



### SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

DICTAMEN Nº 002-2017	Reclamo interpuesto por la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos (Sayce), por presunto incumplimiento por parte del gobierno del Ecuador de los artículos 1, 13, 14, 21, 45 literal j, 49 y 54 de la Decisión 351 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al emitir el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Coesc).s.....	1
----------------------	---	---

#### DICTAMEN Nº 002-2017

**Reclamo interpuesto por la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos (Sayce), por presunto incumplimiento por parte del gobierno del Ecuador de los artículos 1, 13, 14, 21, 45 literal j, 49 y 54 de la Decisión 351 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al emitir el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Coesc).s.**

Reclamo interpuesto por la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos (Sayce), por presunto incumplimiento por parte del gobierno del Ecuador de los artículos 1, 13, 14, 21, 45 literal j, 49 y 54 de la Decisión 351 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al emitir el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Coesc).

Lima, 27 de octubre de 2017

#### I. SUMILLA.-

- [1] La Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos presentó ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, un reclamo por presunto incumplimiento, por parte del gobierno del Ecuador, de los artículos 1, 13, 14, 21, 49, 45 literal j y 54 de la Decisión 351 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al expedir el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Coesc), por cuanto esta norma contendría disposiciones contrarias al Ordenamiento Jurídico Comunitario.
- [2] El presente Dictamen se emite en el marco de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y conforme a la estructura señalada en el artículo 21 de la Decisión 623.



## II. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES).-

- [3] Con fecha 11 de mayo de 2017, se recibió por parte de la Asociación General de Autores y Compositores Ecuatorianos (Sayce), el reclamo por incumplimiento señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen.
- [4] Mediante Nota N° SG/E/SJ/973/2017 de fecha 18 de mayo de 2017, se requirió a la reclamante que subsanara los requisitos de admisibilidad referentes a la afectación de los derechos de la reclamante y su acreditación; la identificación de los reclamantes; las razones por las que la reclamante considera que el incumplimiento tiene el carácter de flagrante; la representación y mandato legal; y, la declaración de no haber acudido simultáneamente y por la misma causa ante un Tribunal Nacional.
- [5] Mediante correo electrónico de 1 de junio de 2017, Sayce solicitó un plazo adicional para cumplir con los requerimientos de la Nota No. SG/E/SJ/973/2017.
- [6] Mediante Nota No. SG/E/SJ/1041/2017 de 2 de junio de 2017, se comunicó a la reclamante que no era posible ampliar el plazo para subsanar las observaciones, ya que la Decisión 623 no prevé esta posibilidad; ni era posible aplicar el artículo 29 de la Decisión 425, por cuanto ese artículo se refiere a la ampliación del plazo cuando se trate de la presentación de pruebas, en casos de excepcional complejidad, supuestos que no se dieron, considerando que no se había superado la fase de admisibilidad. No obstante lo anterior, se dejó a salvo el derecho de volver a presentar el reclamo, en caso que no fuera posible cumplir con los requerimientos en el tiempo establecido.
- [7] Con fecha 7 de junio de 2017, la reclamante respondió el requerimiento de la Secretaría General, remitiendo electrónicamente su escrito de subsanación y anexos de pruebas; lo cuales fueron recibidos de manera física en la Secretaría General de la Comunidad Andina el 14 de junio del mismo año.
- [8] Mediante correo electrónico de 8 de junio de 2017, Sayce solicita la confirmación de la recepción de su escrito de subsanación.
- [9] Mediante Nota No. SG/E/SJ/1098/2017 de 9 de junio de 2017, la Secretaría General acusa recibo del escrito de subsanación de fecha 7 de junio de 2017.
- [10] Mediante Nota N° SG/E/SJ/1378/2017 de fecha 21 de julio de 2017, la Secretaría General, conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Decisión 623, admitió parcialmente a trámite el reclamo. Se admitió el reclamo únicamente en lo que se refiere a la eventual deslegitimación de la sociedad para actuar frente a terceros; la eventual anulación de las facultades de la Asamblea General de la Asociación; la eventual anulación de la autorización previa del autor; la excepción al dominio público; el eventual desconocimiento de derechos exclusivos del autor y el haberse a juicio de la reclamante desvirtuado el sistema de limitaciones y excepciones. Se inadmitió a trámite el reclamo, por no haberse acreditado la afectación, respecto de los cargos siguientes: una menor recaudación en la sociedad; una administración más complicada; un menor reparto de regalías y una menor distribución de derechos a los socios; una afectación de los programas de ayuda social y de salud de la sociedad; y, sobre el grado de incidencia de la reducción del porcentaje en el funcionamiento de la sociedad al punto de hacer peligrar su existencia. Asimismo, se denegó la flagrancia alegada por la reclamante, por no estar sustentada.
- [11] Mediante Nota N° SG/E/SJ/1462/2017 de fecha 4 de agosto de 2017, se dispuso el traslado del reclamo al gobierno del Ecuador, otorgándole un plazo de 30 días para su

contestación. Asimismo, mediante Nota N° SG/E/SJ/1463/2017 de 4 de agosto de 2017, la Secretaría General comunicó a los demás Países Miembros dicha reclamación a fin de que presentaran los elementos de información que estimaran pertinentes.

- [12] Con fecha 1 de septiembre de 2017, por medio del Oficio Nro. MCE-SDYNC-2017-0064 de la misma fecha, el Subsecretario de Defensa y Normativa Comercial del Ministerio de Comercio Exterior, órgano de enlace del gobierno del Ecuador, solicitó la prórroga del plazo para presentar la contestación al reclamo; la que le fue concedida el 4 de septiembre de 2017 mediante la Nota N° SG/E/SJ/1710/2017. Dicha prórroga fue notificada a los demás Países Miembros a través de las Notas N° SG/E/SJ/1713/2017, SG/E/SJ/1714/2017 y SG/E/SJ/1715/2017 y a las reclamantes por medio de la Nota N° SG/E/SJ/1711/2016 de la misma fecha.
- [13] Mediante Oficio Nro. MCE-MCE-2017-0392-O de 6 de septiembre de 2017, recibido electrónicamente en la misma fecha, el Ministro de Comercio Exterior subrogante del gobierno del Ecuador ratificó la actuación del Subsecretario de Defensa y Normativa Comercial. Dicha ratificación fue acusada recibo mediante Nota No. SG/E/SJ/1786/2017 de 13 de septiembre de 2017 y puesta en conocimiento de la reclamante mediante Nota No. SG/E/SJ/1787/2017 de la misma fecha.
- [14] Con Notas No. SG/E/SJ/1951/2017 y SG/E/SJ/1952/2017, ambas de 25 de septiembre de 2017, se convocó al gobierno del Ecuador y a la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, respectivamente, a la reunión informativa solicitada por la reclamante, conforme lo establecido en el artículo 18 de la Decisión 623. La convocatoria fue puesta en conocimiento de los demás Países Miembros mediante Nota No. SG/E/SJ/1953/2017 de 25 de septiembre de 2017.
- [15] Con fecha 3 de octubre de 2017, mediante Oficio Nro. MCE-VNIDC-2017-0343-O de la misma fecha, el Viceministro de Negociaciones, Integración y Defensa Comercial subrogante del Ministerio de Comercio Exterior, órgano de enlace del gobierno del Ecuador, remitió el escrito de contestación al reclamo de incumplimiento interpuesto por la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador (Sayce), la cual fue puesta en conocimiento de la reclamante y de los demás Países Miembros el 9 de octubre de 2017 mediante la Nota N° SG/E/SJ/2111/2017 de 6 de octubre de 2017.
- [16] Mediante Oficio Nro. MCE-MCE-2017-0441-O de 11 de octubre de 2017, recibido electrónicamente en la misma fecha, el Ministro de Comercio Exterior del gobierno del Ecuador ratificó la actuación del Viceministro de Negociaciones, Integración y Defensa Comercial subrogante; conforme fue solicitado por la Secretaría General mediante Nota No. SG/E/SJ/2110/2017 de 6 de octubre de 2017, notificada electrónicamente el 9 de octubre del mismo año.
- [17] Con fecha 13 de octubre de 2017, se llevó a cabo la reunión informativa con la participación únicamente de los funcionarios del gobierno del Ecuador, acreditados mediante Oficio Nro. MCE-MCE-2017-0444-O de 12 de octubre de 2017, recibido electrónicamente en la misma fecha. A la reunión informativa no asistió la reclamante Sayce.

### III. IDENTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUPUESTAMENTE INFRACTORAS

- [18] Se identifica que la medida que la reclamante alega como contraria al ordenamiento comunitario es el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Coesc), la cual contendría disposiciones contrarias al Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina.



#### IV. RELACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECLAMO Y DE LA CONTESTACIÓN

##### *Argumentos de la Reclamante:*

##### **a) El alegado incumplimiento del artículo 1 de la Decisión 351**

- [19] Sayce señala que el Coesc no ha incorporado las características de 'adecuada y efectiva protección' a los autores y demás titulares de derecho expresado en el artículo 1 de la Decisión 351, sino que además y de forma expresa desconoce los derechos de propiedad intelectual (incluido el derecho de autor) cuando en su artículo 86 determina de forma tajante e ilegal que los 'derechos de propiedad intelectual constituyen una excepción al dominio público'<sup>1</sup>.
- [20] Como una consecuencia de lo anterior, Sayce sostiene que el autor o inventor quedan en desventaja debiendo acreditar en caso de un conflicto, que su obra o creación está protegida por un derecho de propiedad intelectual (autor, marca, patente, diseño, etc.), antes de hacer efectivo su derecho. De esta manera se estaría restando el efecto de protección automática previsto en el Convenio de Berna, el Tratado sobre Derecho de Autor (en adelante 'TODA'), en el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante 'Adpic'), y en la Decisión 351<sup>2</sup>.
- [21] La reclamante señala que en los artículos 4.2, 87, 91 y 92 del Coesc se pueden encontrar contradicciones entre las disposiciones que podrían favorecer los derechos de los creadores e inventores y las que condicionan y supeditan esos derechos a lo siguiente: salud, nutrición, educación, acceso a la cultura, desarrollo científico y tecnológico, innovación, transferencia de tecnología, acceso al conocimiento y sectores estratégicos (caso en los cuales podría resultar una expropiación sin pago)<sup>3</sup>.
- [22] Sayce alega que el Coesc condiciona los derechos de propiedad intelectual a otros derechos fundamentales de interés público para el Estado y a disposiciones de limitaciones y excepciones que no están ceñidas a la regla de los tres pasos<sup>4</sup>.

##### **b) El alegado incumplimiento de los artículos 13 y 14 de la Decisión 351**

- [23] La reclamante alega que el artículo 217 del Coesc establece un sistema de licencias obligatorias que anula y desconoce el derecho exclusivo de reproducción de obras, previsto en los artículos 13, inciso a), y 14 de la Decisión 351. Asimismo, alega que la disposición del Coesc es un sistema "abusivo" que «anula la voluntad del autor y sus derechos exclusivos y, más bien, sin razón alguna, otorga al Estado el poder de decidir sobre la suerte de ciertas obras». Además, reprocha que tal sistema «no está concebido como limitaciones o excepciones y, por tanto, tampoco está sometido siquiera a la *regla de los tres pasos*».
- [24] Sayce considera que, en particular, la causal prevista en el inciso 2 del artículo 217 es "incompatible con lo determinado por los artículos 13 y 14 de la Decisión 351". El inciso 2 referido estipula que la autoridad competente podrá conferir licencias obligatorias cuando el titular de una obra musical haya otorgado la autorización para la interpretación o grabación de esa obra a una persona y no exista la posibilidad de que se pueda obtener

<sup>1</sup> Página 10 del reclamo

<sup>2</sup> Páginas 11 y 12 del reclamo

<sup>3</sup> Página 13 del reclamo

<sup>4</sup> Página 15 del reclamo



otra autorización para hacer una nueva interpretación o grabación de la obra por parte de un tercero.

**c) El alegado incumplimiento del artículo 21 de la Decisión 351**

- [25] La reclamante alega que la República de Ecuador incumple con el artículo 21 de la Decisión 351 en la medida la intención del Código es disminuir los niveles de protección de la propiedad intelectual en general, y del derecho de autor en particular, ya que tal disposición agrega a la regla de los tres pasos, los cinco factores que forman parte del sistema del *fair use* aplicado en el ordenamiento legal de los Estados Unidos de América. Sayce sostiene que al utilizarse la expresión 'además' y las expresiones 'al menos', implicaría que los cinco factores contenidos en el artículo 211 son adicionales a los tres pasos antes precisados, que no estarían en armonía con la Decisión 351.

**d) El alegado incumplimiento del artículo 49 de la Decisión 351**

- [26] Sayce ha manifestado en su reclamación que el Coesc anula la institución jurídica de la legitimación activa que permite a las entidades de gestión colectiva hacer efectivos sus derechos en reclamaciones administrativas o judiciales, las mismas que se encuentran legitimadas en los términos que resulten de sus propios Estatutos y en los contratos que hayan suscrito con sus pares extranjeras.
- [27] La anulación de la legitimación activa -dice- genera una carga imposible para las entidades de gestión que haría inviable la defensa de los derechos de sus asociados en sede administrativa o judicial. Debe considerarse que el exigir los mandatos de los socios es una carga imposible de cumplir en el caso de las entidades de gestión colectiva de obras musicales particularmente, esto en razón de la cantidad de socios que representa y en razón de los costos que esto implica a nivel administrativo y judicial, que en el caso de Sayce llegan a ser aproximadamente de 2.305 socios nacionales y más de 60 contratos de representación recíproca. Además, Sayce refiere que la Decisión 351 no requiere tal exigencia, y menos aún de los requerimientos adicionales determinados en el tercer párrafo del artículo bajo análisis del Coesc.

**e) El alegado incumplimiento del artículo 45 literal j) de la Decisión 351**

- [28] En lo relativo a la presunta vulneración del artículo 45.j de la Decisión 351, Sayce refiere que el Coesc, en su artículo 246, anula facultades de la Asamblea General consagradas en la Decisión<sup>5</sup>.
- [29] Asimismo, Sayce refiere que el Coesc obliga a las SGC a destinar un porcentaje a fines diferentes a los determinados por la Decisión 351 pues determina expresamente, en forma contraria a la normativa andina, destinar un porcentaje de los montos recaudados a proyectos de formación y/o fomento de la actividad creativa de los socios, fines que resultarían ajenos a la naturaleza de las entidades de gestión colectiva<sup>6</sup>.
- [30] En el mismo sentido del punto anterior, Sayce agrega que el artículo 45.j obliga a las SGC a destinar las recaudaciones exclusivamente a dos fines: primero, a cubrir gastos administrativos; y, segundo, a distribuir el importe entre los socios. Esta obligación,

<sup>5</sup> Página 26 del reclamo.

<sup>6</sup> Página 27 del reclamo.



contendría una única excepción y es que la Asamblea General destine tales gastos a fines diferentes a los señalados<sup>7</sup>.

