

# SENTENCIAS RELEVANTES DE LA COMUNIDAD ANDINA EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR Y AFINES

**Pablo Solines Moreno\***

Fecha de recepción: 19 de julio de 2020

El presente artículo hace mención y un breve análisis de fragmentos de ciertas sentencias (interpretaciones prejudiciales) dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, relacionadas con los derechos de autor y conexos, que, a juicio del autor, han tenido cierta relevancia por las temáticas que abordan y su impacto en la aplicación del derecho comunitario andino y el ordenamiento jurídico interno de cada país miembro.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tarea compleja es pretender sintetizar en un breve artículo las principales sentencias que, en materia de derechos de autor y derechos conexos, ha dictado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, considerando que, recientemente, acaba de cumplir su cuadragésimo primer aniversario, cuando, el 28 de mayo de 1979, se suscribiera el «Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena»<sup>1</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA) cumple un rol fundamental en el proceso de integración de la región, puesto que fue creado con el propósito de garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena<sup>2</sup>, y se plantea, incluso, que la estabilidad del Acuerdo y de los derechos y obligaciones contenidos en él depende de este órgano juris-

1 La Decisión 472 de la Comunidad Andina incorpora la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que se sustenta en el Protocolo de Cochabamba (28 de mayo de 1996).

2 El Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) fue suscrito el 26 de mayo de 1969 en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia; actualmente lo conforman cuatro países de Sudamérica: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Conocido originalmente como Pacto Andino, ahora Comunidad Andina por el Protocolo de Trujillo, ha buscado conformar un *sistema de integración y cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de sus países*.

\* Socio de la Firma SOLINES&ASOCIADOS Abogados en Ecuador. Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual- AEPI.

© De la obra: Pablo Solines Moreno.

© De la edición: Instituto de Derecho de Autor, 2020.

Reservados todos los derechos. El editor no se hace responsable de las opiniones, comentarios y declaraciones vertidas por el autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

diccional del más alto nivel, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan e interpretarlo uniformemente.

Vale señalar que las **Decisiones** aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina son de obligatorio cumplimiento y de directa aplicación para los países miembros, sin importar que no hayan sido traspuestas en sus legislaciones locales<sup>3</sup>.

En este sentido, la *Decisión 351 de la Comunidad Andina*<sup>4</sup> contempla el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (en adelante *Decisión 351*), por lo que el presente trabajo se centrará en analizar, en cortas líneas, algunas sentencias (interpretaciones prejudiciales) del TJCA<sup>5</sup> que, a juicio del autor, tienen o han tenido relevancia para la interpretación y mejor aplicación de la referida Decisión, sin que estas sean las únicas que deban merecer análisis y comentarios por su trascendencia.

Por tanto, en el presente artículo se abordarán algunos temas referidos a los derechos de autor y afines en función de los asuntos que son tratados en las sentencias que serán objeto de mención.

## **2. REFERENCIA A SENTENCIAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

### **2.1 DERECHO DE AUTOR**

#### **a) La obra y la originalidad**

Podemos empezar el presente trabajo haciendo referencia a una reciente interpretación prejudicial que promulgó el TJCA dentro del proceso **295-IP-2019**, publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, n.º 3886, de 30 de enero de 2020.

Esta sentencia tiene relevancia por cuanto interpreta de manera muy clara los artículos 3, 4 y 7 de la Decisión 351, que se refieren al *objeto de protección* de los derechos de autor (obra) y el alcance del concepto de *originalidad* de la obra.

En primer lugar, la referida sentencia determina que la enumeración de obras constante en el art. 4 de la Decisión 351 es meramente ejemplificativa, por lo que cabe considerar más tipos de obras que los expresamente señalados en dicha disposición.

Señala, además, que «la protección de un derecho de autor no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor». Por tanto, el Tribunal entiende que, para alcanzar la categoría de obra como objeto de protección de los derechos de autor, no es necesario del mérito, complejidad o recursos destinados para producirla, sino, más bien, de elementos que permitan individualizarla frente al resto. Este criterio no es nuevo; ha sido recogido en algunos fallos previos del Tribunal<sup>6</sup> y se ha determinado que la creación intelectual, como característica primigenia de una obra, para que sea considerada «creación», debe ser «original», lo cual no significa «novedad», sino, más bien «individualidad».

En la interpretación prejudicial mencionada se destaca la descripción y alcance que da al concepto de *originalidad*, pues, señala, que esta exige que la obra plasme la impronta de su autor de manera clara y evidente. Plantea, además, que la originalidad supone un aporte individual y creativo, que es producto

3 Ver artículos 2 y 3 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina.

4 Aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena (ahora Comunidad Andina) el 17 de diciembre de 1993.

5 Las interpretaciones prejudiciales analizadas han sido emitidas por el Tribunal, en ejercicio de las atribuciones previstas en los artículos 32, 33 y 34 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina, por requerimiento de autoridades de distintos países de la CAN.

6 Interpretaciones prejudiciales 10-IP-99, 32-IP-98, 14-IP-2016 del TJCA que plantean elementos de la originalidad como característica esencial de la creación intelectual.

de un «pensamiento independiente». Al respecto, la Interpretación Prejudicial n.º 102-IP-2010 del TJCA, ha señalado que «la originalidad se presume, por lo tanto, quien niegue la originalidad de una obra deberá probarla».

