través de autorizaciones o mandatos que otorgan los titulares de derechos.

Finalmente, la autoridad nacional competente deberá identificar otro tipo de actividades o labores que está llamada a ejecutar la sociedad de gestión colectiva, en función de lo que establece su estatuto y, sobre esto, determinar qué documentación sería la idónea para justificar el eficaz cumplimiento de este objeto, como parte de las actividades de administración que realizará.

Bibliografía del comentario

Bercovitz Rodrigo, *Manual de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia – España 2009.

Bercovitz Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Tecnos, 2007, Tercera Edición.

Marín López Juan José, «Artículo que comenta el artículo 148», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Rodrigo Bercovitz, Op. Cit., 2007.

Memento, *Propiedad Intelectual e Industrial*, 2012 – 2013, Ec. Francis Lefebvre, Madrid España.

Rogel Carlos y Serrano Eduarco, *Manual de Derechos de Autor*, Fundación AISGE, Madrid, 2008.

Legislación

Convención de Roma, 1961.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

Decisión 351 que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

Reglamento de Gestión de los Conocimientos.

Jurisprudencia

Interpretación Prejudicial 64-IP-2018, del 16 de septiembre de 2019.

Interpretación Prejudicial 300-IP-2017.

Interpretación Prejudicial 613-IP-2016.

Recursos electrónicos

Gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, disponible en <https://www.wipo.int/copyright/es/management/index.html>.

Interpretación Prejudicial 300-IP-2017, disponible en <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/300-IP-2017.pdf>.

Comentario de Rosa María Kresalja

En el proyecto de compilación de los criterios jurídicos interpretativos del TJCA, relativos a la gestión colectiva del derecho de autor y conexos, se me ha encomendado comentar los requisitos para la autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva, artículo 45 de la Decisión 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; en particular los párrafos 1.24 a 1.26 de la Interpretación Prejudicial 64-IP-2018, del 16 de septiembre de 2019, que consta en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, núm. 3789 de fecha 24 de octubre de 2019.

Al respecto, en primer lugar, debo señalar que el criterio jurídico interpretativo, contenido específicamente en los párrafos 1.24 a 1.26 de la Interpretación Prejudicial 64-IP-2018, se ha mantenido en el tiempo y se encuentra presente en diversas interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a modo de ejemplo, en los procesos: 387-IP-2016, 550-IP-2016 y 522-IP-2019.

El párrafo 1.24, sin mayor desarrollo, cita a los artículos 43 y 45 de la Decisión 351, indicando que son los que hacen referencia a la correspondiente autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva, y copia textualmente los requisitos para ello, citados en el artículo 45, literales de la a) a

la l). No hay una interpretación propiamente dicha. Sin embargo, en el proceso 387-IP-2016, la sección D) párrafo 2.5, se establece que

En la Decisión 351 se sigue el modelo de control no sólo formal de las sociedades de gestión, como lo indica el artículo 45 literales a) a l), sino de fondo, como se desprende particularmente del artículo 45 literal f), que se ejerce tanto desde el comienzo de la vida de la sociedad (artículo 43), como a lo largo de ella (artículos 46, 47 y 50).

En este sentido, podemos considerar que el TJCA ha categorizado cada uno de los literales, considerando que en el artículo 45 abarca tanto la forma, la configuración, el modo en que debe estar organizada una Sociedad de Gestión Colectiva, así como el fondo, su parte esencial contenida en el literal f) y desarrollada en los párrafos 1.25 y 1.26.

El literal f) del artículo 45 establece que la sociedad de gestión colectiva debe aportar datos, documentos y, asimismo, que se puede obtener información, a nuestro criterio, acto que sería realizado por la autoridad competente nacional, por sí misma. Pero de estos, debe deducirse 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.

El TJCA bien señala en el párrafo 1.25 que el literal f) contiene un enunciado general, y acota que para otorgar la autorización debe verificarse que la sociedad de gestión colectiva tenga capacidad para funcionar como tal, cuente con los medios suficientes para administrar el repertorio y garantice el respeto a las disposiciones legales, especificando que no contravenga lo regulado a nivel comunitario y de cada País Miembro. El párrafo 1.26 precisa lo que debe entenderse por eficaz administración, esto es que la sociedad debe cumplir con las funciones de negociación, recaudación y distribución de regalías.

Ahora bien, sería recomendable que el Tribunal acote lo que entiende por capacidad para funcionar y cuál es el mínimo a considerarse como medios suficientes, ya que el margen de discrecionalidad debiera ser claro y objetivo.

Con respecto a la eficaz administración, podría considerarse, más que un requisito, un objetivo a lograr, sin embargo, esta está acotada a las funciones de negociación, recaudación y distribución de regalías. Nuestra recomendación es que se precise que no solo debe cumplir con las funciones señaladas, sino que la sociedad debe saber gestionar la práctica cotidiana del derecho de autor y conexos, así como su continua evolución, es decir, debiera buscar ser eficiente y debiera contar con los mecanismos adecuados para que con un mínimo de recursos se pueda lograr el objetivo, efectuando la correcta, ética y transparente recaudación y distribución de los ingresos, procurando los mejores beneficios para sus asociados.

Capítulo XIV

La obligación de no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero

Principio de exclusividad de la actividad de una sociedad de gestión colectiva

Victor Drummond¹

Jorge Mario Olarte Collazos²

Álvaro Hernández-Pinzón³

¹ Postdoctorado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. Doctor en Derecho por la Universidad Estácio de Sá (UNESA). Máster en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa (FDUL). Profesor universitario. Presidente Ejecutivo de Interartis Brasil. Presidente del Comité Jurídico y de Desarrollo de la Federación de Entidades de Gestión Colectiva de Audiovisual Latin Artis. Abogado de Río de Janeiro.

² Abogado por la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia. Especialista en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías por la Universidad Externado de Colombia, y en Derecho Contractual por la Universidad del Rosario. Profesor de propiedad intelectual en la Universidad de Los Andes y la Universidad del Rosario.

³ Director de Asesoría Jurídica, director estratégico de recaudación de la Sociedad de Artistas AIE (España) y miembro del Comité Jurídico de FILAIE (Federación Iberolatinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes). Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, Máster ejecutivo en Administración de Empresa (EMBA) por ICADE Business School, y diplomado en Asesoría Jurídica de Empresas y en Abogacía por la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor en los Máster de Propiedad Intelectual de la ESA-DE Business School, en la Universidad Autónoma de Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Director académico del Máster de Representación de Artistas y Deportistas de la Escuela de Negocios Pons-ISDE.

Los criterios jurídicos interpretativos del TJCA

«La prohibición expresa del Literal k) del Artículo 45 de la Decisión 351 no admite discusión alguna respecto a la obligación de 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; no obstante, se deberá tener en cuenta si a la fecha en que emita pronunciamiento, el nuevo miembro pertenece o no a la otra sociedad del mismo género.»

Fuente: Respuesta a la pregunta 4.5 de la página 28 de la Interpretación Prejudicial **387-IP-2016**, del 11 de mayo de 2017, que consta en la página 46 de la GOAC num. 3050 del 26 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/387-IP-2016.pdf>.

«3.7. El principio de exclusividad de la actividad de una sociedad de gestión colectiva se sustenta en lo establecido en el Literal k) del Artículo 45 de la Decisión 35119. En virtud de dicho principio, no se puede confiar la administración de los derechos de autor o derechos conexos a dos sociedades de gestión colectiva de manera simultánea. En otras palabras, si un titular pretende que otra sociedad de manera colectiva gestione sus derechos intelectuales, debe terminar en el contrato y desafiliarse de la entidad a la cual se encuentre vinculada para hacerlo con otra, esto es de conformidad con las previsiones contractuales estipuladas para el efecto. Este Principio es fundamental para lograr transparencia y competencia leal entre las entidades de gestión colectiva, así como para generar seguridad en los usuarios en cuanto a las condiciones de administración de los derechos de autor o derechos conexos.²⁰

3.8. Este mismo principio irradia otros supuestos de hecho como la gestión individual o la del otorgamiento de dicha administración a una entidad que no sea de gestión colectiva. En este último supuesto y de conformidad con el principio estudiado, no se encuentra lógico que mientras se plantea la exclusividad en relación con las entidades de gestión colectiva, se permita la administración individual por otro tipo de entidades. Si el titular escogió la protección colectiva de sus derechos, y si la entidad a la que se afilió se

encuentra contractualmente prestando todo su contingente para la protección y ejercicio de sus derechos, no resulta lógico que el titular, mientras existan dichas condiciones contractuales, otorgue la administración de ciertos derechos a otro tipo de entidades.²¹

3.9. Lo mismo sucede, en el caso en que el titular pretenda gestionar sus derechos de manera individual. Si escogió de manera voluntaria la vía colectiva de administración, mientras subsistan las condiciones contractuales, por transparencia, seguridad y orden en el mercado, no se pueden otorgar licencias, autorizaciones u otro tipo de actos de manera individual. Si esto se diera, se podrían generar situaciones que claramente estarían en contra de la realización de la figura de la gestión colectiva. Se plantean un conjunto de sociedades vigiladas por el Estado, con reglas precisas y claras para la administración de los derechos de autor de sus afiliados, de conformidad con ciertas cláusulas contractuales acordadas con los mismos, con el objetivo claro de que sea más fácil y eficiente la protección de los mencionados derechos.²²

3.10. Si bien estas sociedades no tienen ánimo de lucro, sí tienen un andamiaje institucional y financiero basado en la actividad de gestión que realizan. Si sus afiliados utilizan su gestión cuando les conviene y, por lo tanto, en vigencia del contrato pueden administrar por sí mismos o por un tercero la protección de los derechos que fueron objeto de la afiliación a la sociedad de gestión colectiva se estaría generando un desequilibrio contractual de tal magnitud que no encuentra asidero lógico ni normativo en la propia figura de la gestión colectiva.²³

3.11. En consecuencia, con lo anterior, el Tribunal encuentra que tal y como está regulada la figura de las sociedades de gestión colectiva en el régimen común de derechos de autor y los derechos conexos, la exclusividad en cuanto a la gestión por parte dichas sociedades es un elemento de la esencia del contrato de gestión colectiva, o lo que es lo mismo, dicho elemento no puede ser desconocido por la voluntad de las partes y sin el cual el acuerdo no podría existir».²⁴

²⁰ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 120-IP-2012, del 6 de febrero de 2013.

²¹ *Ibídem.*

²² *Ibídem.*

²³ *Ibídem.*

²⁴ *Ibídem.*»

Fuente: Párrafos 3.7 a 3.11 de las páginas 12 y 13 de la Interpretación Prejudicial **300-IP-2017**, del 16 de julio de 2018, que constan en las páginas 46 y 47 de la GOAC núm. 3361 del 24 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/300-IP-2017.pdf>.

Comentario de Victor Drummond

La contundente respuesta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a la pregunta 4.5 del proceso de Interpretación Prejudicial 387-IP-206, de 11 de mayo de 2017, va acorde con la literalidad de la norma invocada, a saber: el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351, a cuya virtud una sociedad de gestión colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos únicamente podrá obtener la correspondiente autorización de funcionamiento si se obliga, entendemos que estatutariamente, «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».

La literalidad de dicho precepto, efectivamente, y en los términos del propio Tribunal de Justicia, «no admite discusión alguna», siendo esta afirmación, precisamente, la que nos proponemos rebatir en este trabajo. Y es que una interpretación literal de la norma invocada tiene un efecto claramente limitativo, sobre un derecho fundamental, a saber: el derecho de libertad de asociación, consagrado, entre otros instrumentos, en el artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como en el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Y es que el legislador andino se refiere a los «miembros» de las sociedades de gestión colectiva, que no son sino asociaciones civiles. Prohibir a una asociación el admitir a un «miembro» por el mero hecho de pertenecer a otra asociación es una clara limitación de libertad de asociación, más aún cuando su admisión se condiciona a que aquel renuncie previa y expresamente a las demás asociaciones (sociedades de gestión colectiva) a las que pudiera pertenecer.

Por ello, y por cuanto se expondrá a continuación, entendemos que la limitación a que se refiere el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 se refiere a los mandatos que un titular de derechos de autor o derechos conexos pueda conferir a una o varias sociedades de gestión colectiva para la administración de tales derechos, y no a su membresía. Y es que un mismo titular, además de poder asociarse libremente a la sociedad o sociedades de gestión colectiva que estime oportuna u oportunas —en la medida en que cumpla con los correspondientes criterios objetivos de admisión—, debería tener reconocida la facultad de encomendar a más de una sociedad de gestión colectiva la administración de sus derechos, siempre y cuando dichas encomiendas o mandatos no se superpongan material, territorial o temporalmente. En otras palabras: siempre y cuando esos mandatos no entren en conflicto entre sí.

Así, la cuestión queda reducida a un ámbito estrictamente de derecho privado y carácter negocial, sin afectación alguna a un derecho tan fundamental como el de libre asociación, reconociendo al titular de los derechos la facultad de decidir a qué sociedad o sociedades de gestión encomienda

la administración de cada derecho, ya sea por modalidad de uso o explotación, o de territorio.

Así lo refleja, por ejemplo, la denominada «Caja de herramientas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre buenas prácticas para sociedades de gestión colectiva»,¹ en su párrafo 13:

Los titulares de derechos serán libres de conceder sus derechos a uno o más OGC [organización de gestión colectiva], siempre y cuando no concedan los mismos derechos a más de un OGC dentro del mismo territorio y por el mismo período de tiempo, sin perjuicio de la libertad de los titulares de derechos de conceder mandatos o licencias no exclusivos a los OGC, y de conservar el derecho de utilizar las licencias individualmente.

En idéntico sentido, el artículo 5.2 de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativo a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines, establece que:

los titulares de derechos tendrán derecho a autorizar a la entidad de gestión colectiva de su elección a gestionar los derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, respecto de los territorios de su elección, independientemente de la nacionalidad o del Estado miembro de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión colectiva o del titular de derechos. Salvo que la entidad de gestión colectiva tenga motivos objetivamente justificados para rechazar la gestión, estará obligada a gestionar esos derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones, siempre que su gestión esté comprendida dentro de su ámbito de actividad.

Siendo, en definitiva, práctica habitual que un mismo titular de derechos fraccione objetiva o territorialmente sus mandatos o encomiendas a sociedades de gestión colectiva en diversos países —salvo en el caso de los Estados miembro de la Comunidad Andina, habida cuenta de la prohibición contenida en el precitado literal k) del artículo 45 de la Decisión 351—, las distintas federaciones internacionales de sociedades de gestión colectiva (CISAC, Latin Artis, SCAPR, IFPI, IFRRO) han desarrollado mecanismos para la resolución de conflictos derivados de reclamaciones superpuestas entre sus miembros; esto es, de aquellas situaciones en las que más de una sociedad de gestión colectiva reclame, para un mismo titular, el mismo derecho por la misma modalidad de uso o explotación en el mismo territorio. Mecanismos, todos ellos, que pasan, como no podría ser de otro modo y en primer lugar, por recabar y respetar la voluntad del propio titular de los derechos afectados.

¹ Última actualización publicada por la OMPI en 2021, disponible en <https://tind.wipo.int/record/44375>.

Puede afirmarse, por otro lado, que una interpretación literal de la prohibición prevista en el artículo 45.k) de la Decisión 351, como la efectuada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el precitado proceso de Interpretación Prejudicial, sitúa a las sociedades de gestión colectiva establecidas en algún Estado miembro de la Comunidad Andina en una clara posición de desventaja competitiva con respecto a las sociedades de gestión colectiva establecidas en terceros países. Efectivamente, mientras estas últimas pueden competir entre sí, al tiempo que se ofrece al titular de derechos la posibilidad de fraccionar sus mandatos, las sociedades establecidas en la Comunidad Andina tan solo pueden ofrecer al titular de derechos la opción del *todo o nada*; esto es, la membresía tiene que ser total, toda vez que los derechos que pueda reservarse el titular no podrán ser encomendados a ninguna otra sociedad, teniendo el titular como única alternativa su gestión individual, lo cual es contrario a lo que se pretende, precisamente, con el sistema de gestión colectiva.

Por lo tanto, y a modo de conclusión, entendemos que el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 debería interpretarse simplemente en el sentido de obligar a las sociedades de gestión colectiva a no aceptar mandatos o encomiendas relativas a derechos, obras, categorías de uso o explotación y/o territorios cubiertos por mandatos o encomiendas en vigor otorgadas a otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero. Dicha prohibición no afecta en modo alguno a la libertad de todo titular de derechos, de ingresar en la sociedad o sociedades de gestión colectiva de su elección, en el país o en el extranjero.

Comentario de Jorge Mario Olarte Collazos

Introducción

La actividad de las sociedades de gestión colectiva involucra múltiples intereses. Por un lado, los titulares de derecho de autor y derechos conexos pretenden que sus prerrogativas exclusivas o de remuneración se administren de manera transparente y con la mayor eficacia y eficiencia posible, y, del otro lado, los usuarios de obras o prestaciones artísticas² demandan seguridad jurídica y claridad en las condiciones destinadas a dar cumplimiento a la normatividad autoral.

La convergencia de estos intereses no resulta ajena a los Estados, quienes, por regla general, cuentan con regulación para garantizar una gestión colectiva

² Para los efectos del presente documento, entiéndase por prestaciones artísticas las siguientes, que están protegidas por los derechos conexos: interpretaciones o ejecuciones y fonogramas.

adecuada, transparente y eficiente que responda a los intereses de los titulares y, paralelamente, respete a los usuarios en el marco de la protección del interés público.³

En este contexto, las regulaciones sobre gestión colectiva habitualmente comparten los siguientes componentes, todos presentes en la Decisión Andina 351 de 1993, fuente normativa prevalente y preeminente para los Estados miembros de la Comunidad Andina:⁴

- (i) La gestión colectiva solo puede ser ejercida por entidades autorizadas por el Estado, las cuales, para obtener habilitación legal, requieren acreditar el cumplimiento de requisitos dispuestos para garantizar su idoneidad.⁵ Estas entidades son denominadas sociedades o entidades de gestión colectiva.
- (ii) El funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva está sometido al cumplimiento de diferentes parámetros, dirigidos a preservar la idoneidad que se acreditó al momento en que obtuvieron la habilitación legal y asegurar un adecuado comportamiento en el mercado.⁶
- (iii) El Estado, a través de entidades especializadas, ejerce supervisión sobre las sociedades de gestión colectiva para garantizar que cumplan con la regulación que rige su actividad.⁷

En el presente texto nos vamos a dedicar al segundo componente, relativo al funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva y, en particular, a una de las principales características de su operación en la Comunidad Andina: la exclusividad respecto de los titulares que les encomienden la gestión de sus derechos.