**f) El alegado incumplimiento del artículo 54 de la Decisión 351**

- [31] Sayce ha manifestado, en su escrito de reclamación, que la promulgación del artículo 573 del Coesc vulnera el artículo 54 de la Decisión 351, toda vez que elimina la autorización previa de los autores o titulares de derechos frente al uso de sus obras y producciones, y consagra, más bien, la posibilidad de que los autores o titulares interpongan un reclamo posterior, lo que en la práctica implicaría que el autor (o los titulares) no puedan hacer efectivo su derecho y, por tanto, tampoco cobrar las regalías que le corresponden por el uso de sus creaciones<sup>8</sup>.
- [32] La reclamante agrega que la obligación que consagra la Decisión Andina 351 en el artículo 54 es una del tipo *ex ante*, es decir, previa al uso de las obras, mientras que la incorporada por el Coesc responde a una obligación *ex post*, pues se constituye como un derecho que puede ser reclamado recién después de que las obras han sido utilizadas en un determinado evento o espectáculo en vivo<sup>9</sup>.
- [33] Refiere también que el Coesc incorpora un proceso de intercambio de información e incluso admite la posibilidad de diligencias preparatorias, mecanismos que harían imposible que la autorización de los autores sea otorgada de manera previa o anterior al evento en el que se pretenden utilizar las obras protegidas.
- [34] Asimismo, refiere que el Coesc prescinde de utilizar la expresión 'previa' que exige la Decisión Andina 351, precisamente para permitir la realización de tales procesos de intercambio de información y diligencias previas que tomarán un tiempo considerable (en algunos casos años) y que terminarán anulando esa prerrogativa del autor consagrada en la norma andina<sup>10</sup>.

**g) El alegado incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**

- [35] La Reclamante señala que el gobierno del Ecuador incumple el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por "el hecho de haber puesto en vigencia el Coesc"<sup>11</sup>, ya que este contendría disposiciones contrarias a la normativa andina en materia de derecho de autor.

**Argumentos de la Reclamada:**

**a) El alegado incumplimiento del artículo 1 de la Decisión 351**

- [36] La República del Ecuador contestó la reclamación de Sayce indicando que el accionante omitió mencionar en su reclamo el artículo 85 del Coesc en el cual expresamente se reconocen y protegen los derechos intelectuales en todas sus formas, de acuerdo a la Constitución, tratados internacionales que vinculan a Ecuador y el Coesc. Esta ausencia llevó a la reclamante a hacer una interpretación aislada, descontextualizada y errónea, en particular porque el artículo 86 del Coesc se encuentra entre los artículos de principios

<sup>7</sup> Página 26 del reclamo.

<sup>8</sup> Página 28 del reclamo.

<sup>9</sup> Página 29 del reclamo.

<sup>10</sup> Página 29 del reclamo.

<sup>11</sup> Página 33 del reclamo.



generales de dicho cuerpo normativo, es por tanto, una disposición finalista, sin condición de obligación<sup>12</sup>.

- [37] Ecuador señala, además, que el derecho de autor protege las obras desde su creación, independientemente de cualquier formalismo. Agregó que las ideas no se protegen, a menos que estén plasmadas en un soporte material. Por tanto, desde ningún punto de vista el Coesc desconoce la vigencia del régimen de propiedad intelectual y ratifica el hecho que solo las ideas plasmadas en un soporte material son susceptibles de ser tuteladas.<sup>13</sup>
- [38] En cuanto a la excepción del dominio público dispuesta por el artículo 86 del Coesc, Ecuador responde que esa excepción no se refiere a la protección de los derechos intelectuales sino de la configuración de estos en lo relativo al desarrollo tecnológico, científico, artístico, y a la promoción e incentivo de los avances de la tecnología, lo cual está en plena concordancia con los instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte. Sin embargo, los alcances del derecho de autor y de los derechos conexos están especificados en el Coesc. El artículo 86 no establece que los derechos de propiedad intelectual sean de libre uso o explotación, sino que el conocimiento en abstracto es de dominio público, pudiendo existir derechos sobre las creaciones intelectuales que son una excepción al dominio público<sup>14</sup>.
- [39] Ecuador asegura que el artículo 86 del Coesc sólo reconoce una realidad del proceso creativo que inicia con una idea que está en el dominio público que si se plasma en un medio y si cumple ciertos requisitos, podrá gozar de protección de los derechos de propiedad intelectual. El mero hecho que el Coesc determine un plazo de protección de los derechos de propiedad intelectual significa que reconoce la exclusividad de los mismos. Expirado ese plazo de protección, los objetos de la protección pasarían al dominio público, lo cual no significa que se altere la protección automática y sin formalidades de las obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos<sup>15</sup>.
- [40] Adicionalmente, Ecuador señala que, en virtud del artículo 102 del Coesc el derecho de autor nace y se protege por la sola creación de la obra. Indican también que el artículo 86 del Coesc no impone una carga adicional al titular para ejercer la observancia del derecho. De hecho, quien reclame administrativa o judicialmente por un derecho de propiedad intelectual deberá acreditar que lo tiene y que tiene la facultad para reclamar por él. En tal sentido, el artículo 1 de la Decisión 351 no dispone la inexistencia de la necesidad de acreditación de prueba de la autoría para gozar de la protección a las obras y creaciones.<sup>16</sup>
- [41] Ecuador aclara que el mismo Coesc estipula que cualquier interpretación de las normas contenidas en ese cuerpo normativo se debe hacer a la luz de las limitaciones establecidas en las normas internacionales. En tal sentido el Coesc en su artículo 4.2 dispone que nada de lo previsto en él podrá interpretarse de forma contraria a los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte. Adicionalmente, la Disposición General Segunda del Coesc indica que sus disposiciones aplicarán en todo lo que no fueren contrarias al ordenamiento andino.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Página 27 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.

<sup>13</sup> Página 29 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.

<sup>14</sup> Páginas 23 y 24 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.

<sup>15</sup> Página 27 y 28 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.

<sup>16</sup> Página 29 y 30 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.

<sup>17</sup> Página 27 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.



[42] En cuanto a la presunta contradicción entre los derechos de propiedad intelectual con otros derechos humanos, Ecuador precisa que los derechos de propiedad intelectual no son de carácter absoluto y por tanto, pueden tener límites, lo cual está reconocido en instrumentos internacionales como, por ejemplo, el artículo 8 del Adpic. Se debe buscar que el ejercicio de un derecho no implique un detrimento injustificado del ejercicio de otro y por ello los Estados pueden establecer tales límites.

#### **b) El alegado incumplimiento de los artículos 13 y 14 de la Decisión 351**

[43] Ecuador sostiene que no ha vulnerado los artículos 13.a) y 14 de la Decisión 351 porque los derechos ahí contemplados están considerados por entero en el artículo 120 del Coesc. Agrega que no se debe confundir el reconocimiento de esos derechos exclusivos con la facultad que tiene todo Estado de establecer límites a esos derechos. Señala que la Decisión 351 incluye en su artículo 32 la posibilidad de que los Países Miembros incorporen en sus legislaciones tanto licencias legales como obligatorias.<sup>18</sup>

[44] Adicionalmente, sostiene que las limitaciones y excepciones planteadas en el Coesc persiguen objetivos legítimos como la protección de los derechos fundamentales de los usuarios, la promoción de la libre circulación de la información y la difusión del conocimiento y mismos que en paralelo cumplen con la regla de los tres pasos.

[45] Finalmente concluye, que el artículo 217 del Coesc no incumple el mandato del artículo 13 de la Decisión 351, por ende tampoco del artículo 14 de la misma Decisión, por cuanto se encuentra elaborado al amparo de la delegación manifiesta prevista en el artículo 32 de la Decisión 351.<sup>19</sup>

#### **c) El alegado incumplimiento del artículo 21 de la Decisión 351**

[46] En lo referido a este punto Ecuador ha contestado que el desarrollar un sistema de excepciones y limitaciones en la forma en que lo hace el artículo 211 no significa que se está alterando el sistema tradicional que se venía utilizando. La regla de los tres pasos se seguiría respetando y prueba de aquello es que el texto del artículo antes citado desarrolla dicha regla de forma explícita.

[47] Agrega que, cuando el artículo 211 hace referencia a los cinco factores adicionales, indica expresamente que serán tomados en cuenta 'además' de lo dispuesto por la regla de los tres pasos, por lo que estos factores vienen a ser complementarios al sistema de limitaciones y excepciones que legalmente puede ser desarrollado por cada país.

[48] Complementando su posición, Ecuador sostiene que en la nueva regulación sobre limitaciones y excepciones que tiene el Coesc, se ha implementado la figura del 'uso justo' a fin de valorar la pertinencia de una limitación o excepción al derecho de autor a manera de complemento a la regla de los tres pasos y a un catálogo *numerus clausus* de limitaciones y excepciones a fin de lograr la consecución del señalado equilibrio de derechos.

#### **d) El alegado incumplimiento del artículo 49 de la Decisión 351**

[49] El gobierno del Ecuador señala que el régimen común implica una uniformidad normativa en materia de propiedad intelectual, sin embargo, esto no significa que un País Miembro de la Comunidad Andina no mantenga su derecho a la regulación interna en asuntos no

<sup>18</sup> Página 34 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.

<sup>19</sup> Página 41 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.

regulados por la normativa comunitaria. De esta forma el Ecuador ha establecido los requisitos de mandato para el ejercicio de las acciones procesales correspondientes.

- [50] Agrega que esto es pertinente toda vez que no es lo mismo una habilitación estatutaria para la defensa de los intereses de los socios (ya que esta tiene un carácter general y de adhesión), si se compara con un verdadero mandato otorgado en un caso en concreto.
- [51] Señala también que no se está vulnerando el artículo 49 de la Decisión 351, por cuanto el requisito de legitimación activa estatutaria se mantiene. La norma del Coesc únicamente complementa la Decisión 351 al establecer el requisito del mandato que busca una correcta aplicación de la norma andina al introducir un requisito específico (mandato para la defensa de los intereses del titular de derechos de autor y derechos conexos en un caso concreto) frente a uno general (establecido en los estatutos de la sociedad), por lo que no hay alteración o contradicción con la norma andina, contrario sensu, se la refleja y fortalece.
- [52] El requisito adicional consistente en contar con un mandato del titular de la obra o prestación para la defensa de los derechos de propiedad intelectual se enmarca perfectamente en el principio de complemento indispensable en donde el Coesc fortalece la norma comunitaria y lo desarrolla para una correcta aplicación.
- [53] La República de Ecuador alega que es diferente la relación entre la sociedad y sus socios, respectos de los cuales aquella se entiende legitimada para hacer valer sus derechos administrativa o judicialmente, de acuerdo con sus estatutos y los contratos celebrados si se compara con la acreditación de dicha legitimación frente a la autoridad administrativa o judicial.
- [54] Declara también que la legislación nacional ha considerado que si bien la presunción del derecho radica en la posibilidad de iniciar la acción tutelar, en caso de no consolidar la legitimación activa de manera adecuada lo actuado puede recaer en vicio de nulidad, en perjuicio de los titulares de derecho a quienes representan las entidades de gestión colectiva; por tanto, la inclusión de su acreditación como representantes, mandatarios o apoderados va encaminada al efectivo ejercicio de petición de tutela de derechos frente a presuntas vulneraciones a cargo de terceros.
- [55] Además, Ecuador sostiene que, por seguridad jurídica de las partes involucradas en un procedimiento administrativo o judicial, la acreditación de la legitimación activa es un requisito para el debido proceso. Por ello, la inclusión de un requisito no puede ser considerado como causal de incumplimiento de la normativa andina, pues simplemente complementa un procedimiento que radica en el fuero interno de cada País Miembro, a través de lo determinado por el principio del complemento indispensable.
- [56] También menciona que desde el año 2016 las acciones de observancia presentadas por las sociedades de gestión colectiva ya han incluido dentro de sus escritos de presentación los requisitos que hace mención la referida norma nacional. El cumplimiento se habría viabilizado gracias a que precisamente una de las obligaciones de las sociedades de gestión colectiva es el registro ante la entidad estatal competente de una serie de documentos que garantiza su funcionamiento, entre ellos los mandatos conferidos a su favor para el cobro de las remuneraciones por derechos patrimoniales.
- [57] Ecuador finaliza señalando que las sociedades de gestión colectiva, acogiendo a la prerrogativa dispuesta en la norma nacional, han solicitado desde el año 2016 se tomen en cuenta los documentos que reposan en los archivos de la autoridad nacional



competente en materia de derechos intelectuales, con el fin de que sean incorporados al proceso con la sola mención del número del correspondiente registro.

**e) El alegado incumplimiento del artículo 45 literal j) de la Decisión 351**

- [58] La República de Ecuador refirió que en el Coesc no impone a las entidades de gestión colectiva la obligación de distribuir las regalías recaudadas a otros fines distintos a los señalados en la Decisión Andina, sino que, por el contrario, a través de la norma emitida no se anula ni desconoce que lo recaudado se utilice exclusivamente en gastos administrativos y en distribución del importe restante. Es por esa razón que el artículo 246 dispone que dicho gasto se enmarque dentro de los gastos administrativos, no debiendo entenderse al mismo como un gasto adicional.
- [59] Agrega que el literal e) del artículo 45 de la Decisión bajo análisis establece que las normas de reparto de las sociedades de gestión colectiva se sujetarán al porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales internas. En ese sentido, esta norma determinaría que Sayce estaría obligada a cumplir con las disposiciones legales internas que regulan cómo se realizarán los gastos administrativos.
- [60] La República de Ecuador presentó la prueba denominada Tabla 2: Distribución de las recaudaciones realizada por la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos – Sayce, período 2012-2016; gráfico que permite verificar que Sayce, desde el año 2012 ha destinado fondos para cubrir temas sociales y culturales.

**f) El alegado incumplimiento del artículo 54 de la Decisión 351**

- [61] La República de Ecuador ha señalado, entre otros puntos, que este artículo debe interpretarse a través del método acorde al uso alternativo del derecho, método que exige tomar en cuenta la jerarquía de las normas al momento de legislar, por lo que, tomando en cuenta que el régimen común en materia de derechos de autor de la Comunidad Andina forma parte del ordenamiento jurídico de Ecuador, se desprende que la autorización previa está ya contemplada en ese ordenamiento.
- [62] Sobre este último punto se ha pronunciado la República de Ecuador en su escrito de contestación manifestando que el carácter previo de la autorización ha sido reconocido expresamente en el artículo 2 del Reglamento sobre autorizaciones para la comunicación pública de obras o presentaciones protegidas por derecho de autor y regulación de la tutela administrativa, expedido mediante Decreto N° 1381 del 3 de mayo de 2017.
- [63] Adicionalmente refiere que dentro de la legislación interna se establece, como requisito previo para el otorgamiento de la autorización de espectáculos públicos por parte de la Dirección de Control y Orden Público Intendencias Generales de Policía a favor de los organizadores, el pago a las sociedades de gestión colectiva, cuando sea aplicable, cuya presentación, de conformidad con el Reglamento para la Intervención de las Intendencias y los Intendentes Generales de Policía y de las Comisarías y los Comisarios Nacionales de Policía del país, debe efectuarse hasta treinta días antes de iniciada la venta de boletos o, en el caso de eventos gratuitos, hasta veinte días antes del día del evento.
- [64] Finalmente el reclamado sostiene que cuando el Coesc dispone que la autoridad nacional pueda realizar diligencias, lo hace con la intención de abrir la posibilidad para que, de conformidad con las normas procesales vigentes, se realicen diligencias preparatorias cuando se ha vulnerado el artículo 573 del Coesc, por lo que este sistema se activa únicamente cuando un infractor, debiendo obtener la autorización previa, ha violado dicha norma.