La referida Interpretación Prejudicial n.º 295-IP-2019 ejemplifica algunos supuestos en donde se evidencia la carencia de originalidad, por lo que no se considerarían obra y tampoco habría plagio; este es el caso de las ideas genéricas o comúnmente utilizadas que pueden plasmarse en un papel y que no otorgan derechos de autor a quien las escribe o reproduce.

Sobre el plagio, el Tribunal, respondiendo a la pregunta: «¿Se presume la originalidad de una obra o es un requisito que requiere ser demostrado? De ser ello así ¿sobre quién recae la carga de la prueba de la originalidad?», dijo: «El que alega un hecho tiene la carga de probarlo. En consecuencia, quien imputa a un tercero haber plagiado un texto suyo tiene la carga de probar esta circunstancia; es decir, tiene la carga de probar que su texto es original y que el texto del tercero es una copia del suyo. El tercero no tiene la carga de probar que el texto materia de debate no es original, pero nada impide que lo haga».

Finalmente, respecto del plagio, en otra interpretación prejudicial, la n.º 139-IP-2003<sup>7</sup>, el TJCA ha dejado planteado el alcance de esta infracción y afectación, tanto en la esfera moral como en la patrimonial, señalando que:

*El plagio se integra con dos elementos, la reproducción o la copia, unidos en todo caso a la atribución de la condición de autor de lo reproducido o copiado e implica dos clases de infracciones a los derechos de autor: de una parte, la violación del derecho moral; y, de otra, la violación del derecho de explotación. Lo primero porque el plagio se atribuye sobre la obra una paternidad que no le corresponde; que le pertenece exclusivamente al autor de la obra copiada. Y lo segundo, porque se afecta económicamente al autor generándole perjuicios de orden patrimonial en diversos sentidos.*

## **b) Derechos morales**

La Interpretación Prejudicial n.º 14-IP-2016<sup>8</sup> del TJCA ha señalado el alcance de los derechos morales, indicando que «protegen la correlación autor-obra sobre la base de los intereses intelectuales y espirituales del autor en relación con su obra».

La referida sentencia también ha contemplado algo muy relevante en relación con el tiempo de vigencia de los derechos morales señalando que:

«Los derechos morales en atención a su naturaleza no son limitados en el tiempo y, por lo tanto, a la muerte de su autor no se extinguen, ya que estos continúan en cabeza de sus causahabientes y posteriormente su defensa estará a cargo del Estado y otras instituciones designadas para el efecto en relación con el derecho de paternidad e integridad de la obra» (lo subrayado me pertenece).

Esto tiene trascendencia, ya que legislaciones como la ecuatoriana (art. 118 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en adelante COESC) han previsto un tiempo de vigencia del derecho moral de integridad, limitado al «plazo de protección de la obra» transgrediendo la normativa andina (art. 11 de la Decisión 351) y el referido pronunciamiento interpretativo del Tribunal.

Además, la sentencia enunciada, en el punto 2.4, plantea que dentro de los derechos morales «se tiene que las facultades pueden ser positivas o negativas (defensivas). Las primeras engloban todas las acciones que el titular del derecho de autor puede hacer con su obra; ahí se encuentran las facultades de divulgar la obra, modificarla y retirarla [literal a) del artículo 11 de la Decisión 351]. Las segundas son todas aquellas acciones tendientes a defender la paternidad de la obra [literales b) y c) del artículo 11 de la Decisión 351]».

7 Ver la interpretación prejudicial en <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1057.pdf>.

8 Ver interpretación prejudicial en <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2994.PDF>.

Como se puede apreciar, la referida sentencia identifica los derechos morales como un conjunto de «facultades» del autor, positivas y negativas (o defensivas), y dentro de estas, el Tribunal enuncia dos derechos morales, de modificación y de retirada, que no están expresamente contemplados en el art. 11 de la Decisión 351, por lo que su reconocimiento en la sentencia excedería la facultad interpretativa de esta norma comunitaria, considerando que estos derechos (modificación y retirada) tienen alcances y connotaciones completamente diferentes al derecho de divulgación.

El Tribunal ha emitido sentencias relevantes en relación con los derechos morales de integridad y paternidad; a continuación me refiero a ellas:

**b.1) Derecho moral de integridad:**

En la Interpretación Prejudicial n.º 47-IP-2017<sup>9</sup>, referida a un caso de destrucción de un mural (obra plástica), ubicado en la parte frontal de un centro comercial y la afectación al derecho moral de integridad que ello generó, el TJCA ha planteado en su sentencia algunos criterios de relevancia que merecen ser mencionados.

Ha señalado que el derecho moral a la integridad no es absoluto, por lo que en caso de conflicto con otros derechos (como el de propiedad sobre el soporte material) se debe realizar una ponderación y evaluar las circunstancias de cada caso, a fin de buscar una solución equilibrada que permita la máxima protección de ambos derechos.