³ Es importante destacar que en la doctrina se reconoce que la gestión colectiva genera beneficios, no solo para los titulares de derecho de autor o conexos, sino también para los usuarios. Sobre el particular FICSOR señala: «...Si bien el sistema de gestión colectiva sirve primordialmente los intereses de los titulares del derecho de autor y derechos conexos, tal sistema también ofrece grandes ventajas a los usuarios, quienes pueden así tener acceso a las obras que necesitan de forma sencilla en una fuente única, y —ya que la gestión colectiva simplifica las negociaciones, el control de las utilidades y la recaudación de las regalías— con bajos costos de transacción...». En: FICSOR, 2002, p. 18.

⁴ La Decisión Andina 351 de 1993 es el «Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos» en la Comunidad Andina.

⁵ En el caso de la Comunidad Andina, se requiere la obtención de autorización de funcionamiento (art. 43 DA 351 de 1993), previo cumplimiento de los requisitos mencionados en los artículos 45, 48 y 50 de la Decisión Andina 351 de 1993, junto con los dispuestos internamente en las legislaciones nacionales.

⁶ Capítulo XI de la Decisión Andina 351 de 1993 y las normas consagradas en las legislaciones internas de los países miembros de la Comunidad Andina, según lo dispone el literal l) del artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993.

⁷ La supervisión implica actividades de inspección, vigilancia y control, tal como se desprende del artículo 43 de la Decisión 351 de 1993 y de la jurisprudencia del TJCA. Ver: Sentencia proceso 01-AI-2019, Magistrado ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano.

Alcance de la exclusividad de las sociedades de gestión colectiva con respecto a la gestión de los derechos de sus socios —regla de no concurrencia—

El literal k) del artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993,⁸ consagra el principio de exclusividad de las sociedades de gestión colectiva o regla de no concurrencia, consistente en prohibirles el aceptar ser miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género. Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) en diferentes interpretaciones prejudiciales, precisando su alcance.⁹

Al respecto, preliminarmente debe mencionarse que la regla de no concurrencia tiene un objetivo dual. En primer lugar, procurar la transparencia y competencia leal entre las entidades de gestión colectiva y, en segundo lugar, generar seguridad en los usuarios de las obras o prestaciones gestionadas por dichas entidades.¹⁰

El alcance de la exclusividad de la gestión colectiva implica que, una vez el titular encomiende la administración de los derechos sobre sus obras o prestaciones a una sociedad de gestión colectiva, no podrá conferir su administración a otra entidad de gestión o incluso a una persona natural o jurídica de cualquier naturaleza.¹¹ Asimismo, el titular pierde la facultad de gestionar directamente los derechos sobre las obras que encomendó en la modalidad colectiva.¹²

El alcance así determinado por el TJCA tiene efectos positivos en el mercado, pues evita que se erosione la seguridad y transparencia de la gestión colectiva, en la medida en que dos o más personas no podrían autorizar y/o cobrarle válidamente a un usuario por el uso de la misma obra o prestación, sin generar respecto del segundo acto una autorización carente de objeto y un cobro de lo no debido. Asimismo, los usuarios nunca tendrían la seguridad de saber con quién deben obtener la autorización y/o realizar el respectivo pago.

⁸ «**Artículo 45.-** La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas...».

⁹ Interpretaciones Prejudiciales 120-IP-2012; 550-IP-2016; 300-IP-2017; 37-IP-2018, 64-IP-2018; 119-IP-2018; 344-IP-2018 y 605-IP-2018.

¹⁰ Ver: Interpretación Prejudicial 300-IP-2017, Magistrado ponente: Hugo Ramiro Gómez Apac.

¹¹ Interpretaciones Prejudiciales 120-IP-2012; 550-IP-2016; 300-IP-2017; 37-IP-2018, 64-IP-2018; 119-IP-2018; 344-IP-2018 y 605-IP-2018.

¹² Interpretación Prejudicial 300-IP-2017, Magistrado ponente: Hugo Ramiro Gómez Apac.

En este sentido, resulta destacable que para el TJCA la exclusividad en la gestión colectiva propende a preservar un «orden en el mercado»,¹³ el cual, en mi opinión, se logra evitando gestiones simultáneas efectuadas por diferentes personas sobre los mismos derechos de repertorios de obras o prestaciones artísticas.

Por otra parte, es imperioso mencionar que el TJCA considera que la exclusividad es un elemento de la esencia de los contratos que vinculan a los titulares con las sociedades de gestión colectiva,¹⁴ es decir, es un elemento que determina la existencia del contrato que instrumenta la gestión colectiva.¹⁵

Finalmente, debe destacarse que la regla de no concurrencia ha sido precisada por el TJCA al señalar que, así un titular se encuentre vinculado a una sociedad de gestión colectiva, puede gestionar directamente los derechos sobre los repertorios y usos no conferidos a la gestión colectiva.¹⁶

Conclusión

El principio de exclusividad en la actividad de una sociedad de gestión colectiva es un componente fundamental para garantizar la transparencia, eficacia y eficiencia de la gestión de los derechos patrimoniales de autor o conexos, en beneficio de los titulares y usuarios en el marco del interés público.

Referencias bibliográficas del comentario:

Interpretaciones prejudiciales

120-IP-2012. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

550-IP-2016. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

300-IP-2017. Magistrado ponente: Hugo Ramiro Gómez Apac.

37-IP-2018: Magistrado ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano.

64-IP-2018. Magistrado ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Ver: entre otras, interpretaciones prejudiciales: 120-IP-2012 y 300-IP-2017.

¹⁵ El cual normalmente es un mandato.

¹⁶ Ver: Interpretación Prejudicial 300-IP-2017, Magistrado ponente: Hugo Ramiro Gómez Apac.

119-IP-2018. Magistrado ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano.

344-IP-2018. Magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

605-IP-2018. Magistrado ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano.

Doctrina

Ficsor, M. (2002). *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Comentario de Álvaro Hernández

Introducción

La gestión colectiva de derechos de autor y conexos se ha consolidado en las últimas décadas como la única herramienta eficaz para garantizar no solo una recaudación eficiente de los derechos, sino también la defensa de los derechos de los titulares a los que representan.¹⁷

Frente a otros tipos de gestión no reglada, que tienden a maximizar beneficios de quienes no son titulares,¹⁸ las sociedades de gestión están «sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento» (sic. art. 43, decisión 351), y «se aseguran de que sus miembros reciban una remuneración por los usos protegidos por derecho de autor de sus obras y otros objetos».¹⁹

¹⁷ Caja de herramientas de la OMPI sobre buenas prácticas para organismos de gestión colectiva: Los OGC proporcionan mecanismos adecuados para ejercer el derecho de autor y derechos conexos en los casos en que el ejercicio individual resultaría imposible o poco práctico para el titular de derechos. La gestión colectiva es un elemento importante de un sistema eficaz de derecho de autor y derechos conexos (...).

¹⁸ Este punto se puede incardinar en los párrafos 3.8 y 3.9 de la Interpretación Prejudicial 300-IP-2017, del Tribunal Andino, en donde se destaca a las sociedades de gestión colectiva como el medio más «fácil y eficiente de protección» de derechos, habida cuenta de las «reglas precisas y claras» para la administración de los derechos de los afiliados.

¹⁹ Misma fuente de la primera nota del comentario. https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/pdf/wipo_ccm_toolkit_october_2018.pdf

1. El principio de exclusividad como límite a los ejercicios individuales de los titulares

El comentario que ocupa estas líneas se refiere al principio jurídico interpretativo derivado del art. 45, letra k), de la Decisión 351, que mantiene el principio de exclusividad de la actividad de una sociedad de gestión:

Artículo 45.- (...)

(...)

k) que se obliguen a no aceptar miembros de otras entidades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas.

Esta norma, sin obviar el contexto y tiempo de su inserción en la legislación andina, es un precepto que, en mi opinión, aflora algunos problemas de aplicación e, incluso, de legalidad a nivel objetivo.

Antes de su análisis, conviene dejar señalado que el «principio de exclusividad de la actividad de una sociedad de gestión» no se reconoce como un principio jurídico o una obligación que se impone a uno de los sujetos a los que afecta la aplicación de la norma, sino que es un requisito de las sociedades de gestión para obtener su autorización como tal, es decir que es una condición previa para su funcionamiento, como indica el primer párrafo del propio art. 45 («La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos»), aunque se podría retirar la autorización en caso de incumplimiento de este precepto, según lo dispuesto en el art. 46 de la Decisión.

En primer lugar, este precepto no afecta a las sociedades de gestión colectiva, en cuanto a sujetos de derecho con personería jurídica propia, sino que afecta a las facultades jurídicas y comerciales de los titulares de derechos que ven limitada, no solo su autonomía de la voluntad, sino la efectividad de sus derechos en aquellos territorios en los que se realicen actos de explotación de sus obras o actuaciones e interpretaciones fijadas.²⁰

Lo que la norma limita es la facultad del titular de derechos para disponer de la gestión colectiva de los mismos, lo que en la práctica supone renunciar a que sus derechos sean efectivos en determinados territorios. Como comentaré en el siguiente apartado, esta norma podría garantizar una efectividad plena en la Comunidad Andina si asegurase que, siendo miembro de una sociedad de gestión

²⁰ El Tribunal Andino, en el párrafo 3.7 de la Interpretación Prejudicial 300-IP-2017, carga al titular de derechos la obligatoriedad de la no afiliación, cuando, en mi opinión, esa obligación en la Decisión Andina es para la sociedad de gestión o para el titular por vía del contrato de gestión (vid párr. 3.11), no de la norma: «(...) un titular (...) debe (...) desafiliarse de la entidad (...) para hacerlo con otra (...)».

de uno de los Países Miembros, el titular de derechos recibiría sus derechos de, al menos, los demás Países Miembros.

En segundo lugar, hay que entender que la norma solo puede ser aplicada dentro del ámbito geográfico de la Comunidad Andina, sin que se pueda negar la afiliación a un titular de derechos por tener encomendada la gestión de un territorio ajeno al ámbito territorial de la Comunidad a otra sociedad de gestión. En el caso contrario, impediría a los titulares hacer efectivos sus derechos en otros territorios ajenos a la Comunidad Andina, y las sociedades de gestión de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú serían poco atractivas para los titulares de derechos por esa limitación territorial.²¹

Por último, podemos contraponer el enfoque en el ámbito de la Unión Europea, en donde, con la aprobación de la Directiva 2014/26/UE,²² se ha regulado y delimitado la gestión colectiva en el ámbito de la Unión. Esta directiva permite a los titulares de derechos escoger el territorio y los derechos a los que va a encomendar la gestión a una sociedad y, por tanto, puede elegir más de una entidad para más de un territorio y/o derechos.²³ El objeto es proporcionar al titular un marco que garantice la gestión de sus derechos en cualquier territorio, dentro y fuera de la Unión Europea.

La efectividad de la gestión colectiva: la reciprocidad internacional

El mecanismo que garantiza la efectividad de los derechos de autor y conexos, en cualquier territorio, por cualquier derecho o modalidad de explotación, es la reciprocidad.

Los contratos de reciprocidad o los «acuerdos de representación»²⁴ son definidos por la Directiva 2014/26/UE como:

²¹ En la misma Interpretación y párrafo el Tribunal entiende que el principio de exclusividad «es fundamental para lograr la transparencia y competencia legal entre entidades de gestión colectiva, así como para generar seguridad en los usuarios», pero, como contiene mi opinión, este objetivo no se consigue en los términos en los que está planteado, sino que —al contrario— limita la capacidad del titular de recaudar sus derechos.

²² Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines, y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

²³ Art. 5.2: «La entidad de gestión colectiva de su elección a gestionar los derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, respecto de los territorios de su elección, independientemente de la nacionalidad o del Estado miembro de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión colectiva o del titular de derechos».

²⁴ El art. 14 de la Directiva se refiere a los «Derechos gestionados en virtud de acuerdos de representación», e impone el principio de no discriminación a los titulares miembros de otra sociedad de gestión y, en concreto, no discriminación en materia de tarifas aplicables, descuentos y normas de recaudación y reparto. El art. 15 regula las deducciones y pagos en virtud de estos acuerdos.

todo acuerdo entre entidades de gestión colectiva en virtud del cual una entidad de gestión colectiva encomienda a otra entidad de gestión colectiva la representación de los titulares respecto de los derechos sobre su repertorio (...).²⁵

En un contexto de obligatoriedad de permanencia en una sola sociedad de gestión, solo se puede garantizar la efectividad de los derechos a través de la garantía de reciprocidad o intercambio de derechos entre las distintas sociedades de gestión de un mismo tipo de titular en el territorio común, en este caso la Comunidad Andina, y, para el caso de los derechos de remuneración, con la consagración del principio de gestión colectiva obligatoria.²⁶

Por tanto, una posible interpretación al principio de exclusividad de una sociedad de gestión, recogido en el art. 45.k) de la Decisión 351 CAN, sería entender su aplicación si la sociedad de gestión donde está afiliado el titular tiene «acuerdos de representación» en el otro territorio donde pretende afiliarse y, por tanto, cubierta la gestión y administración de sus derechos en ese mismo territorio. En caso de no haber reciprocidad entre entidades para sus respectivos repertorios, debería flexibilizarse la norma para permitir al titular acceder a sus derechos en cualquier territorio de la Comunidad Andina.

²⁵ El art. 19 de la Directiva regula la «Información facilitada a otras entidades de gestión colectiva sobre la gestión de derechos en virtud de acuerdos de representación», garantizando determinada información anual entre sociedades de gestión.

²⁶ Aunque la formulación del art. 44 de la Decisión 351 se refiere a la voluntariedad u obligatoriedad de la afiliación de los titulares, hay que entender que en caso de optar por la obligatoriedad el País Miembro, se refiere a la gestión colectiva obligatoria, no estando obligado el titular a afiliarse si no quiere hacer efectivos sus derechos de gestión colectiva.

Capítulo XV

**Comunicación o ejecución pública
(uso de señales de televisión)
no autorizada de una obra audiovisual
inscrita en una sociedad
de gestión colectiva**

**Comunicación o ejecución pública
no autorizada mediante la
retransmisión de una obra audiovisual
inscrita en una sociedad
de gestión colectiva**

**La diferencia entre la retransmisión de
una obra audiovisual (derecho
de autor) y la retransmisión
de una señal (derecho conexo)**

Yecid Ríos¹
Gustavo Schötz²

¹ Abogado en Propiedad Intelectual y Derecho Comercial. Socio Fundador de Zapata & Ríos, Abogados Asociados. Presidente del Centro Colombiano de Derecho de Autor (CECOLDA). Secretario de tribunales de arbitramento, inscrito en la lista del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Tutor de la Academia de la OMPI. Abogado y especialista en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Comercial y magister en Derecho Privado por la Universidad de los Andes. Becario de la Academia de la OMPI. Se ha desempeñado como jefe de la Oficina de Registro y de la Oficina Jurídica de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia (DNDA); como jefe de la Oficina Jurídica de Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC) y como subdirector de Derecho de Autor del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC).

² Abogado por la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia. Especialista en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías por la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Contractual por la Universidad del Rosario. Profesor de propiedad intelectual en la Universidad de Los Andes y la Universidad del Rosario.

Los criterios jurídicos interpretativos del TJCA

«1.24. En el supuesto de que una persona natural o jurídica haga uso de señales de televisión para comunicar públicamente el contenido de obras audiovisuales, se evidencia un uso de los derechos que se ha reconocido a los distintos titulares y, a su vez, si el titular de esas obras protegidas ha inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para su protección y tutela, quien use o reproduzca la obra deberá necesariamente acudir a la entidad que custodia los derechos para solicitar la autorización para usar los derechos que ellas gestionan y pagar el precio que ellas fijen mediante las tarifas correspondientes.

1.25. Para que opere la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forma parte del repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva deben darse las siguientes condiciones:

- a) Se debe considerar la existencia de derecho de autor, en concreto de obras audiovisuales reconocidas a favor de sus titulares.
- b) Que sus titulares hayan inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos.
- c) Que se haya efectuado la comunicación pública de las obras audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa».

Fuente: Párrafos 1.24 y 1.25 de la página 15 de la Interpretación Prejudicial **139-IP-2020**, del 14 de octubre de 2021, que constan en la página 29 de la GOAC núm. 4357 del 18 de octubre de 2021, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/139-IP-2020.pdf>.

«1.13. (...) la retransmisión es una forma de comunicación pública de una obra audiovisual, y en consecuencia la titularidad sobre el derecho de autor (la obra audiovisual) y sobre el derecho conexo (la señal de un organismo de radiodifusión) puede recaer o no en la misma persona. Esa situación no impide que los autores o titulares del derecho de autor puedan exigir a los organismos de radiodifusión y a las empresas que brindan el servicio de televisión por suscripción (televisión por cable, satelital u otras modalidades de

señal cerrada) que cuenten con la debida autorización para ejecutar la comunicación pública a través de la retransmisión de sus obras audiovisuales.¹⁴

Así, en primer lugar, se requiere la autorización del titular del derecho de autor de una obra audiovisual para su emisión o transmisión por parte de un organismo de radiodifusión. Ahora bien, si dicho organismo de radiodifusión es, además, titular del derecho de autor de una obra audiovisual (v. g., una telenovela), es evidente que puede emitirla o transmitirla directamente a través de su señal. En ambos casos, si la obra audiovisual, previamente radiodifundida, va a ser objeto de retransmisión por parte de un organismo de radiodifusión distinto al que efectuó la emisión o transmisión original, estamos frente a un nuevo acto de comunicación pública y, naturalmente, para que este pueda hacerse efectivo de forma lícita, es necesaria la autorización del titular del derecho de autor de la obra audiovisual, que puede ser el propio autor, una sociedad de gestión colectiva o un organismo de radiodifusión, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico:



¹⁴ En este mismo sentido, Gustavo J. Schötz explica que «[un] efecto inmediato de la protección actualizada de los organismos de radiodifusión es la extensión indirecta a los titulares de los contenidos emitidos, como los titulares de derecho de autor y otros derechos conexos, patrocinantes de los eventos deportivos o de otro tipo...».

Por su parte, Wilson Rafael Ríos Ruíz agrega que:

«El autor o titular de derechos de autor, por ejemplo el productor de una obra audiovisual, esta [sic] facultado para autorizar o prohibir el uso del derecho de comunicación pública de sus obras, los que se expresan en medio técnicos que permiten la captación visual o auditiva de la misma, a

través de medios físicos o inalámbricos, manifestándose así prerrogativas tales como derecho de emisión, el de transmisión y el de retransmisión; todo lo cual estará establecido en la respectiva licencia de uso, donde se podrá limitar el territorio, la duración, el idioma, etc.».