**g) El alegado incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**

[65] Al respecto el gobierno del Ecuador señala que no se ha vulnerado el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por cuanto habría demostrado que el Coesc se encuentra en plena concordancia con las normas y compromisos internacionales en la materia, que no vulnera el régimen común andino en materia de propiedad intelectual y que su promulgación se encuentra ajustada en la normativa comunitaria así como en el principio de complemento indispensable.<sup>20</sup>

**V. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS.-**

**1.- Sobre las cuestiones de procedimiento.-**

**1.1 Competencia de la Secretaría General para conocer del presente asunto:**

[66] De conformidad con lo señalado en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (el Tribunal) y el artículo 13 de la Decisión 623, la Secretaría General es competente para conocer de las reclamaciones por incumplimiento de la normativa comunitaria que le presenten las personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas en sus derechos por un País Miembro y para resolver cuestiones reguladas en el ordenamiento jurídico andino.

[67] Está reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario y la jurisprudencia andina que en la acción de incumplimiento se verifica cualquier medida, “sea **legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámese leyes (...)** que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino”<sup>21</sup>. [La letra negrita es añadida]

[68] En este sentido el Tribunal de Justicia ha señalado que:

*“(...) el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario (...); y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.*

*Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean **legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden-** que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.*

<sup>20</sup> Página 63 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.

<sup>21</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 03-AI-97. Sentencia de 8 de diciembre de 1998 publicada en la GOAC No. 422 del 30 de marzo de 1999.

*Las obligaciones previstas en el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo*<sup>22</sup>. [La letra negrita es añadida]

- [69] De otra parte, la Secretaría General entiende que si bien un País Miembro tiene soberanía legislativa y regulatoria, las medidas que adopte un país tienen que estar en armonía con los compromisos asumidos en el marco de la Comunidad Andina, no pudiendo contraponerse a éstos.
- [70] Con fecha 11 de mayo de 2017, se recibió por parte de la Asociación General de Autores y Compositores Ecuatorianos (Sayce), un reclamo por presunto incumplimiento, por parte del gobierno del Ecuador, de los artículos 1, 13, 14, 21, 49, 45 literal j y 54 de la Decisión 351 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al expedir el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Coesc), por cuanto esta norma contendría disposiciones contrarias al Ordenamiento Jurídico Comunitario.
- [71] En tal sentido, de conformidad con lo expuesto y las normas citadas, se advierte que la Secretaría General es competente para conocer la acción de incumplimiento planteada.

## 1.2 Sobre si el reclamo cumple los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623:

### 1.2.1. Legitimidad activa de la reclamante.- Alegación sobre la ausencia de legítimo interés de la reclamante

- [72] El gobierno del Ecuador objeta el que la reclamante haya acreditado su condición de persona jurídica afectada en sus derechos, por cuanto al decir de la reclamada:

*“(...) la Sayce **no corroboró ser titular de un derecho subjetivo vulnerado por la expedición de los actos normativos atacados**; y aunque actuó en nombre de un círculo definido y limitado de individuos, **el no demostrar con pruebas materialmente sustentadas sus alegaciones, estos hechos se apartan del concepto mismo de ‘interés legítimo’**. Además, la Sayce no demostró la afectación directa e inminente de sus intereses, o el comparecer a nombre de la sociedad en su conjunto, por lo que ni siquiera su participación se encasilla en la figura del ‘interés simple’, lo que ratifica la inexistencia de legitimación activa.”*<sup>23</sup>  
[La letra negrita es añadida]

- [73] Al respecto, los artículos 13 y 14 de la Decisión 623, en sus partes pertinentes, establecen lo siguiente:

**«Artículo 13.- De conformidad con lo previsto en los artículos 24 y 25 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando un País**

<sup>22</sup>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 6-IP-1993. Interpretación Prejudicial del 25 de febrero de 1994 publicada en la GOAC No. 150 del 25 de marzo de 1994.

<sup>23</sup>Página 17 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.

*Miembro o una persona natural o jurídica afectada en sus derechos considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, formulará por escrito su reclamo.*

**Artículo 14.-** *El reclamo formulado por un País Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos deberá contener: (...)» [La letra negrita es añadida].*

[74] Dicha legitimidad quedaría acreditada, conforme a las normas citadas, cuando el reclamante prueba que la medida reclamada afecta sus derechos.

[75] Sobre la 'afectación de sus derechos' la doctrina administrativista clásica distingue tres niveles:

- (i) El simple interés para presentar una acción: Es el interés común de todos los habitantes. En este caso, bastaría la identificación, existencia y debida representación de la accionante. Este criterio de legitimación activa no se encuentra contemplado en la normativa comunitaria que regula la acción de incumplimiento.
- (ii) El interés legítimo o calificado: No se trata de que el recurrente deba tener un interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pero sí uno subjetivo en el sentido de **presentar alguna afectación a su órbita de intereses o situación jurídica**, diferenciándose así del mero interés general. La persona que ejerce la acción se encuentra de esta manera comprendida en la órbita de incidencia del acto reclamado, pudiendo ser su interés de carácter o potencial, patrimonial o moral.
- (iii) La afectación en sus derechos: Se refiere, por una parte, a la necesaria identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación y al deber de éste de demostrar la afectación de un interés de tipo personal, actual, inmediato y directo. Se trata en suma de la defensa de su propio derecho subjetivo que se ve lesionado por el acto reclamado.

[76] Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto de la legitimación para la interposición de reclamos en acción de incumplimiento por parte de particulares, ha señalado lo siguiente:

*«De conformidad con la disposición prevista en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, la posibilidad de ejercer la acción de incumplimiento corresponde a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento del País Miembro demandado. Ello significa que la legitimación para ejercer la acción de incumplimiento exige la existencia de una relación de identidad entre el titular del derecho subjetivo y el de la acción, de modo que ésta sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de aquél.*

*[A] diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida*

*específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inejecución de la prestación debida, por parte del País Miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden normativo infringido, y, a diferencia de la acción de nulidad, a obtener, en las condiciones previstas en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, la reparación de la lesión y, por esta vía, la satisfacción de su derecho.*

(...))»

- [77] Es necesario aclarar que en el análisis de admisibilidad que realiza la Secretaría General, verificando el cumplimiento de los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623, no se emite juicio de valor alguno respecto a los méritos sustantivos de los alegatos y pruebas presentadas, lo que corresponde ser evaluado en la fase de investigación de fondo. En ese sentido, lo que se observa en el análisis de admisibilidad es que exista alguna afectación en la órbita de intereses o situación jurídica de la reclamante.
- [78] Conforme lo anterior, se verificó en primer lugar que la reclamante es una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor, que tiene por objeto, entre otros, la gestión colectiva de los derechos patrimoniales de autor de sus asociados y de los afiliados a las sociedades extranjeras con las que tenga convenios de representación recíprocos.
- [79] Asimismo, se observó en sus Estatutos que Sayce tiene entre sus fines: «Cumplir y hacer cumplir los Convenios Internacionales de Derecho de Autor, las Decisiones Comunitarias, la Ley de Propiedad Intelectual, el Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual y el presente Estatuto»<sup>24</sup>. Esta Disposición tiene el efecto de empoderar a la mencionada sociedad para actuar en nombre de sus asociados en la instancia comunitaria.
- [80] Sobre esto último, debemos señalar que como quiera que el artículo 25 de la Decisión 425 establece que los interesados podrán hacerse representar por simple designación en comunicación escrita, estima este Órgano Comunitario que los autores, con su incorporación voluntaria a Sayce se adhieren a sus Estatutos, por lo que le confieren a Sayce los poderes requeridos para actuar frente a esta instancia comunitaria, en nombre del autor asociado a dicha entidad. Es así que la Secretaría General entendió en su nota de admisión a trámite que Sayce actúa en el presente procedimiento en cabeza propia y en representación de sus asociados.
- [81] Cabe indicar que la Secretaría General estableció que la reclamante acreditó las afectaciones alegadas únicamente respecto de la eventual deslegitimación de la sociedad para actuar frente a terceros, la eventual anulación de las facultades de la Asamblea General de la Asociación, la eventual anulación de la autorización previa del autor, la excepción al dominio público, el eventual desconocimiento de derechos exclusivos del autor y el haberse a juicio de la reclamante desvirtuado el sistema de limitaciones y excepciones, por ser consideraciones de puro derecho.
- [82] Por lo anterior, se observa que la reclamante acreditó la titularidad de un derecho o condición jurídica que le es atribuible y que podría estar siendo afectada por la medida reclamada del País Miembro; en ese sentido, se advierte la presencia de los elementos

<sup>24</sup> Literal a) del artículo 7 del Estatuto de SAYCE.

atributivos de la legitimación activa de la reclamante. En tal virtud, se desestima lo alegado por el gobierno de Ecuador, confirmándose lo señalado por la Secretaría General en su comunicación de apertura de investigación N° SG/E/SJ/1378/2017 de 21 de julio de 2017.

**1.2.2. Recurrir simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional.-  
Alegación sobre Litis pendencia en instancia nacional**

- [83] El gobierno del Ecuador indica que el reclamo no ha cumplido con la condición de no acudir simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional, por cuanto estaría en discusión ante el Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual – IEPI, el trámite 16-5232-RA-2S. En el mencionado trámite, la Sociedad de Gestión de los Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda – Ecuador) habría solicitado que al momento de resolver se considere que no es necesario acreditar las autorizaciones de los titulares de los derechos por ella representados. En ese sentido, estaría pendiente de que la máxima autoridad administrativa del IEPI se pronuncie respecto de la legitimación de esta clase de organizaciones; por lo que existiría según la reclamada litis pendencia.
- [84] Asimismo, señala que el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual como el Comité de Propiedad Intelectual ‘ejercen funciones de índole jurisdiccional’<sup>25</sup>. Por lo anterior, afirma que existe un procedimiento conexo a las alegaciones de la reclamante, lo cual sería motivo suficiente para declarar la improcedencia del reclamo por incumplimiento, al existir una evidente vulneración al artículo 14 de la Decisión 623.
- [85] Por otro lado, la reclamada señala que no obra en el reclamo la declaración de la Sayce de ‘que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional’.
- [86] Al respecto, la Secretaría General encuentra que la declaración expresa de Sayce consta en la página 22 de su escrito de 7 de junio de 2017, conforme se indicó en la comunicación SG/E/SJ/1378/2017 de 21 de julio de 2017. Asimismo, se verifica que la nota antes señalada, junto con el Reclamo, el escrito que lo completa y la nota con la que se requirió a Sayce que complete el reclamo fueron trasladados al gobierno del Ecuador mediante comunicación SG/E/SJ/1462/2017 de 4 de agosto de 2017.
- [87] Respecto a la supuesta litis pendencia, porque estaría pendiente la resolución del trámite 16-5232-RA-2S; la Secretaría General encuentra que ese trámite versa sobre el recurso de apelación contra la Resolución No. IEPI-DNDA-2016-56-R, cuya pretensión es que se revoque la resolución antes señalada y se dicte una nueva que contengan las pretensiones del accionante. Por su parte, el caso que nos convoca, versa sobre la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, por la supuesta vulneración del gobierno del Ecuador del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de los artículos 1, 13, 14, 21, 49, 45 literal j y 54 de la Decisión 351, cuya pretensión es que se declare el incumplimiento del gobierno del Ecuador.
- [88] Asimismo, se identifica que la Resolución apelada en el trámite 16-5232-RA-2S, se refiere al pronunciamiento de una autoridad administrativa, respecto a una solicitud de Tutela administrativa presentada por la “Sociedad de Gestión de los Derechos de los

<sup>25</sup> Página 8 del escrito de contestación del gobierno del Ecuador, de 3 de octubre de 2017.

Productores Audiovisuales (identificada como Egeda – Ecuador) en contra de la compañía Tevecable (se debe considerar que las Resoluciones de la administración, como todo acto administrativo, tienen ‘efectos jurídicos individuales de forma directa’) Por su parte, el presente reclamo tiene como partes a la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatoriana y al gobierno de la República del Ecuador.

- [89] A partir de lo señalado, se observa con claridad que entre el presente caso y el trámite 16-5232-RA-2S no existe identidad en los sujetos accionantes ni se encuentra identidad en cuanto al *petitum*, el objeto de la causa y el interés jurídico a ser tutelado.
- [90] Por todo lo anterior, se desestima lo alegado por el gobierno del Ecuador, sobre la supuesta litis pendencia y falta de declaración de no haber acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional.

### **1.2.3. Acreditación de la afectación a los derechos de la reclamante.- Alegación sobre la vulneración indeterminada de la normativa andina**

- [91] En su escrito de contestación, el gobierno del Ecuador señala:

*“(...) la reclamante, contrario a la lógica jurídica, pretende que la autoridad andina verifique el proceso de reforma de la normativa nacional. A este respecto, y si bien existe cierta mención vinculada a la eventual vulneración de articulado de la Decisión 351, no es menos cierto que lo que esta (SIC) impugnando la SAYCE son supuestos no corroborados, pues mencionar acerca de un eventual perjuicio no es lo mismo que demostrar la antedicha afectación.*

*(...)*

*Toda vez que el reclamo presentado por la SAYCE continúa siendo abstracto y general por cuanto no hay una violación o inaplicación de las normas andinas, se reitera la afirmación de la República del Ecuador, la cual indica que la SAYCE no ha dado cumplimiento con las normas de admisibilidad dentro del presente caso al intentar reivindicar ‘... un interés abstracto y general... que no califica dentro del estándar requerido por la normativa comunitaria...’ y en ese sentido incumple con los requerimientos de admisibilidad establecidos por la norma andina.”*

- [92] Al respecto, es necesario indicar que en el numeral 1.2.1 del presente pronunciamiento, se ha desarrollado los motivos por los cuales la Secretaría General considera que la reclamante cumplió con acreditar la supuesta afectación a sus derechos. Asimismo, es de indicar que con motivo del análisis de admisibilidad del reclamo, se emitió la Nota SG/E/SJ/1378/2017, en la cual se determinó una admisión parcial del reclamo. En ese sentido, la Secretaría General inadmitió el reclamo, por no haberse acreditado la afectación, respecto a los siguientes cargos: una menor recaudación en la sociedad; una administración más complicada; un menor reparto de regalías y una menor distribución de derechos a los socios; una afectación de los programas de ayuda social y de salud de la sociedad; y, sobre el grado de incidencia de la reducción del porcentaje en el funcionamiento de la sociedad al punto de hacer peligrar su existencia. De esta suerte, esas cuestiones no serán objeto del presente dictamen.
- [93] Por lo expuesto, se desestima el alegato de la reclamada en este punto.

## 2.- Sobre la cuestión de Fondo:

### 2.1. Sobre el alegado incumplimiento de los artículos 1, 13, 14, 21, 45 literal j, 49 y 54 de la Decisión 351

#### 2.1.1. El alegado incumplimiento del artículo 1 de la Decisión 351

[94] El eje principal del reclamo en este punto es la disposición del artículo 86 del Coesc. El reclamante asegura que dicha disposición incumple el artículo 1 de la Decisión 351. A continuación se reproducen los dos artículos referidos:

[95] El artículo 86 se encuentra en el Capítulo de Principios Generales del Coesc:

Artículo 86.- Excepción al dominio público.- Los derechos de propiedad intelectual constituyen una excepción al dominio público para incentivar el desarrollo tecnológico, científico y artístico; y, responderán a la función y responsabilidad social de conformidad con lo establecido en la Constitución y la Ley. La propiedad intelectual podrá ser pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta.

