



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 30 de abril de 2019

Proceso: 119-IP-2018

Asunto: Interpretación Prejudicial

Consultante: Juzgado Cuarenta y Dos Civil Municipal de la Rama Judicial del Poder Público de la República de Colombia

Expediente de origen: 2015-0537

Expediente interno del consultante: 2015-0537

Referencia: Infracción a los Derechos Conexos

Magistrado Ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano

VISTOS

El Oficio No. 0466 de 15 de marzo del 2018, recibido vía courier el 28 del mismo mes y año, mediante el cual el Juzgado Cuarenta y Dos Civil Municipal Rama Judicial del Poder Público de la República de Colombia, solicitó Interpretación Prejudicial de los Artículos 15 y 21 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el Proceso Interno 2015-0537; y,

El Auto del 17 de agosto de 2018, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el Proceso Interno:

Demandante: ORGANIZACIÓN SAYCO ACIMPRO

Demandado: FLOTA AYACUCHO S.A.

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

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

1. Si existe o no la comunicación pública no autorizada de obras musicales y audiovisuales.
2. Límites a la protección por el derecho de autor.
3. La potestad o no que poseen las sociedades de gestión colectiva para el cobro de remuneraciones por la comunicación pública de audiovisuales.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

El Juzgado consultante solicitó Interpretación Prejudicial de los Artículos 15 y 21 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena¹, el mismos que se interpretarán por ser procedente.

¹ **Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina**

“Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

- a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;*
- b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;*
- c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.*

El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;

- d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;*
- e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;*
- f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;*
- g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;*
- h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e,*

De oficio se interpretarán los Artículos 22 y 45 de la Decisión 351² de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, dado que es importante analizar las atribuciones de una Sociedad de Gestión Colectiva.

i) *En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.”*

“Artículo 21.- *Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.”*

² **Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina**

“Artículo 22.- *Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:*

a) *Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;*

b) *Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;*

c) *Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:*

1) *Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,*

2) *Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.*

d) *Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga;*

e) *Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;*

f) *Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;*

g) *Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;*

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. De la comunicación o ejecución pública no autorizada de una obra audiovisual inscrita en una sociedad de gestión colectiva.
2. De los límites a la protección del Derecho de Autor.
3. Las sociedades de gestión colectiva. Noción de sociedades de gestión colectiva. Naturaleza jurídica. Justificación de la existencia de las sociedades de gestión colectiva. Composición y relación con sus afiliados. Obligaciones y facultades de las sociedades de gestión colectiva. Límites de su actuación. Participación en recaudaciones y los requisitos de cumplimiento para la concesión de la autorización de funcionamiento.
4. Absolución de las preguntas del Consultante

h) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;

i) La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;

j) Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución;

k) La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.”

“Artículo 45.- *La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros; b) Que las mismas tengan como objeto social la gestión del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos; c) Que se obliguen a aceptar la administración del Derecho de Autor o Derechos Conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines; d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad; 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; - 12 - 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.”*

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. De la comunicación o ejecución pública no autorizada de una obra audiovisual inscrita en una sociedad de gestión colectiva

1.1. En el presente caso ORGANIZACIÓN SAYCO ACIMPRO sustenta que FLOTA AYACUCHO S.A., ha venido ejecutando públicamente obras musicales y audiovisuales. Por lo antes expuesto, resulta necesario hacer referencia a la comunicación pública de las obras audiovisuales.

1.2. Sobre el particular, los Literales a) y b) del Artículo 13 de la Decisión 351 disponen lo siguiente:

“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;*
- (...)”

1.3. En esa línea, el Artículo 15 de la Decisión 351 explica en que consiste la comunicación pública, conforme a lo siguiente:

“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:*

(...)

- b) *La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;*
- (...)”

1.4. Al respecto, este Tribunal ha manifestado lo siguiente:

“4.2 *La comunicación pública a que se refiere el literal b) del Artículo 15 de la Decisión 351, se define como “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares”³.*

Es pública la comunicación cuando se produce para la colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.