En este sentido, la sentencia, al analizar la situación de aquellas obras que están incorporadas en soportes físicos de propiedad de terceros, en forma adecuada, diferencia el *corpus mysticum* de la obra, del *corpus mechanicum*, es decir, el soporte en donde está contenida; y, a continuación, pasa a establecer criterios para evaluar los conflictos que pudieren derivarse entre el derecho moral de integridad del autor y el derecho de propiedad del soporte físico de un tercero. Así, establece como primer criterio el acuerdo previo entre las partes, indicando que será el que primará a efectos de determinar si se podían realizar o no modificaciones o afectaciones al soporte material que pudieran vulnerar la integridad de la obra. Aclara además que «en el supuesto de que el soporte material sea vendido a un tercero, se aplicará lo establecido en el pacto suscrito inicialmente con el propietario original y/o persona que encargó la obra». Es decir, se establece la obligación de que el propietario del soporte físico original informe y comprometa al nuevo propietario a cumplir los acuerdos alcanzados con el autor de la obra, ya que estos se mantendrán vigentes sin importar quién ostente la condición de propietario del soporte.

Si no hubiese un acuerdo entre las partes al respecto, el Tribunal establece la necesidad de una ponderación de los derechos en conflicto, buscando un justo equilibrio, para lo cual plantea un segundo criterio para ser evaluado, que se refiere a si la obra fue elaborada con autorización o no del propietario del soporte material. En este sentido, el TJCA señala enfáticamente que si fue producida en un soporte material sin contar con la autorización de su propietario, entonces este podrá eliminarla a su sola voluntad sin que se entienda, por este hecho, que haya una afectación al derecho moral de integridad en los términos de la normativa. Este mismo criterio se hace extensible al caso de las obras por encargo, en las que el autor no ha respetado las indicaciones del comitente de la obra.

Un tercer criterio que contempla el Tribunal es el material que emplea el autor en la obra y si este es «duradero o no». Así, el TJCA ha establecido que «el autor que elabora una obra con material no duradero conoce que la misma sufrirá el deterioro normal que corresponde al material utilizado y por ello conoce que la obra está destinada a sufrir daños o desaparecer con el pasar del tiempo». Este criterio despierta dudas en cuanto a su interpretación, puesto que no queda claro si, con base en él, el propietario del soporte físico estaría facultado para afectar la integridad de la obra por el hecho de no haber sido elaborada con material duradero (y en qué supuestos podría hacerlo), o si, por el contrario, debe dejar que la obra se deteriore (y eventualmente desaparezca) naturalmente, sin que pueda intervenir en este proceso. La interpretación prejudicial no hace mención al hecho de que, por motivo del deterioro

9 Ver interpretación prejudicial en <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/47-IP-2017.pdf>.

de la obra, se cause un perjuicio al propietario del soporte físico que ve la necesidad, por este motivo, de eliminarla o afectarla; hubiese sido deseable que la sentencia se refiera a aquello.

Continuando, el Tribunal ha determinado un cuarto criterio que trata sobre el carácter permanente o temporal de la obra. Así, ha señalado que «las obras de carácter permanente se elaboran con la intención de que sean protegidas de factores externos que puedan afectarlas. Por otro lado, hay obras que por su naturaleza tanto el autor como terceros saben que tienen carácter temporal; es decir, que están destinadas a sufrir deterioro, destrucción o consumo en el corto plazo, en algunos casos incluso de manera inmediata»; por tanto, señala que la permanencia en el tiempo de algunas obras viene vinculada a la finalidad para la cual fue creada. De manera que el Tribunal entiende que si es una obra cuya existencia tiene una temporalidad, el alcance de protección del derecho moral de integridad del autor también se verá limitado; sin embargo, en este caso, tampoco aclara cuáles serían las prerrogativas del propietario del soporte respecto de una posible afectación a la obra y, como consecuencia de ello, al derecho de integridad del autor.

Un quinto criterio que ha planteado el TJCA para valorar la preeminencia o no del derecho moral de integridad frente al de propiedad del soporte es el interés público y seguridad pública. El Tribunal ha señalado que «si el derecho a la integridad de la obra entra en conflicto con el interés público, este último debería primar toda vez que el derecho particular de un autor no puede prevalecer sobre el derecho del público en general». Así, el Tribunal ha entendido que «una obra realizada con la finalidad de servir a la comunidad debe primar ante el derecho a la integridad de la obra artística, siempre que la afectación sea necesaria». Por tanto, bajo este criterio, si, por razones de interés público, se debe modificar una obra (pensemos por ejemplo en la construcción de un ascensor exterior para personas con discapacidad, en una obra arquitectónica que no ha contemplado este ascensor), este hecho no constituiría una afectación al derecho moral de integridad del autor; lo propio si lo que se busca es resguardar la seguridad de los ciudadanos y, por este motivo, se debe afectar (o incluso destruir) un soporte físico que contiene una obra.

El Tribunal también ha contemplado, como sexto criterio, el riesgo de deterioro o pérdida de la propiedad, como justificación de una eventual afectación al derecho moral de integridad de la obra. Por tanto, ha señalado que «en los supuestos en los que la obra plástica se encuentra plasmada en un soporte material como un muro o estructura, deberá tomar en consideración que ante una situación en la que el estado del soporte material requiera una intervención para su conservación, el propietario podrá efectuar las modificaciones necesarias». Sobre este criterio vale aclarar que cualquier modificación que se realice a una obra, afectando su integridad, deberá ser el estrictamente necesario para afrontar el riesgo del deterioro o pérdida del soporte físico. Así pues, cualquier modificación o afectación a la obra que exceda aquello, sí que constituiría una vulneración al derecho moral de integridad.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal ha indicado que «previamente a la modificación del soporte material, el propietario deberá comunicar al autor de las medidas que se tomarán a efectos de permitirle el retiro de la obra en caso de que ello sea posible, o la toma de muestras fotográficas u otras muestras que considere pertinente». Como se puede apreciar, el Tribunal no prevé la posibilidad de que el autor se oponga a la modificación, sino que adopte cualquiera de las medidas antes señaladas para resguardar, de alguna manera, sus derechos sobre la obra.