[96] El artículo 1 de la Decisión 351 inicia el Capítulo “Del Alcance de la Protección” y dispone lo siguiente:

Artículo 1.- Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

Asimismo, se protegen los Derechos Conexos a que hace referencia el Capítulo X de la presente Decisión.

[97] La reclamante sustenta sus argumentos en tres puntos, los cuales serán analizados en el presente Dictamen. Dichos argumentos son: (i) que el Coesc no incluye en su normativa la necesidad de que la protección sea ‘adecuada y efectiva’ tal como lo manda el artículo 1 de la Decisión 351; (ii) que autores, creadores y titulares deben acreditar que son titulares en caso de conflicto; y (iii) que en artículos 4.2, 87, 91 y 92 hay contradicciones entre las disposiciones que podrían favorecer los derechos de propiedad intelectual y las que los condicionan o supeditan

[98] Habiendo examinado los argumentos de ambas partes sobre este aspecto, corresponde verificar si el artículo 86 del Coesc es incompatible con el artículo 1 de la Decisión 351. Al respecto, cabe constatar que efectivamente el Coesc en su artículo 86 señala que los derechos de propiedad intelectual constituyen una excepción al dominio público. Conviene, entonces, comentar algunos conceptos como el dominio público, la interpretación, y la aplicación supranacional y directa de las normas comunitarias.

[99] En cuanto al primer argumento de la reclamante, en lo que atañe al contraste entre los derechos de propiedad intelectual y el **dominio público**, vale citar a Dusollier: «El dominio público se define generalmente como aquellos contenidos que engloban bienes

intelectuales que no tienen protección por derecho de autor o cuya protección ha caducado al haber vencido el plazo de la protección»<sup>26</sup>.

[100] En el dominio público se encuentran, entre otras, todas aquellas obras que por diversas razones no se benefician de las prerrogativas del derecho de autor, pudiendo cualquier persona usarlas o explotarlas sin permiso ni pago. Están en el dominio público, por ejemplo, los productos que se encuentran en la naturaleza, y aquellos productos generados por los seres humanos que no se encuentran dentro del *numerus clausus* de la propiedad intelectual, de modo que no pueden acogerse a ningún tipo de régimen que permita limitar su uso o aprovechamiento por terceros. Tampoco gozan de protección aquellas creaciones del hombre que están excluidas de protección por el derecho de autor por la misma norma -- en algunos países, por ejemplo, es el caso de los documentos oficiales, leyes, etc. En este mismo sentido, no están protegidas por el derecho de autor las obras cuyo período de protección por el derecho patrimonial de autor caducó, sin perjuicio de que pudiera subsistir alguna protección derivada de otros regímenes de protección, por ejemplo el régimen de los signos distintivos.

[101] Este dominio público relativo a la legislación autoral surge, según la mayoría de especialistas<sup>27</sup>, de forma previa al derecho de autor. Es decir, primero las obras estaban en el dominio público y luego aparecieron los recursos del derecho de autor. Algunos matizan esta afirmación al señalar que queda en el dominio público todo aquello que no entrase en el ámbito del derecho de autor o que no pudiera recibir protección. Un corolario de esto sería la constatación de que la suma de todas las obras humanas divulgadas desde el comienzo de la humanidad es más numerosa que la suma de todas las obras que se encuentran actualmente amparadas por un derecho de autor en una o más jurisdicciones. Desde este punto de vista, podría decirse que -- estadísticamente -- la regla sería el vasto conjunto de obras que están en el dominio público, y que la excepción sería el conjunto de las obras (numéricamente inferior) que se encuentran amparadas por un derecho de autor vigente.

[102] Otros concedores sostienen que el concepto de dominio público surge después del derecho de autor debido al contexto histórico ya que para el caso de las obras literarias estaban «...predominantemente sometidas a privilegios o a la censura, dejando escaso margen a la libre copia y publicación de las obras escritas, ya fueran obra de autores muertos o vivos...». Sin embargo, esto -y no siempre- aplicaba sólo al caso de las obras literarias quedando abierta la posibilidad de copia para otras expresiones creativas, situación que bajo la regulación actual no sería admisible<sup>28</sup>.

[103] En cualquier caso el concepto jurídico de dominio público se ha ido desarrollando con el devenir del tiempo y hoy se busca que exista un equilibrio entre el derecho del público a acceder y usar las obras y el derecho de los autores sobre las mismas. Este hecho es de particular importancia para los países en desarrollo, lo cual se encuentra plasmado en las recomendaciones de la Agenda de la OMPI para el Desarrollo que datan del año 2007. Esta concepción, en el sentido amplio del derecho, se ha ido incorporando en muchas Constituciones que buscan matizar el derecho subjetivo con el principio de solidaridad social, económica<sup>29</sup>. A decir de Ricardo Antequera respecto de entender al derecho de autor como una propiedad privada «... es olvidar que se trata de una materia “de interés público”, interrelacionada con los derechos sociales y culturales, donde entran en juego el aliento a la creatividad, el desarrollo cultural endógeno, la protección de la diversidad

<sup>26</sup> DUSOLLIER, S. (2011) *Estudio Exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público*. p.5. Suiza: OMPI

<sup>27</sup> *Ibíd*, p. 14

<sup>28</sup> *Ibíd*, p. 14 y 15

<sup>29</sup> Este tema lo desarrolla en varias obras Pietro PERLINGIERI

cultural y la producción de nuevos bienes inmateriales que nos permitan disfrutar del avance de la inteligencia en el campo de las ciencias, las artes y las letras»<sup>30</sup>.

- [104] Por otro lado, es de nuestro criterio que el artículo 86 del Coesc debe apreciarse en su contexto más amplio; requiere de un entendimiento sistémico<sup>31</sup> del conjunto de las normas del cuerpo en el cual está inserto y con el que se complementa. Por tanto, «...corresponde justificar el vínculo sistémico que existe entre la norma a la que atribuye significado y las del sistema que la circundan». <sup>32</sup> Por esa razón, se estima apropiado incluir en este análisis, junto al artículo 86 referido, también los artículos 85, 100 y 102 del Coesc ya que todos ellos hacen referencia al contenido del artículo 1 de la Decisión 351.
- [105] Visto lo anterior, se observa que si bien es cierto que el Coesc en sus primeros artículos correspondientes al objeto, ámbito, fines y principios no menciona de forma expresa la protección de los derechos de propiedad intelectual -aunque la menciona en el contexto de la amplitud del alcance del cuerpo normativo-, los derechos de propiedad intelectual están recogidos y desarrollados en las disposiciones especiales del Libro III “De la Gestión de los Conocimientos”. Así por ejemplo, el artículo 85 dispone: «...Derechos intelectuales.- Se protegen los derechos intelectuales en todas sus formas, los mismos que serán adquiridos de conformidad con la Constitución, los Tratados Internacionales de los cuales Ecuador es parte y el presente Código. Los derechos intelectuales comprenden principalmente a la propiedad intelectual...».
- [106] Adicionalmente en el artículo 100 «...se reconocen, conceden y protegen los derechos de los autores y los derechos de los demás titulares sobre sus obras, así como los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en los términos del presente Título». Por su parte, el segundo párrafo del artículo 102 indica que «La protección de los derechos de autor se otorga sin consideración del género, mérito, finalidad, destino o modo de expresión de la obra».
- [107] De las normas citadas, se advierte que el Coesc en su artículo 85 protege los derechos intelectuales en todas sus formas, de conformidad con los tratados internacionales de los que el Ecuador es parte. Por tanto, cabe entender que Ecuador tendrá sistemáticamente en cuenta lo prescrito en las disposiciones de tales tratados en sus respectivas instancias.
- [108] En cuanto al artículo 100 del Coesc, éste recoge lo dispuesto en el artículo 1 de la Decisión 351 cuando reconoce, concede y protege los derechos de los autores, otros titulares, artistas, intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión (se extiende el detalle de los derechos conexos a partir del artículo 221).
- [109] El artículo 102 del Coesc expresa que tal protección no considerará género, mérito, finalidad, destino o modo de expresión de la obra. Lo cual es explícitamente concordante con lo señalado en el artículo 1 de la Decisión 351.

<sup>30</sup> ANTEQUERA, R. (2007) *El derecho de autor no es una propiedad*. <https://aporrea.org/tecno/a42121.html> tomado el 17 de octubre de 2017

<sup>31</sup> La interpretación sistémica también llamada sistemática es la que busca extraer del texto de un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte. (Véase: ANCHONDO, V. (2017) *Métodos de interpretación jurídica*. P.41. 42 <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17406/15614> tomado el 17 de octubre de 2017

<sup>32</sup> *Ibíd*, p. 42



[110] Sobre el hecho que el Coesc no menciona expresamente que la protección debe ser 'adecuada y efectiva', tal y como lo indica la Decisión 351, conviene destacar que los artículos objeto del reclamo en este expediente no expresan algo contrario, por lo cual -- a falta de otras evidencias o elementos que pudieran indicar una inadecuación en tal sentido -- no cabría suponer que en Ecuador la protección al derecho de autor y los derechos conexos no sea adecuada y efectiva. En esta línea, y de manera general, cabe presumir *juris tantum* que en, los cuatro Países Miembros de la CAN, la protección al derecho de autor y a los derechos conexos se está dando de forma adecuada y eficaz toda vez que esos países atienden a los principios de supranacionalidad y de aplicación directa y preferente de la Decisión 351.

[111] En tal sentido, como consecuencia del carácter supranacional dado en el artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la regla de aplicación preferente consagrada en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Andino (TJCA), la norma comunitaria se debe aplicar de manera imperativa y preferente en todos los Países Miembros. En caso de darse un conflicto entre la norma nacional y la andina, se preferirá y primará esta última, y la norma interna dejaría de aplicarse sólo en la medida en que fuese incompatible con la norma andina<sup>33</sup>.

[112] Por su parte la aplicación directa se da en la medida que las normas andinas no necesitan ser incorporadas en las legislaciones nacionales de los Países Miembros (a menos que la misma norma lo disponga), es decir, estos están obligados a acatarla desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena salvo que aquellas señalen una fecha distinta. Tampoco están las normas del derecho comunitario obligadas a cumplir requisitos adicionales para mantener su preeminencia, aplicabilidad directa y efecto inmediato<sup>34</sup>.

[113] **En cuanto al segundo argumento de la reclamante:** Sayce afirma que como consecuencia del artículo 86 del Coesc el autor o inventor en caso de un conflicto deberá acreditar que su obra o creación está protegida por un derecho de propiedad intelectual antes de hacer efectivo su derecho; lo cual reduciría el efecto automático de la protección.

[114] Conviene empezar por analizar la consecuencia argumentada respecto del derecho de autor. El artículo 86 del Coesc es parte de los 'Principios generales', espacio luego del cual se desarrolla el Capítulo III 'De los derechos de autor', cuyos dos primeros artículos dicen en la parte pertinente, lo siguiente:

Artículo 101.- Adquisición y ejercicio de los derechos de autor.- La adquisición y ejercicio de los derechos de autor y de los derechos conexos **no están sometidos a registro o depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna.** [La letra negrita es añadida]

Artículo 102.- De los derechos de autor.- Los derechos de autor **nacen y se protegen por el solo hecho de la creación de la obra.** [La letra negrita es añadida]

[115] Visto lo anterior, se constata que el Coesc señala de forma expresa y en concordancia con el artículo 52 de la Decisión 351 que el derecho de autor no necesita de formalidad ni registro para estar protegido. Además estos derechos se protegen desde la creación de

<sup>33</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 30-IP-98. También más recientemente en el Proceso 50-IP-2017, párrafos 1.2 a 1.6

<sup>34</sup> Proceso 30-IP-98, p.11

la obra. Lo cual lo está respaldado por el TJCA que señala «...la ley andina acoge el criterio que hoy impera en casi todos los ordenamientos jurídicos en el sentido de que la protección de los derechos autorales se realiza sin necesidad de que el autor cumpla con formalidad o requisito alguno, como el del registro por ejemplo»<sup>35</sup>. Estas dos condiciones del derecho deberán ser consideradas por quienes usen los bienes intelectuales protegidos por el derecho de autor, por los terceros interesados y por el juzgador al momento de resolver los conflictos relativos a la materia. Huelga recordar además que la Decisión 351 es norma de aplicación directa y preferente en Ecuador, en consecuencia, la vigencia de sus derechos aplica ese país.

- [116] En cuanto al argumento de la reclamante en el sentido que el artículo 86 del Coesc al referirse a la propiedad intelectual como una excepción al dominio público, impone una carga a los titulares de los derechos de propiedad intelectual para demostrar su titularidad ante un reclamo, corresponde indicar que -- luego del análisis de los documentos acreditados en este expediente y a la luz de lo estipulado en los artículos 101 y 102 del Coesc de pertinencia más específica al caso --, esta Secretaría General no encuentra elementos suficientes de que tal artículo 86 del Coesc se haya constituido en un óbice para la observancia de los derechos de autor en Ecuador, y en todo caso la reclamante no lo ha acreditado en el presente caso.
- [117] Adicionalmente, de la lectura del artículo 1 de la Decisión 351, no se desprende que el mismo proscriba o impida a los Países Miembros requerir que las partes en un procedimiento administrativo o judicial acrediten la titularidad de los derechos cuya protección reclamen. Vale reflexionar -- en virtud de los principios básicos del procedimiento y las exigencias del debido proceso -- sobre la necesidad de presentar elementos que acrediten *prima facie* la existencia y vigencia del derecho que se pretende invocar y sobre la facultad del actuante para ejercer tal derecho, respecto de los titulares de los derechos de propiedad intelectual que se consideren afectados.
- [118] **En cuanto al tercer argumento de la reclamante:** Sayce señala que hay contradicciones entre las disposiciones que podrían favorecer los derechos de los creadores e inventores y las disposiciones de los artículos que condicionan tales derechos, a saber, artículos 4.2, 87, 91 y 92 del Coesc. Argumenta también la reclamante que estos artículos interpretados bajo la regla general del artículo 86 del mismo Código, no generan ningún tipo de protección al autor. Sin embargo, en la reclamación no se ofrecen argumentos explicativos suficientes que genere convicción en esta Secretaría General para determinar ese supuesto incumplimiento, en tal sentido, la reclamante no ha acreditado su alegación.
- [119] En cuanto a la alegación de que los derechos de propiedad intelectual en el Coesc están sujetos a otras disposiciones relativas a limitaciones, excepciones y otros usos no autorizados por los titulares, y que de ello resulta evidente el incumplimiento del artículo 1 de la Decisión 351; no se ha especificado ni explicado en qué artículos precisos se encuentran las disposiciones referidas, ni de qué modo la existencia de límites a los derechos exclusivos impide cumplir con la disposición programática del artículo 1 de la Decisión 351. Tampoco se ofrece en la reclamación elementos que acrediten aquella alegación.
- [120] Sayce alega que el Coesc condiciona los derechos de propiedad intelectual a otros derechos fundamentales de interés público para el Estado y a disposiciones de limitaciones y excepciones que no están ceñidas al cumplimiento de los tres criterios o condiciones reconocidos en los instrumentos internacionales sobre derechos de autor,

<sup>35</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 44-IP-2013.



también llamada la “regla de los tres pasos”.