4.3 *Este derecho también reconocido ampliamente por la legislación iberoamericana lo denomina como “derecho de representación” el*

³ LIPSYC, Delia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones UNESCO-CERLALC-ZAVALLIA, 1993, p. 183.

cual cubre dos ámbitos: el directo, cuando es en vivo, y el indirecto que se refiere a discos fonográficos, cintas y bandas magnéticas o de films, videocopias, etc., mediante un agente de difusión como es la radiodifusión, los satélites y la distribución por cable.

Como una de las formas de comunicación pública tenemos a la “Exhibición o proyección cinematográfica”, que se encuentra entre las modalidades del derecho de comunicación pública indirecta, y consiste en la facultad reservada al autor de autorizar o prohibir la proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas, asimiladas a éstas las obras expresadas por un proceso análogo a la cinematografía, así entendidas las secuencias de imágenes y/o sonidos grabados en toda clase de soportes materiales –como las obras audiovisuales– para proyección ante un público presente.

El acceso público a las obras, o a una copia de la obra, se da también en forma “indirecta” mediante la utilización de un dispositivo que puede ser una película presentada 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.

- 4.4 *El Artículo 15 de la Decisión 351 define lo que se entiende por comunicación pública, y entre otras diversas formas señala en especial en el literal i) “En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes”.*

El acto de comunicación pública debe ser sometido a la autorización o consentimiento previo de los titulares de derechos sobre la obra emitida, cuando la comunicación sea de acceso público⁴.

- 1.5. En el supuesto de que una persona haga uso de televisores 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 sus tarifas.
- 1.6. Para que opere la infracción por falta de autorización de comunicación de una obras musicales y audiovisual que forma parte del repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva, deben darse las siguientes condiciones:

⁴ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 589-IP-2015 del 24 de abril de 2017.

- a) Se debe considerar la existencia de derechos de autor y/o derechos conexos, en concreto de obras musicales 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 musicales y audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa.

1.7. Por lo tanto, se deberá verificar que la falta de autorización para comunicación pública de las obras musicales y audiovisuales bajo la protección y gestión de ORGANIZACIÓN SAYCO ACIMPRO cumpla con los requisitos antes expuestos.

2. De los límites a la protección del Derecho de Autor

2.1. En el presente caso la sociedad FLOTA AYACUCHO S.A. señala que la ejecución pública de obras audiovisuales, musicales y/o fonogramas realizadas en los buses que vienen prestando el servicio de transporte público, fueron ejecutadas con fines estrictamente educativos de conformidad con lo establecido en el Literal j) del Artículo 22 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por lo cual no requerían autorización para realizar tal comunicación pública ni adeudan ningún concepto a la ORGANIZACIÓN SAYCO ACIMPRO.

2.2. En este punto, se deberá tomar en cuenta que 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 mediante la emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación (Literal c) del Artículo 15 de la Decisión 351).

2.3. Al respecto, la norma comunitaria prevé la posibilidad de que las legislaciones internas de los Países Miembros establezcan limitaciones y excepciones a la protección por el derecho de autor, pero somete tales limitaciones y excepciones a la exigencia de que se trate de usos honrados, es decir, de usos que no atenten contra la explotación normal de las obras y que no causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular o titulares de los derechos (Artículo 21 de la Decisión 351).

