



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 26 de febrero de 2019

Proceso : 544-IP-2018

Asunto : Interpretación Prejudicial

Consultante : Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito de la República de Ecuador

Expediente interno del Consultante : 17811-2014-1932

Referencia : Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción y comunicación pública de una obra

Magistrado Ponente : Hugo Ramiro Gómez Apac

VISTOS:

El Oficio N° 03371-S-TDCA-DMQ-2018 del 15 de octubre de 2018, recibido físicamente el 19 de octubre de 2018, mediante el cual el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito de la República de Ecuador solicitó interpretación prejudicial de los Artículos 5, 8, 11, 13, 18, 33, 35, 38, 39, Literales a), b) y d) y siguientes del Artículo 56 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el proceso interno 17811-2014-1932; y,

El Auto del 14 de noviembre de 2018, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el Proceso Interno

Demandante : Luis Felipe Varas Reyes

Demandados : Teamsourcing Cía. Ltda.

Compañía Otecel S.A.

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

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

1. El derecho del titular del derecho de autor para realizar, autorizar o prohibir la reproducción y comunicación pública de una obra.
2. Determinar si existe cesión de derechos de autor sobre las obras del señor Luis Felipe Varas Reyes.
3. La solicitud de indemnización por daños y perjuicios por parte del demandante.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. El Tribunal consultante solicitó interpretación prejudicial de los Artículos 5, 8, 11, 13, 18, 33, 35, 38, 39 y 56 (Literales a, b, d y siguientes) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
2. Procede la interpretación de los Literales a) y b) del Artículo 13 de la Decisión 351¹, por ser pertinente.
3. No procede la interpretación de los Artículos 5, 8, 11, 13 (literales c, d y e), 18, 33, 35, 38, 39 y 56 (Literales a, b, d y siguientes) de la Decisión 351, toda vez que no es asunto controvertido determinar quién es el autor

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

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

a) *La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;*

b) *La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;*

(..)”

de las obras y la integridad de estas.

4. De oficio, se interpretarán los Artículos 14, 17, 30, 31 y 57 (Literal a) de la Decisión 351² por ser relevantes en los hechos controvertidos dentro del proceso interno.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción y comunicación pública de una obra.
2. Sobre la cesión del derecho de autor.
3. Indemnización por daños y perjuicios.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. **Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción y comunicación pública de una obra**
 - 1.1. En el procedimiento interno, el demandante señaló que se habría verificado la reproducción de sus obras sin contar con la autorización para ello. En virtud de lo anterior, corresponde analizar el tema propuesto.
 - 1.2. Teniendo en cuenta el objeto de protección del derecho de autor, corresponde en este punto mencionar aquellos derechos con los que cuenta el autor de una obra, los cuales se pueden catalogar en dos grupos: los derechos morales y los derechos patrimoniales.
 - 1.3. Al respecto, en este acápite se analizarán únicamente los derechos patrimoniales del derecho de autor, específicamente, el derecho que tiene

² **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“Artículo 14.- Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.”

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

“Artículo 30.- Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.”

“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.”

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

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

el titular de una obra para realizar, autorizar o prohibir su reproducción y comunicación pública, toda vez que el caso versa sobre esas presuntas afectaciones.

Derechos patrimoniales

- 1.4. Los derechos patrimoniales protegen la explotación económica a la cual tiene derecho el autor, en relación con sus obras, los cuales se encuentran contemplados en el Capítulo V de la Decisión 351.
- 1.5. Sobre su definición, Alfredo Vega Jaramillo sostiene lo siguiente:

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

Los derechos patrimoniales son oponibles a todas las personas (erga omnes), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al derecho de autor³”.

(Énfasis agregado).

- 1.6. Los derechos patrimoniales, contrariamente a los derechos morales, en atención a su propia naturaleza, son exclusivos, de contenido ilimitado, disponibles, expropiables, renunciables, embargables y temporales⁴.
- 1.7. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) *La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;*
- d) *La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;*
- e) *La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”*

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

⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2da Edición, Caracas, 1994, p. 395.

(Subrayado agregado)

- 1.8. De conformidad con el artículo 17 de la Decisión 351, los Países Miembros pueden reconocer otros derechos de carácter patrimonial, diferentes a los contemplados en el Artículo 13 del mencionado cuerpo normativo.
- 1.9. A continuación, se analizará cada figura, a fin de que se pueda determinar si existió o no infracción al derecho de autor dentro del procedimiento interno.

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

- 1.10. El Literal a) del Artículo 13 de la Decisión 351 dispone que el autor tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento⁵.
- 1.11. Lo anterior guarda correlato con lo dispuesto en el Artículo 9 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el cual dispone que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma⁶.
- 1.12. Asimismo, el Artículo 14 de la Decisión 351 define a la reproducción como: “(...) la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”.