[121] Más adelante este Dictamen comentará en mayor detalle cómo se aplican los tres criterios o condiciones que constan en el artículo 21 de la Decisión 351, como condición para que los Países Miembros puedan establecer limitaciones y excepciones al derecho de autor. Sin embargo, en este contexto también es pertinente hacer referencia, a modo ilustrativo, a la Agenda de la OMPI para el Desarrollo y al hecho de que está generalmente reconocido que los derechos de propiedad intelectual no son de carácter absoluto. Este hecho fue reconocido ya en las negociaciones del Convenio de Berna, marco en el que el delegado suizo y Presidente de la primera Conferencia Diplomática de Berna (1884) Numa Droz presentó la siguiente declaración<sup>36</sup> que ponía de manifiesto el rol de los límites de las facultades patrimoniales del derecho de autor en razón del equilibrio entre los derechos individuales de autores y titulares; y el interés público:

Aunque algunas delegaciones habrían deseado una protección más amplia y más uniforme de los derechos de los autores, fue necesario tener en cuenta asimismo el hecho de que los principios ideales que estamos esforzándonos por alcanzar, avanzan sólo gradualmente en los países tan diversos que deseamos se unan a la Unión. También es necesario tener en cuenta el hecho de que el interés público impone límites, a justo título, a la protección absoluta. La necesidad cada vez mayor de educación de masas nunca podrá satisfacerse si no se imponen ciertos límites a las facilidades de reproducción, lo que, al mismo tiempo, no debe dar lugar a abusos. Estos son los diferentes puntos de vista e intereses que hemos tratado de conciliar en el proyecto de Convenio.

[122] La Agenda de la OMPI para el Desarrollo<sup>37</sup> fue adoptada por los Estados Miembros en el 2007. Consta de 45 recomendaciones agrupadas en 6 categorías. Respecto del caso en cuestión, vale la pena mencionar la “Categoría B: Fijación de normas, flexibilidades, política pública y dominio público”. Las recomendaciones de este grupo predicán que la OMPI debe, entre otros aspectos:

- Considerar los distintos **niveles de desarrollo** de los países en las actividades normativas;
- Considerar la **preservación del dominio público** en los procesos normativos y profundizar en las consecuencias y los beneficios de un dominio público abundante y accesible;
- Tener en cuenta las **flexibilidades** establecidas en los acuerdos de propiedad intelectual internacionales en especial las que afectan a los países en desarrollo;
- Fomentar las actividades normativas en materia de propiedad intelectual que contribuyen a **mantener un sólido dominio público** en los Estados miembros;
- Contribuir a los **objetivos del desarrollo** aprobados en Naciones Unidas más los objetivos de la Declaración del Milenio;
- Además de **fomentar las prácticas de concesión de licencias** de propiedad intelectual en pro de la competencia, especialmente, con miras a impulsar la

<sup>36</sup> *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por OMPI*. P.21 (2003) también puede encontrarse en [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo\\_pub\\_891.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf) o véase en las *Actas de la Conferencia Internacional sobre la Protección de los Derechos de Autor, reunida en Berna del 8 al 19 de septiembre de 1884*, p. 67 (discurso de clausura de la Conferencia de 1884).

<sup>37</sup> <http://www.wipo.int/ip-development/es/agenda/recommendations.html> Tomado el 18 de octubre de 2017

creatividad, la innovación, y la transferencia de tecnología en especial en los países en desarrollo.

- [123] Con base en la Agenda para el Desarrollo, OMPI desde el 2007 debe impulsar en los Estados miembros la generación de normativa de propiedad intelectual considerando su nivel de desarrollo, lo que abarca el uso de flexibilidades, la inclusión de la concepción del dominio público, y consideraciones que coadyuven a conseguir los objetivos del desarrollo y los del milenio.
- [124] En este punto corresponde señalar que, como lo confirman los instrumentos y estándares internacionales aplicables, los derechos de propiedad intelectual no pueden ser de carácter absoluto por lo cual se prevén límites (excepciones y limitaciones) a los mismos. Por otra parte, los derechos de propiedad intelectual coexisten con otros de igual o superior jerarquía, por lo que a veces pueden entrar en conflicto con principios que afectan al interés general. En este sentido, Ricardo Antequera sostiene que:

Si tomamos como referencia una definición amplia de lo que se entiende por “*derecho subjetivo*”, es decir, como la facultad o poder de hacer, poseer o exigir lícitamente algo dentro de los límites impuestos por la ley, podemos inferir que incluso algunos derechos subjetivos caracterizados como “*absolutos*”, es decir, oponibles “*erga omnes*”, pueden ser objeto de determinadas restricciones, en orden al interés público o social.

Así, por ejemplo, la propiedad fue calificada tradicionalmente como el derecho de usar, gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, de modo que cuando el hombre decía que una cosa era suya, podía hacer con ella lo que se le antojase, sin importar los legítimos intereses de terceros, incluso dispendiarla o destruirla, sin restricción alguna, pues “*para eso era suya*” y los derechos reales no tenían límites.

Hoy, el derecho de propiedad es definido por los códigos civiles como “*el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley*” y de allí que muchas constituciones nacionales, como la venezolana, recalquen que “*la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general*”.<sup>38</sup>

- [125] **En conclusión** y por los motivos expuestos en los párrafos precedentes, esta Secretaría General estima que el artículo 86 del Coesc de Ecuador, no implica ni conlleva el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 de la Decisión 351.

### 2.1.2. El alegado incumplimiento de los artículos 13 y 14 de la Decisión 351

- [126] El eje principal del reclamo en este punto es la disposición del artículo 217 del Coesc. El reclamante alega que dicha disposición incumple con los artículos 13.a y 14 de la Decisión 351. A continuación se reproducen los artículos referidos:

<sup>38</sup> ANTEQUERA, R. (2007) *El derecho de autor no es una propiedad*. P. 16 y 17 <https://aporrea.org/tecno/a42121.html> tomado el 17 de octubre de 2017



Coesc: Artículo 217.- De la concesión de licencias obligatorias.- La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá conferir licencias obligatorias sobre los derechos exclusivos de un titular, constituidos sobre obras literarias o artísticas, musicales o audiovisuales en los siguientes casos:

1. Cuando se presenten prácticas que hayan sido declaradas por la autoridad competente en materia de control de poder del mercado, como contrarias a la libre competencia, en particular cuando constituyan un abuso de la posición dominante en el mercado por parte del titular de los derechos de autor o derechos conexos;
2. Cuando el titular de una obra musical ha otorgado la autorización para la interpretación o grabación a una persona y no exista la posibilidad de que se pueda obtener otra autorización para nueva interpretación o grabación por parte de un tercero. No cabe la aplicación de esta licencia obligatoria cuando exista negativa expresa de autorización del titular;
3. Cuando una obra literaria o artística no se encuentre traducida al castellano, a uno de los idiomas oficiales de relación intercultural o a los idiomas oficiales en los territorios respectivos y tal traducción no se encuentre disponible en el mercado nacional;
4. Cuando una obra literaria o artística no se encuentre disponible en el mercado nacional y hayan transcurrido desde su publicación en cualquier forma: tres años en las obras de contenido científico o tecnológico; cinco años en las obras de contenido general; y, siete años en las obras tales como novelas, poéticas y libros de arte; y,
5. Cuando una obra audiovisual, videograma u otra fijación audiovisual no se encuentre disponible o accesible en el mercado nacional y haya transcurrido un año desde su difusión en cualquier medio o formato.

Decisión 351:

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;

[...]

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

[127]La reclamante sustenta sus argumentos en dos puntos, los cuales serán analizados en el presente Dictamen. Dichos argumentos son: (i) que la disposición del artículo 217 del Coesc establece un sistema de licencias obligatorias que anula el derecho exclusivo de

reproducción; y (ii) que el inciso 2 del referido artículo es incompatible con los artículos 13 y 14 de la Decisión 351.

- [128] Manifestados los argumentos de ambas partes sobre este aspecto, corresponde verificar si el artículo 217 del Coesc es incompatible con los artículos 13.a y 14 de la Decisión 351. Al respecto, para analizar mejor este extremo del reclamo por incumplimiento, conviene aclarar la diferencia entre los “límites” establecidos en la legislación que acotan los derechos exclusivos y una “licencia obligatoria” que puede imponerse al titular de un derecho de propiedad intelectual en particular.
- [129] Tanto los límites como las licencias obligatorias tienen - por su propia naturaleza - el efecto de acotar u obviar limitadamente los derechos de propiedad intelectual a los cuales se les aplique. Sin embargo, los derechos de propiedad intelectual afectados se mantienen vigentes y subsisten incólumes, salvo en lo que corresponda a la aplicación del límite o de la licencia obligatoria.
- [130] **Límites a los derechos de propiedad intelectual:** Los derechos exclusivos de propiedad intelectual, de carácter patrimonial o económico, están sujetos a ciertos **límites** especiales. Estos límites permiten que los derechos de propiedad intelectual operen de manera equilibrada, balanceando los intereses particulares de los titulares de derechos, y los intereses de los terceros competidores cuya actividad garantiza el funcionamiento de un mercado concurrencial y del público en general.
- [131] Mediante la adopción de límites específicos al ejercicio de los derechos exclusivos de los titulares de derechos de autor y conexos, el Estado busca preservar ciertos *ámbitos de libertad* de acción en favor de sectores, actividades o categorías de personas para permitirles realizar sin trabas, obstáculos o cargas ciertos actos de uso o explotación de obras o prestaciones. Es una de las formas que tiene el Estado para asegurar, garantizar o alentar la continuidad de esas actividades consideradas de interés general o de interés público.
- [132] Los límites de los derechos exclusivos patrimoniales pueden ser de dos tipos, a saber: *excepciones o limitaciones*<sup>39 40 41</sup>.

<sup>39</sup> El derecho comparado y la doctrina permiten constatar que actualmente no existe unanimidad respecto de la terminología y la definición de los conceptos de “límites”, “excepciones”, “limitaciones”, “licencias legales” y “licencias obligatorias”, entre otros. Algunas de estas expresiones se han usado y desarrollado de manera destacada en la normativa comunitaria europea, sobre todo en las directivas relativas a los derechos de autor. Esas directivas hablan de “excepciones” y de “limitaciones” sin dar una definición ni especificar si se debe emplear esta terminología. Estos aspectos se dejan librados a los países que deben implementar las directivas. Las directivas no tienen aplicación directa en los países de la Unión Europea, sino que les manda armonizar sus legislaciones internas. Por ejemplo, véase la terminología usada en la Directiva 2001/29/CE, 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de los derechos de autor en la sociedad de la información, artículo 5 apartado 2; la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico, artículo 3, apartados 4 y 5; la Directiva 2006/115/CE de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo afines a los derechos de autor, artículo 6; y la Directiva 2009/24/CE de 23 de abril de 2009 sobre la protección de programas de ordenador, artículos 5 y 6. Por su parte, la ley de España sobre derechos de autor, Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (modificado hasta 2017) habla de “límites” en relación con lo dispuesto en sus artículos 31 a 40bis, 100 y 161. En ellos no se distingue entre los límites que permiten usar o explotar libremente una obra o prestación y los límites que requieren el pago de una remuneración o compensación por tal uso o explotación.

<sup>40</sup> Las normas europeas antes referidas no emplean las expresiones “licencias legales” ni “licencias obligatorias”. La expresión “licencias o autorizaciones obligatorias” aparece en la Convención de Roma, Artículo 15.2), pero no se mencionan a las “licencias obligatorias” con este nombre en los artículos del Convenio de Berna ni en el TODA (WCT), el TOIEF (WPPT) o en los artículos sobre derechos de autor del ADPIC. En esos instrumentos, la libertad de las partes contratantes para establecer límites a los derechos exclusivos se reconoce en términos generales sin definir los conceptos. En consecuencia, nada

- [133] Las **excepciones** suelen referirse a ciertos actos de uso o explotación de una obra o prestación protegida que quedan *fuera* del alcance del derecho económico exclusivo conferido al titular del derecho. Una excepción define ciertos actos que pueden ser realizados *libremente* por cualquier persona que se encuentre dentro de la categoría de beneficiarios a la que se aplica la excepción, o que cumpla con los supuestos de la excepción.
- [134] Una excepción establecida por la legislación constituye un límite absoluto al derecho exclusivo. Respecto de los casos especificados por una excepción, no opera el derecho exclusivo no opera como si no existiera. El derecho exclusivo no puede ejercerse contra las personas amparadas por una excepción de este tipo y su aprovechamiento no está sujeto a ningún tipo de pago, compensación o remuneración. Las excepciones de esta clase se pueden encontrar, por ejemplo, en el artículo 22 de la Decisión 351.
- [135] Por su parte, las **limitaciones** a los derechos patrimoniales exclusivos conferidos por el derecho de autor también se establecen expresamente en la legislación, pero sólo limitan *parcialmente* al derecho exclusivo del titular del derecho. El efecto de una limitación sobre un derecho exclusivo, suele ser que su titular no goza un derecho de prohibir los actos de uso o explotación económica de su obra o prestación, pero sí retiene el derecho de percibir un pago, remuneración u otra compensación equitativa por ese uso. Las limitaciones de este tipo también se conocen como *licencias legales*, pues la norma legal autoriza los terceros a usar o explotar directamente la obra o prestación, sin requerir pronunciamiento previo de una autoridad, con cargo a realizar el pago correspondiente. Según los casos, ese pago puede hacerse a través de una entidad de gestión colectiva de derechos de autor o derechos conexos. Se encuentran referencias a este tipo de limitaciones (o licencias legales) que requieren el pago de una remuneración equitativa, por ejemplo, en la Decisión 351, artículo 37, apartado d), en el Convenio de Berna, Artículo 13.1), en la Convención de Roma, Artículo 12, y en el artículo 121 del Coesc.
- [136] Los límites a los derechos exclusivos, sean excepciones o limitaciones, están *preestablecidos en la normativa* aplicable. Ellos los prescribe el legislador con base en diversos factores de política económica y de desarrollo industrial y cultural, teniendo como objetivo de política pública equilibrar los intereses particulares de los titulares de derechos con el interés general de los demás actores en el mercado y el interés público difuso.
- [137] Cabe recordar que la regulación de las actividades económicas mediante la expedición de normas vinculantes, es una expresión de la soberanía regulatoria del Estado. Ello se

---

impediría a los países adheridos a esos tratados hacer uso de esa flexibilidad para introducir límites llamándolas 'excepciones' o 'limitaciones', o designándolas como 'licencias legales' o 'licencias obligatorias'. A pesar de la indefinición terminológica antes comentada, se observa que algunos textos legales tratan separadamente, de una parte, los límites del tipo de las excepciones y limitaciones y, de otra parte, los límites del tipo de las licencias obligatorias. Tal es el caso, por ejemplo, del ADPIC en lo que atañe a las patentes, donde los primeros se tratan en el artículo 30 y los segundos en los artículos 31, 31bis y el Anexo. En la misma línea, es relevante que la Decisión 351 trata separadamente de las limitaciones y excepciones en su Capítulo VII, Parágrafo 2º, y de las licencias legales y obligatorias en su Capítulo IX. Lo mismo de observa en el COESC, que trata de las excepciones y limitaciones en la Sección VII y de las licencias obligatorias en la Sección VIII, ambos del Libro II, Título II, Capítulo III.