2.4. En el orden comunitario, tales limitaciones y excepciones significan la posibilidad de realizar lícitamente, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos, enumerados en el Artículo 22 de la Decisión 351:

“(…)

- a) *Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;*
- b) *Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;*
- c) *Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:*
 - 1) *Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,*
 - 2) *Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.*
- d) *Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga;*
- e) *Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;*
- f) *Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;*
- g) *Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;*
- h) *Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las*

bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;

- i) La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;*
- j) Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución;*
- k) La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.”*

(Subrayado agregado)

- 2.5. Se trata de limitaciones y excepciones que alcanzan a restringir derechos patrimoniales del autor, no sus derechos morales.
- 2.6. Para que proceda la aplicación del Literal j) del Artículo 22 de la Decisión 351 se deben cumplir con las condiciones determinadas por la norma comunitaria: i) que la representación o la ejecución de las obras audiovisuales, musicales y/o fonogramas sea con finalidades educativas, lo que supone que la representación o ejecución de la obra se realiza en una entidad educativa o en el curso de sus actividades (v.g., un colegio, instituto, universidad, etc.); ii) siempre que no tenga un fin lucrativo, directo o indirecto; y, iii) a condición de que el público esté compuesto exclusivamente por personas directamente vinculadas con las actividades de dicha institución.
- 2.7. De acuerdo con lo expuesto, en el presente caso la Sala consultante deberá analizar si en el presente caso FLOTA AYACUCHO S.A. se encontraba realizando la ejecución pública de ejecución de las obras audiovisuales, musicales y/o fonogramas dentro de los límites y excepciones a la protección del Derecho de Autor previstos en la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
- 3. **Las sociedades de gestión colectiva. Noción de sociedades de gestión colectiva. Naturaleza jurídica. Justificación de la existencia de las sociedades de gestión colectiva. Composición y relación con**

sus afiliados. Obligaciones y facultades de las sociedades de gestión colectiva. Límites de su actuación. Participación en recaudaciones y los requisitos de cumplimiento para la concesión de la autorización de funcionamiento

- 3.1. En el presente proceso, la demandante señaló que le corresponde el derecho de percibir remuneraciones devengadas en tal sentido se analiza el tema propuesto.
- 3.2. El Tribunal estima pertinente revisar el tema de las sociedades de gestión colectiva y desarrollar los requisitos que se exigen en el Artículo 45 de la Decisión 351, en particular en los Literales a), d), e), g) e i), para que una sociedad de gestión colectiva pueda operar y gestionar los derechos de autor y/o los derechos conexos.

Noción de sociedades de gestión colectiva

- 3.3. Si bien la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no define a las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y/o de los derechos conexos, este Tribunal se ha referido a ellas en el siguiente sentido:

“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 (...).”⁵

- 3.4. Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ha manifestado 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 de estos últimos. (...) 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 las regalías. El titular del derecho no participa directamente en ninguna de esas tareas.”⁶

⁵ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 22-IP-98 del 25 de noviembre de 1998.

⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *La gestión colectiva del Derecho de autor y los derechos conexos*. Disponible en web: <http://www.wipo.int/copyright/es/management/> (Última consulta: 3 de abril de 2017).

- 3.5. En conclusión, este tipo de sociedades son entes sin fines de lucro, que conllevan en sí la responsabilidad de gestionar los derechos de explotación y otros de orden patrimonial a cuenta y en custodia de los intereses de un conglomerado de autores o titulares de derechos de autor bajo su autorización.
- 3.6. Las sociedades de gestión colectiva son creadas con la finalidad de que una sola persona jurídica sea representante de varios titulares o autores, quien pueda efectuar la labor de hacer valer los derechos de sus representados. Si aisladamente cada autor intentara efectuar el cobro de puerta en puerta de los derechos económicos que le confiere la ley, por temas de tiempo, procesos y demás, le sería imposible efectuarlo; en cambio, apoyado en una sociedad de gestión colectiva, es ella quien se encarga de a su vez hacer las gestiones necesarias para que el autor se vea protegido y reciba el valor económico que le corresponde por reproducción de sus obras.