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

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

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

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

“Artículo 9

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

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

1.13. Del mismo modo, en relación con este derecho en específico, Delia Lipszyc⁷ señala lo siguiente:

“(…)

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

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

³⁷ Vid. España, arts. 18 y 19.

(…)”

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

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

1.15. El Artículo 13 de la Decisión 351, reconoce al autor y, en su caso, a sus herederos el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, entre otros, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos y las imágenes.

1.16. Se entiende por comunicación pública a 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, ello de conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Decisión 351.

1.17. Al respecto, sobre dicho concepto, Delia Lipszyc también señala lo siguiente:

“(…)”

Se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la

⁷ LIPSYC, Delia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Edit. UNESCO, CERLALC y ZAVALIA; Buenos Aires; 1993; p. 179.

distribución de ejemplares.

*La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (...)*⁸

(subrayado agregado)

- 1.18. De lo anterior, se puede establecer que existen dos elementos que deben presentarse para que se configure un acto de comunicación pública de manera indebida de obra protegida por el derecho de autor. La primera es que un tercero, que no cuenta con la autorización de autor o titular de la obra, disponga su acceso a una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar. La segunda es que no exista previa distribución de ejemplares a dichas personas⁹. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para la colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico¹⁰.
- 1.19. Por ejemplo, si una obra artística (un dibujo o pintura o cerámica artística, etc.), sin autorización del titular, es colocada en una vitrina en medio de un parque, donde existe la posibilidad de que concurren una pluralidad de personas, dicha acción calificaría como un acto de comunicación pública indebido. También lo será, si alguien toma una fotografía o una grabación de dicha obra y ella es subida a internet, sin consentimiento del titular. No obstante a lo anterior, si la obra artística fuese colocada o exhibida en un ámbito doméstico dicha acción no podrá ser considerada como un acto de comunicación pública indebida; y, por tanto, no constituiría una infracción al derecho de autor.
- 1.20. Asimismo, el Artículo 15 de la Decisión 351, adicionalmente al supuesto indicado en el párrafo anterior, contempla una lista enunciativa de las formas de comunicación pública de una obra. Dichas modalidades han sido desarrolladas por este Tribunal mediante interpretación prejudicial recaída en el Proceso 398-IP-2016 del 5 de abril de 2017, donde se ha manifestado que son las siguientes:
- a) **Representación y ejecución pública.-** Constituye uno de los procedimientos para hacer comunicar las obras artísticas y literarias a varias personas, a través de medios distintos de la distribución de

⁸ LIPSYC, Delia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Edit. UNESCO, CERALC y ZAVALIA; Buenos Aires; 1993; p. 183.

⁹ Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) conjuntamente con la Oficina Europea de Patentes (OEP). Documento preparado por Emilia Aragón. *Contenido del Derecho Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones*. Pág. 13.
En: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_23.pdf (Consultado: 24 de julio de 2018).

¹⁰ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 33-IP-1999 del 1 de diciembre de 1999.

ejemplares. Sus principales requisitos consisten en la inexistencia de un vehículo material para que se pueda acceder a la obra y en la destinación de la comunicación a una pluralidad de personas calificadas como “público”.

La noción estricta de representación se refiere a las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas, comunicadas a través de la escenificación.

- b) **Recitación o declamación.-** Se habla de dicho derecho cuando se hace la lectura de obras literarias, en alta voz, para un público presente o con la utilización de procedimientos diferentes de la radiodifusión, sin que medie la previa distribución de ejemplares.

Las obras comunicadas al público en forma oral, expresamente mencionadas en el Convenio de Berna (Artículo 2.1), también están protegidas por el derecho de autor: las conferencias, alocuciones, sermones y otras de la misma naturaleza, inclusive las clases que se dictan, en el marco de las actividades docentes.

- c) **Exhibición o proyección cinematográfica.-** Entre las modalidades del derecho de comunicación pública indirecta se encuentra la facultad reservada al autor de autorizar o prohibir la proyección o exhibición públicas de las obras cinematográficas, asimiladas a estas las obras expresadas por un proceso análogo a la cinematografía, así entendidas las secuencias de imágenes y/o sonidos grabados en toda clase de soportes materiales, para proyección ante un público presente.
- d) **Exposición.-** El derecho de exposición de las obras de arte plásticas es un derecho similar al derecho de representación.