<sup>41</sup> Para los fines del presente Dictamen, esta Secretaría General ha considerado conveniente adoptar una distinción entre, de una parte, las excepciones y limitaciones (conjuntamente designadas como "límites") y, de otra parte, las licencias obligatorias como medidas preventivas o correctivas aplicables en casos concretos a cargo de personas específicas. Esta posición se basa en la distinción que realiza la Decisión 351 al tratar expresamente por separado a las limitaciones y excepciones (artículo 22) y a las licencias obligatorias (artículo 32)

nota, por ejemplo, en las áreas de la economía, el comercio y la competencia, la educación, la cultura y el desarrollo científico y tecnológico. Esa regulación normativa también es una manifestación de las facultades de policía que ejerce el Estado al interior de su jurisdicción.

[138] En el campo de la propiedad intelectual, el ejercicio de esa soberanía se enmarca dentro de las 'flexibilidades' que pueden beneficiar a los países que se adhieren a los tratados y otras obligaciones internacionales en esta materia. Esas obligaciones pueden conferir expresamente a los Estados adherentes la libertad o la facultad de regular determinados asuntos en cierto sentido. Pero más comúnmente, los instrumentos internacionales guardan silencio sobre la mayor parte de los temas y materias que un Estado debe o puede regular y que, consecuentemente, quedan dentro del campo de regulación soberana por parte del Estado. Este ejercicio soberano se puede observar, sin ir más lejos, en la prolífica labor normativa y regulatoria de los Países Miembros de la CAN en materia de propiedad intelectual, y que forma el complemento de las cuatro decisiones andinas vigentes a la fecha que tratan en mayor o menor grado aspectos de esa materia: las Decisiones 345, 351, 391 y 486.

[139] La Decisión 351 y los tratados que vinculan a los Países Miembros de la Comunidad Andina en materia de derechos de autor y derechos conexos prevén *expresamente* la posibilidad de que los Países Miembros establezcan excepciones o limitaciones a los derechos exclusivos sobre obras y prestaciones protegidas. A fin de asegurar el referido equilibrio de intereses, los estándares internacionales requieren que las limitaciones y excepciones que se adopten cumplan *tres criterios* o condiciones, a saber:

- que se trate de casos especiales, claramente definidos;
- que esos casos no atenten contra la normal explotación de las obras o prestaciones; y
- que esos casos no causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los titulares de derechos.

[140] Es importante destacar que el cumplimiento de los tres criterios mencionados es apreciado soberanamente por las autoridades e instancias competentes del Estado respectivo.

[141] **Licencias obligatorias:** A diferencia de las limitaciones y excepciones, que buscan preservar ámbitos de libertad a favor de sectores, actividades o categorías de personas para permitirles realizar ciertos actos de uso o explotación de obras y prestaciones, las **licencias obligatorias** (también llamadas "licencias no voluntarias") son medidas legales cuya aplicación está prevista para impedir o resolver una situación puntual que afecta o atenta contra objetivos de interés general o de políticas públicas<sup>42</sup>. Esas situaciones pueden incluir los casos de abuso de una posición dominante en el mercado donde el abuso se constituye por el ejercicio abusivo o excesivo de un derecho de autor.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> El mayor desarrollo de las licencias obligatorias, tanto en el plano normativo como en su aplicación práctica se ha dado en el campo de las patentes de invención, y específicamente respecto de patentes de productos farmacéuticos. En esos casos se trata generalmente de paliar problemas vinculados al acceso a medicamentos que son de necesidad crítica, o a urgencias sanitarias. Ver, por ejemplo, [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo\\_ip\\_bog\\_12/wipo\\_ip\\_bog\\_12\\_ref\\_t8a\\_moncayo.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_bog_12/wipo_ip_bog_12_ref_t8a_moncayo.pdf)

<sup>43</sup> Puede mencionarse, por ejemplo, el caso Magill resuelto por las instancias judiciales de la Comunidad Europea. En ese caso dos empresas de televisión abierta se negaban a licenciar a Magill, una editorial de guías de televisión en Irlanda, el derecho de reproducir sus respectivos programas semanales de

- [142] Al igual que las excepciones y limitaciones establecidas por ley, las normas que prevén la posibilidad de conceder licencias obligatorias en materia de propiedad intelectual, son una expresión de la soberanía regulatoria del Estado y de su poder y funciones de policía al interior de su jurisdicción. Los instrumentos internacionales de propiedad intelectual reconocen la libertad que tienen los países para tomar medidas destinadas a salvaguardar, entre otros, el normal desenvolvimiento de las actividades económicas consideradas prioritarias por el respectivo país, y que tales medidas pueden limitar los derechos exclusivos de propiedad intelectual.
- [143] Todas las causales que permiten o requieren la concesión de licencias obligatorias se apoyan, en última instancia, directa o indirectamente, en razones de *interés público*. Una licencia obligatoria puede dictarse sola o junto con otras medidas destinadas a evitar o resolver una situación coyuntural, y puede dictarse como una medida punitiva en ciertos casos, por ejemplo, por el abuso de una posición de dominio en un mercado.
- [144] A diferencia de las excepciones y limitaciones, las licencias obligatorias no pueden aplicarse o ejecutarse directamente. Requieren el pronunciamiento de una autoridad nacional competente para dictar la medida. Además, el pronunciamiento requiere que la autoridad aprecie las circunstancias de cada caso particular y la medida en que es efectivamente necesario o conveniente conceder una o más licencias. Cada caso será único y la concesión de una licencia obligatoria debe cumplir, al menos, con las condiciones y requisitos previstos en las normas internacionales aplicables. Las normas nacionales o regionales pueden prever requisitos adicionales para una licencia obligatoria, pero no podrían obviar los requisitos y condiciones de las normas específicas previstas en los tratados aplicables. Tales requisitos pueden incluir, por ejemplo, el pago de una remuneración equitativa, la ausencia de exclusividad, la prohibición de exportar el producto reproducido, y otros.
- [145] Un ejemplo de los requisitos previstos en una norma internacional para conceder licencias obligatorias es el artículo 31 del Adpic, aplicable a licencias obligatorias sobre patentes de invención. Ese artículo estipula las condiciones y requisitos mínimos que deben cumplirse para la concesión de una licencia obligatoria de ese tipo. Es ilustrativo observar que la disposición del artículo 31 del ADPIC es distinta de la disposición del artículo 30 del mismo instrumento, que trata de los tres criterios que deben aplicarse para introducir límites (excepciones y limitaciones) a las patentes en las normas internas de los Miembros. Como se comentó antes, esa misma separación se observa en la Decisión 351 y en el Coesc.
- [146] En suma, en las normas legales que prevén licencias obligatorias (sobre todo para patentes de invención) se observa que esa figura tiene las siguientes *características* principales:
- su finalidad es evitar o resolver situaciones puntuales cuando el ejercicio de un derecho exclusivo resultaría contrario al interés público o a políticas públicas, en particular casos de abuso de posición de dominio o de práctica anticompetitiva;

---

emisiones de televisión para que Magill los reprodujera en una guía semanal completa con la programación conjunta de los canales de la región. La autoridad judicial confirmó el dictamen de la Comisión europea y el fallo de primera instancia judicial en el sentido de que la negativa de dar las licencias en esas circunstancias constituía un abuso de la posición de dominio de los canales respecto de sus programas semanales de televisión, y que impedir a Magill realizar su guía afectaba el interés de los consumidores injustamente. La Comisión ordenó a los canales a conceder la licencia requerida por Magill. Ver la decisión en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61991CJ0241> . Ver sumilla (resumen) en : <http://www.ipglossary.com/glossary/magill/#.We11Z0yZMOQ>

- se basa en una norma interna del país, que debe cumplir los requisitos mínimos previstos en la normativa internacional sobre la materia;
- la norma interna establece las causales para conceder una licencia obligatoria, que pueden ser más o menos específicas;
- la aplicación de una licencia obligatoria requiere un pronunciamiento específico emitido por una autoridad nacional competente (administrativa o judicial);
- se concede a cargo del titular de un derecho, identificado personalmente, y en favor de uno o más beneficiarios también identificados personalmente;
- no puede aplicarse directamente o unilateralmente por quien pudiera ser un beneficiario de la licencia;
- requiere el pago de una regalía, remuneración u otra compensación equitativa;
- no puede ser exclusiva, de modo que pueden coexistir dos o más licenciarios;
- tiene un plazo de duración que se determina por la autoridad de concesión;
- puede ser modificada o revocada por la autoridad competente.

[147] La mayoría de esas características de las licencias obligatorias *no son* compartidas por los límites (excepciones y limitaciones) a los derechos exclusivos de propiedad intelectual.

[148] **Con respecto al primer argumento de la reclamante:** El análisis detallado en párrafos anteriores, halla su vínculo con el caso reclamado respecto del artículo 217 del Coesc. Este artículo establece la posibilidad de expedir licencias obligatorias sobre los derechos exclusivos de un titular relativos a obras literarias, artísticas, musicales o audiovisuales, cuando fuese aplicable alguna de las cinco causales específicas consignadas en ese artículo; de acuerdo a las consideraciones que se harán a continuación.

[149] Con respecto al reclamo, en cuanto se refiere en general al artículo 217 del Coesc, cabe observar que la Decisión 351 sólo contiene una disposición que trate de licencias obligatorias, a saber, la del artículo 32. Este artículo dice lo siguiente:

Artículo 32.- En ningún caso, las **licencias** legales u **obligatorias** previstas en las legislaciones internas de los Países Miembros, podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor. [La letra negrita es añadida]

[150] De la disposición del artículo 32 de la Decisión 351 pueden extraerse los siguientes puntos:

- la Decisión 351 trata a las licencias obligatorias en una *disposición distinta* de las que tratan de los límites (excepciones y limitaciones) a los derechos;

- la Decisión 351 admite expresamente la posibilidad de que los Países Miembros *prevean la concesión de licencias obligatorias*, señalando que ello se hará mediante las *legislaciones* internas de los Países Miembros; y
- la única restricción a la facultad de adoptar leyes que permitan conceder licencias obligatorias es que estas licencias no excedan los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

[151] El artículo 217 del Coesc es coherente con los dos primeros puntos antes referidos en la medida en que ese artículo regula las licencias obligatorias en disposiciones distintas a las que regulan las limitaciones y excepciones, y que regula a las licencias obligatorias mediante *legislación* con rango de ley (como ese el caso del Coesc).

[152] En lo que atañe al tercer requisito, a saber, que las licencias obligatorias previstas en la ley del País Miembro no deben exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna o por la Convención Universal mencionados, es necesario examinar cuáles son los límites permitidos por esos tratados.

[153] El Convenio de Berna no trata expresamente de las licencias obligatorias en ninguno de sus artículos. Sin embargo, contiene algunas disposiciones que facultan a los países miembros del Convenio a establecer *reservas y condiciones* respecto al ejercicio de ciertos derechos exclusivos sobre determinadas obras.<sup>44</sup> El tenor de esas disposiciones

---

<sup>44</sup> Las partes relevantes de esas disposiciones del Convenio de Berna se transcriben a continuación:

*Artículo 11bis*

1) *Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:*

1° *la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;*

2° *toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;*

3° *la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.*

2) *Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1) anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.*

3) Salvo estipulación en contrario, una autorización concedida de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo no comprenderá la autorización para grabar, por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos o de imágenes, la obra radiodifundida. Sin embargo, queda reservado a las legislaciones de los países de la Unión establecer el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones. Estas legislaciones podrán autorizar la conservación de esas grabaciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación.

*Artículo 13*

1) Cada país de la Unión, podrá, por lo que le concierne, establecer reservas y condiciones en lo relativo al derecho exclusivo del autor de una obra musical y del autor de la letra, cuya grabación con la obra musical haya sido ya autorizada por este último, para autorizar la grabación sonora de dicha obra musical, con la letra, en su caso; pero todas las reservas y condiciones de esta naturaleza no tendrán más que un efecto estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán, en ningún caso, atentar al derecho que corresponde al



indica que ellas regulan más bien la libertad que tienen los países adheridos a ese Convenio de establecer *limitaciones* sujetas al pago de una remuneración equitativa. Tales limitaciones incluyen las 'licencias legales' mencionadas en el artículo 32 de la Decisión 351.

[154] Al no prever el Convenio de Berna ninguna disposición específica sobre licencias obligatorias, ese Convenio no sería relevante para efectos de verificar la compatibilidad del artículo 217 del Coesc con el artículo 32 de la Decisión 351.<sup>45</sup>

[155] Por su parte, la Convención Universal sobre Derecho de Autor, Artículo V, contiene ciertas disposiciones referidas a "licencias obligatorias", pero únicamente con respecto al derecho de traducción de obras, y la posibilidad de *traducir* a la lengua nacional obras protegidas y publicar las traducciones así realizadas.<sup>46</sup>

---

autor para obtener una remuneración equitativa fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.

[...]

Artículo 14

1) Los autores de obras literarias o artísticas tendrán el derecho exclusivo de autorizar:

1° la adaptación y la reproducción cinematográficas de estas obras y la distribución de las obras así adaptadas o reproducidas;

2° la representación, ejecución pública y la transmisión por hilo al público de las obras así adaptadas o reproducidas.

2) La adaptación, bajo cualquier forma artística, de las realizaciones cinematográficas extraídas de obras literarias o artísticas queda sometida, sin perjuicio de la autorización de los autores de la obra cinematográfica, a la autorización de los autores de las obras originales.

3) Las disposiciones del Artículo 13.1) no son aplicables.

<sup>45</sup> Cabe notar que el Anexo del Convenio de Berna (Acta de 1971) prevé a favor de los países en desarrollo la opción de declarar que **sustituirán** en sus leyes los derechos exclusivos de reproducción y de traducción de ciertas categorías de obras literarias y audiovisuales por un régimen de licencias no exclusivas e intransferibles, concedidas por la autoridad competente en las condiciones ahí especificadas. Ninguno de los Países Miembros de la CAN se ha acogido a esa opción, y ninguno ha reemplazado los derechos exclusivos de traducción y de reproducción. Estos derechos exclusivos se mantienen íntegros conforme a los previstos en los estándares internacionales y en la Decisión 351, sin perjuicio de la facultad de los países de prever en sus leyes los límites y las medidas correctivas mencionadas antes.

<sup>46</sup> El Artículo V de la Convención Universal establece lo siguiente:

#### Artículo V

1. El derecho de autor comprende el derecho exclusivo de hacer, de publicar y de autorizar que se haga y se publique la traducción de las obras protegidas por la presente Convención.