(Subrayado agregado)

Wilson Rafael Ríos Ruiz, «Derechos de autor y derechos conexos en la televisión por satélite y televisión por cable», en *Revista La Propiedad Intelectual*, Departamento de la Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, N° 6/2003. Disponible en: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/1155> (Consulta: 17 de febrero de 2021)».

Fuente: Ver párrafo 1.13 de las páginas 8 y 9 de la Interpretación Prejudicial N° **30-IP-2020**, del 22 de abril de 2021, que constan en las páginas 37 y 38 de la GOAC N° 4237 del 10 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204237.pdf>.

«1.20. (...) La retransmisión de una obra audiovisual califica como una nueva comunicación pública. La retransmisión de una señal, si bien no es una comunicación pública, sí se encuentra protegida por el Literal a) del Artículo 39 de la Decisión 351. Por tanto, una empresa que presta el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) tiene que obtener tanto una autorización del titular de la obra audiovisual que retransmite, como una autorización del organismo de radiodifusión titular de la señal que retransmite, en ambos casos, a través de su servicio. Ahora bien, si el organismo de radiodifusión es titular, además, de obras audiovisuales, la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción necesita dos autorizaciones de ese organismo de radiodifusión: una, por retransmitir la obra audiovisual (derecho de autor) de titularidad del organismo de radiodifusión; y la otra, por retransmitir la señal (derecho conexo) del referido organismo de radiodifusión.

1.21. En atención a lo expuesto, cuando las empresas que brindan el servicio de televisión por suscripción (o televisión de señal cerrada) retransmiten contenidos protegidos por el derecho de autor, existe una transmisión o grabación previa de la emisión original. Es decir, dichas empresas no forman parte del organismo de radiodifusión que realizó originalmente la emisión o transmisión de la obra audiovisual, ni tienen relación directa con los organismos de radiodifusión de los programas que retransmiten.¹⁹

1.22. De esta manera, existirá comunicación pública de una obra audiovisual mediante retransmisión siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

a) Que la retransmisión se realice por cualquiera de las formas de comunicación pública enunciadas en los Literales a), b), c) y d) del Artículo 15 de la Decisión 351.

b) Que la retransmisión de la obra radiodifundida, por cualquiera de las formas citadas anteriormente, sea realizada por un organismo de radiodifusión (v. g., una empresa de televisión por suscripción o de señal cerrada) distinto al del origen.

c) Que el contenido retransmitido por un organismo de radiodifusión se trate de una obra protegida por el derecho de autor.

1.23. La participación de los autores en los beneficios económicos de la radiodifusión se justifica en el principio de equidad. Ellos tienen derecho a una justa retribución por la difusión de su obra. La remuneración que debe percibir el autor debe ser proporcional a los ingresos que se obtengan por la explotación de la obra.²⁰»

¹⁹ Catalina Saffon y Corinne Chantrier. «Gestión colectiva de obras audiovisuales: Hacer frente a los desafíos, ayer y hoy», 2009, en *Revista de la OMPI*, Ginebra, N° 5/2009. Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/05/article_0007.html (Consulta: 23 de febrero de 2021).

²⁰ *Ibídem.*»

Fuente: Ver párrafos 1.20 a 1.23 de las páginas 11 y 12 de la Interpretación Prejudicial N° **30-IP-2020**, del 22 de abril de 2021, que constan en las páginas 40 y 41 de la GOAC N° 4237 del 10 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204237.pdf>.

Comentario de Yecid Ríos:

«La retransmisión de obras audiovisuales y de emisiones de radiodifusión a través de televisión por cable o por medios análogos a esta»

Las Interpretaciones Prejudiciales 139-IP-2020¹ y 30-IP-2020² desarrollan el derecho del autor —o de sus derecho-habientes— de realizar, autorizar o prohibir la comunicación al público —en su especie retransmisión— de sus obras.³ Pero, además, se adentran (particularmente la Interpretación 30-IP-2020) en el derecho de retransmisión que sobre sus emisiones tienen los organismos de radiodifusión.⁴

¹ Del 14 de octubre de 2021.

² Del 22 de abril de 2021.

³ Derecho reconocido en los artículos 13 [b] y 15 [e] de la Decisión Andina 351 de 1993.

⁴ Derecho reconocido de forma explícita en el artículo 39 [a] de la Decisión Andina 351 de 1993.

Las citadas interpretaciones se sustentan a su vez en dos principios fundamentales del derecho de autor y los derechos conexos: (i) la independencia y limitación de las distintas formas de explotación de las obras⁵ y (ii) la no afectación de la tutela reconocida a los autores, por virtud de la protección prevista para los titulares de derechos conexos.⁶

El primer principio, al aplicarlo en el caso concreto de la retransmisión por televisión cerrada⁷ de obras audiovisuales, podría sintetizarse en la siguiente regla: la retransmisión de una obra audiovisual está sujeta a la autorización del titular de la obra, incluso si este autorizó la radiodifusión de dicha obra. Esto se expresa de manera contundente por el TJCA⁸ en la Interpretación Prejudicial 30-IP-2020, cuando señala:

...si la obra audiovisual, previamente radiodifundida, va a ser objeto de retransmisión por parte de un organismo de radiodifusión distinto al que efectuó la emisión o transmisión original, estamos frente a un nuevo acto de comunicación pública y, naturalmente, para que este pueda hacerse efectivo de forma lícita, es necesaria la autorización del titular del derecho de autor del autor de la obra audiovisual...

El segundo principio que venimos comentando se expresa en la necesidad de la doble autorización. Es decir, el operador de televisión cerrada que retransmita emisiones radiodifundidas que contengan obras audiovisuales requiere: (i) la autorización del titular de la emisión (el organismo de radiodifusión) y (ii) la autorización del autor o derechohabiente de la obra audiovisual contenida en dicha señal. Esto se expone de forma muy clara en el párrafo 1.20 de la Interpretación Prejudicial 30-IP-2020, según el cual:

1.20. (...) La retransmisión de una obra audiovisual califica como una nueva comunicación pública. La retransmisión de una señal, si bien no es una comunicación pública, sí se encuentra protegida por el Literal a) del Artículo 39 de la Decisión 351. Por tanto, una empresa que presta el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) tiene que obtener tanto una autorización

⁵ La expresión normativa de este principio en el ordenamiento andino la encontramos en el artículo 31 de la Decisión Andina 351 de 1993 de la siguiente manera:

Artículo 31.- Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.

⁶ Artículo 33 de la Decisión Andina 351 de 1993:

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.

⁷ Modalidad del servicio de televisión que incluye a la televisión por cable y la satelital.

⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

del titular de la obra audiovisual que retransmite, como una autorización del organismo de radiodifusión titular de la señal que retransmite, en ambos casos, a través de su servicio. Ahora bien, si el organismo de radiodifusión es titular, además, de obras audiovisuales, la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción necesita dos autorizaciones de ese organismo de radiodifusión: una, por retransmitir la obra audiovisual (derecho de autor) de titularidad del organismo de radiodifusión; y la otra, por retransmitir la señal (derecho conexo) del referido organismo de Radiodifusión.

Con todo, hay un aparte de la Interpretación Prejudicial 30-IP-2020 que merecería una revisión conceptual por parte del honorable Tribunal Andino; se trata del literal a) del párrafo 1.22 de la citada providencia. En él se señala que habrá retransmisión si se realiza «por cualquiera de las formas de comunicación pública enunciadas en los Literales a), b), c) y d) del artículo 15 de la Decisión Andina 351»; pero resulta que ninguna de las modalidades de comunicación pública descritas en los citados literales es una retransmisión. Por el contrario, es en el literal e) —que no se citó— donde el legislador comunitario tipificó a la retransmisión como una forma de comunicación al público de obras.

Así, el literal a) del mencionado artículo 15 de la Decisión 351 hace referencia a la representación escénica o ejecución pública de obras, lo que en el lenguaje común llamaríamos como «presentación en vivo». El literal b) describe la exhibición o proyección pública de las obras cinematográficas;⁹ es decir, la que se lleva a cabo en teatros, salas de cine, video clubes, etc. El literal c) habla explícitamente de la emisión por radiodifusión (es decir, la que se lleva a cabo a través del espectro electromagnético) o por otro procedimiento análogo que sirva para la difusión de signos, sonidos o imágenes; en todo caso, por medios inalámbricos. El literal d) se da en aquellos casos en los que la obra es transmitida originalmente —o por primera vez— por medio de hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo. Este sería el caso de una obra audiovisual que inicialmente se transmite desde un canal de televisión por cable, no desde un canal de radiodifusión o televisión abierta.

Curiosamente, el citado aparte de la Interpretación Prejudicial 30-IP-2020 excluye de su listado de formas de «retransmisión» al literal e) del mentado artículo 15. Este, al contrario de los demás literales, es el que efectivamente tipifica a la retransmisión (incluida la retransmisión por cable) como una especie de comunicación al público de obras, cuando dice que:

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:

⁹ Y por extensión de las demás obras del género audiovisual.

(...)

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[.]

Vale señalar que el literal e) es congruente con la definición general que, sobre la retransmisión, trae la misma Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 3:

- **Retransmisión:** Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

Comentario de Gustavo Schötz:

En el presente comentario me referiré a los siguientes tópicos:

- a.** La comunicación o ejecución pública (uso de señales de televisión) no autorizada de una obra audiovisual inscrita en una SGC, tópico analizado en los párrafos 1.24 y 1.25 de la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020, del 14 de octubre de 2021.
- b.** Comunicación o ejecución pública no autorizada mediante la retransmisión de una obra audiovisual inscrita en una SGC, en el párrafo 1.13 de la Interpretación Prejudicial 30-IP-2020, del 22 de abril de 2021.
- c.** La diferencia entre la retransmisión de una obra audiovisual (derecho de autor) y la retransmisión de una señal (derecho conexo). Párrafos 1.20 a 1.23 de la Interpretación Prejudicial 30-IP-2020, del 22 de abril de 2021.

La comunicación pública de obras mediante la retransmisión de señales

El derecho patrimonial de comunicación pública es la facultad de autorizar o prohibir cualquier acto donde una persona, llamada «comunicador o emisor», hace llegar una obra, por cualquier medio o técnica, a una pluralidad de personas calificable como público (haya o no una finalidad lucrativa). No se requiere el acceso efectivo a la obra por parte del público, basta la mera puesta a disposición de la producción para que estemos en el ámbito de la facultad de comunicación pública (De la Parra Trujillo, 2019, p. 47). Por tanto, si hay una emisión destinada a un público, surge el derecho exclusivo

de autorizar y percibir una remuneración por esa comunicación (Gendreau, 1990, p. 7).

La radiodifusión y la retransmisión de obras son modos particulares de la comunicación pública, efectuada a través de señales portadoras de contenidos (Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor-TODA, art. 8). El autor o titular está protegido frente a cualquier difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público. Por emisión de radiodifusión se entiende la difusión de sonidos, imágenes o de ambos, por hilo o no, en especial por ondas hertzianas, fibras ópticas, cable o satélite, a los fines de la recepción por el público, lo que incluye la retransmisión por cable, la emisión por satélite o aquellas en las que el radiodifusor transmite por Internet (Lipszyc, 2006, p. 87).

La Decisión 351 de la Comunidad Andina, al definir la comunicación pública de obras (artículos 13.b y 15), la transmisión (artículos 15.d y 15. f) y la retransmisión (artículo 15.e) de obras, sigue casi a pie juntillas los conceptos del Convenio de Berna. La evolución del Convenio de Berna, en lo que toca a los derechos de radiodifusión y retransmisión, ha sido larga y rica en debates. El primero fue introducido en el Acta de Roma de 1928 y la retransmisión en el Acta de Bruselas de 1948 (Ricketson y Ginsburg, 2005, p. 722). El análisis histórico y la interpretación uniforme del régimen de retransmisión del artículo 11 bis del Convenio de Berna es relevante por cuanto proporciona un significado y un marco a las leyes nacionales y las decisiones judiciales, y así se puede determinar si los países cumplen con las obligaciones internacionales que surgen del Convenio de Berna y por tanto del Acuerdo sobre los ADPIC (Brennan, 2003, p. 37).

El Convenio de Berna protege «toda comunicación pública» de las obras efectuada por «distinto organismo que el de origen», sin otras referencias (Ficcor, 2003, p. 80). La intervención de cualquier tercero es considerada un nuevo acto de comunicación pública, debido a que el radiodifusor originario no puede disponer por sí mismo de los derechos del autor; por tanto, una nueva autorización y pago son necesarios. Como indican las opiniones prejudiciales bajo comentario, no es posible afirmar de ningún modo que constituya un doble pago, ya que cada nuevo uso requiere su propia autorización y pago (WIPO, 1984, p. 148).

Por aplicación del principio de independencia de los derechos, cada uso es independiente y, en caso de duda, se interpreta *favor auctoris*. Cuando el titular brinda autorización al radiodifusor originario, conserva el derecho para otros usos, otros medios o distintos territorios. La autorización para ulteriores transmisiones, a cargo de un tercero, debe ser expresa y no se puede presumir. Tampoco se aplica la doctrina del agotamiento del derecho (ALAI, 1982).

La relación entre la señal y las obras transmitidas

Los derechos conexos de los organismos de radiodifusión sobre sus señales, emisión y retransmisión están consagrados como derechos exclusivos en la Convención de Roma, artículo 3: (f) «emisión», la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público; (g) «retransmisión», la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.

En la práctica, la radiodifusión se divide en primaria y secundaria. La radiodifusión primaria será aquella que se transmite desde el origen del centro técnico, a través de ondas hertzianas, inyección a un satélite o por medio de hilo, cable, fibra óptica o analoga. En cambio, la radiodifusión secundaria o «retransmisión» consiste en la comunicación alámbrica o inalámbrica de las obras por entidad distinta a la que dio origen a la comunicación (Cárdeno Shaadi, 2013, p. 119).

A los efectos de la retransmisión de la señal, es necesario contar con la autorización del organismo de radiodifusión titular de la emisión, y con la autorización de los autores de las obras contenidas en ella, ya que el autor tiene la facultad exclusiva de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras, siendo la retransmisión una modalidad de este derecho (Vela Jiménez y Lozano Gamboa, 2017, p. 65). El organismo de radiodifusión tiene un derecho conexo sobre su señal, la que está conformada por programas, algunos de los cuales contendrán obras protegidas.¹⁰ El derecho de los autores sobre las obras contenidas en los programas es independiente del derecho del organismo de radiodifusión sobre su señal, que es un derecho conexo: son dos servicios con diferente significación económica (Delgado Porras, 2000, p. 6). Así lo indica el artículo 1.º de la Convención de Roma:

La protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección.

Por tanto, cada nueva retransmisión, reemisión o redifusión que se haga de una radiodifusión originaria de una obra por parte de un organismo distinto al de origen, sea alámbrica o inalámbrica, es un nuevo acto sujeto a autorización y pago a favor del titular de los derechos. Como bien indica el TJCA, la

¹⁰ Una definición actualizada de «señal» es la que brinda el documento WIPO SCCR/42/3 Proyecto Revisado de Texto del Tratado de la OMPI sobre los Organismos de Radiodifusión, actualmente bajo consideración en el seno del SCCR. Art. 2 b) por «señal portadora de programas» se entenderá el portador generado electrónicamente, en la forma en que fue transmitido originalmente y en cualquier formato técnico posterior, que transporta un programa; c) por «programa» se entenderá el material, en directo o grabado, compuesto por imágenes, sonidos o ambos, o por las representaciones de estos.

interpretación correcta del 11bis de Berna y de la Decisión 351 indica que todas las retransmisiones, ya sea que lleguen a un nuevo público o simplemente mejoren la calidad del servicio dentro del área de emisión, requieren el consentimiento del autor (Gendreau, 1990, p. 28).

La gestión colectiva del derecho de retransmisión de obras audiovisuales

Los derechos exclusivos del productor titular de la obra audiovisual, de autorizar la comunicación pública alámbrica e inalámbrica, «transmisión por hilo», puesta a disposición, surgen del Convenio de Berna y del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor-TODA. Son parte del mínimo convencional que los países deben respetar (art. 2 del Convenio de Berna y arts. 1 y 2 ADPIC). El ejercicio de los derechos y las limitaciones y excepciones sobre los derechos exclusivos son territoriales. En virtud de la aplicación del principio del trato nacional, la situación de los productores audiovisuales extranjeros es igual a la de los nacionales, y los Estados se obligan a ofrecer a los autores y titulares de obras originarias de otros Estados contratantes el mismo trato que a sus nacionales (art. 5.1 del Convenio de Berna y 3.1 de los ADPIC).

La radiodifusión primaria de una obra audiovisual es la que lleva a cabo un organismo de radiodifusión, merced al contrato celebrado con el productor titular o con el distribuidor por este designado. La obra audiovisual también puede ser explotada de modo secundario, cuando se retransmite una señal portadora de contenidos protegidos o se comunica al público dicha señal. Entre otros supuestos, un cableoperador o sistema de televisión satelital retransmite una emisión de un canal de televisión por aire, o un establecimiento comercial —gastronómico, por ejemplo— instala dispositivos para comunicar al público señales de televisión. Estos actos requieren una nueva autorización con su consiguiente pago, ya que el derecho del organismo de radiodifusión sobre la señal es independiente del derecho de los titulares respecto a las obras comunicadas (Schötz, 2017).

Los usos secundarios se encuentran dispersos por la geografía de cada país e internacionalmente, por lo que es casi imposible para cada productor audiovisual contratar individualmente dicha autorización (Saffon y Chantrier, 2009). Por parte de los usuarios, estos no tienen conocimiento de qué obras serán emitidas por las señales retransmitidas. De aquí la necesidad de gestionar colectivamente estas explotaciones o usos secundarios, al igual que para otros colectivos de titulares de derechos exclusivos, como los autores de obras musicales. Las sociedades de gestión colectiva (SGC), por tanto, mediante la autorización previa sobre su repertorio, facilitan la actividad de una multitud dispersa de titulares de derechos de distinta categoría y capacidad operativa, que deben

autorizar y percibir remuneraciones de una diversidad de usuarios que utilizan obras de múltiples titulares (Antequera Parili, 2007, p. 263). La gestión colectiva es el mecanismo para dar autorización y recaudar por el ejercicio de aquellos derechos, que por su naturaleza no es posible hacerlos efectivos a través de la gestión individual.