Naturaleza jurídica

- 3.7. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de las sociedades de gestión colectiva. El tratamiento de dichas entidades varía de conformidad con las diferentes legislaciones⁷. 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).
- 3.8. Las sociedades de gestión colectiva perciben y reparten el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan. Ellas negocian las autorizaciones por concepto de uso de obras que forman parte del repertorio representado por ellas y persiguen los usos no autorizados de estas obras. Con el fin de realizar su actividad, la cotización necesaria para cubrir los gastos de gestión es deducida del monto total recaudado en representación de sus miembros⁸.
- 3.9. Cabe mencionar que, en ciertos casos, las legislaciones nacionales prevén la obligatoriedad de la gestión colectiva⁹. En dichos casos, los

⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*. Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2007, pp. 265 - 275.

⁸ KAESMACHER, Dominique y STAMOS, Théodora. *Brevets, marques, droits d'auteur: mode d'emploi. D. Questions particulières. 2. La gestion collective*. Edipro, Liège, 2009.

⁹ Ello, en conformidad con lo establecido en el Artículo 44 de la Decisión 351:

“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”.*

derechohabientes no pueden ejercer sus derechos por ellos mismos, sino a través de una sociedad de gestión colectiva. Se trata, particularmente, de los casos de copia privada (reprografía), copia familiar, préstamo al público y retransmisión de programas de televisión y de radio por parte de empresas de tele-distribución¹⁰.

3.10. La vigilancia estatal está basada en la importancia que revisten los derechos de autor y los derechos 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.”¹¹

Justificación de la existencia de las sociedades de gestión colectiva.

3.11. 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.*

¹⁰ KAESMACHER, Dominique y STAMOS, Théodora. *Op. Cit.*

¹¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 302.

- 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’¹².

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’¹³.

3.12. 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 obras¹⁴.

3.13. 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 internacional¹⁵.

3.14. 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

¹² 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.

¹³ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 22-IP-98 del 25 de noviembre de 1998.

¹⁴ SWISSCOPYRIGHT. *Questions et réponses*. Disponible en: <http://www.swisscopyright.ch/fr/les-societes-de-gestion.html> (Consulta: 4 de abril de 2017)

¹⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 264.

garantía para el usuario de la obra, interpretación o ejecución artísticas, o fonograma, según sea el caso¹⁶.

Composición y relación con sus afiliados

3.15. 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.

3.16. Los miembros de las sociedades de gestión colectiva son los titulares de los derechos patrimoniales de autor y/o de los derechos conexos que se afilien a la misma. La Decisión 351 establece ciertas pautas en relación con dicha afiliación y las condiciones de participación:

- 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 Miembro¹⁷.

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 Miembro¹⁸.

- 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

¹⁶ 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.*

¹⁷ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 120-IP-2012 del 6 de febrero de 2013.

¹⁸ Ibidem.

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).

3.17. Esta regla de la no concurrencia a más de una sociedad, genera claridad y transparencia tanto para los titulares de los derechos como para los usuarios de los mismos. El incumplimiento de esta obligación puede acarrear la revocatoria de la autorización de funcionamiento, de conformidad con la normativa interna sobre la materia (Artículo 46). Además, es un requisito para que la sociedad de gestión colectiva obtenga la respectiva autorización de funcionamiento; es decir, la oficina nacional competente debe denegar la respectiva autorización hasta que no se haya perfeccionado el retiro o desafiliación de la otra sociedad.

3.18. Esta misma regla de no concurrencia a más de una sociedad, 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 guarda 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.¹⁹

3.19. 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

¹⁹ Ibidem.

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. 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.²⁰

3.20. 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, la exclusividad en cuanto a la gestión por parte de 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.²¹

Obligaciones y facultades de las sociedades de gestión colectiva

3.21. 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.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

3.22. 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.

3.23. 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 autorización²².

3.24. 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

²² KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*

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.

3.25. 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.

3.26. 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.

Límites a su actuación

- 3.27. En cuanto al Literal j) del Artículo 45 de la Decisión 351, referido a las remuneraciones recaudadas, salvo que mediante la Asamblea General, los asociados acuerden fines adicionales y cuando no contravengan o desnaturalicen la razón de ser de la sociedad, estas deberán destinarse exclusivamente a los titulares de los derechos de autor y/o de los derechos conexos así como los gastos que implican gestionar dichos derechos.
- 3.28. 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/o de los 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.
- 3.29. 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.
- 3.30. 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.
- 3.31. 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 fonogramas²³.