2. Sin embargo, cada Estado contratante podrá restringir en su legislación nacional el derecho de traducción para los escritos, pero solo ateniéndose a las disposiciones siguientes:

Si a la expiración de un plazo de siete años a contar de la primera publicación de un escrito, la traducción de este escrito no ha sido publicada en la lengua nacional o en una de las lenguas nacionales de un Estado contratante, por el titular del derecho de traducción o con su autorización, cualquier nacional de ese Estado contratante podrá obtener de la autoridad competente de tal Estado una licencia no exclusiva para traducir y publicarla en la lengua nacional en que no haya sido publicada la obra. Tal licencia solo podrá concederse si el solicitante, conforme a las disposiciones vigentes en el Estado donde se presente la petición, demuestra que ha pedido al titular del derecho la autorización para hacer y publicar la traducción, y que después de haber hecho las diligencias pertinentes no pudo localizar al titular del derecho u obtener su autorización. En las



[156] Entonces, corresponde examinar si alguna de las disposiciones que regulan las cinco causales de concesión de licencias obligatorias consignadas en el artículo 217 del Coesc resultaría incompatible con el Artículo V de la Convención Universal referida. En este sentido se observa que sólo la causal prevista en el apartado 3 del artículo 217 se refiere a la concesión de licencias obligatorias para la traducción de obras. Ese apartado estipula lo siguiente:

Artículo 217.- De la concesión de licencias obligatorias.- La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá conferir licencias obligatorias sobre los derechos exclusivos de un titular, constituidos sobre obras literarias o artísticas, musicales o audiovisuales en los siguientes casos: [...]

3. Cuando una obra literaria o artística no se encuentre traducida al castellano, a uno de los idiomas oficiales de relación intercultural o a los idiomas oficiales en los territorios respectivos y tal traducción no se encuentre disponible en el mercado nacional;

[157] Esta disposición del Coesc solo establece, *de manera general*, que será causal para la concesión de una licencia obligatoria el hecho que una obra no se encuentre traducida a determinados idiomas en uso en Ecuador, y que la traducción no se encuentre disponible en el mercado nacional. Esa disposición no contiene ningún detalle relativo a los plazos, procedimientos, formalidades, pago de remuneración y otros requisitos que serían aplicables en caso de concederse una licencia obligatoria por esa causal.

[158] En este sentido, las disposiciones del Artículo 217, apartado 3, del Coesc no exceden los límites permitidos en las disposiciones del Artículo V de la Convención Universal, por cuanto ésta última es de naturaleza procedimental y de detalle. Más bien se trata de disposiciones que son complementarias y el cumplimiento de una de ellas no conllevaría el incumplimiento de la otra. Las disposiciones de la Convención Universal sobre

---

mismas condiciones se podrá conceder igualmente la licencia si están agotadas las ediciones de una traducción ya publicada en una lengua nacional.

Si el titular del derecho de traducción no hubiere sido localizado por el solicitante, éste deberá transmitir copias de su solicitud al editor cuyo nombre aparezca en los ejemplares de la obra y al representante diplomático o consular del Estado del cual sea nacional el titular del derecho de traducción, cuando la nacionalidad del titular de este derecho es conocida, o al organismo que pueda haber sido designado por el Gobierno de ese Estado. No podrá concederse la licencia antes de la expiración de un plazo de dos meses desde la fecha del envío de la copia de la solicitud.

La legislación nacional adoptará las medidas adecuadas para asegurar al titular del derecho de traducción una remuneración equitativa y de acuerdo con los usos internacionales, así como el pago y el envío de tal remuneración, y para garantizar una correcta traducción de la obra.

El título y el nombre del autor de la obra original deben imprimirse asimismo en todos los ejemplares de la traducción publicada. La licencia sólo será válida para la publicación en el territorio del Estado contratante donde ha sido solicitada. La importación y la venta de los ejemplares en otro Estado Contratante serán posibles si tal Estado tiene como lengua nacional aquélla a la cual ha sido traducida la obra, si su legislación nacional permite la licencia y si ninguna de las disposiciones en vigor en tal Estado se opone a la importación y a la venta, la importación y la venta en todo Estado Contratante en el cual las condiciones precedentes no se apliquen se reservara a la legislación de tal Estado y a los acuerdos concluidos por el mismo. La licencia no podrá ser cedida por su beneficiario.

La licencia no podrá ser concedida en el caso de que el autor haya retirado de la circulación los ejemplares de la obra.



licencias obligatorias de traducción facilitarían la aplicación práctica de las disposiciones correspondientes del Coesc.

[159] **Con respecto al segundo argumento de la reclamante:** reclamo referido en particular al apartado 2 del artículo 217 del Coesc, que estipula lo siguiente:

Artículo 217.- De la concesión de licencias obligatorias.- La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá conferir licencias obligatorias sobre los derechos exclusivos de un titular, constituidos sobre obras literarias o artísticas, musicales o audiovisuales en los siguientes casos: [...]

2. Cuando el titular de una obra musical ha otorgado la autorización para la interpretación o grabación a una persona y no exista la posibilidad de que se pueda obtener otra autorización para nueva interpretación o grabación por parte de un tercero. No cabe la aplicación de esta licencia obligatoria cuando exista negativa expresa de autorización del titular;

[160] Esta disposición del Coesc establece una causal específica para la concesión de licencias obligatorias para realizar, en ciertos casos precisos, una nueva interpretación o grabación de una obra musical. Al respecto, puede constatarse lo siguiente:

- Nada impide a un País Miembro, en ejercicio de su soberanía y la realización de sus políticas públicas, prever en su legislación la posibilidad de conceder licencias obligatorias destinadas a evitar o resolver situaciones específicas. Esta facultad regulatoria está prevista en la Decisión 351 (artículo 32) y no está prohibida por los tratados sobre propiedad intelectual que vinculan a los Países Miembros.
- La facultad de prever la concesión de licencias obligatorias no significa ni implica que se anulen o desconozcan los derechos exclusivos respecto de las obras o prestaciones que pudieran ser objeto de tales licencias. Esos derechos exclusivos se mantienen incólumes y sólo se vuelven parcialmente inaplicables respecto del eventual beneficiario de la licencia obligatoria, y sólo dentro de los términos puntuales de esa licencia.
- La causal prevista en el apartado 2 mencionado se enmarca dentro de los límites señalados por el artículo 32 de la Decisión 351, como se explicó en los párrafos precedentes. En tal sentido, esa disposición sería compatible con la Decisión 351.

[161] Por otra parte, cabe observar que la disposición del apartado 2 en cuestión confiere al titular del derecho exclusivo la posibilidad de *negarse* a que se conceda la autorización mediante la licencia obligatoria. Esta opción que la propia ley brinda al titular para que exprese su negativa al licenciamiento obligatorio constituye una norma *sui generis* pues usualmente las licencias obligatorias pueden concederse independientemente de la voluntad o anuencia del titular del derecho afectado. En el caso de la disposición comentada, se necesitaría al menos que el titular del derecho afectado se abstenga de expresar su negativa a la concesión de la licencia obligatoria para que ésta pueda otorgarse.

[162] Bajo la óptica de una interpretación estricta de lo que se entiende generalmente por una licencia obligatoria, podría concluirse que la disposición del apartado 2 materia del reclamo establece una licencia que no sería propiamente "obligatoria". Esta

característica alejaría aún más la posibilidad de una incompatibilidad entre la disposición del apartado 2 comentado y el artículo 32 de la Decisión 351.

[163] **En conclusión** y por las razones expuestas en los párrafos precedentes, es criterio de esta Secretaría General que la causal de licencia obligatoria prevista en el apartado 3 del artículo 217 del Coesc, al no presentar ninguna contradicción o incompatibilidad con la Convención Universal, no incumple con el artículo 32 de la Decisión 351, que remite de manera expresa a esa Convención para identificar “los límites permitidos” en la concesión de licencias obligatorias.

[164] Además, el artículo 217 del Coesc de Ecuador, y en particular los apartados 2 y 3 de ese artículo, no implican el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 13 y 14 de la Decisión 351.

#### 2.1.4. El alegado incumplimiento del artículo 21 de la Decisión 351

[165] Los ejes principales del reclamo en este punto son los artículos 211 y 212 del Coesc. Sayce alega que dichas disposiciones incumplen con el artículo 21 de la Decisión 351.

[166] El artículo 211 del Coesc dispone lo siguiente:

Artículo 211.- Uso justo.- No constituirá una violación de los derechos patrimoniales el uso o explotación de una obra o prestación protegida, en los casos establecidos en el artículo siguiente, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de la obra o prestación protegida y no causan perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Para determinar si el uso de la obra o prestación se adecua a lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta lo establecido en este Código y los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte. Además, se deberá considerar al menos los siguientes factores:

1. Los objetivos y la naturaleza del uso;
2. La naturaleza de la obra;
3. La cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto, de ser el caso;
4. El efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra; y,
5. El goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales

[167] De otra parte, el artículo 212 del Coesc señala:

Artículo 212.- Actos que no requieren autorización para su uso.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, de conformidad con la naturaleza de la obra, los instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte y los principios de este Código, no constituirá violación de los derechos patrimoniales del titular de derechos, aquellos casos determinados en el presente artículo, siempre que no atenten contra la normal explotación de las obras y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. En este sentido, los siguientes actos no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna:

1. La inclusión en una obra propia de fragmentos breves de obras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, de carácter plástico, fotográfico, figurativo o similares, siempre que se trate de obras ya divulgadas, que su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin que se persiga, y siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, y que en ningún caso constituya una explotación encubierta de la obra.  
Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas;
2. La utilización de una obra en el curso de procedimientos oficiales de la administración pública, la legislatura o la administración de justicia;
3. La exhibición, ejecución, interpretación y comunicación pública de obras en actos oficiales organizados por las instituciones del Estado, con fines conmemorativos, culturales, científicos o educativos, siempre que la asistencia sea gratuita y que los participantes no perciban una remuneración específica por su intervención en el acto. Se entenderá por actos oficiales aquellos que se organizan con la presencia de varias autoridades (civiles, eclesiásticas o militares) y que tienen un protocolo determinado para su desarrollo;
4. La reproducción, traducción, distribución y comunicación pública con fines informativos de artículos, comentarios, fotografías, ilustraciones y obras similares sobre sucesos de actualidad y de interés colectivo, siempre que se mencione la fuente y el nombre del autor, si el original lo indica, y no se haya hecho constar en origen la reserva de derechos;
5. La reproducción, traducción y comunicación pública con fines informativos de conferencias, discursos y obras similares divulgadas en asambleas, reuniones públicas o debates públicos sobre asuntos de interés general;
6. La reproducción, adaptación, distribución y comunicación pública con fines informativos de las noticias del día o de hechos diversos que tengan el carácter de simples informaciones periodísticas, difundidas por cualquier medio o procedimiento, siempre que se indique su origen;
7. La reproducción, adaptación, distribución o comunicación pública con fines científicos o educativos y para garantizar acceso a las personas con discapacidad de las obras arquitectónicas, fotográficas, de bellas artes, de arte aplicado u otras similares, que se encuentren situadas permanentemente en lugares abiertos al público, mediante la fotografía, la pintura, el dibujo, la filmación o cualquier otra técnica o procedimiento similar, siempre que se indique el nombre del autor de la obra original, si ello es conocido, y el lugar donde se encuentra;
8. La reproducción y comunicación pública con fines informativos de obras vistas u oídas en el curso de acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública de forma alámbrica o inalámbrica;
9. La reproducción en forma individual de una obra por una biblioteca, archivo o museo, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección de la biblioteca, archivo o museo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:



- a. Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización;
- b. Entregar a otra biblioteca o archivo el ejemplar reproducido para fines de préstamo a los usuarios de esta biblioteca o archivo. La biblioteca o archivo que reciba el ejemplar podrá a su vez realizar una copia de él si ello es necesario para la conservación del ejemplar y la copia se destina a la utilización por parte de sus usuarios; o,
- c. Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.

Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos:

- i. La reproducción de fragmentos de obras que se encuentren en su colección, a solicitud de un usuario de la biblioteca o archivo exclusivamente para su uso personal;
- ii. La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones;
- iii. La traducción de obras originalmente escritas en idioma extranjero y legítimamente adquiridas cuando, al cumplirse un plazo de tres años contados desde la primera publicación o de un año en caso de publicaciones periódicas, su traducción al castellano, demás idiomas de relación intercultural y los idiomas oficiales en los respectivos territorios, no haya sido publicada en el país por el titular del derecho;
- iv. La traducción deberá ser realizada con fines de investigación o estudio para los usuarios de dichas bibliotecas o archivos, y sólo podrá ser reproducida en citas parciales en las publicaciones que resulten de dichas traducciones;
- v. El suministro de acceso temporal a los usuarios de la biblioteca o archivo, o a otras bibliotecas o archivos, a las obras protegidas por derechos de autor o prestaciones protegidas por derechos conexos que se encuentren incorporadas en un soporte digital o en otro medio intangible, que se encuentren dentro de sus colecciones;
- vi. La reproducción y el suministro de una copia de las obras protegidas por derechos de autor o prestaciones protegidas por derechos conexos a otra biblioteca o archivo, o a otras bibliotecas o archivos donde quiera que se ubiquen, o conforme con cualquier otra excepción que permita al archivo o biblioteca receptora efectuar tal copia;
- vii. La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad;



- viii. La minería de textos. Las bibliotecas o archivos y sus funcionarios estarán exentos de responsabilidad por los actos que realicen sus usuarios siempre y cuando actúen de buena fe y tengan motivos razonables para creer que la obra protegida por derechos de autor o la prestación protegida por derechos conexos se ha utilizado en el marco permitido por las limitaciones y excepciones previstas en el presente Parágrafo o de un modo que no está restringido por los derechos sobre la obra o prestación, o que dicha obra o prestación se encuentra en el dominio público o bajo una licencia que permita su uso;
10. El préstamo público en forma individual de una obra audiovisual por una videoteca u otra colección de obras audiovisuales, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en el repertorio de la videoteca o colección;
  11. La realización, por parte de un organismo de radiodifusión y mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de grabaciones efímeras de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación dentro de cinco años, salvo en el caso de grabaciones con un especial valor histórico o cultural que ameriten su preservación;
  12. 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;
  13. La sátira, pastiche o parodia de una obra divulgada, siempre que se ajuste a las reglas de estos géneros, mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor o del artista intérprete o ejecutante, según el caso. En ningún caso esta utilización podrá constituir una explotación encubierta de la obra.
  14. La anotación y registro, inclusive por medios técnicos no audiovisuales, con fines de uso personal de lecciones y conferencias dictadas en universidades, escuelas politécnicas, institutos superiores técnicos y tecnológicos, colegios, escuelas, centros de educación y capacitación en general, y otras instituciones de enseñanza, por parte de aquellos a quienes dichas lecciones y conferencias van dirigidas. Las mencionadas anotaciones y registros no podrán ser objeto de comercialización o uso público alguno sin autorización del titular de los derechos;
  15. La reproducción con fines de enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas de artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves fragmentos o extractos de obras lícitamente publicadas, u obras plásticas aisladas, a condición de que tal utilización no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso. Las obras mencionadas en el inciso anterior se podrán utilizar en el curso de procesos de estudio o aprendizaje presencial, semi-presencial, dual, en línea y a distancia, siempre que se destine exclusivamente a los alumnos de las respectivas clases.