Adicionalmente, se debe considerar que las sociedades nacionales, a fin de actuar recíprocamente con sus homólogas del extranjero, suelen estar asociadas en federaciones internacionales. Es el modo por el que los derechos de los nacionales sean efectivos en otros territorios, en cumplimiento del principio de trato nacional y bajo la premisa de la territorialidad de los derechos. En la gestión colectiva se debe salvaguardar la unidad de repertorio, a fin de evitar que algunas obras no sean remuneradas o que los usuarios efectúen dobles pagos.

Referencias del comentario

- ALAI** (1982). «Résolutions a la suite des Journées d'étude qui se sont tenues à Amsterdam sur la télévision par câble du 16 au 20 mai 1982». Association Littéraire et Artistique Internationale. Recuperado de <https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/resolutions-1981-1991.pdf>.
- Antequera Parilli, R.** (2007). *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Editorial Reus S.A. y Fundación AISGE, 263.
- Brennan, D. J.** (2003). *Retransmission and US Compliance with TRIPS*. Kluwer Law International.
- Cárdeno Shaadi, J. R.** (2013). «Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor», *Revista Mexicana del Derecho de Autor* Número 3, Nueva época, INDAUTOR, Segundo Semestre, 119.
- Convención de Roma.** Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Hecho en Roma el 26 de octubre de 1961. Recuperado de <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12656>.
- De La Parra Trujillo E.** (2019). *Derechos de Autor y Habitaciones de Hoteles: un Estudio desde el Derecho Internacional y la Comparación Jurídica*. CDMX, México: UNAM.
- Delgado Porras, A.** (2000). «Los derechos de emisión y retransmisión -inalámbrica y alámbrica- de las obras», *Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/20b, Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina*, San José de Costa Rica, 2-3.
- Ficsor, M.** (2003). *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*. Ginebra: OMPI.

- Gendreau, Y.** (1990). *The Retransmission Right, Copyright and the Redifussion of Works by Cable*. Oxford ESC Publishing Limited.
- Lipszyc, D.** (2006). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, Argentina: UNESCO-CERLALC-Zavalía.
- Ricketson, S. y Ginsburg, J.** (2005). *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*. Oxford University Press, Second Edition, Volume I.
- Saffon, C. y Chantrier C.** (2009). «Gestión Colectiva de Obras Audiovisuales: Hacer Frente a los Desafíos, Ayer y Hoy». *Revista de la OMPI*. Recuperado de https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/05/article_0007.html.
- Schötz, G.** (2017). «El derecho conexo de los organismos de radiodifusión y la necesidad de un nuevo tratado internacional». *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, nro. 10, 121-192. Recuperado de <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ripi/article/view/453>.
- TODA**, Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996. Recuperado de <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12740>.
- Vela Jiménez, J. A. y Lozano Gamboa, J. E.** (2017). «La retransmisión de señales de televisión abierta: Caracol y RCN vs. Operadores de televisión por suscripción». *Revista Derechos Intelectuales*, ASIPI, Número 22, 65-77.
- WIPO** (1984). «Annotated Principles of Protection of Authors, Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations in Connection with Distribution by Cable». Subcommittees of the Executive Committee of the Berne Union, of the Intergovernmental Committee of the Universal Copyright Convention and of the Intergovernmental Committee of the Rome Convention on Television by Cable (Geneva, December 5 To 7, 1983). Publicado en *Copyright, Monthly Review of the World Intellectual Property Organization (WIPO)*, No. 4, abril 1984.

Capítulo XVI

Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

Legitimidad procesal de una sociedad de gestión colectiva

Legitimación activa de las sociedades de gestión colectiva para recaudación

Santiago Schuster Vergara¹

¹ Abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile (1980). Doctor en Derecho por la Universidad de Chile (2019). Tesis de doctorado: «Las excepciones al derecho de autor como normas permisivas. Una revisión crítica del derecho de usuario en el sistema normativo de derecho de autor». Profesor del Heidelberg Center para Latinoamérica. Profesor de Propiedad Intelectual de la Universidad de Chile. Fue director del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad de Chile (2014-2018). Socio principal de Schuster Profesionales (1980 a la fecha). Fue director general de la Sociedad Chilena de Derecho de Autor (1987-2008). Fue consejero del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (2004-2008). Director Regional para América Latina y el Caribe de la CISAC (2009-2018). Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA).

Los criterios jurídicos interpretativos del TJCA

Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

«2.2. 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).

2.3. 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».

2.4. La norma antes citada confiere a las sociedades de gestión colectiva la legitimidad para obrar activa bajo dos supuestos:²⁶

- 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.

2.5. 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.²⁷»

²⁶ 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.

²⁷ *Ibídem.*»

Fuente: Ver párrafos 2.2 a 2.5 de la página 16 de la Interpretación Prejudicial **139-IP-2020**, del 14 de octubre de 2021, que constan en la página 30 de la GOAC núm. 4357 del 18 de octubre de 2021, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/139-IP-2020.pdf>.

Legitimidad procesal de una sociedad de gestión colectiva

«2.7. 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 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.

2.8. 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.»

Fuente: Ver párrafos 2.7 a 2.8 de las páginas 17 y 18 de la Interpretación Prejudicial **139-IP-2020**, del 14 de octubre de 2021, que constan en las páginas 31 y 32 de la GOAC núm. 4357 del 18 de octubre de 2021, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/139-IP-2020.pdf>.

Legitimación activa de las sociedades de gestión colectiva para recaudación

«1.32. Existe consenso en la doctrina en que las funciones principales de las sociedades de gestión colectiva son la negociación, la recaudación y la repartición de las regalías por concepto de explotación de los derechos cuya administración le ha sido encargada.²¹ En consecuencia, la gestión colectiva se organiza en torno a dos ejes: la percepción y la repartición de regalías.

1.33. Con relación a la negociación de remuneraciones, esta puede realizarse de manera individual por los artistas intérpretes o ejecutantes por sí mismos. En tal sentido, la sociedad de gestión colectiva únicamente se encuentra a cargo de recolectar el dinero en nombre de los artistas e intérpretes sobre la base de un mandato individual o de la ley. La negociación puede ser igualmente realizada de manera colectiva por las organizaciones sindicales que representan a los artistas intérpretes o ejecutantes en virtud de convenciones colectivas, en cuyo caso las sociedades de gestión colectiva estarían solamente a cargo de la percepción o recaudación de las remuneraciones correspondientes y de su posterior repartición.²²

1.34. Adicionalmente, es preciso señalar que, en virtud de los avances tecnológicos modernos, los derecho-habientes actualmente pueden gestionar sus derechos ellos mismos, empleando, por ejemplo, soluciones tales como aplicar marcas de agua en sus obras o medidas de limitaciones técnicas de utilización de obras. En consecuencia, puede que los autores decidan gestionar sus derechos ellos mismos por suponer mayores beneficios que la gestión colectiva de dichos derechos.²³

1.35. En principio, cada titular de derechos es libre para decidir si los gestiona directamente por sí mismo (gestión individual) o si confía su administración a la entidad que corresponda en razón de su objeto (gestión colectiva).²⁴ Sin embargo, cabe apuntar que, en el caso de las gestiones colectivas obligatorias, a falta de representación por parte de una sociedad de gestión colectiva, los derecho-habientes no podrán ejercer sus derechos ellos mismos.²⁵

1.36. En los supuestos de gestión colectiva obligatoria, el desempeño por parte de las entidades de su función de administración de derechos se produce sin necesidad de celebrar con los titulares el contrato de gestión. El efecto inmediato principal de la gestión colectiva obligatoria es el que el correspondiente titular del derecho no podrá ejercerlo de modo individual.²⁶

1.37. Por otra parte, incluso si son miembros de una sociedad de gestión colectiva, estos pueden tener interés, en ciertos casos, en retirar una obra precisa del mandato de gestión confiado a dicha sociedad para gestionar directamente ellos mismos la correspondiente obra. Por ejemplo, si un compositor crea una música por encargo específico, puede ser apropiado

negociar directamente con el usuario o destinatario de la obra por encargo y así retirar la respectiva obra del mandato de gestión otorgado a la sociedad de gestión colectiva correspondiente.^{27»}

²¹ VINCENT, Jean. *Droit des arts visuels: contrats d'auteurs*. Éditions Lamy, Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2010, p. 143.

²² PÉREZ SOLIS, Miguel. WIPO International Forum (Foro Internacional de la OMPI), realizado en Sevilla, España, en 1997. Noveno panel de discusión: “Collective Management in Developing Countries” (Gestión Colectiva en Países en Desarrollo), Carlos Fernández Ballesteros (moderador), p. 156 y ss.

²³ KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. Op. Cit.

²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. Manual de Propiedad Intelectual. Valencia: Tirant le Blanch, 2001, p. 280.

²⁵ KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. Op. Cit.

²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. Op. Cit., p. 282.

²⁷ KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. Op. Cit.»

Fuente: Ver párrafos 1.32 a 1.37 de las páginas 15 a 17 de la Interpretación Prejudicial **64-IP-2018**, del 16 de septiembre de 2019, que constan en las páginas 29 a 31 de la GOAC núm. 3789 del 24 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>.

Comentario de Santiago Schuster Vergara

Este comentario recae sobre dos sentencias del TJCA que se han pronunciado sobre la legitimación de las sociedades de gestión colectiva (SGC) para comparecer ante los tribunales en representación de los titulares de derechos. Ambas sentencias se refieren a causas radicadas en la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia, y en ambas uno de los temas objeto de interpretación es la legitimidad para actuar de las SGC en el ejercicio colectivo de derechos, en conformidad a los artículos 44, 45 y 49 de la Decisión 351, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

En orden cronológico, corresponden a una sentencia de 16 de septiembre de 2019 (proceso 64-IP-2018), que trata sobre la procedencia de revocatoria parcial y expresa al mandato conferido por la empresa CODISCOS a SAYCO para la administración, gestión y recaudación de sus derechos de autor. La segunda, de 14 de

octubre de 2021 (proceso 139-IP-2020), que refiere a la legitimidad de la sociedad de gestión colectiva EGEDA para actuar en representación de los productores audiovisuales en el licenciamiento de la retransmisión de una obra audiovisual.¹

El criterio del TJCA puede presentarse en los siguientes términos:

a. Alcance técnico-jurídico del término «legitimación»

El Tribunal Andino ha dicho que «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)» (2.2/139 IP). Asimismo, ha señalado que el artículo 49 de la Decisión 351 confiere a las sociedades de gestión colectiva la legitimidad para obrar activa con base en dos supuestos: a) los estatutos de la entidad b) los contratos que celebre con entidades extranjeras (2.4/64 IP). Con ello, está indicando que estos instrumentos definen la amplitud de la representación, en cuanto al objeto de la gestión y al conjunto de los representados.

b. La resolución que concede la autorización de funcionamiento constituye el título de la legitimación activa de la sociedad de gestión colectiva

El TJCA ha declarado que los estatutos deben ser autorizados por la autoridad administrativa competente (2.5/64 IP), y dado que en ellos debe establecerse el objeto social y la actividad de gestión del derecho de autor y/o los derechos conexos que la entidad se propone llevar a cabo (1.24/64 IP) (2.5/139 IP) solo cabe concluir que tal resolución administrativa constituye el acto habilitante único de la SGC, y es el título del que emana su legitimación activa, condición necesaria y suficiente para que se reconozca su legitimación para actuar por los titulares representados, sean nacionales o extranjeros.

c. Los contratos de administración definen el conjunto de los miembros representados

El Tribunal Andino, al sostener la interpretación antes referida de la regla del artículo 49 de la Decisión 351, define el ámbito de actuación de la SGC, pero agrega también que la SGC debe «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» (2.5/64 IP) (2.5/139 IP).

Si bien el Tribunal constata que la Decisión 351 no regula específicamente el contrato de gestión, lo declara un *complemento indispensable* (1.16/64 IP), lo que es coherente con la obligación de la SGC de aceptar la administración de los derechos que se le encomienden. Este encargo debe ajustarse al objeto y a los fines de la entidad, elemento esencial de la autorización y habilitación de la SGC por la autoridad competente.

¹ Las referencias en el texto a estos procesos indican que el criterio referido se extrae del acápite que se individualiza.

Por ello, siguiendo el criterio interpretativo del TJAC, el contrato de afiliación no condiciona el acto administrativo que concede la habilitación ni la posición jurídica extraordinaria que obtiene la SGC en virtud de dicha habilitación. El contrato de afiliación es el instrumento por el que el afiliado confía la administración de sus derechos a la SGC y regula el vínculo jurídico entre la SGC y cada uno de sus miembros (1.28/64 IP). De allí su condición de complemento indispensable, ya que una SGC sin miembros no podría llevar a cabo actividad alguna de licenciamiento.

d. Los contratos celebrados con entidades extranjeras definen el conjunto de titulares extranjeros representados

Lo que se ha dicho para los contratos de administración de los miembros de la SGC es aplicable a los contratos de gestión que la SGC celebra con entidades extranjeras para la representación de sus afiliados.

Estos contratos, en el sentido de los criterios interpretativos del Tribunal Andino ya aludidos, no añaden ni disminuyen nada al contenido de la autorización, como tampoco al ámbito de actuación para ejercer la legitimación activa en representación de los titulares extranjeros.

Este razonamiento es reafirmado por el Tribunal Andino, al declarar que una sociedad de gestión colectiva no se encuentra obligada «a demostrar la representación de todo su repertorio por cada proceso iniciado o cada requerimiento de pago efectuado a un tercero» (2.7/64 IP) y, por otra parte, ha dicho que tal representación admite prueba en contrario. Por tanto, si a quien se acusa de no contar con una licencia puede acreditar que las obras o fonogramas que está explotando pertenecen a un titular que no está afiliado a la entidad (2.8/64 IP), puede hacer caer la legitimación activa a su respecto. Se trata de una carga probatoria que recae en el demandado.

Este criterio ha sido reiterado por el TJCA, en sentencia dictada en el proceso 139 IP 2020, justificando la improcedencia de exigirse a la SGC una exhibición de todo su repertorio, dado el carácter variable y dinámico de dicho repertorio, sea por la constante incorporación de nuevos titulares de derechos como por las obras y fonogramas que se producen incesantemente por tales titulares (2.7/139 IP).

e. Carácter voluntario de la gestión colectiva, como regla general, determina que la entidad solo actúa por el universo de sus representados nacionales y extranjeros

El TJAC reconoce el carácter voluntario de la afiliación a una SGC como regla general (1.16/ 64 IP), *salvo que la normativa interna de los Países Miembros prevea algo diferente*. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si el legislador ha establecido alguna forma de gestión obligatoria (1.36 /139 IP).

La legitimación activa habilita a la SGC para representar sujetos. El conjunto de estos sujetos ha confiado a la SGC la administración de derechos sobre sus

obras o producciones, y este universo de objetos protegidos es lo que se denomina *repertorio*.

Si la afiliación es voluntaria, entonces *cada sociedad de gestión colectiva representa a sus miembros* (1.38/ 64 IP), y solo aquellos que han celebrado un contrato de gestión con la SGC podrán beneficiarse de su actividad licenciadora, recaudadora y distribuidora de derechos. El TJCA ha dicho que la SGC *puede representar únicamente a sus miembros y no a terceros*. Por lo tanto, la entidad solo podrá conceder una autorización de uso de repertorio por el conjunto de titulares que representa, y ningún otro.

f. Modo en que la sociedad de gestión colectiva hace valer la legitimación activa

El Tribunal Andino no ha señalado la forma en que la SGC debe hacer valer su legitimación activa en los actos procesales, dado que ello no se encuentra previsto en la Decisión 351. No obstante, es posible afirmar que la exhibición de la resolución administrativa que autoriza el funcionamiento de la SGC debiera ser suficiente documentación para acreditar su legitimación.

Desde luego, el Tribunal Andino exime a la SGC de probar la representación de cada uno de sus miembros y de todo su repertorio, como ya se ha dicho suficientemente, si bien al llevar a cabo un acto procesal, dada su legitimación, lo hace representando a todos los titulares que le han encomendado la gestión de sus derechos. Esta representación, no obstante, es relativa, ya que puede ser objeto de prueba en contrario, tratándose de una gestión colectiva voluntaria.

Capítulo XVII

La autorización del titular de un derecho de autor o de la sociedad de gestión colectiva que opera y gestiona sus derechos, para la reproducción o comunicación pública de una obra, entre otros, a través de la retransmisión de emisiones

Federico Duret¹
Fernando Zapata López²

¹ Director general de UNIARTE, Sociedad de Gestión, miembro del Comité Jurídico de Latin Artis y consultor externo en Entretenimiento y Nuevas Tecnologías en Puente & Asociados Estudio Jurídico. Premio extraordinario al mejor expediente académico del Máster en Propiedad Intelectual, en la Universidad Carlos III de Madrid (XIII edición). También es asesor de la directiva de la Academia de las Artes Audiovisuales y Cinematográficas del Ecuador (ACEC), miembro de la Asociación Española de Derecho del Entretenimiento (DENAE) y de la Escuela Latinoamericana de Propiedad Intelectual (ELAPI), entre otras asociaciones.

² Abogado por la Universidad Nacional de Colombia; profesor de derecho de autor en la Universidad Nacional y en la Especialización de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Consultor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en derecho de autor. Autor de textos legales en derecho de autor y derechos conexos de varios países latinoamericanos. Corredactor de la Decisión Andina 351. Negociador por Colombia y en representación de América Latina y el Caribe del ADPIC, de los Tratados de la OMPI de 1996, del ALCA, del G-3, de los tratados de libre comercio con Estados Unidos, Chile, Europa y la Asociación Europea de Libre Comercio. Exdirector de la Dirección Nacional del Derecho de Autor y del Centro Regional para el Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC).

El criterio jurídico interpretativo del TJCA

«La autorización del titular de un derecho de autor o de la sociedad de gestión colectiva que opera y gestiona sus derechos, para la reproducción o comunicación pública de una obra, entre otros, a través de la retransmisión de emisiones, deber ser expresa y previa. No puede presumirse la existencia de autorización. Si no hay autorización, la retransmisión de señales constituye una violación al derecho de autor correspondiente.

La norma andina no exige una formalidad específica para la autorización, por lo que debe ajustarse a los requisitos de validez y eficacia de las licencias de uso regulados por la normativa interna de los Países Miembros.

Veamos el siguiente ejemplo hipotético: asumamos que “A” es el titular de un derecho de autor que autorizó de manera expresa y previa la reproducción o comunicación pública de su obra a la empresa de radiodifusión “B”. La empresa “B”, a su vez, como titular de derechos conexos, autorizó la retransmisión de sus emisiones a la empresa “C”, de manera tal que existe un vínculo contractual entre “B” y “C”.