Un séptimo criterio ha señalado el TJCA y es la afectación a derechos de terceros indicando que «se pueden dar supuestos en los que se deba alterar una obra a efectos de cautelar derechos fundamentales de terceros como la defensa al derecho de imagen o a la intimidad de una persona [...]. En estos supuestos, la supresión de las partes pertinentes no afectaría el derecho de integridad a la obra debido a que únicamente se suprime la parte que afecta a terceros». Esta última afirmación del Tribunal desnaturalizaría el alcance del derecho a la integridad, pues para determinar una violación a este derecho, se debe analizar la obra en su conjunto y cómo cualquier modificación, mutilación o deformación pueden afectarla, partiendo del concepto de esa correlación que existe entre el autor y su obra, sobre la base de los intereses intelectuales y espirituales que giran en torno a ella.

Finalmente, el octavo y último criterio que recoge el Tribunal Andino de Justicia es aquel que se refiere a las medidas diligentes del propietario para la conservación de la obra. Así, el Tribunal conside-

ra que siempre se deberá buscar cautelar el derecho de integridad y, en este sentido, el propietario del inmueble «deberá efectuar las acciones necesarias para contactar al autor a fin de comunicarle la futura afectación a su obra para que pueda contar con la posibilidad de retirar su obra del soporte físico», salvo en los casos de seguridad, caso fortuito o fuerza mayor. Este criterio despierta más inquietudes que certezas, puesto que no se refiere precisamente a las medidas diligentes que debe adoptar el propietario para la conservación de la obra, sino, más bien, al deber de comunicar al autor sobre una eventual afectación a su obra. Por tanto, de esto podría interpretarse (equivocadamente a mi juicio) que el propietario del soporte físico tendría facultades para afectar una obra, bastando para ello, únicamente, que informe de este hecho, en forma oportuna, al autor de la obra. Consecuentemente, hubiese sido deseable que el Tribunal desarrolle con más profundidad este criterio.

### **b.2) Derecho moral de paternidad:**

El alcance del derecho moral de paternidad se establece en la Interpretación Prejudicial 110-IP-2007<sup>10</sup> del TJCA, indicando que el derecho de paternidad de la obra (que es simplemente enunciado en el art. 11 de la Decisión 351) «otorga la posibilidad de exigir que se mencione al autor cuando esto se ha omitido y [...] de defender la autoría de la obra cuando esta es cuestionada», criterio que es acertado.

Además, señala que «lo que realmente protege este derecho es la relación obra-autor de la manera como este ha escogido y por medio de la cual la autoría de su obra es conocida. En consecuencia, se protegerá el verdadero nombre, el seudónimo o anónimo, de conformidad con la voluntad del autor de la obra».

Los criterios anteriormente señalados han sido reiterativos en una serie de sentencias posteriores del TJCA que interpretan el art. 11 letra b) de la Decisión 351.

### **c) Derechos patrimoniales**

En relación con los derechos patrimoniales, es preciso hacer mención de la Interpretación Prejudicial n.º 24-IP-98 del TJCA, que ha indicado que: «El derecho patrimonial es de contenido ilimitado, razón por la cual su titular o titulares están facultados para autorizar cualquier forma de explotación [...]». Con ello, el Tribunal ha dejado claramente establecido que el artículo 13 de la Decisión 351 que contiene la descripción de los derechos patrimoniales no es taxativo y permite la inclusión de nuevos derechos, distintos a los señalados en la referida norma.

El Tribunal también se ha pronunciado sobre ciertos derechos patrimoniales que a continuación nos referiremos, por considerarlos relevantes.

#### **c.1) Sobre el derecho de distribución**

En la Interpretación Prejudicial n.º 110-IP-2007, referida en líneas anteriores, el Tribunal Andino de Justicia también ha señalado que «el derecho de distribución pública de la obra no solo se circunscribe a los actos jurídicos determinados en el literal c) del Artículo 13 de la Decisión 351, sino a cualquier otro acto jurídico que ponga la obra a disposición del público, que bien puede ser a título gratuito u oneroso». Por tanto, el Tribunal otorga un alcance bastante más amplio al derecho de distribución, sin limitarlo a la venta o al alquiler de la obra.

#### **c.2) Sobre el derecho de comunicación pública**

En relación con el derecho de comunicación pública, el Tribunal, mediante Interpretación Prejudicial n.º 39-IP-99<sup>11</sup>, ha señalado que «es pública la comunicación cuando se produce para la colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico». El Tribunal no ha aclarado qué se entiende por ámbito familiar o doméstico, por lo que esta es una tarea pendiente que se torna aún más relevante considerando el «uso» o «explotación» de obras en el entorno digital.