²³ FICSOR, Mihály. *La Gestión Colectiva de Derecho de Autor y de los Derechos Conexos*, OMPI, Ginebra, 2002, p. 165.

Participación en recaudaciones

- 3.32. 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 encargada²⁴. En consecuencia, la gestión colectiva se organiza en torno a dos ejes: la percepción y la repartición de regalías.
- 3.33. 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 repartición²⁵.
- 3.34. Adicionalmente, es preciso señalar que, en virtud de los avances tecnológicos modernos, los derechohabientes 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 derechos²⁶.
- 3.35. 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)²⁷. 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 derechohabientes no podrán ejercer sus derechos ellos mismos²⁸.

²⁴ VINCENT, Jean. *Droit des arts visuels : contrats d'auteurs*. Éditions Lamy, Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2010, p. 143.

²⁵ 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.

²⁶ KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*

²⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia : Tirant le Blanch, 2001, p. 280.

²⁸ KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*

- 3.36. 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 individual²⁹.
- 3.37. 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 correspondiente³⁰.
- 3.38. 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 ley³¹.
- 3.39. 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 derechohabiente no se encuentra obligado a afiliarse a una sociedad de gestión colectiva³². Exceptuando eventuales excepciones previstas por ley, este podrá gestionar sus derechos por sí mismo (Artículo 44 de la Decisión 351).
- 3.40. Adicionalmente, cabe indicar que el sistema de reparto tiene que estar predeterminado en los estatutos o los reglamentos internos de la

²⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Op. Cit.*, p. 282.

³⁰ KAESMACHER, Dominique y STAMOS Théodora. *Op. Cit.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

correspondiente sociedad de gestión colectiva³³. 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 obras³⁴.

- 3.41. Se debe determinar la legitimidad de la sociedad de gestión colectiva para recaudar pagos por concepto de uso de determinados derechos sobre la base del contenido del mandato legal y estatutario. Cabe indicar que no solo se debe determinar la legitimidad de la misma para recaudar regalías, sino también los destinatarios de dicha legitimación. Al respecto, es preciso tener en cuenta que ciertas categorías de titulares tienen intereses distintos, incluso opuestos. Tal es el caso de los productores de fonogramas, de un lado, y de los artistas intérpretes o ejecutantes del otro. De esta manera, si uno toma el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, por ejemplo, debe determinarse si se representa únicamente a los artistas intérpretes ejecutantes de música o los artistas intérpretes o ejecutantes de lo audiovisual, o ambos³⁵. En otras palabras, debe verificarse que los derechos administrados por la sociedad de gestión colectiva correspondan al objeto o fines de la misma.
- 3.42. 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.
- 3.43. En atención a dicho especial control y supervisión estatal, las actividades que realicen dichas sociedades deben estar previamente autorizadas por la oficina nacional competente, y estar expresamente establecidas en las disposiciones estatutarias correspondientes.

4. Absolución de las preguntas del Consultante

Antes de dar respuesta a las siguientes preguntas formuladas, es necesario precisar que este Tribunal no brindará respuestas que resuelvan el caso concreto, siendo que se limitará a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como tampoco calificará los hechos materia del proceso.

³³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Op. Cit.*, p. 283.

³⁴ 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.

³⁵ PÉREZ SOLIS, Miguel. “WIPO International Forum”, *Op. Cit.*, p. 156.