En este supuesto, por el solo hecho de que “B” cuenta con la autorización de “A”, ¿se puede asumir que “C” también cuenta con la autorización de “A” para la reproducción y comunicación pública de su obra, mediante la retransmisión de las emisiones de “B”? La respuesta es no. La empresa “C” debe contar con la autorización expresa y previa de “A” para reproducir o comunicar públicamente su obra, inclusive a través de la retransmisión de las señales de “B”.»

Fuente: Respuesta a las preguntas consignadas en la página 12 de la Interpretación Prejudicial **570-IP-2018**, del 28 de febrero de 2020, que consta en la página 21 de la GOAC núm. 3949 del 7 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/570-IP-2018.pdf>.

Comentario de Federico Duret

De acuerdo con las conclusiones emitidas en el proceso de Interpretación Prejudicial 570- IP-2018, no queda sino coincidir con los criterios del Tribunal, resaltando y comentando algunos aspectos complementarios.

En primer lugar, debo resaltar, obviamente, que coincidimos —como no puede ser de otra manera— en que el operador de televisión por suscripción debe contar con la autorización expresa de los titulares de derechos de autor y derechos conexos de las obras y prestaciones contenidas en la señal que es retransmitida, ya que no se pueden afectar los derechos y obligaciones de terceras personas en virtud del vínculo contractual que existe entre el operador de televisión por suscripción, con el operador de televisión en abierto que le ha autorizado la retransmisión,¹ al encontrarnos ante diferentes titulares y categorías de derechos que son independientes y autónomas entre sí.

Esto es así, ya que no se pueden obviar los derechos de explotación con los que cuentan los autores, artistas y productores, para no menoscabarlos al ser confundidos con los derechos exclusivos de los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones. De tal manera que en la relación contractual que existe entre el operador de televisión en abierto («B» en el ejemplo planteado por el Tribunal), que autoriza la retransmisión de sus emisiones al operador de televisión por suscripción («C»), dicha autorización se refiere al derecho conexo² que el operador de televisión tiene sobre su señal. Tan es así que incluso en los supuestos en los que existan disposiciones legales³ que obliguen a la retransmisión de la señal abierta a esa empresa «C» de televisión por suscripción («must carry»), para lo cual la empresa «B», operador de televisión en abierto, ha de entregar su señal al operador de televisión por suscripción («must offer» u «obligación de ofrecer la señal»), estas disposiciones no pueden tener impacto alguno sobre los derechos de autores, artistas y productores, marcando una clara diferenciación entre los objetos de protección de la señal (un derecho conexo sobre «el continente», regulado desde la Convención de Roma de 1961)⁴ y el contenido portado

¹ La retransmisión es la «Radiodifusión simultánea y sin cambios que realiza un organismo de radiodifusión de la radiodifusión, difusión por cable (o difusión por internet) de otro organismo de radiodifusión, o difusión por cable (o de difusión por internet)». Ficsor, M., *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI*, OMPI, Ginebra, 2003, p. 321.

² Artículo 39 literal a) de la Decisión 351 de la CAN, sobre el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

³ Por lo general, estas disposiciones «must carry» y «must offer» existen en numerosas legislaciones, en materia de telecomunicaciones, en todo el mundo, y, lejos de suponer una carga para estos operadores, conllevan la ventaja de lograr una mayor competitividad entre los mismos, así como la posibilidad de llegar a más público y aumentar así su audiencia.

⁴ Artículo 13 literal a): «Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho a autorizar o prohibir: la retransmisión de sus emisiones».

por esas emisiones, en el cual confluyen los derechos de autor y los derechos conexos de sus titulares.

O dicho de otra manera: por un lado, la retransmisión es un acto de comunicación pública independiente y distinto del de la emisión, de manera que genera derechos para sus titulares de derechos de autor y derechos conexos, ya sea por tratarse de un derecho exclusivo que requiere de una necesaria autorización —previa y expresa, como resalta el Tribunal—, o por tratarse de un derecho de remuneración equitativa, que, sin requerir de autorización, conlleva al pago del derecho a sus correspondientes titulares por mandato legal, una vez se ha producido el acto de explotación.⁵

Y, por otro lado, porque no es lo mismo la retransmisión de la señal como derecho exclusivo del organismo de radiodifusión, que la retransmisión de los programas que contienen obras y prestaciones dentro de esa señal. Porque la diferenciación entre el derecho de retransmisión de unos titulares y los otros, está consagrada de forma independiente para los autores en el artículo 11 bis 1.2º del Convenio de Berna;⁶ para los artistas en los Convenios de Roma, WPPT y más recientemente, el Tratado de Beijing; y para los productores, normalmente, está consolidado como derecho conexo en la mayoría de la legislaciones de los Estados Miembros de la Unión Europea, así como en la legislación norteamericana y en algunas legislaciones de América Latina.⁷ Tal es así que, no puede verse afectado por el reconocimiento de otros derechos, pues así está dispuesto en las cláusulas de salvaguarda⁸ en todos estos instrumentos internacionales de la OMPI.⁹

A efectos prácticos, y siguiendo una vez más el ejemplo del Tribunal en el que «A» es un titular de derechos de autor y derechos conexos, «B» es el operador de televisión en abierto que emite o transmite el contenido, y «C» es el operador de televisión por suscripción que lleva a cabo el acto de retransmisión de la señal del operador de televisión en abierto, el objeto de la autorización de «A»

⁵ En el marco de la Comunidad Andina, aunque de forma desigual, estos derechos se encuentran consagrados en las legislaciones de Colombia, Ecuador y Perú, respectivamente, para autores y/o artistas y productores.

⁶ Artículo 11 bis 1.2º del Convenio de Berna: «comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, **cuando esta comunicación se haga, por distinto organismo que el de origen**».

⁷ En el caso de la Comunidad Andina, este derecho se encuentra regulado como derecho de remuneración en la Ley 23.381 de Perú, en su artículo 19, y como derecho exclusivo en Ecuador en el COESCCI en su artículo 155.

⁸ Las cláusulas de salvaguarda son necesarias para evitar una posible colisión de facultades, tanto entre la protección destinada a los derechos conexos regulados en ROMA, WPPT y BEIJING, como respecto al derecho de autor consagrado en BERNIA, y de hecho así existe en estos tratados, como en la cláusula de salvaguarda del artículo 1 de la Convención de Roma.

⁹ De hecho, en el seno de las discusiones en la OMPI en su SCCR, respecto al proyecto de Tratado sobre los Organismos de Radiodifusión, una de las disposiciones en torno a las que existe consenso es, precisamente, la cláusula de no perjuicio, respecto de la cual ninguna disposición de este puede menoscabar los derechos reconocidos en los anteriores Tratados. Recurso disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_42/sccr_42_3.pdf.

a «B» no incluye la retransmisión, sino la emisión, que es precisamente el derecho que explota «B» como operador de televisión en abierto. La retransmisión de esa emisión es un acto independiente de explotación que, o bien precisa de una autorización o licencia específica, ya sea legal o contractual,¹⁰ en el caso de que «A» ostente un derecho exclusivo, o bien genera una obligación de pago de una remuneración equitativa cuando «A» sea titular de este tipo de derecho. Además, en el contrato de producción —o, mejor dicho, en los diferentes contratos de producción que celebran los distintos creadores con el productor— este derecho no se va a ceder o licenciar, ya que para que «A» autorice a «B», «A» únicamente tiene que consolidar los derechos necesarios para dicha autorización (es decir, fijación, reproducción y radiodifusión). Las presunciones de cesión han de interpretarse restrictivamente, de tal suerte que la cesión de derechos de los autores y artistas al productor, si es presuntiva, únicamente ha de alcanzar los «usos primarios».

Además, antes de ese acto de retransmisión, no existe ningún tipo de relación de negociación entre «A» (titulares de derechos de las obras y prestaciones) y «C» (operador de televisión por suscripción que retransmite la señal de «B»), de manera que en ningún caso se puede presumir que «C» cuenta con esa autorización previa y expresa. En consecuencia, y como muy acertadamente se pronunció el TJCA, no se puede llegar a otra conclusión que la de señalar que la emisión o retransmisión no conlleva implícitamente la autorización para la retransmisión por parte de los titulares originarios de derechos sobre las obras, grabaciones y prestaciones.¹¹

Por su parte, en relación con la no exigencia de una formalidad específica por parte de la norma andina, todos los Países Miembros en su normativa establecen los habituales requisitos necesarios para una adecuada transferencia de derechos. De este modo, y en línea con lo comentado en el párrafo anterior, lo que normalmente sucede en la práctica es que los titulares de derechos de autor no licencian el derecho de retransmisión al organismo de radiodifusión en abierto «B», porque este último no va a ejercitar ese derecho. Por ello, y ante la ya mencionada ausencia de relación de negociación entre «A» y «C», insistimos, en ningún caso ha de presumirse que «C» cuenta con la autorización de «A».

Por todo lo anterior, y a modo de conclusión, siempre se requiere de la autorización del titular de derechos al encontrarnos ante un nuevo acto de comunicación pública de las obras y prestaciones que son retransmitidas por el operador de televisión por suscripción. Esta autorización de los titulares podrá

¹⁰ Artículo 31 de la Decisión Andina 351: «Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo».

¹¹ Tan es así que en este mismo sentido también se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo en España. Sentencia de la Sala 1ª Primera del 2-12-2002: «la retransmisión por cable de una determinada entidad de programas emitidos o transmitidos por un ente distinto precisa, además, de la autorización del ente titular».

ser otorgada por la correspondiente entidad de gestión¹² legitimada para ello, ya sea a través del mandato de los titulares por medio del contrato de gestión (en los casos de derechos exclusivos) o a través de un mandato legal en los supuestos de gestión colectiva obligatoria (asociados a los derechos de remuneración equitativa), cada vez más extendidos a nivel mundial como único mecanismo eficaz para velar por los derechos de estos titulares (autores y artistas), y en cuyo caso no se producirá una autorización expresa y previa como menciona el Tribunal, sino que surgirá una obligación de pago una vez que se haya producido el acto de explotación por la naturaleza con la que cuenta ese derecho de remuneración equitativa.

Comentario de Fernando Zapata

La respuesta ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la Interpretación Prejudicial 570-IP-2018, en relación con las preguntas formuladas desde la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia, en el marco del proceso judicial surtido entre la entidad de gestión colectiva de derechos de productores audiovisuales de Colombia-EGEDA Colombia y Conexión Digital Express S.A.S., sin duda planta dentro de los diferentes pronunciamientos del TJCA un criterio jurídico de estelar importancia para el derecho de autor y los derechos conexos.

Es inequívoco el punto desde el cual el Tribunal parte para hacer su análisis contenido en la IP arriba señalada. En efecto, la piedra angular del derecho de autor lo constituye la *autorización*, pues ella concreta: i) la existencia del derecho y ii) la puesta en marcha del derecho exclusivo. La *autorización* es el mecanismo con que se ha dotado al autor —y a los derechohabientes de este— para que pueda controlar las obras bajo la tutela del Sistema Internacional de Protección del derecho de autor y los derechos conexos, integrado por: a) los tratados y convenios internacionales convenidos, b) los tratados de libre comercio o de estímulo a la inversión, y c) las legislaciones nacionales.

Huelga decir, que el legislador andino les dio un alcance superior a los derechos exclusivos cuando, en el artículo 13 de la Decisión Andina 351, le reconoció al autor y a sus derechohabientes —la sociedad de gestión lo es respecto de los autores socios, así como el productor audiovisual también lo es respecto de la

¹² Al respecto, resulta de especial interés consultar el proceso 22-IP-98 del TJCA, en el que se justifica el papel fundamental de las entidades de gestión colectiva, ya que «el ejercicio individual del derecho de autor resulta de muy difícil cumplimiento frente a la diversidad de usos». Disponible en: <https://s3.amazonaws.com/documentos-ia/Tribunal+de+Justicia+de+la+CAndina.pdf>.

obra audiovisual— la capacidad para realizar o ejecutar el contenido patrimonial de las obras, para autorizar su uso o explotación o para prohibir o negar uno o cualquiera de tales actos de explotación; alcance que, igualmente, consideró en el artículo 34 para los artistas intérpretes o ejecutantes —respecto de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas— y, en los artículos 37 b), c) y 39, lo estableció para los productores de fonogramas en relación con sus fonogramas y para los organismos de radiodifusión, respecto de la retransmisión de sus emisiones, respectivamente.

Ello significa, entre otras cosas, que el derecho exclusivo del autor sobre su obra y del organismo de radiodifusión respecto de sus emisiones no solo encierra un *ius prohibendi* sino que todo él es un *ius excludendi*, en la medida en que le da a sus titulares la capacidad de apartar, de excluir, a los usuarios que no tengan esa *autorización* del titular de los derechos para utilizar la obra, o realizar la retransmisión de una emisión a través de cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocer.

Y, aun cuando le asiste razón a la Interpretación Prejudicial 570-IP-2018, al remitir a las legislaciones nacionales en lo relacionado con los requisitos de validez y eficacia de las licencias de uso, hay que reivindicar que la Decisión Andina 351 sí rodeó la autorización de una formalidad específica, muy en armonía con la regulación del derecho de autor de la región, cuando prescribe en los artículos 5 y 54 de que esta ha de ser previa, y, específicamente, el 54 reclama que esa autorización, además de previa, ha de ser expresa, con lo cual aleja la presunción de cualquier posibilidad.

El supuesto caso desarrollado en el criterio jurídico interpretativo

La finalidad de la Decisión 351, consagrada en su artículo primero, que es reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, no se agota en sí misma, sino que puede ser complementada a través de las legislaciones de los países miembros, justamente para lograr que la protección de los derechos siga siendo adecuada y efectiva, conforme lo corroboran reiterados pronunciamientos del TJCA sobre la capacidad de las legislaciones nacionales de complementar la Decisión 351. Fruto de esa labor de complementación es el criterio legal, recogido por la doctrina y la jurisprudencia, que informa sobre la independencia entre las distintas formas de utilización de las obras y prestaciones.

El hipotético caso plantea el uso de una obra cuyo autor (A) *autoriza* a usar a un organismo de radiodifusión (B) y este posteriormente conviene con un tercero (C) la utilización de dicha obra. Para que tal explotación de la obra se dé pacíficamente en el escenario figurado, se requiere que el contrato de licencia

de uso de la obra entre A y B contemple la posibilidad de que B puede *autorizar* a C el explotar tal obra; si ello no fuere así, B estaría extralimitando el derecho a él concedido (*autorizando* sobre derecho ajeno) y C estaría haciendo un uso ilícito de la obra de A, conforme al artículo 13 de la Decisión Andina 351.

Si la obra, con apego al ejemplo hipotético de la Interpretación Prejudicial 570-IP-2018, es parte del programa o contenido incorporado en una señal que emite un organismo de radiodifusión (B) con la autorización de su autor o titular (A), y dicha emisión, conteniendo esa señal, es retransmitida por un operador de televisión abierta o cerrada (C), uno u otro operador deben contar con la autorización de B, conforme a la protección del derecho conexo del organismo de radiodifusión que prevé el artículo 39, a) de la 351, quien paralelamente —como ha quedado dicho— deberá contar con las autorizaciones de los autores y titulares (A) de las obras cargadas en la señal emitida que luego es retransmitida.

Del caso propuesto, queda clara la existencia del derecho de autor sobre la obra y del derecho conexo sobre la emisión que se retransmite, configurándose una acumulación de derechos y de usos; en todos ellos, el usuario que sea deberá contar con la autorización previa y expresa del titular del derecho que corresponda al tenor del artículo 54¹³ de la Decisión 351, no pudiendo la misma ser presumida.

Con ello, en el criterio jurídico interpretativo que se analiza, se deduce que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pone en valor la «preponderancia» con que se ha revestido el derecho de autor¹⁴ y los derechos conexos,¹⁵ para controlar cualquier uso o explotación de las obras y de las emisiones de radiodifusión, cuando reconoce que tales son independientes del medio o procedimiento, conocido o por conocerse, y que han de ser siempre autorizados por sus titulares. Los derechos permanecen bajo el control de los titulares reconocidos en la ley —sean estos originales o derivados—,¹⁶ independientemente del objeto

¹³ Decisión Andina 351.-

Artículo 54.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

¹⁴ Decisión Andina 351.-

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: (...) i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

¹⁵ Decisión Andina 351.-

Artículo 39.- Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir: a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento.

¹⁶ Decisión Andina 351.-

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

material o electrónico en el cual esté incorporada la obra o la retransmisión de la señal,¹⁷ requiriéndose para su utilización de la autorización previa y expresa de sus titulares.

Por eso, señalaba al inicio de este escrito, esta ratificación de los criterios contenidos en la Decisión 351 por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se convierte en un punto de referencia obligado para los operadores jurídicos de los países miembros de la comunidad andina, así como para sus doctrinantes.

¹⁷ Decisión Andina 351.-

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

Capítulo XVIII

La responsabilidad solidaria a la que se refiere el artículo 54 de la Decisión 351

Mabel Klimt Yusti¹
Sebastián Sánchez Polanco²

¹ Socia directora de Elzaburu, S.L.P. (España). Responsable del Departamento de Media & Entertainment. Abogada ejerciente en Argentina y España.

² Abogado por la Universidad El Bosque de Bogotá, candidato a Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral, CEO de ELAPI. Posgrado en Derecho de Autor en la UBA, CopyrightX en HarvardX.

Los criterios jurídicos interpretativos del TJCA

«4.2. El Artículo 54 de la Decisión 351 dispone que ninguna autoridad pública, ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento, dicha autoridad pública, o la persona natural o jurídica de que se trate, será solidariamente responsable.

4.3. Tratándose del incumplimiento efectuado por una autoridad pública, en una anterior interpretación prejudicial el Tribunal señaló lo siguiente:

«Igualmente, es solidariamente responsable la autoridad judicial o administrativa que estando en conocimiento de la violación de los referidos derechos, tolere o haga caso omiso de ésta, debiendo entenderse tal hecho una prestación de apoyo para su utilización, toda vez que ‘apoyo’ es amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos negativos o de omisión.

En tal sentido, todo proceder o comportamiento dirigido a secundar, respaldar, proteger o permitir usos no autorizados de obras amparadas por el derecho de autor, y en este caso, de programas de ordenador, aun cuando se trate de conductas omisivas, encuadran dentro del supuesto de hecho contenido en el Artículo 54 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena».¹⁷

4.4. La responsabilidad solidaria que nace del incumplimiento previsto en el Artículo 54 de la Decisión 351 se aplica a las respectivas responsabilidades que emergen del referido incumplimiento, las que pueden tener tanto naturaleza civil como administrativa.