10 Ver interpretación prejudicial en <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1588.pdf>.

11 Ver interpretación prejudicial en <https://www.tribunalandino.org.ec/ips/Pr39ip99.pdf>.

Por otra parte, en las interpretaciones prejudiciales 39-IP-99, 200-IP-2014, 398-IP-2016<sup>12</sup> y 464-IP-2017<sup>13</sup> se ha determinado el carácter enunciativo de las formas de comunicación pública previstas en el art. 15 de la Decisión 351 y; además, se ha definido el alcance de algunas de ellas, que únicamente son mencionadas en la norma comunitaria. Así, las referidas sentencias definen los siguientes actos de comunicación pública: a) representación y ejecución pública; b) recitación o declamación; c) exhibición o proyección cinematográfica; d) exposición; y, e) transmisión.

Cabe destacar que la Interpretación Prejudicial n.º 464-IP-2017 plantea una definición más completa de «transmisión», extraída del pronunciamiento del Tribunal 39-IP-99, respecto de la definición prevista en las otras interpretaciones prejudiciales (200-IP-2014, 398-IP-2016) que señalaban que «se entiende por transmisión el acto de enviar a distancia obras, datos, informaciones o la representación, ejecución o recitación de la obra, sin trasladarla materialmente, por medios idóneos, alámbricos o inalámbricos». La definición de la Interpretación Prejudicial 464-IP-2017 contempla que «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 satélite; 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 otros». Por tanto, el Tribunal también plantea un concepto de radiodifusión y cable distribución, limitándolos a la comunicación de sonidos e imágenes.

#### **d) Límites o excepciones a los derechos de autor**

Sobre esta materia, se abordarán dos temas relevantes que el Tribunal los ha tratado en algunas sentencias y que contribuyen para la aplicación de las disposiciones relativas a las limitaciones y excepciones a los derechos de autor.

##### **d.1) La regla de los tres pasos y los «usos honrados»**

La Interpretación Prejudicial 14-IP-2016<sup>14</sup> dictada por el TJCA plantearía los principios que rigen la configuración de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor.

Así, el Tribunal, en la referida sentencia, realiza la siguiente afirmación que ya ha sido vertida en interpretaciones prejudiciales previas<sup>15</sup>, e indica que:

*A nivel comunitario andino, la Decisión 351, en su Capítulo VII denominado «De las limitaciones y excepciones», establece, de manera no taxativa, una serie de limitaciones y excepciones libres y gratuitas al derecho de autor, dentro de las que destacan: el derecho a citar las obras publicadas cumpliendo ciertos requisitos para ello, el uso para fines educativos, el uso para fines personales, el uso para actuaciones judiciales o administrativas, entre otros (lo subrayado me pertenece).*

Como se aprecia, el Tribunal admitiría que no es taxativa la lista de limitaciones y excepciones contemplada en el art. 22 de la Decisión 351, siendo, más bien, abierta, lo cual rompería el principio de la «regla de los tres pasos» consagrado en el art. 9 (2) del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (en adelante Convenio de Berna) y en el art. 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante Acuerdo ADPIC), que plantean que las limitaciones o excepciones a los derechos de autor (al derecho de reproducción en el caso del Convenio de Berna) se circunscribirán a: 1) determinados casos especiales; 2) que no atenten

12 Ver interpretación prejudicial en <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3023.pdf>.

13 Ver interpretación prejudicial en <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/464-IP-2017.pdf>.

14 Ver interpretación prejudicial en <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2994.pdf>.

15 Se identifica el mismo criterio en la Sentencia 146-IP-2015.

contra la explotación normal de la obra; y, 3) no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

En tal sentido, la afirmación que realizaría el Tribunal, al señalar que las limitaciones y excepciones a los derechos de autor previstas en el art. 22 de la Decisión 351 no son cerradas, confrontaría con el principio de interpretación restrictiva de los límites y excepciones aplicable al sistema de derechos de autor.

Este criterio del Tribunal Andino de Justicia se reafirma en la referida interpretación prejudicial, que reproduce lo señalado varios años atrás por el propio Tribunal a través de la Interpretación Prejudicial 12-IP-98<sup>16</sup>, al entender que no constituirían infracción de los derechos de autor aquellos usos de buena fe que se realicen sobre la obra, considerando la buena fe como usos honrados y uso personal, que no interfieran con la explotación normal de la obra ni causen perjuicios irrazonables a los intereses legítimos del autor

Para concluir su análisis, el Tribunal hace mención de la «regla de los tres pasos», que denomina «la prueba del criterio triple», a través de la cual se debe analizar que el límite o excepción cumpla con las siguientes condiciones: (I) el uso debe limitarse a usos no comerciales, (II) los usos no entren en conflicto con la explotación normal de la obra y (III) el uso no debe causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

La «regla de los tres pasos» que señala el TJCA en su sentencia tergiversaría la primera condición o regla prevista en el art. 9(2) del Convenio de Berna y en el art. 13 del Acuerdo ADPIC, que señalan que los límites o excepciones deben estar debidamente especificados o determinados en casos especiales, es decir, que un «uso» de obra, por más inocuo que parezca, si no ha sido previamente establecido en la norma como límite o excepción, simplemente no podría ser considerado tal. En lugar de ello, el Tribunal señala que la primera regla o condición de la «prueba del criterio triple» es que no deben tratarse de usos comerciales, lo cual, en nuestro criterio, es mal entendido por el Tribunal y abriría una puerta para que los límites y excepciones a los derechos de autor se los plantee de manera indiscriminada, generando inestabilidad en el sistema de derechos de autor.