El acceso público a las obras, o a una copia de la obra, puede darse de forma “**directa**”, denominada genéricamente de “exposición”, o “**indirecta**” mediante la utilización de un dispositivo que puede ser una película, un dispositivo, presentado por lo general en una pantalla. Con la aparición de nuevas técnicas que utilizan medios electrónicos, la forma indirecta de presentación de las obras de arte y fotografías ha adquirido importancia creciente, poniendo de relieve la necesidad de una protección expresa y efectiva, en salvaguardia de los derechos exclusivos del autor.

- e) **Transmisión.-** “Se entiende por transmisión el acto de enviar a distancia obras, datos, informaciones o la representación, ejecución o recitación de la obra, sin trasladarla materialmente, por medios idóneos, alámbricos o inalámbricos¹¹.”

¹¹ X Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, (del autor, el artista y el productor) 1ra. Edición, noviembre 29 a diciembre 2 de 1995, Quito, página 77, 78, 79 y 80.

En ese sentido, la transmisión se puede hacer por **radiodifusión**, que se entiende a la comunicación a distancia de sonidos y/o imágenes para su recepción por el público en general por medio de ondas radioeléctricas, a través de la radio, la televisión, o de un satélite¹²; y, por cable **distribución**, el cual consiste en la distribución de señales portadoras de imágenes y/o sonidos, para el público a través de hilo, cable, fibra óptica, entre otros¹³.

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

2. Sobre la cesión del derecho de autor

- 2.1. El derecho de autor integrado por un ordenamiento patrimonial y moral constituye una forma particular de transmisión por causa de muerte o a título singular, es decir, por acto entre vivos.

- 2.2. La cesión de derechos es una forma de transmitir derechos patrimoniales. En esa línea, Guillermo Cabanellas define la **cesión de derechos** como:

*“La transmisión, a título gratuito u oneroso, de cualquiera, de las facultades jurídicas que pertenezcan al titular de ellas, ya sean personales o reales.”*¹⁴

- 2.3. Por su parte, el Artículo 31 de la Decisión 351 dispone que toda transferencia de los derechos patrimoniales y las autorizaciones o licencias de uso se entienden limitadas a las formas de explotación según lo exprese el contrato respectivo.

- 2.4. La transferencia del derecho de explotación puede ser **total o parcial**. La primera permite la transferencia de los derechos sin ninguna reserva, y la segunda es aquella en que el titular transfiere los derechos por un tiempo determinado o transfiere alguna de sus facultades.

- 2.5. Para Guillermo Cabanellas la **transmisión de derechos** es *“entre vivos, sinónimo de cesión de derechos. Mortis causa, sucesión, sea testada o intestada.”*¹⁵

¹² Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 39-IP-1999 del 1 de diciembre de 1999.

¹³ Ibidem.

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II, Décimo sexta edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1983, p. 136.

¹⁵ Op. cit. p. 171.

- 2.6. La transmisión **por acto entre vivos** se hace mediante la enajenación; es decir, la “venta”. Esto implica la adquisición de los derechos del titular de la obra y su derecho de explotación, lo que, en conjunto, permite acceder a las facultades de orden patrimonial, excluyendo las de orden moral por ser inalienables.
- 2.7. La cesión de derechos, así como las autorizaciones o licencias de uso que hace el autor a terceros, deben ser interpretadas en forma restrictiva; es decir, solo aquellos límites previstos en el contrato podrán ser entendidos como transmisibles sin considerar los derechos que constituyen para el titular una reserva propia y particular para su uso.
- 2.8. El Artículo 30 de la Decisión 351 dispone que:

*“**Artículo 30.-** Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.”*

En atención a dicho dispositivo legal comunitario, todo lo relacionado a cesión o concesión de derechos patrimoniales y licencias de uso, se encontrará regulado por la legislación nacional, en aplicación del principio de complemento indispensable, siempre y cuando no sea contrario a la norma andina.

3. Indemnización por daños y perjuicios

- 3.1. El señor Luis Felipe Varas Reyes señaló que correspondería que Teamsourcing Cía. Ltda. y Compañía Otecel S.A. lo indemnicen por daños extrapatrimoniales toda vez que estos últimos habrían vulnerado la integridad de su obra.
- 3.2. El Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

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

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

- 3.3. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral¹⁶.

¹⁶ Véase las Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los Procesos 07-IP-2014 del 3 de julio de 2014 y 124-IP-2014 del 10 de abril de 2015.

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

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por el Tribunal consultante al resolver el proceso interno **17811-2014-1932**, el que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente Interpretación Prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO

Hernán Rodrigo Romero Zambrano
MAGISTRADO

Hugo Ramiro Gómez Apac
MAGISTRADO

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Interpretación Prejudicial el Presidente y el Secretario.

Hugo Ramiro Gómez Apac
PRESIDENTE

Luis Felipe Aguilar Feijoó
SECRETARIO

Notifíquese al Tribunal consultante y remítase copia de la presente interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.