4.5. En efecto, la responsabilidad solidaria a que se refiere el Artículo 54 de la Decisión 351 implica el deber de satisfacer las remuneraciones debidas por el uso, el resarcimiento de los daños y perjuicios causado con la explotación ilícita y, de ser el caso, el pago de las multas emergentes de la responsabilidad administrativa aplicable».¹⁸

¹⁷ Interpretación Prejudicial N° 24-IP-98, de fecha 25 de septiembre de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 394 del 15 de diciembre de 1998.

¹⁸ «La responsabilidad solidaria implica el deber de satisfacer las remuneraciones debidas por el uso, así como de resarcir los daños y perjuicios causados con la explotación ilícita, sin perjuicio de la administrativa o penal que pueda corresponderle de acuerdo a la propia ley autoral u otras leyes.»

(Ricardo Antequera Parilli y Marysol Ferreyros Castañeda. *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Perú Reporting, 1996, Lima, p. 149).»

Fuente: Párrafos 4.2 a 4.5 de las páginas 14 y 15 de la Interpretación Prejudicial **55-IP-2021**, del 25 de agosto de 2021, que constan en las páginas 15 y 16 de la GOAC núm. 4345 del 20 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204345.pdf>.

«3.2. La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no establece la solidaridad de las personas obligadas a exigir los “paz y salvo” por pagos de derechos de autor. Por dicha razón, para poder establecer el grado de responsabilidad en estos casos, bajo el principio del complemento indispensable se deberá acudir a la legislación nacional.²

3.3. No obstante, lo anterior, el Artículo 54 de la Decisión 351 consagra un evento de responsabilidad solidaria, a saber:

Quando una autoridad o persona natural o jurídica, sin contar con el consentimiento expreso del titular de la obra o su representante, autoricen la utilización de dicha obra, su interpretación, producción, reproducción fonográfica o emisión por radiodifusión, o presten apoyo para su utilización, serán solidariamente responsables por la infracción a los derechos de autor que se cauce.

3.4. Es muy importante aclarar que las sociedades de gestión colectiva sólo pueden autorizar las obras que se encuentren en el repertorio que administran, de conformidad con el respectivo contrato de gestión celebrado con el autor. Si las obras no se encuentran en dicho repertorio, pueden ser administradas mediante gestión individual y, como efecto, la autorización para su utilización ya no entraría en la órbita de la respectiva gestión colectiva.

3.5. Una sociedad de gestión colectiva únicamente podrá cobrar por los derechos que administra. Dicho de otro modo, si la entidad de gestión colectiva autoriza la difusión de obras o realiza cobros por derechos que no administra podría incurrir en responsabilidad solidaria.»

² Conforme al principio de complemento indispensable cabe señalar que el objetivo de que la norma nacional desarrolle lo no regulado en la normativa

comunitaria andina es el de lograr una correcta aplicación de ésta. Para ello, deberá tomarse en consideración que la normativa andina tiene preeminencia sobre cualquier norma interna de cada País Miembro. Lo anterior ha sido ratificado varias veces a través de distintas Interpretaciones Prejudiciales: “(...) *no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquéllas*”. Interpretación Prejudicial emitida en el Proceso 10-IP-94 del 17 de marzo de 1995.»

Fuente: Párrafos 3.2. a 3.5 de las páginas 5 y 6 de la Ampliación de la Interpretación Prejudicial **120-IP-2012**, del 27 de julio de 2017, que constan en las páginas 6 y 7 de la GOAC núm. 4198 del 24 de marzo de 2021, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204198.pdf>.

Comentario de Mabel Klimt Yusti

Artículo 54 de la Decisión 351

El artículo 54 dispone que

Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento, será solidariamente responsable.

Premisas básicas

El artículo citado parte del hecho indubitado de que el creador tiene control y decisión sobre su creación, ínsito este hecho en la noción misma del derecho de propiedad. O lo que es lo mismo: o el acto de explotación está autorizado o es ilícito. Blanco o negro.

Sin embargo, es interesante iniciar nuestro análisis haciendo notar algunas cuestiones esenciales, que son igual de indubitadas que el hecho que ahora analizamos y que, como comprobaremos, hacen que no todo sea blanco o negro.

Legislación nacional

Fundamentalmente, y en primer lugar, la situación que nos ocupa deberá siempre analizarse a la luz de la legislación nacional que, de acuerdo con las circunstancias, se aplique al caso.¹

Es esta legislación nacional la que podrá establecer una serie de situaciones en las que el creador venga obligado a «tolerar» el acto de explotación de que se trate, de manera que pueda existir el referido acto de explotación sin que el creador haya concedido su uso. Son, como es sabido, los llamados límites de la propiedad intelectual, que serán aplicables aun cuando el creador no esté de acuerdo con los mismos.

Y es también en esta legislación nacional la que podrá establecer premisas para suplir el consentimiento del creador. Sería el caso, por ejemplo, de la regulación de obras huérfanas, esto es,

obras cuyos titulares de derechos de propiedad intelectual no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos.²

De este modo, una primera matización interpretativa al artículo bajo análisis es que la máxima formulada se mantiene intacta, en tanto se tenga en cuenta la legislación nacional vigente.

Sujetos constreñidos por la responsabilidad solidaria

El segundo matiz debe realizarse en cuanto a quién o quiénes son los afectados por la responsabilidad solidaria que nos ocupa.

Mientras que, con respecto a la esfera de derecho privado, está aparentemente claro que la aplicación sobre la limitación pareciera tener alcance universal, esto es, se aplica a todas las personas físicas o jurídicas de ámbito privado, la cuestión desde la perspectiva del derecho público sí requiere un mayor análisis.

Si bien la elección de la palabra *autoridad*³ puede parecer suficientemente amplio, en nuestra opinión peca de falta de precisión.

¹ Evitaremos entrar en el debate del derecho aplicable, apasionante sin duda.

² Definición dada por el artículo 2.1 de la regulación española en la materia (Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico de las obras huérfanas – Boletín Oficial del Estado del 11 de junio de 2016).

³ Según la Real Academia Española: persona que ejerce o posee cualquier clase de autoridad.

En primer lugar, porque el genérico *autoridad* podría dar a entender como incluidos a los órganos legislativos, algo que implicaría la posibilidad de aplicar la responsabilidad solidaria que nos ocupa a los legisladores que, aplicando sus legítimos poderes, establezcan límites como los acabamos de analizar en el apartado anterior.

El genérico *autoridad*, al contrario, sí debe aplicarse en el sentido de incluir tanto a las autoridades administrativas como a las judiciales,⁴ pero ello solo en tanto y en cuanto realicen actuaciones fuera del ámbito permitido por su legislación vigente. O lo que es lo mismo, si una decisión judicial o administrativa valida un acto de explotación sin contar con el consentimiento expreso y previo del titular del derecho o de su representante, ello solo podrá ser posible en tanto lo ampare la legislación nacional vigente en dicho momento, o una interpretación razonable de la misma.

Conducta

El artículo bajo análisis solo trasmite objeción en cuanto a acciones de parte de los sujetos constreñidos por la responsabilidad solidaria. Claramente, se echa en falta conductas omisivas que puedan generar idéntico resultado práctico que una conducta activa. Entendemos que la referencia a las conductas omisiones debería ser más decidida, pues la referencia a «prestar su apoyo» podría ser insuficiente a efectos prácticos en caso de inacción.

Figura del representante del creador

En cuanto a esta cuestión, la referencia al representante del titular de derecho entraña en su concepto una multitud de nociones. Y, claramente formulado por el artículo 54, merece la pena navegar con más detalle en las intimidades de este concepto:

- En primer lugar, la mención *representante*, por supuesto, hace referencia a un apoderado o mandatario voluntario del titular de derechos, normalmente a través de la concesión de un poder.
- En segundo lugar, la referencia también incluye a los representantes de personas físicas incapaces, sea por su situación de menores de edad o por causas sobrevenidas que han minorado sus capacidades.

⁴ Esta interpretación también es apoyada por la Interpretación Judicial 55-IP-2021 del 25 de agosto de 2021. Ver párrafo 4.3, página 14.

- En tercer lugar, la representación legal correspondiente a personas jurídicas, pues si bien el creador como originario generador de los derechos de propiedad intelectual normalmente es una persona física,⁵ evidentemente el titular de derechos puede ser un titular sobrevenido y, por lo tanto, no solo una persona física.
- Y en cuarto lugar, y muy relevantemente, las figuras de representación impuestas por la legislación, como es el caso de las entidades de gestión colectiva, con ocasión de la gestión colectiva obligatoria de derechos.

Reformulación del artículo 54 de la Decisión 351, incluyendo comentarios interpretativos

Con base en los comentarios expuestos, nos atrevemos a formular una versión ampliada del artículo bajo análisis,⁶ que quedaría redactado de la siguiente manera, para mayor claridad interpretativa por parte del operador jurídico:

Ninguna autoridad administrativa o judicial ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización por acción u omisión, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante o ello no se encuentra autorizado por la legislación vigente aplicable. En caso de incumplimiento, será solidariamente responsable.

Comentario de Sebastián Sánchez Polanco

Introducción

El Derecho de Autor y los Derechos Conexos otorgan al autor o titular la facultad de autorizar o prohibir el uso de su obra, cualquiera que sea el uso y el modo de explotación. Se prioriza que el autor exprese su voluntad de autorizar y que reciba la compensación que corresponde por la explotación.

⁵ Excepcionalmente, ciertas legislaciones admiten el nacimiento de derechos de propiedad en cabeza de personas jurídicas en circunstancias concretas.

⁶ Nuestra aportación, en lo subrayado dentro del texto.

Las sociedades de gestión colectiva son una herramienta fundamental. El autor o titular se apoya en ellas para delegar el poder de autorizar y vigilar el uso de sus obras. Estas entidades representan los intereses de los autores y gestionan las regalías que se perciben por la explotación de estas.

Vale la pena anotar que las gestoras colectivas cuentan con una legitimidad para dar este tipo de autorizaciones. Se presume que estas entidades cuentan con el poder y la representación legal para autorizar el uso de los catálogos que sus socios les han conferido. En algunos países existen otras formas de gestión; en otros, la gestión colectiva es obligatoria.

Las autoridades públicas deben garantizar el respeto por el Derecho de Autor en todos los territorios y vigilar que, cuando se usen las obras, se obtengan las licencias legítimas correspondientes. De no ser así, el art. 54 de la Decisión Andina 351 de 1993 provee que las autoridades serán responsables solidariamente por los daños causados a los intereses del autor o titular (Comunidad Andina de Naciones, 2022).

Los usos indebidos de las obras causan un grave perjuicio al autor o titular de los derechos que espera recibir las regalías correspondientes. Las personas que no cuentan con autorización para explotar, y aun así lo hacen, en menor o mayor medida, deben reparar el daño. Para poder saber cuál fue el daño real que se causó al autor o titular, la doctrina y la jurisprudencia han avanzado en enlistar algunas variables a tener en cuenta:

- Cuál es el valor de una licencia legítima.
- Cuánto dejó de percibir el autor o titular.
- Cuál fue el alcance del aprovechamiento por el uso ilegítimo.
- Cuánto se generó gracias a ese uso ilegítimo.

Ya que tenemos en cuenta estas variables, se podría llegar a estimar el valor del daño causado y el monto a reparar por aquel uso indebido o sin autorización.

La Responsabilidad Solidaria del art. 54

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) ha emitido interpretaciones prejudiciales respecto de la responsabilidad solidaria de las autoridades públicas. De igual manera, las autoridades de control de Colombia⁷ han hecho lo propio cuando se encuentran bajo este precepto. Veamos.

⁷ Colombia pertenece a la Comunidad Andina.

Interpretaciones del TJCA

Mediante Interpretación Prejudicial 24-IP-98, del 25 de septiembre de 1998, el Tribunal señaló que esta responsabilidad solidaria se puede activar por acción u omisión de la autoridad al secundar o no hacer lo correspondiente para que no se produzca la infracción. El TJCA expresó:

«apoyo» es amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos negativos o de omisión. (Interpretación Prejudicial 24-IP-98 de fecha 25 de septiembre de 1998).

El TJCA es claro al expresar que estas vías de acción u omisión, cuando se prestan para la vulneración del Derecho de Autor o los Derechos Conexos, hacen solidariamente responsable a la autoridad administrativa al ser esta la encargada de supervisar que se cumplan todos los requisitos legales y vigilar que se cumplan las normas.

De igual forma, la Interpretación Prejudicial 120-IP-2012 abordó el tema en dos variables. El primero, el grado de responsabilidad que tendrán las autoridades obligadas a exigir paz y salvo dependerá de la regulación nacional al respecto. Cada país soberano regula la proporción en la que las autoridades son responsables por estas acciones u omisiones (Interpretación Prejudicial 120-IP-2012 de fecha 27 de julio de 2017).⁸

El segundo es el alcance que tienen las sociedades de gestión colectiva para autorizar los usos de las obras. Las gestoras están legitimadas, solamente, para autorizar y controlar los catálogos que sus socios (autores o titulares) les han conferido poder para administrar; es decir, si autorizan una obra que no esté bajo su órbita, serán responsables solidariamente (Interpretación Prejudicial 120-IP-2012 de fecha 27 de julio de 2017).⁹ Vale la pena recordar que las SGC¹⁰ se deben ceñir al poder o mandato que sus socios les den y administrar en debida forma los catálogos para los cuales están autorizadas.

En Interpretación Prejudicial 55-IP-2021, del 25 de agosto de 2021, el TJCA aclaró el alcance de la responsabilidad solidaria a la que hace referencia el art. 54 de la Decisión Andina 351. Las autoridades responsablemente solidarias deberán satisfacer la remuneración por el debido uso, resarcir el daño causado y, si es aplicable, pagar las multas a las que haya lugar (Interpretación Prejudicial 55-IP-2021 de fecha 25 de agosto de 2021).¹¹

⁸ Ver en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204198.pdf>.

⁹ Ídem.

¹⁰ Sociedades de gestión colectiva.

¹¹ Ver en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204345.pdf>.

Quiere decir que no solamente se debe dejar al autor o titular en la misma situación como si se hubiera adquirido la licencia, sino que, además, se debe reconocer y pagar el daño que se causó a raíz de ese uso indebido y responder por la responsabilidad administrativa a la que haya lugar.

Caso colombiano

En Colombia, el Procurador Provincial de Barranquilla sancionó al entonces alcalde del Municipio de Santo Tomás al encontrarlo responsable del incumplimiento de la Constitución y las Leyes de Propiedad Intelectual en el territorio nacional. El procurador retiró del cargo al burgomaestre por un mes.

El motivo de la sanción fue que, en repetidas oportunidades, se autorizaban espectáculos públicos sin el pago correspondiente al debido administrador de los catálogos que se usaban en esos eventos. Se daba como válido un paz y salvo de un gestor individual que no tenía el poder o mandato correspondiente para administrar las obras explotadas (Presunta Omisión en las Labores de Garantía del respeto de los Derechos de Autor, 2018).

SAYCO¹² denunció los hechos irregulares ante las autorizaciones ilegítimas del gestor individual, y ante la falta de observancia de la Autoridad al no ejercer sus funciones.¹³

Conclusiones

La garantía y el respeto por el Derecho de Autor deben ser un trabajo mancomunado entre las sociedades de gestión colectiva y las autoridades. Se debe tener una debida vigilancia ante el cumplimiento de los deberes legales de cada país para no defraudar los intereses de los autores o titulares.

Al momento de adquirir una autorización para explorar obras se debe tener certeza de que quien autorice sea la persona legitimada para ello, para así no defraudar a los autores y evitar sanciones.

¹² Sociedad de Autores y Compositores de Colombia.

¹³ Nota del Centro Colombiano del Derecho de Autor al respecto en: <http://cecolda.org.co/index.php/informacion/noticias/440-sancionado-alcalde-por-permitir-eventos-publicos-sin-pago-de-derecho-de-autor>

Bibliografía del comentario

Comunidad Andina de Naciones. (25 de 07 de 2022). *Decisión Andina 351 de 1993 Decisiones Andinas En Propiedad Intelectual*. Obtenido de: www.comunidadandina.org.

Interpretación Prejudicial 24-IP-98 de fecha 25 de septiembre de 1998, 24-IP-98 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 de 09 de 1998).

Interpretación Prejudicial 120-IP-2012 del 27 de julio de 2017, 120-IP-2012 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 09 de 27 de 2017).

Interpretación Prejudicial 55-IP-2021 del 25 de agosto de 2021, 55-IP-2021 del 25 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 de 08 de 2021).

Presunta Omisión en las Labores de Garantía del respeto de los Derechos de Autor, E-2018-038185/IUC D-2018-1080983 (Procurador Provincial de Barranquilla 17 de enero de 2018).

Capítulo XIX

La comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y otros establecimientos de hospedaje, que pudieran estar representados por una sociedad de gestión colectiva

Alejo Barrenechea¹

Eduardo de la Parra Trujillo²

Edwin Espinal Hernández³

¹ Abogado por la Universidad de Buenos Aires (1993). Especialista en propiedad intelectual. Agente de la propiedad industrial. Docente de grado y posgrado en distintas universidades (UBA, UNTREF, UCA, etc.) e instituciones (CPACF, GCBA, etc.). Director del posgrado de Derecho de Autor de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires. Presidente de la Comisión de Derecho de Autor de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires. Secretario del Instituto de Derecho de las Comunicaciones y Derecho de Autor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

² Abogado y profesor de Derecho Autoral en la División de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

³ Exdirector de la Oficina Nacional de Derecho de Autor de República Dominicana. Profesor de Derecho de la Propiedad Intelectual en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y ex-presidente de la Asociación Dominicana de Propiedad Intelectual, Inc. (ADOPI).

El criterio jurídico interpretativo del TJCA

«2.3. Cuando un hotel u otro establecimiento de hospedaje coloca televisores en las habitaciones de los huéspedes, así como en ambientes como el lobby, el bar, el restaurante, el gimnasio u otros espacios de uso común, y a través de dichos televisores se difunde la señal o emisión de una o más empresas de radiodifusión (de señal abierta y/o de señal cerrada), y dicha señal o emisión contiene obras audiovisuales (películas, telenovelas, series, etc.), ello califica como un acto de comunicación pública de dichas obras audiovisuales, en los términos previstos en el Literal f) del Artículo 15 de la Decisión 351.⁸

2.4. A través de la instalación de televisores por medio de los cuales los huéspedes tienen la capacidad (potencial) de poder ver obras audiovisuales, los hoteles, como intermediarios, realizan un acto de comunicación pública de dichas obras para con sus huéspedes. En consecuencia, los hoteles deben obtener la correspondiente autorización de los titulares de las obras audiovisuales (v. g., los productores de películas, telenovelas, series, dibujos animados, etc.), posiblemente representados por una sociedad de gestión colectiva, lo que significa que esta puede exigir el pago de las remuneraciones correspondientes.