Además, la última condición de la «regla de los tres pasos» señalada por el Tribunal, indica que no debe causarse un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, en contraposición de lo que plantea el art. 21 de la Decisión 351 que se refiere a «titular de derechos», término que es más preciso a la hora de su aplicación.

### ***d.3) Cita como excepción al derecho de reproducción***

El art. 22 letra a) de la Decisión 351 plantea como límite o excepción al derecho de reproducción la *cita*, en los siguientes términos:

*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.*

La Interpretación Prejudicial n.º 110-IP-2007 dictada por el TJCA, determina la definición y alcance de cada uno de los elementos que debe contener la cita, en los siguientes términos:

*Que la cita sea de una obra publicada. Si una obra no se encuentra publicada pertenece a la esfera íntima del autor y, en consecuencia, citarla sería desconocer los derechos morales del mismo. Cuando la norma se refiere a que la obra se encuentre publicada, se debe entender que dicha publicación se hizo con autorización del autor.*

*Se debe indicar la fuente y el nombre el autor. Lo anterior es de suma importancia ya que, con esto, por un lado, se realiza el derecho moral del autor y, por el otro, se separan las opiniones propias con las del autor citado, lo que genera transparencia y hace que el destinatario de la obra pueda distinguir claramente el pensamiento de los autores.*

---

16 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena n.º 428 del 16 de abril de 1999.

*Las citas se deben hacer conforme a los usos honrados u honestos. El artículo 3 de la Decisión 351 define qué es usos honrados [...]. Un ejemplo claro de uso no honrado en este ámbito es citar fuera de contexto, es decir utilizar fragmentos de una obra indicando que se está diciendo algo, sin atender al contexto en que discurre la obra.*

*Que sea proporcionada, es decir, que su extensión sea justificada en relación con el fin que persiga. [...]. La cita debe ser razonable y no puede reemplazar la opinión del autor; solo puede ser un complemento o apoyo de la opinión del mismo.*

Por tanto, el Tribunal hace bien en determinar el alcance del derecho de cita a través de esta interpretación y, tal como lo señala en la Interpretación Prejudicial 14-IP-2016, «estas exigencias buscan asegurar el conocimiento, la verdad y la reputación. El deber que subyace a la cita es correlativo al derecho de autor de la obra citada».

Esta última interpretación prejudicial también ha determinado algo destacable en relación con el deber de cita de obras que se encuentran en Internet, indicando que:

*[...] Lo que es errado es considerar que la información que obra en internet se puede utilizar libremente.*

*En el ámbito de la investigación académica la responsabilidad es mayor. Un investigador debe desconfiar si encuentra en internet un texto sin autor, situación en la cual puede presumir que la persona que colgó el referido texto ha omitido, por la razón que fuere, el nombre del autor. Por tanto, debe realizar, diligentemente, un esfuerzo mayor en buscar al autor del texto, utilizando para tal efecto otras fuentes de bases de información. Lo anterior, sin perjuicio de, siempre, citar la dirección específica de la ubicación del texto en internet (URL) y la fecha en que efectuó la descarga.(...).*

Por tanto, el Tribunal, consciente de la posibilidad de acceso desmesurado a obras a través de Internet, muchas de ellas sin información clara y precisa del autor (y de la obra), obliga a quien las utiliza a que haga esfuerzos razonables y adicionales para cumplir con la obligación de «citar» al autor y su obra y, consecuentemente, no se constituya en infractor.

## 2.2. DERECHOS CONEXOS Y OTROS TEMAS RELEVANTES

La jurisprudencia comunitaria, desde hace varios años atrás, ha establecido que «dentro de la categoría de derechos afines a los Derechos de Autor; encontramos ámbitos de protección referidos a prestaciones de carácter netamente empresarial, como las prestaciones realizadas por los productores de fonogramas. Aquí lo que se protege es directamente una actividad de carácter económico destinada a la producción masiva de bienes culturales»<sup>17</sup> (lo subrayado me pertenece).

Más recientemente, el TJCA, mediante interpretación prejudicial, la n.º 371-IP-2017<sup>18</sup>, ha indicado que los titulares de derechos<sup>19</sup> «[...] sin ser autores, colaboran con una creatividad, técnica, habilidad, organización, o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada» y señala, además, que «si bien los derechos conexos no son propiamente creaciones artísticas, literarias, científicas, sí contienen suficiente creatividad, dimensión técnica y disposición como para alcanzar la concesión de un derecho de propiedad intelectual» (lo subrayado me pertenece).

Por tanto, como se puede apreciar, este nuevo criterio del Tribunal otorga a las prestaciones protegidas por derechos conexos un contenido creativo que le hace merecedor de una protección y no se limita, como originalmente había dictado, exclusivamente al carácter económico para justificar este amparo.

<sup>17</sup> Interpretación Prejudicial 6-IP-1197 del TJCA.

<sup>18</sup> Ver interpretación prejudicial en <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/371-IP-2017.pdf>.

<sup>19</sup> Refiriéndose a los organismos de radiodifusión.

**a) El derecho de retransmisión de los organismos de radiodifusión y el «must carry»**

Este asunto tiene especial relevancia, ya que son varios los casos en la Comunidad Andina en los que proveedores de televisión por suscripción han pretendido justificar actos de comunicación pública (retransmisión) de emisiones que contienen grabaciones audiovisuales sin la debida compensación económica (a organismos de radiodifusión y a titulares de derechos), en el denominado «*must carry*»<sup>20</sup>, que plantea que, por obligación legal, deben incluir en la parrilla de programación todos los canales locales de televisión abierta, a fin de evitar que se afecten los intereses y derechos de estos últimos.