- 4.1. **Conforme el ordenamiento jurídico de la comunidad andina, el transportador de servicio público que sincronice frecuencia radial para entretener sin ánimo de lucro a su personal de trabajo, está inmerso en el acto de comunicación pública señalada en el art. 15 de la Decisión 351 de 93.**
- 4.2. **Conforme el ordenamiento jurídico de la comunidad andina, el transportador de servicio público que sincronice frecuencia radial para entretener sin ánimo de lucro a los pasajeros, está inmerso en el acto de comunicación pública señalada en el art. 15 de la Decisión 351 de 93.**
- 4.3. **Cómo se armoniza el párrafo 2º del art. 168 de la Ley 23 de 82, modificada por Ley 1403 de 2010, normas del ordenamiento colombiano, que dispone: “Parágrafo 2º. No se considerará comunicación pública, para los efectos de esta ley, la que se realice con fines estrictamente educativos, dentro del recinto o instalaciones de los institutos de educación, siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada. Así mismo, el pago o reconocimiento de este derecho de remuneración no es aplicable a aquellos establecimientos abiertos al público que utilicen la obra audiovisual para el entretenimiento de sus trabajadores, o cuya finalidad de comunicación de la obra audiovisual no sea la de entretener con ella al público consumidor con ánimo de lucro o de ventas, sean ellos tiendas, bares cantinas supermercados, droguerías, salas de belleza, gimnasios y otros de distribución de productos y servicios. “, con las normas de la comunidad andina, particularmente con el capítulo VII art. 21 de la Decisión 351 de 1993.**
- 4.4. **Conforme el ordenamiento jurídico de la comunidad andina, el transportador de servicio público que transmita obras audiovisuales para entretener sin ánimo de lucro o su personal de trabajo, está inmerso en el acto de comunicación pública señalada en el art. 15 de la Decisión 351 de 93.**
- 4.5. **Conforme el ordenamiento jurídico de la comunicada andina, el transportador de servicio público que transmita obras audiovisuales para entretener sin ánimo de lucro a los pasajeros, está inmerso en el acto de comunicación pública señalada en el art. 15 de la Decisión 351 de 93.**
- 4.6. **En aplicación exclusiva de las normas de la comunidad andina, las sociedades gestoras deberán hacer cobro de los derechos de autor, cuando en el transporte de servicios público de pasajeros se transmitan obras musicales para el entretenimiento de los usuarios y de los trabajadores de la empresa.**
- 4.7. **En aplicación exclusiva de las normas de la comunidad andina, las sociedades gestoras deberían hacer cobro de los derechos de autor,**

cuando en el transporte de servicio público de pasajeros, se transmitan obras audiovisuales para el entretenimiento de usuarios y de los trabajadores de la empresa.

- 4.8. **La comunicación exclusiva de las normas de la comunidad andina, cuando en el transporte de servicio público de pasajeros los trabajadores de la empresa transportadora hacen uso de las obras musicales o audiovisuales para su entretenimiento individual y resultan ser escuchadas o vistas por los pasajeros, se configura la comunicación pública de estas obras reproducidas.**
- 4.9. **La comunicación pública de obras protegidas sin ánimo de lucro o beneficio económico directo por una empresa de transporte público se configura como una excepción de aquellas que trata el art. 21 de la Decisión 351 de 93.**
- 4.10. **Podría la empresa de transporte de servicios público de pasajeros alegar la inexistencia de la obligación de pagar derechos de autor, debido a que su actividad se encuentra debidamente regulada en una ley especial, donde no se incluye tal rubro.**

En vista de que todas las preguntas realizadas se encuentran vinculadas, este Tribunal dará una única respuesta.

Los medios de transporte que realicen comunicación o ejecución pública no autorizada de obras musicales o audiovisuales deberán realizar el pago correspondiente al derecho de autor. Además, las preguntas formuladas por el consultante se encuentran en el desarrollo de los temas del Apartado E de la presente Interpretación Prejudicial.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por el Juzgado consultante al resolver el Proceso Interno **2015-0537**, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

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 la Presidenta y el Secretario.

Hugo Ramiro Gómez Apac
PRESIDENTE

Luis Feipe Aguilar Feijoó
SECRETARIO

Notifíquese al Juzgado 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.