2.5. Si bien la habitación de un hotel no es un “lugar público”, es un lugar “para el público” en el sentido de que los huéspedes, como público, en cualquier momento podrían encender (o simplemente ver) el aparato de televisión y disfrutar las obras audiovisuales transmitidas por medio de la señal (o emisión) del organismo de radiodifusión de que se trate, que puede ser tanto de señal abierta como de señal cerrada (televisión paga o por suscripción).

2.6. Es importante tener presente, como acertadamente lo sostiene Eduardo de la Parra Trujillo, que:

“...los más relevante para efectos jurídicos, es que los actos de comunicación pública, para ser tales, no requieren el acceso efectivo a las obras por parte de los huéspedes, pues basta sólo la mera puesta a disposición de las obras al público para considerarse un acto de comunicación pública sujeto a derechos de autor.

“De esta forma, un hotel viola el derecho de autor de comunicación pública, por la mera puesta a disposición o al alcance general de las obras a

favor de sus huéspedes, sin requerirse que estos se encuentren congregados en la misma parte del hotel, y siendo irrelevante si tales clientes del establecimiento acceden efectivamente o no a las obras”.⁹

2.7. Por tanto, para que la sociedad de gestión colectiva sea acreedora del pago de las remuneraciones por las obras audiovisuales comunicadas públicamente por el hotel, no es necesario que los huéspedes accedan de manera efectiva a dichas obras (es decir, encender el televisor y apreciar las obras contenidas, por ejemplo, en la parrilla de canales de una empresa de radiodifusión de señal cerrada), sino que basta que exista la posibilidad de que los huéspedes puedan hacerlo en cualquier momento, ya sea desde las habitaciones, o desde otros ambientes como el lobby, el restaurante, el bar, el gimnasio u otros espacios de uso común.

2.8. El acto de comunicación pública de una obra audiovisual, incluyendo aquella situación en la que no haya propósito lucrativo del sujeto que realiza la comunicación pública, así como aquella otra en la que no existe un ánimo de entretenimiento o distracción de los clientes del establecimiento de que se trate, requiere necesariamente de la autorización del titular de la referida obra o de la sociedad de gestión colectiva que lo representa. El hecho de que el hotel o establecimiento de hospedaje pague un monto determinado por el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) no lo exonera de pagar la remuneración correspondiente al titular de la obra audiovisual comunicada públicamente o a la sociedad de gestión colectiva que representa a dicho titular.

2.9. El derecho relativo a la comunicación pública de una obra audiovisual comprende, pues, la mera “puesta a disposición del público” de la referida obra, y esta puesta a disposición resulta suficiente para el cobro de una remuneración a favor del titular del derecho de autor por la explotación de la mencionada obra, cobro que puede ser exigido por la sociedad de gestión colectiva que representa al mencionado titular.»

⁸ El razonamiento referido a los aparatos de televisión es aplicable a los de radio.

⁹ Eduardo de la Parra Trujillo, *Derechos de Autor y Habitaciones de Hoteles: un estudio desde el Derecho Internacional y la comparación jurídica* (prólogo de Fernando Zapata López), primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2019, p. 155.»

Fuente: Párrafos 2.3 a 2.9 de las páginas 7 a 9 de la Interpretación Prejudicial **178-IP-2020**, del 25 de agosto de 2021, que constan en las páginas 8 a 10 de la GOAC núm. 4330 del 10 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204330.pdf>.

Comentario de Alejo Barrenechea

El derecho de comunicación pública

El derecho de comunicación pública comprende a todas las formas de difusión de las obras y/o las prestaciones protegidas por los derechos de autor y derechos conexos, de modo tal que puedan ser accesibles por el público, por cualquier medio o procedimiento que no involucre ejemplares físicos de estas.

Con la denominación *comunicación pública* actualmente se hace referencia a todos los tipos de explotación que permiten a un público el acceso a una obra en forma inmaterial; es decir, sin necesidad de que cada miembro de ese público disponga para sí mismo de un ejemplar tangible de la obra (Lipszyc, 2019, p. 86).¹

La guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI, en su glosario de términos y expresiones sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (p. 280), establece para la voz *Comunicación al público* que «En sentido limitado, del modo en que se aplica en el Convenio de Berna, se entiende la transmisión, por medios alámbricos o inalámbricos de las imágenes o sonidos, o de ambos, de una obra u objeto de derechos conexos, de manera que las personas que se encuentran fuera del círculo normal de una familia y los conocidos más cercanos a la familia pueden percibir las imágenes y/o los sonidos en un lugar o lugares donde la distancia desde donde se ha iniciado la emisión es tal que, sin la transmisión, las imágenes o sonidos, o ambos, no podrían ser percibidos en dicho lugar o lugares, con independencia de si estas personas pueden recibir las imágenes y/o los sonidos en el mismo lugar y al mismo tiempo, o en diferentes lugares y en diferentes momentos. Generalmente, la recepción efectiva del programa transmitido no constituye una condición para completar dicho acto y no forma parte del mismo...».²

En este orden de consideraciones, el literal f), del artículo 15 de la Decisión 351 (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos) establece que el derecho de comunicación pública consiste en 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.

¹ Lipszyc, Delia (2019). Ley 11.723. *Régimen de la Propiedad Intelectual. Comentada. Concordada con los tratados internacionales, con el Código Civil y Comercial de la Nación y anotada con jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.

² OMPI. (2004). *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI* (891/S). Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

A su vez, la comunicación pública podrá ser *directa* cuando, por ejemplo, se realiza una representación o ejecución en vivo, o *indirecta* en el supuesto de que la difusión se efectúe a partir de una fijación, o bien con la participación de un agente de difusión (como puede ser un organismo de radiodifusión).

El acto de comunicación y el concepto de público

El concepto de público es fundamental para los fines de determinar la naturaleza del acto de comunicación.

Al respecto se considera que habrá público cuando el acto de comunicación permite el acceso a la obra o las prestaciones a una pluralidad de personas.

Si bien las legislaciones suelen delimitar el concepto de manera diversa y no siempre muy precisa, lo cierto es que no es necesario que las personas, que potencialmente puedan acceder a las obras o las prestaciones, se encuentren todas presentes en el mismo espacio físico, o que accedan al mismo tiempo.

La guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI, en su glosario de términos y expresiones sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (p. 317), establece que

1. Por ‘el público’ se entiende un grupo formado por un número sustancial de personas que se encuentran fuera del círculo normal de la familia y de sus conocidos sociales más cercanos. No es determinante si el grupo se encuentra reunido en un mismo lugar, es suficiente con que las obras u objetos de derechos conexos estén disponibles para el grupo. En los casos de comunicación al público (especialmente la radiodifusión) y de puesta a disposición del público (interactiva) es indiferente si los miembros del público capaces de recibir las obras u objetos de derechos conexos pueden recibirlas en el mismo lugar o en diferentes lugares, o al mismo tiempo o en diferentes momentos.³

La habitación de un hotel o establecimiento de hospedaje

El carácter de pública de la comunicación no tiene que ver con el ámbito espacial en el que se desarrolla. En este sentido, la habitación puede ser

³ OMPI. (2004). *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI* (891/S). Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

asimilada al domicilio de las personas, que como tal se encuentra reservado y protegido por el ordenamiento jurídico de fondo. El elemento caracterizante es que el huésped se constituye en un público frente al acto que realiza el titular del establecimiento, al poner a su disposición el acceso a las obras y/o prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos.

Así, el vínculo existente entre las personas que pueden acceder a las obras y/o las prestaciones y quien realiza los actos necesarios, y permite esa disponibilidad, obteniendo por ello un beneficio directo o indirecto, son los que terminan de configurar el acto de comunicación al público regulado por la norma.

Sobre el particular cabe reiterar que la pluralidad o conjunto de personas que pueden acceder a las obras y prestaciones no requiere que se encuentren físicamente en el mismo lugar, ni que esto suceda en forma simultánea.

La puesta a disposición

Lo relevante sobre el punto es la posibilidad de acceder, que el titular del establecimiento hotelero pone a disposición del huésped. Al respecto resulta indiferente si finalmente acceden o no, si encienden (y en su caso por cuánto tiempo) los dispositivos y/o servicios habilitados al efecto.

Del mismo modo que sucede con otros servicios que se ponen a disposición de la clientela, que están incluidos en la tarifa que se cobra por el alojamiento, no importa que se utilicen o no, el solo hecho de ser brindados y la potencialidad del uso genera para el hotel o establecimiento de hospedaje un beneficio directo o indirecto.

Por otra parte, no es menos importante señalar que exigir un conocimiento de si se accede o no, a qué obras y/o prestaciones en concreto, y con qué intensidad, además de ser hoy técnicamente inviable, resultaría violatorio de otros derechos constitucionalmente reconocidos.

El doble pago

El hecho de que el establecimiento hotelero realice el acto de comunicación pública de forma indirecta, a través de la señal provista por un operador de cable, organismo de radiodifusión, etc., que pague para acceder a ella; y que este último haya abonado a los titulares una retribución o arancel por dicha actividad, no exime de la obligación de pago al primero, ya que se trata de dos actos distintos de comunicación: uno el que realiza el cableoperador y/o organismo de radiodifusión (emisor de origen) y otro el que realiza el establecimiento de

hospedaje. Cada uno deberá requerir la autorización al efecto y abonar los derechos correspondientes, de conformidad con la normativa vigente.

Conclusión

La comunicación pública de obras y/o prestaciones de obras y presentaciones protegidas por los derechos de autor y derechos conexos es uno de los derechos patrimoniales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus legítimos titulares. El concepto se integra por distintos elementos, tales como: las características del acto de comunicación (difusión sin ejemplares involucrados), los destinatarios de dicho acto (público), y la relación existente entre estos y quien pone a su disposición dicho acceso (beneficio directo o indirecto del explotador).

Consecuentemente, resulta claro que la puesta a disposición a los huéspedes de un hotel u otros establecimientos que brinden un servicio de alojamiento, el acceso a obras y/o prestaciones, en sus habitaciones y/o espacios comunes, constituye un acto de comunicación pública.

Comentario de Eduardo de la Parra Trujillo

Introducción

El 25 de agosto de 2021, el TJCA dictó resolución en una interpretación prejudicial que viene a sumar al sólido cuerpo jurisprudencial de ese tribunal en materia de derechos de autor y conexos: el proceso 178-IP-2020.

El referido asunto versó sobre el clásico tema de la comunicación pública en hoteles (especialmente en sus habitaciones), que no por ser una problemática de explorado derecho ha perdido su vigencia práctica.

En este sentido, la referida interpretación prejudicial se enmarca en un contexto de resoluciones similares a lo largo del mundo, desde la precursora y plausible jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana,⁴ pasando por la paradigmática jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,⁵ y llegando a sentencias más próximas al proceso 178-IP-2020, como

⁴ Sentencia C-282/97 del 5 de junio de 1997.

⁵ Sentencia dictada en el asunto C 306/05, el 7 de diciembre de 2006.

lo son las emitidas por las supremas cortes de Chile⁶ y México,⁷ por poner unos ejemplos.

Sin embargo, la aportación del TJCA no se limita a añadir un criterio al *ius commune* autoral de Latinoamérica, sino que brinda una visión moderna a un tema añejo, apuntalando la protección autoral al tocar aspectos relevantes, como lo son la utilización del concepto de puesta a disposición, o la aplicación del criterio jurídico a cualquier establecimiento de hospedaje (más allá de los hoteles).

La importancia del artículo 11 Bis del Convenio de Berna

Si bien la labor interpretativa del TJCA se refiere a la Decisión 351, dicho tribunal acude al Convenio de Berna para dotar de sentido a la norma andina, como ha hecho en varios asuntos sobre derechos de autor.

De ahí que no sea una sorpresa que el tribunal concluya que existe comunicación pública de obras audiovisuales en los establecimientos de hospedaje (incluyendo sus habitaciones), pues se trata de una de las «utilizaciones secundarias» de obras regulada por los párrafos ii) y iii) del artículo 11 Bis.1 del Convenio de Berna, como incluso refiere su guía oficial,⁸ publicación de la que echa mano el TJCA para interpretar las obligaciones autorales de los hoteles, como en casos similares también lo han hecho, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN).

Así, los hoteles y demás establecimientos de hospedaje realizan nuevos actos de comunicación pública, dado que actúan como *intermediarios* entre el ente comunicador de origen y los huéspedes (público).⁹ Esa intermediación es el dato básico previsto en el Convenio de Berna para sujetar a los hoteles a la celebración de una licencia y al pago de la correspondiente remuneración, como ha reconocido la jurisprudencia comparada y la más prestigiosa doctrina.¹⁰

⁶ Sentencia del 31 de julio de 2019, dictada en el rol núm. 10.794-2014.

⁷ Sentencia dictada en el amparo directo en revisión 4040/2019, el 21 de noviembre de 2019.

⁸ Masouyé (1978).

⁹ Al respecto, señala el TJCA en el párrafo 2.4:

A través de la instalación de televisores por medio de los cuales los huéspedes tienen la capacidad (potencial) de poder ver obras audiovisuales, los hoteles, como intermediarios, realizan un acto de comunicación pública de dichas obras para con sus huéspedes. En consecuencia, los hoteles deben obtener la correspondiente autorización de los titulares.

¹⁰ Como, por ejemplo, Delgado (2007).

El uso del concepto «puesta a disposición»

Un argumento recurrente de los hoteles y demás establecimientos de hospedaje para eludir sus responsabilidades es que sus huéspedes no miran realmente las obras audiovisuales en el establecimiento (o que, por lo menos, esto no se puede comprobar), de manera que no podría haber comunicación pública si no hay un acceso efectivo a la obra.

Empero, en forma acertada, el TJCA rechaza ese argumento echando mano del concepto «puesta a disposición», como una modalidad o variante del derecho de comunicación pública, señalando lo siguiente en el párrafo 2.7:

no es necesario que los huéspedes accedan de manera efectiva a dichas obras (es decir, encender el televisor y apreciar las obras contenidas, por ejemplo, en la parrilla de canales de una empresa de radiodifusión de señal cerrada), sino que basta que exista la posibilidad de que los huéspedes puedan hacerlo en cualquier momento.

Lo que se complementa con el párrafo 2.9 de la interpretación prejudicial:

El derecho relativo a la comunicación pública de una obra audiovisual comprende, pues, la mera «puesta a disposición del público» de la referida obra, y esta puesta a disposición resulta suficiente para el cobro de una remuneración a favor del titular del derecho de autor.

Aquí el TJCA sigue las más modernas tendencias sobre el derecho de autor, como nos demuestra la jurisprudencia comparada. Un ejemplo es la jurisprudencia del TJUE (asunto C 306/05):

43. Además, se desprende de los artículos 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y 8 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor que para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella. Por consiguiente, no es decisivo a este respecto, en contra de lo afirmado por Rafael Hoteles e Irlanda, el hecho de que los clientes que no hayan encendido el televisor o no hayan tenido acceso efectivo a las obras.

Otro ejemplo lo encontramos en el *leading* case de la SCJN (amparo directo en revisión 4040/2019):

101. En segundo lugar, porque si bien es cierto las habitaciones de un hotel gozan de la misma protección constitucional que el «domicilio», también lo es que no existe relación alguna con la ejecución pública de obras artísticas en el interior de los hoteles pues, para que se actualice un acto de comunicación pública basta con que la obra se ponga a disposición del

público; es decir, en virtud de esas retransmisiones, se posibilita a los usuarios/huéspedes el acceso a las obras retransmitidas.

Y, desde luego, la aplicación de la noción de «puesta a disposición» en la comunicación pública en habitaciones de hotel goza de respaldo en la doctrina jurídica.¹¹

Así, el acierto del TJCA es utilizar el concepto de «puesta a disposición» fuera del ámbito de Internet, pues lo cierto es que no está circunscrito a este. Si bien tal concepto cobró relevancia en la era digital gracias al artículo 8° del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, esto no significa que sea una noción de la comunicación pública que no aplique en otros ámbitos.

De hecho, desde antes de dicho convenio de la OMPI, la noción de mera puesta a disposición ya se considera incluida dentro de los alcances de la comunicación pública, e incluso estaba implícita en el Convenio de Berna y otros acuerdos internacionales, pues la idea de «acceso efectivo» por parte del público nunca ha formado parte de la definición de «comunicación pública». Al respecto, la Guía del Convenio de Berna no deja lugar a dudas: «el factor determinante es la emisión, independientemente de la captación y de la escucha o visión» (Masouyé, 1978).

Desconocer lo anterior sería tanto como decir que un organismo de radio-difusión no necesita una licencia para poner a disposición una obra, pues se requeriría comprobar la sintonización (acceso efectivo a su canal). Lo cierto es que sí necesita la licencia para comunicar, aunque nadie vea la obra. Lo mismo sucede con los hoteles.

Otros establecimientos de hospedaje

Finalmente, también es destacable que la doctrina judicial del TJCA no se limitó sólo a hoteles, sino, como expresamente señala la interpretación prejudicial, aplica a «otros establecimientos de hospedaje». Esto es muy destacable pues, aunque el mundo y la tecnología cambien, la teleología de los derechos de autor y sus principios siguen aplicando a las nuevas realidades. Tal es el caso del nuevo gran competidor de la industria hotelera tradicional: los sistemas tipo Airbnb, en donde también hay una intermediación y hay provecho económico por brindar entretenimiento audiovisual a un huésped.

¹¹ Por ejemplo: Santiago (1997), Ayllón (2011), y De la Parra (2019).

Referencias del comentario

- Ayllón, H.** (2011). *El derecho de comunicación pública directa*. Madrid, España: Reus.
- De la Parra, E.** (2019). *Derechos de autor y habitaciones de hoteles*. Ciudad de México, México: UNAM.
- Delgado, A.** (2007). «Difusión de emisiones de radio-TV en las habitaciones de hotel». En Delgado, A. (Ed.), *Derecho de autor y derechos afines al de autor* (pp. 129-156). Madrid, España: Instituto de Derecho de Autor.
- Masouyé, C.** (1978). *Guía del Convenio de Berna*. Ginebra, Suiza: OMPI.
- Santiago, V.** (1997). «Los derechos patrimoniales antes y después del Acuerdo sobre los ADPIC. Los derechos de representación, ejecución y comunicación pública». En *Curso Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina*. OMPI, Montevideo, Uruguay.

Comentario de Edwin Espinal Hernández

A partir de los cinco corolarios sentados por el tribunal como solución a la cuestión controvertida en este criterio, vale advertir que el Convenio de Berna, al delimitar el campo de aplicación de los principios del trato nacional y del contenido mínimo de protección a obras literarias y artísticas, reconoce a los autores de estas el derecho exclusivo de autorizar: 1) su radiodifusión o comunicación pública por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por un organismo distinto al de origen, y 3) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida (art. 11 bis, numeral 1). No hay duda de que el legislador andino traspuso estas formas de explotación —innovando con respecto a la transmisión alámbrica—, como resulta de la contrastación entre la Decisión 351 y el Convenio.