Dentro del contexto de esta temática, es importante revisar lo que el Tribunal Andino de Justicia ha señalado sobre el alcance del derecho de retransmisión de emisiones por parte de organismos de radiodifusión. La Interpretación Prejudicial 225-IP-2015<sup>21</sup> es muy completa al respecto y en ella se contempla lo siguiente:

*Los organismos de radiodifusión gozan de un derecho exclusivo sobre sus propias emisiones, contando, en principio, con la facultad de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones o difusiones por cable. Es importante precisar que la retransmisión no autorizada de señales supone así mismo la redistribución de emisiones sin el consentimiento expreso o el conocimiento del titular de los derechos.*

*Al respecto, cabe indicar que existen dos formas de retransmisión no autorizada: la redistribución no autorizada de señales completas de otros operadores de radio-televisión y la redistribución de determinados contenidos a través de actividades registradas o no registradas de televisión de pago.*

*En cualquier caso, es importante precisar que el Artículo 39, literal a) de la Decisión 351, al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, se entiende que los organismos de radiodifusión de señal abierta pueden impedir que un organismo de radiodifusión de señal cerrada retransmita sus emisiones, salvo en los casos de licencias obligatorias o legales que deben estar reguladas por la normativa nacional, tal como lo prevé el Artículo 32 de la Decisión 351.*

*Es importante reiterar que, el contenido de las señales de los organismos de radiodifusión puede estar protegido por un derecho de autor o derechos conexos, protección que, como se ha mencionado previamente, es independiente de la protección conferida a los organismos de radiodifusión. En consecuencia, una retransmisión no autorizada puede implicar no solamente una infracción a derechos conexos de titularidad de organismos de radiodifusión, sino también a derechos de autor —compositor, productor— o artista.*

*En tal virtud, el organismo de radiodifusión deberá contar, para realizar una transmisión que incluya contenido protegido por derechos de autor o artista, con la correspondiente autorización.*

*En consecuencia, los autores, compositores o productores gozarán de un derecho a autorizar, no solo la radiodifusión de sus obras, sino la comunicación pública de estas por parte de un organismo de radiodifusión distinto al cual le otorgaron la autorización.*

Como se puede apreciar, el Tribunal, acertadamente, analiza el alcance de la retransmisión como una forma de comunicación pública y, además, diferencia y singulariza los derechos que están detrás de este acto y que corresponden no solo a los organismos de radiodifusión, sino también a autores, productores y artistas; derechos que son independientes entre sí y que requieren de las correspondientes autorizaciones o licencias de sus titulares.

La Interpretación Prejudicial n.º 371-IP-2017 viene a complementar este criterio del Tribunal, señalando que «[...]en ejercicio de sus libertades de empresa y contractual, la empresa de televisión de

20 Término acuñado por la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos.

21 Ver interpretación Prejudicial en <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/GACE2757.pdf>.

señal abierta decidirá si la retransmisión es total (toda la señal) o parcial (determinados contenidos de la señal), y en cualquier caso si es gratuita u onerosa».

Además, analiza aquellos supuestos en que la ley obliga a ciertos operadores de cable a la retransmisión de emisiones de canales de televisión abierta, considerándola una licencia obligatoria, sin que por este hecho queden eximidos del pago de una compensación económica.

Así, el TJCA, en la referida interpretación prejudicial ha señalado que: «En un escenario de regulación en el que por disposición estatal la señal del canal de televisión abierta deba ser incorporada a la parrilla de una empresa de televisión por suscripción (cable), la empresa de televisión de señal abierta debe recibir una contraprestación por su programación. Esta contraprestación, en principio, debe ser pactada libremente entre la empresa de señal abierta y la empresa de señal cerrada (cable)».

El Tribunal entiende que la disposición legal que obliga a los operadores de cable a incluir en su parrilla de programación, las emisiones de los canales de televisión abierta, mediante retransmisión (must carry) es una licencia obligatoria, en virtud de lo contemplado en el artículo 15(2) de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (en adelante Convención de Roma).

Consecuentemente, el Tribunal, en la analizada interpretación prejudicial, ha señalado que:

*[...] En consecuencia, a modo de ejemplo, en el escenario de regulación, si mediante una licencia no voluntaria (obligatoria o legal) se ha establecido que la señal de la empresa de televisión abierta (organismo de radiodifusión) debe incorporarse a la parrilla de una empresa de televisión por suscripción (televisión por cable o de señal cerrada), la primera debe recibir de la segunda una remuneración equitativa la que, en principio, debe ser fruto de un acuerdo entre ambas.*

El criterio planteado por el Tribunal, respecto del derecho de compensación que tienen los organismos de radiodifusión (de señal abierta) por la retransmisión de sus emisiones por parte de las operadoras de cable, sustentada en una licencia legal, también sería extensible, de ser el caso, para los otros titulares de derechos que se verían afectados con este acto de explotación.

## **b) Autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva**

Sobre este tema, se debe resaltar la diferenciación que ha realizado el Tribunal Andino de Justicia, respecto de las implicaciones de obtener la **personería jurídica** por parte de una sociedad de gestión colectiva frente a la **autorización** necesaria para su funcionamiento y operación.