En el caso de la comunicación «por un organismo distinto al de origen» o retransmisión, se colige que constituye una explotación secundaria de una emisión (o emisiones) de radiodifusión primaria con o sin hilo (art. 15, literal e, Decisión 351), simultánea a esta, sin la introducción de cambios en ella, destinada a un público no presente en el lugar donde se origina la explotación secundaria y en la que interviene un dispositivo técnico de conducción de la emisión retransmitida (alámbrico o inalámbrico), mediante el cual esta es transportada desde el lugar donde se inició la operación decidida por el explotador secundario de tal emisión hasta los lugares en la que ella quedará puesta a disposición

del público (si no se da la simultaneidad o se producen cambios en la emisión, no habría retransmisión, sino una transmisión por cable o por hilo, fibra óptica u otro procedimiento análogo, explotación prevista en el art. 15, literal d, de la Decisión 351, sujeta además al derecho exclusivo).

Como se explica, esta explotación secundaria goza de la autonomía jurídica necesaria para que los autores y titulares de derechos sobre prestaciones y obras —incluidas las audiovisuales—, comprendidas en las emisiones de organismos de radiodifusión, puedan concertar contratos de licencias de comunicación pública con concesionarios del servicio de difusión de televisión por paga o suscripción y, en consecuencia, estos últimos paguen remuneraciones independientes a las percibidas de parte de los organismos de radiodifusión, por tratarse de entidades distintas al de origen de la señal.

En lo concerniente a «la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida» del Convenio de Berna, que tiene su correlato en «la emisión, transmisión o difusión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra transmitida por radio o televisión», del art. 15, literal f, de la Decisión 351, y que es la que se verifica en los hoteles, esta es igualmente una explotación secundaria de emisiones de radiodifusión primarias, cuyos destinatarios son los miembros de un público presente en los lugares en los que la recepción de las señales que contienen las obras es difundida. Es claro que esa explotación secundaria puede derivar no solo de la radiodifusión de un concesionario del servicio de difusión televisiva, sino también de la retransmisión realizada por un concesionario del servicio de difusión de televisión por paga o por suscripción —que es la situación planteada en los mencionados lugares y a la que se contrae este criterio—. De manera que se trata de una explotación sucesiva, autónoma e independiente respecto de la radiodifusión inicial y de la retransmisión por hilo o sin hilo, por la que hayan pasado las emisiones iniciales. La circunstancia de que el público al que se destina la transmisión es uno presente, mientras que el público beneficiario de la emisión objeto de tal operación es un público no presente, es más que suficiente para calificar que esta explotación supone evidentemente un nuevo público y que, por ende, está sujeta al pago de las regalías correspondientes.

Tal recepción por medio de aparatos instalados en las habitaciones y espacios comunes de hoteles y establecimientos de hospedaje conlleva el transporte de señales portadoras de dichas obras a través de dispositivos conductores, y es una explotación que resulta en un acto autónomo de comunicación pública, por cuanto dichos establecimientos actúan como organismos distribuidores distintos de los de origen de las emisiones puestas a disposición de los clientes por los concesionarios del servicio de difusión televisiva libre o por suscripción. Esos clientes se convierten en un nuevo público respecto de la comunicación de referencia; por consiguiente, habiendo un nuevo público, hay también actos de comunicación pública independientes de la radiodifusión primaria.

Como se afirma, dicha explotación trasciende la esfera de lo privado, es pública, lo que refuerza su necesaria redención económica. En primer lugar, ni hotel ni sus habitaciones son domicilios familiares (aunque, a efectos del derecho a la intimidad —no del derecho de autor ni de sus derechos conexos— la habitación de un hotel pueda ser un lugar tan privado como un hogar). Y, en segundo lugar, porque el conjunto de beneficiarios de esa explotación —es decir, los usuarios de los hoteles a los que individualmente se hallan asignadas las habitaciones u ocupen espacios de uso común— constituyen un público, habida cuenta de que tales clientes (sin perjuicio de casos puntuales) no están ligados entre sí, ni con el propietario del establecimiento por relaciones familiares ni de intimidad personal (como las de los miembros de un ámbito doméstico).

Las precisiones a las que se llegó en este criterio con respecto al usuario obligado al pago de regalías, en una situación como la dilucidada, son a todas luces beneficiosas en cuanto a la identificación de fuentes distintas de sumas a recaudar y distribuir entre los titulares de derechos y remiten al corolario de que se concreta un nuevo acto de comunicación pública cada vez que una obra llega a un «público nuevo», distinto al previsto originalmente.

Esta decisión se suma a una robusta línea jurisprudencial internacional y ratifica que la Decisión 351 distingue como actos de comunicación pública independientes, es decir, como supuestos de hecho completamente diferentes, «la transmisión por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono» y «la emisión, transmisión o difusión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra transmitida por radio o televisión» (art. 15, literales d y f), y que las distintas formas de utilización de una obra son independientes entre sí, no extendiéndose la autorización dada para una forma de utilización a otras distintas.

Capítulo XX

Potestad de inspección, vigilancia y control estatal sobre las sociedades de gestión colectiva

Ramiro Rodríguez Medina¹

¹ Licenciado en Ciencias jurídicas y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), magíster en Relaciones Internacionales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO Ecuador), magíster en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito (USFQ), magíster (c) en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Propiedad Intelectual por la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho de Autor y Derechos Conexos por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Diplomado de Alta Especialización en Derecho de Autor por la Universidad Complutense de Madrid. Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad Internacional del Ecuador (de varias cátedras, entre ellas de Propiedad Inmaterial e Intelectual). Exdirector general (subrogante) del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales de Ecuador, Exdirector nacional de Derecho de Autor, Exdirector nacional de Propiedad Industrial del Ecuador. Participó como miembro de las mesas de negociación de Propiedad Intelectual de varios acuerdos comerciales. Representante del Ecuador ante la OMPI. Actualmente se desempeña como director de Licencias de SAYCE (Sociedad de Autores y Compositores ecuatorianos), y como socio director del Departamento de Datos, Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías de Grupo CEAS.

Los criterios jurídicos interpretativos del TJCA

«1.22. Las sociedades de gestión colectiva son vigiladas por el Estado, con el objetivo de que sea más fácil y eficiente la protección de los mencionados derechos, mediante reglas precisas y claras para la administración de los derechos de autor y derechos conexos de sus afiliados, de conformidad con el estatuto de estas y con los contratos celebrados con sus afiliados, los cuales a su vez deberán ser conformes con el ordenamiento jurídico andino y con los criterios interpretativos establecidos por este Tribunal en lo concerniente al tema.

(...)

1.26. (...) Conforme a lo dispuesto en el Artículo 43 de la Decisión 351, las sociedades de gestión colectiva estarán sometidas a la inspección y vigilancia del Estado, siendo la oficina nacional competente quien autoriza su funcionamiento; por lo que las actividades complementarias a la gestión de los Derechos conexos al Derecho de Autor, tiene sus límites en lo que expresamente se contemple en los Estatutos de las sociedades respectivas y demás normativa propia de cada sociedad, donde se verificará incluso la potestad en las actuaciones de la Asamblea General.

(...)

1.30. En conclusión, las sociedades de gestión colectiva se encuentran sometidas a un especial control y supervisión por parte del Estado. El Artículo 43 de la Decisión 351 establece que dichas sociedades están sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.

En atención a dicho especial control y supervisión estatal, las actividades que realicen dichas sociedades deben estar previamente autorizadas por la oficina nacional competente».

Fuente: Párrafos 1.22, 1.26 y 1.30 de las páginas 12, 13 y 15 de la Interpretación Prejudicial **525-IP-2015**, del 20 de abril de 2017, que constan en las páginas 50, 51 y 53 de la GOAC núm. 3123 del 27 de octubre de 2017, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3123.pdf>.

«La vigilancia estatal está soportada sobre la importancia que revisten los derechos de autor y conexos en la sociedad. Son derechos que se encuentran en la base del desarrollo cultural y social, siendo por lo tanto un asunto de interés general. Sobre el tema la doctrina ha señalado lo siguiente:

“En definitiva, supervisión estatal no significa intervencionismo, sino vigilancia para la tutela de intereses colectivos, siempre bajo el principio de la legalidad, de modo que, sin una intromisión excesiva en la autonomía de las entidades de gestión como personas jurídicas de derecho privado, se asegure la administración eficaz y transparente de todo un acervo cultural universal involucrado”¹⁷»

»17 Ibídem. Pág. 302.» (sic) [ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*. Colección de Propiedad Intelectual. Edit. Reus. Madrid, 2007.]»

Fuente: Interpretación Prejudicial **136-IP-2013**, del 13 de noviembre de 2013, que consta en la página 71, que consta en la GOAC núm. 2295 de 17 de febrero de 2014, disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/gacetas/GACE2295.pdf>.

Comentario de Ramiro Rodríguez Medina

De conformidad con la doctrina jurídica, la supervisión y el grado de injerencia del Estado depende de la legislación de cada país, pudiendo «...ser estricta, intermedia o mínima...» (Guzmán, 2021) (Rengifo & Beneke, 2022).

En el ordenamiento jurídico comunitario, el régimen de supervisión se encuentra previsto en el artículo 43 de la Decisión Andina 351:

Art. 43.- Las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, **estarán sometidos a la inspección y vigilancia por parte del Estado**, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente **autorización de funcionamiento**. (Énfasis agregado)

A decir del propio TJCA, el objetivo último que persigue la supervisión estatal estricta es asegurar que el funcionamiento de las entidades no perjudique a los titulares de derechos; no obstante, para que este objetivo se cumpla a cabalidad también es necesario que se respeten y observen las facultades especiales que les confiere el ordenamiento jurídico a las SGC; es decir, no se trata únicamente de permitir que el Estado audite exhaustivamente a las sociedades de gestión

Características	Supervisión estricta	Supervisión intermedia	Supervisión mínima
Autorización de funcionamiento	Sí *El Estado exige a las SGC que soliciten una autorización previa de funcionamiento para poder operar.	No	No
Supervisión y control	Sí *El Estado por intermedio de la autoridad nacional competente realice actos de supervisión y control respecto de las actividades derivadas de su gestión.	Sí *El Estado por intermedio de la autoridad nacional competente realice actos de supervisión y control respecto de las actividades derivadas de su gestión.	No
Control de tarifas	Sí *El control estatal se circunscribe a la aplicación de las tarifas.	Sí *El control estatal se circunscribe a la aplicación de las tarifas.	Sí *El control estatal se circunscribe a la aplicación de las tarifas.

colectiva,¹ sino de, a la par, hacer valer prerrogativas que aquellas tienen por estar sometidas a tal control, pues únicamente el funcionamiento holístico e integral del régimen permitirá que los derechos de los creadores sean respetados.

La doctrina ha sabido señalar que si bien en cada legislación pueden existir determinadas peculiaridades y precisiones respecto del régimen que regenta a las SGC, las funciones que aquellas cumplen son universales.

...las funciones de las sociedades de gestión colectiva en el ámbito global son absolutamente coincidentes... En este contexto, la clasificación que se propone a continuación detalla de forma completa el funcionamiento básico de una entidad de gestión colectiva, desde dos grandes grupos **1) funciones de gestión o administración y 2) funciones sociales y culturales**. (Olarte Collazos, 2020) (Énfasis agregado)

Las SGC cumplen la función principal de administrar derechos de autor o derechos conexos... Adicionalmente, al ser asociaciones que tienen a sus miembros plenamente identificados, **cuentan con la capacidad de desarrollar «actividades de carácter social, cultural y asistencial, a favor de los titulares de los derechos que administra»** (Rivadeneira Saucedo, 2012). «En virtud de ello, **estas organizaciones cumplen una función principal de gestión y otra complementaria de carácter social y cultural**, que busca suplir necesidades generadas por la falta de estabilidad financiera que pueden sufrir los autores». (Énfasis agregado) (Guzmán, 2021)

¹ Como, por ejemplo, la legitimación presunta.

Esta entidad... tiene por actividad principal conceder licencias para el uso de las obras, recaudar dinero y repartir la remuneración entre sus miembros... Adicionalmente a esas funciones primarias de gestión colectiva, las SGC... tienen otras funciones extra... generalmente relacionadas con fines culturales o asistenciales respecto de sus miembros... (Nazar De La Vega, 2021).

De este modo, a decir de Olarte, Guzmán y Nazar De La Vega, podemos clasificar las funciones de las SGC en:

- a. De administración; y,
- b. Sociales, culturales.

Para Olarte, dentro de las funciones de administración se encuentran: la negociación, la autorización o licenciamiento, el recaudo y la distribución o reparto (Olarte Collazos, 2020). Mientras que, para Guzmán, dentro de las funciones de administración se encuentran: el licenciamiento, la fijación de tarifas, el monitoreo y el recaudo. Nazar De La Vega, de su parte, habla de licenciar, recaudar y repartir. Si bien el lector habrá podido advertir que existen diferencias respecto de la denominación de las actividades que componen la función de administración, conceptualmente se refieren a lo mismo.

En nuestra opinión, el Estado debe tener presente que el objetivo que persigue el control a las SGC es verificar que «...se han administrado eficientemente los derechos de autor o conexos de sus asociados...» (Olarte Collazos, 2020). En consecuencia, y sin importar la intensidad del control, la supervisión e intervención estatal no puede ser ilimitada, debe circunscribirse única y exclusivamente a las funciones de administración, sociales y culturales que cumplen las sociedades de gestión colectiva. Si bien compartimos que el control no solo que es necesario sino también deseable, no puede ser ilimitado ya que aquello atentaría contra la naturaleza privada de las SGC.

El reparto o distribución de regalías constituye uno de los cuatro actos de administración que tienen las sociedades de gestión colectiva, dentro de su función de gestión,² por lo que coincidimos en que debe ser objeto de control.

En este sentido, es fundamental que el Estado garantice que la distribución de las regalías se haga de conformidad con el uso real y efectivo de las obras:

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

- 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**

² También llamada por cierta parte de la doctrina *de administración*.

de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso[.]
(Énfasis agregado)

Las licencias generales *blanket licenses* que expiden las SGC se caracterizan por incluir la autorización de uso de todo su repertorio. «Es a través de las denominadas licencias globales (*blanket licenses*) que una SGC pone a disposición de los usuarios todo el repertorio que administra, para que sea explotado por ellos» (Nazar De La Vega, 2021). Ello hace que no existan diferencias respecto del costo unitario de cada una de las obras o prestaciones representadas. Seguramente el lector se preguntará que si todas las obras valen lo mismo, ¿por qué existe una diferencia en las regalías percibidas por cada titular? La respuesta está en la intensidad de uso de cada una de ellas. Es este precepto, el de la intensidad de uso real y efectivo de las obras, el que permite que se lleve a cabo una distribución equitativa y el que con justicia reconoce diferencias respecto de las regalías distribuidas.

Así, es fundamental que el Estado controle que los valores recaudados por el uso de las creaciones sean distribuidos considerando su uso. En este sentido, resultaría particularmente útil y necesario que el TJCA expresamente proscriba lo que en Europa se ha denominado como «Acuerdos tipo B». Estos no son sino un tipo de convenio de representación que no cumplen con la característica de reciprocidad, pues permiten a las SGC recaudar a nombre de creadores nacionales e internacionales, pero a la par consienten que la distribución se haga únicamente entre los titulares nacionales, situación que afecta la esencia misma de la gestión colectiva y que claramente va en contra del precepto de uso efectivo y real de las obras, vulnerando así el principio de justicia.

En conclusión, el control y la intervención estatal no solo son útiles, sino deseables y necesarios, pero deben referirse únicamente a las funciones y a sus actos de administración, sin descuidar que su objetivo es la administración eficiente de los derechos de autor o conexos de sus asociados (Olarte Collazos, 2020).

Fuentes del comentario

Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Ficsor, M. (2002). *La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Guzmán, D. (2021). «La gestión de los derechos de autor y el abuso de la posición de dominio». En *En los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia* (pp. 117-192). Universidad Externado de Colombia.

- Nazar De La Vega, G. M.** (2021). «El mercado de las Sociedades De Gestión Colectiva: mecanismos regulatorios sobre precios». En *Los Derechos de Propiedad Intelectual y Libre Competencia* (pp. 91-116). U. Externado de Colombia.
- Olarte Collazos, J. M.** (2020). *Licencias multiterritoriales en la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos: Perspectiva desde la Unión Europea y la Comunidad Andina de las Naciones*. Instituto de Derecho de Autor. Ed. Madrid.
- Rengifo, E., & Beneke, F.** (2022). *Los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia*. U. Externado de Colombia.
- Rivadeneyra Saucedo, M.** (2012). *La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual*. Universidad Complutense de Madrid.
- Serranía, V. J.** (2021). *La gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual frente al derecho de la competencia* (Vol. 1272). ARANZADI/CIVITAS.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.** Interpretación Prejudicial 44-IP-2020, 7 de octubre de 2020.

La serie *Estudios Jurídicos*, perteneciente a la colección -logía de UDLA Ediciones, reúne los textos cuyos resultados de investigación significan un aporte para la reflexión contemporánea del Derecho desde su amplio espectro disciplinar.

Otros títulos en esta serie:

El Agente. Clave de confianza del proceso empresarial

José Gabriel Terán Naranjo

Las sociedades de gestión colectiva se han consolidado como el mecanismo más eficaz para la protección del derecho de autor y derechos conexos en una realidad caracterizada por la escasez de recursos individuales de los autores para monitorear y negociar todos y cada uno de los usos de sus obras, a fin de beneficiarse de su explotación. En el marco del proceso de integración andino, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) ha desarrollado una amplia y nutrida jurisprudencia sobre varios aspectos de las sociedades de gestión colectiva, sus requisitos, potestades y obligaciones. Este libro es el resultado de un espléndido trabajo conjunto del TJCA, la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) y la Universidad de Las Américas (UDLA), así como de treinta y tres expertos internacionales en derechos de autor. En él se recogen, sistematizan y comentan los avances jurisprudenciales andinos en materia de sociedades de gestión colectiva. En este sentido, la obra constituye un gran aporte académico y una herramienta de consulta insustituible para la profundización y comprensión de una rama jurídica tan trascendente para la sociedad actual como son el derecho de autor y derechos conexos.

Íñigo Salvador Crespo

Magistrado

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina



ISBN: 978-9942-779-65-6



9 789942 779656

udla
ediciones