En la Interpretación Prejudicial n.º **22-IP-98**, el Tribunal ha señalado 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.*

*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 solo 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.*

## **c) Legitimación de las sociedades de gestión colectiva**

El art. 49 de la Decisión 351 señala que:

*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.*

El Tribunal, a través de la Interpretación Prejudicial n.º 165-IP-2015<sup>22</sup>, ha interpretado acertadamente la transcrita disposición comunitaria y ha establecido una presunción iuris tantum en cuanto a la representación o legitimación procesal, en los términos siguientes:

*Para que una sociedad de gestión colectiva ejerza a nombre y representación de los titulares las acciones legales encaminadas a la protección de los derechos de autor debe contar con la facultad para actuar a nombre de un tercero, la cual puede ser conferida por el propio titular a la sociedad (mandato voluntario), por mandato estatutario, o por imperio de la ley, a través de una presunción legal.*

*En el primer caso, el autor debe señalar cuáles derechos posee a partir del cual la Sociedad creará un repertorio de las obras bajo su gestión, y finalmente debe existir un tarifario en donde se enuncien los valores por uso de las obras bajo su custodia y cuáles son. Mientras que, en los demás casos, será la ley, de conformidad con el estatuto de la correspondiente sociedad, la que establezca la presunción de representación en favor de la misma.*

*Con relación al tratamiento otorgado por el ordenamiento comunitario andino, el artículo 49 de la Decisión 351 establece una presunción relativa, iuris tantum, de representación o legitimación procesal y procedimental en favor de las sociedades de gestión colectiva legalmente establecidas en el territorio andino. Esta presunción de representación o legitimación procesal vuelve más eficiente el sistema de gestión de derechos de autor y derechos conexos y facilita su defensa y protección, que, de lo contrario, en muchos casos no sería posible por cuenta del propio derecho-habiente.*

Sobre esto, el Tribunal Andino de Justicia ha complementado este criterio y ha señalado, en la Interpretación Prejudicial n.º 300-IP-2017<sup>23</sup>, que mediante la presunción iuris tantum «[...]lo que se busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos de propiedad intelectual, a través de la sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer de 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 para que recién pueda protegerlo ante una autoridad y recaudar el derecho de sus asociados, ello implicaría que cada vez que esta exija a un tercero el pago por el uso no autorizado de los fonogramas que administra deba incurrir en cuantiosos gastos económicos, circunstancias que harían inviable una eficiente y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados». Sin perjuicio de lo anterior, el TJCA ha señalado que esta presunción admite prueba en contrario.

Volviendo a la Interpretación Prejudicial 165-IP-2015, el Tribunal incluye, acertadamente, el concepto de la gestión colectiva obligatoria, y establece una limitación para el titular, en caso de pretender realizar gestión directa ante terceros de sus derechos. Así el TJCA ha señalado que:

*Conforme lo establecido en el artículo 44 de la Decisión 351, el derecho-habiente no se encuentra obligado a afiliarse a la sociedad de gestión colectiva correspondiente, pudiendo desvincularse de la misma si así lo estima conveniente, para poder administrar sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas por sí mismo. Sin embargo, ante supuestos de gestión colectiva obligatoria —distinta a la referida presunción legal relativa—, a falta de representación por parte de una sociedad de gestión colectiva, los derecho-habientes no podrán ejercer sus derechos por sí mismos.*

#### **d) Responsabilidad solidaria de terceros (aplicable a intermediarios y autoridades)**

El art. 54 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

22 Ver interpretación prejudicial en <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/gacetas/GACE2682.pdf>.

23 Ver interpretación prejudicial en <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/300-IP-2017.pdf>.

*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.*

El Tribunal Andino de Justicia se ha pronunciado sobre la referida disposición comunitaria hace varios años, a través de la Interpretación Prejudicial N° 24-IP-98 y ha señalado que ninguna persona distinta al titular de los derechos podrá facultar o permitir la utilización de una obra, y todo acto así orientado, debe considerarse violación a la protección conferida por la normativa comunitaria andina. Es decir, el Tribunal considera como infractor directo a quien obrase de la referida forma.

La responsabilidad solidaria la asume cualquier tercero que haya permitido el cometimiento de una infracción a los derechos de autor, incluyendo las autoridades públicas. En tal sentido se ha referido el Tribunal:

*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 esta, 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 solo 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.*

En complemento de lo señalado anteriormente, el Tribunal, en una reciente interpretación prejudicial, la n.º 120-IP-2018<sup>24</sup>, ha previsto la forma en que el responsable solidario deberá compensar al titular, por permitir o servir de apoyo en el cometimiento de una infracción a los derechos de autor. Así, ha señalado que la responsabilidad solidaria «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».

Como se puede apreciar, el artículo 54 de la Decisión 351 antes transcrito no se refiere específicamente a un tipo de persona que brinde apoyo para el cometimiento de una infracción a los derechos de autor, sino a todo aquel que sirva de canal o permita aquello; por tanto, la interpretación que ha realizado el Tribunal también es aplicable a los intermediarios de servicios de la sociedad de la información (ISP por sus siglas en inglés) que, conociendo sobre el cometimiento de una infracción, lo permitan.

24 Ver interpretación prejudicial en <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/120-IP-2018.pdf>.