16. En el caso de obras huérfanas, o que no estén disponibles lícitamente en el comercio nacional por un plazo superior a un año contado a partir de su primera publicación, y mientras subsistan en esa calidad o circunstancia, las instituciones de enseñanza podrán utilizar en su integridad las obras a que se refieren los dos incisos anteriores, siempre que la utilización de dichas obras sea requerida por la autoridad educativa correspondiente;
17. La representación, ejecución y comunicación pública de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por parte del personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por tal acto y el público esté compuesto principalmente 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;
18. La traducción o adaptación de una obra con fines académicos en el curso de las actividades de una institución de educación, sin la posibilidad de que tal traducción o adaptación puedan ser distribuidas posteriormente;
19. La utilización de software con fines de demostración a la clientela en los establecimientos comerciales en que se expongan o vendan o reparen equipos o programas computacionales, siempre que se realice en el propio local o de la sección del establecimiento destinadas a dichos objetos y en condiciones que eviten su difusión al exterior;
20. La utilización de obras de artes plásticas con fines exclusivamente de anunciar la exposición pública o venta de las mismas;
21. La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones realizada con fines de difusión de la cultura, siempre que no se cobre la entrada o haya un beneficio económico directo a favor del organizador;
22. La interpretación, ejecución y comunicación de obras musicales o audiovisuales al interior de establecimientos de los sistemas públicos de salud y educación; centros de rehabilitación social, siempre que esté destinada a los internos de dichos establecimientos y que quienes se encuentran en esas instituciones no estén afectos a un pago específico en favor de quien administra dichas instituciones por acceder a esa interpretación, ejecución o comunicación;
23. La reproducción provisional de una obra que de manera que sea transitoria o accesoria, forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y tener como única finalidad la transmisión lícita en una red entre terceros por parte de un intermediario, y que en ningún caso tenga una significación económica independiente;
24. La referencia o enlace de sitios en línea, u otras actividades lícitas similares, así como la reproducción y almacenamiento necesarios para el proceso de funcionamiento de un motor de búsqueda de la Internet siempre y cuando esto no implique violación de contenidos protegidos;
25. La comunicación pública y reproducción de textos, dibujos, figuras y demás contenido de una solicitud o registro de propiedad industrial o solicitud o certificado de obtentor por medio de bases de datos abiertas al público siempre que, en el caso de solicitudes, éstas tengan carácter público;



26. La comunicación pública de obras que se realice en establecimientos abiertos al público de propiedad de microempresario, pequeños empresarios o artesanos calificados, a través de un único aparato casero cuya actividad principal no involucre de forma indispensable tal comunicación pública o que la utilización no tenga fines de ambientación. Para efectos de este tipo de comunicación se entenderán comprendidos los derechos conexos que existan sobre las prestaciones involucradas;
27. La comunicación pública de obras que se realice en unidades de transporte público que no se encuentren destinadas a actividades turísticas o de entretenimiento;
28. La ejecución o comunicación pública de obras con fines educativos y no lucrativos. No podrán hacer uso de esta excepción:
  - a. Las entidades privadas con fines de lucro no consideradas microempresas;
  - b. Las entidades privadas sin fines de lucro que tengan vínculo con una entidad privada con fin de lucro; y,
  - c. Las entidades sin fines de lucro extranjeras; y,
29. Las entidades sin fines de lucro reconocidas por el Estado o aquellas que reciban apoyo financiero de éste y que presten servicios de educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a información a personas con discapacidades, podrán, de aquellas obras que hayan sido adquiridas legalmente, reproducirlas, distribuirlas y ponerlas a disposición del público, en formatos accesibles a las personas con discapacidad. El acceso a dichas obras incluirá la posibilidad de representarlas y ejecutarlas públicamente, con el fin de que puedan ser accesibles a personas con discapacidad. Las personas con discapacidad o quién actúe a su nombre, podrán realizar las mismas actividades detalladas en el inciso anterior de aquellas obras que hayan sido adquiridas legalmente para su uso personal.
30. La comunicación pública, transmisión y retransmisión realizada por parte de un organismo de radiodifusión comunitario, siempre y cuando este se ajuste a lo previsto en la normativa pertinente.

Se entiende que existe fin de lucro siempre que se genere un beneficio económico directo o indirecto para quien usa la obra o para un tercero que facilita el uso de la misma; en este caso se observarán las reglas generales sobre autorización de uso o explotación de obras por terceros previstas en este Código.

Lo dispuesto en este artículo también aplicará para las prestaciones. Bajo ningún concepto podrán aplicarse las limitaciones y excepciones descritas en el presente artículo cuando se use la obra con fines religiosos o de proselitismo político. Estas tampoco constituirán uso justo de la misma.

[168] El artículo 21 de la Decisión 351 dispone lo siguiente:

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. [La letra negrita es añadida]

- [169]La reclamante sustenta su argumento en un punto central, a saber: que lo dispuesto en el artículo 211 del Coesc incumple con el artículo 21 de la Decisión 351 al introducir el sistema del *fair use* propio del ordenamiento legal de los Estados Unidos de América, incompatible con la Decisión 351.
- [170]Asimismo, considerando la complejidad del tema a tratar, se analizará, en primer lugar, el marco teórico referido a los límites de los derechos de propiedad intelectual, para luego discutir el caso en concreto materia de análisis.
- [171]**Límites a los derechos de propiedad intelectual:** Los límites (excepciones y limitaciones) a los derechos de propiedad intelectual generalmente están preestablecidos en una norma legal. El legislador establece esos límites con el fin de realizar el objetivo de equilibrar el interés particular de los titulares de derechos de propiedad intelectual con el interés general y el interés público dentro de su jurisdicción. Los Estados suelen realizar este equilibrio mediante la adopción de normas que son vinculantes para las partes interesadas y para el Estado. Son pertinentes los párrafos precedentes relativos al segundo punto de la reclamación de Sayce.
- [172]La expedición de normas es una manifestación del ejercicio de la soberanía regulatoria del Estado y de la realización de sus funciones y facultades de policía al interior de su jurisdicción. El ejercicio de esa soberanía se enmarca además dentro de las 'flexibilidades' que resultan de la vinculación del Estado a tratados y otras obligaciones internacionales. Estas obligaciones internacionales pueden conferir expresamente al Estado adherente la libertad o la facultad de regular determinadas materias en cierto sentido. Tal es el caso de las excepciones y limitaciones que los países pueden adoptar, teniendo cuidado de cumplir con los tres criterios o requisitos previstos en dichos tratados. Pero más comúnmente, esos tratados internacionales son de alcance limitado y no desarrollan o guardarán silencio sobre temas y detalles que, consecuentemente, quedan dentro del campo de regulación soberana del Estado. Por ejemplo, los tratados multilaterales no definen ni determinan el alcance del "agotamiento" del derecho sobre un producto que incorpora una obra, después de que el mismo se haya introducido en el comercio. Esos tratados tampoco regulan la mayor parte de lo que es materia de las normas nacionales sobre el derecho de autor y los derechos conexos, que complementan y detallan el contenido y ejercicio de los derechos esbozados en tales tratados.
- [173]Tratándose de los países de la Comunidad Andina, ese ejercicio de soberanía regulatoria del Estado no sólo se realiza a través de sus funciones legislativa y ejecutiva internas sino, además y paralelamente, a través de la participación soberana de esos Estados en los órganos normativos de la Comunidad Andina. Por esta razón, y en aplicación de las disposiciones de los tratados que enmarcan el ordenamiento legal de la Comunidad Andina, las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina también forman parte de la normativa vigente en cada uno de los Países Miembros.
- [174]La Decisión 351 y los tratados internacionales que vinculan a casi en su totalidad a los Países Miembros en materia de derechos de autor y derechos conexos reconocen expresamente la facultad que tienen los Países Miembros para establecer límites a los derechos exclusivos<sup>47</sup>. El ejercicio de esa facultad conlleva la obligación por parte del

<sup>47</sup> Los tratados multilaterales que vinculan a uno o más de los Países Miembros de la Comunidad Andina en materia de derechos de autor y derechos conexos y que prevén la posibilidad de establecer límites a los derechos exclusivos, son principalmente:

Estado de asegurarse que los límites que establezca en sus normas internas cumplan tres criterios o condiciones estipulados en esos tratados, a saber: (i) que el límite se aplique a determinados casos especiales, es decir situaciones específicas claramente definidas en la norma; (ii) que el límite no atenten contra la explotación normal de la obra o del derecho; y, (iii) que el límite no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular.

[175] Las normas internacionales que prevén la aplicación de estos tres criterios son vinculantes para los Estados contratantes de esos tratados. Consecuentemente, esas normas contenidas en los tratados van dirigidas a las autoridades de los Estados que -de conformidad con sus respectivas normas internas- fuesen competentes para establecer límites a los derechos de propiedad intelectual. Generalmente esas autoridades serán las de la función legislativa, pero los tratados referidos no prejuzgan sobre este aspecto.

[176] La verificación de que una excepción o limitación propuesta para su incorporación en la legislación cumple los tres criterios también es una competencia del Estado. A estos efectos serán las entidades y autoridades públicas competentes -normalmente las autoridades legislativas- las que soberana y autónomamente apreciarán si se cumple cada uno de los tres criterios antes de adoptar formalmente el límite propuesto. Esta labor comprende, por ejemplo, apreciar qué debe entenderse por 'explotación normal' de una obra, o qué constituiría un 'perjuicio injustificado' y cuál sería un 'interés legítimo del titular' respecto del uso o explotación de la obra. Esta apreciación incumbe al Estado en su labor de búsqueda del mejor equilibrio entre los intereses privados de los titulares y los

- 
- Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, Artículo 9.2),
  - Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculados al Comercio (ADPIC), Artículos 13 y 14.6,
  - Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), Artículo 10,
  - Convención Internacional sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convenio de Roma) Artículos 12 y 15.
  - Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Artículo 16.

Es relevante la interpretación concertada respecto del Artículo 10 del WCT que dice:

**Declaración concertada respecto del Artículo 10:** Queda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

También son relevantes las interpretaciones concertadas sobre el Artículo 16 del WPPT:

**Declaración concertada respecto de los Artículos 7, 11 y 16:** El derecho de reproducción, según queda establecido en los Artículos 7 y 11, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos.

**Declaración concertada respecto del Artículo 16:** La declaración concertada relativa al Artículo 10 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor también se aplica mutatis mutandis al Artículo 16 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.



intereses generales y públicos de terceros y del Estado en el país de que se trate. Son aplicables los comentarios contenidos en el punto anterior de este documento.

[177]Lo indicado en los párrafos precedentes respecto de la aplicación de los tres criterios constituiría la obligación mínima que deberán cumplir los países adheridos a esos tratados. Es decir que los Estados no podrían establecer excepciones o limitaciones a los derechos exclusivos de autor y derechos conexos que no cumplieran al menos con esos tres criterios. Sin embargo, por tratarse de una obligación de nivel mínimo<sup>48</sup>, los Estados estarían en libertad de ejercer su soberanía regulatoria para establecer requisitos o criterios adicionales para que operen ciertos límites a esos derechos. La introducción de criterios adicionales para que opere un límite tendría el efecto de hacer relativamente más difícil su aplicación. Esto a su vez tendría indirectamente el efecto de reforzar el derecho de propiedad intelectual objeto de ese límite en las situaciones en que -al no ser aplicable el límite- subsistiera el derecho exclusivo en todo su alcance. Tales disposiciones no serían contrarias a los tratados internacionales referidos.

[178]Lo mismo ocurriría si la normativa interna de un Estado permitiera que, al momento de aplicar una excepción o limitación prevista en la ley, se pudiera efectuar una nueva verificación de que el límite previsto en la ley cumple alguno de los tres criterios, y con ello se pudiera neutralizar o retardar la efectividad de ese límite. Por ejemplo, si la ley previera una excepción al derecho de reproducción a favor de entidades académicas y educativas, y al amparo de esa excepción una universidad reprodujera una obra con fines de ilustración de la enseñanza en el contexto de sus actividades académicas, causaría inseguridad jurídica si el titular de la obra pudiera impedir u obstaculizar esa actividad alegando que esa excepción prevista en la ley no cumple alguno de los tres criterios, no obstante que el legislador ya había verificado su cumplimiento al adoptar la excepción. Sin embargo, cabe observar que semejante disposición permisiva no sería contraria a las obligaciones internacionales pues tendría el efecto de conferir al derecho en cuestión una protección mayor que el mínimo requerido.

[179]**Respecto de los argumentos presentados en el reclamo:** La parte reclamante alega que el artículo 211 y -por remisión expresa de este- el artículo 212 del Coesc incumplen el artículo 21 de la Decisión 351.

[180]**En primer lugar**, se observa que el artículo 211 del Coesc remite expresamente al artículo 212 del mismo cuerpo. Por ello se hace necesario examinar ambos artículos conjuntamente.

[181]Puede observarse que la disposición del artículo 211 del Coesc implica o requiere una aplicación de los tres criterios de validez de las excepciones a los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor y los derechos conexos. Ese artículo estipula que no constituye una infracción de los derechos patrimoniales el uso o explotación de una obra o prestación en los casos (excepciones) establecidos en el artículo 212 del mismo Coesc. Pero esa inmunidad contra una infracción en los casos previstos en el artículo 212 queda condicionada a que tales casos «no atenten contra la normal explotación de la obra o

<sup>48</sup> Por ejemplo, el Adpic, Artículo 1.1, estipula que [...] “Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo.” [...]. También es relevante la aplicación del principio “*In dubio mitius*” en virtud del cual, en caso de duda sobre la medida en que se ha cedido o renunciado a la soberanía nacional por efecto de un tratado, se preferirá la interpretación que preserve el máximo de soberanía de las partes. Ver comentario de Larouer, Christophe J., “*In the Name of Sovereignty? The Battle over In Dubio Mitius Inside and Outside the Courts*” (2009). Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 22. [http://scholarship.law.cornell.edu/lps\\_clacp/22](http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/22)



prestación protegida y no causan perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos».

[182] Además de establecer los tres criterios comentados, el artículo 211 establece cinco factores que deberán considerarse para determinar si el uso de la obra o prestación (*no el establecimiento de excepciones o limitaciones, ya establecidas en el artículo 212*) se adecua a dichos tres criterios, esto es una verificación *ex post* del cumplimiento de los tres criterios. Estos factores tendrían el efecto de orientar la referida verificación de los tres criterios a fin de dar mayor garantía de su cumplimiento en función de factores relevantes. En tal sentido, esta disposición no añade nuevos criterios por encima de los tres criterios estándar ya previstos para la validez de las excepciones, sino que establece cinco factores a tener en cuenta para validar esos tres criterios. También se observa que estos cinco factores son mínimos y que, por ende, la autoridad de verificación de los tres criterios podría estimar conveniente tomar en cuenta otros factores diferentes. Es preciso también indicar que la introducción de tales criterios no implica que se haya incluido en el Coesc el sistema del *fair use* en la medida que la principal característica de este es que responde a una lista abierta de límites, mientras que el sistema basado en el criterio triple parte de una lista cerrada de límites.<sup>49</sup> Esta disposición, al tener una finalidad complementaria, no implicaría ningún incumplimiento de la Decisión 351.

[183] Con el fin de dar claridad, conviene explicar en líneas generales que el sistema de '*fair use*' ("uso leal") referido a las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos de autor se considera un sistema "abierto" por cuanto no se basa en un *numerus clausus* o lista "cerrada" de excepciones y limitaciones preestablecidas en la legislación.

[184] El sistema del "*fair use*" se basa en un examen y apreciación caso por caso por la autoridad de aplicación (administrativa o judicial) y la determinación -caso por caso- que el acto de uso o reproducción de la obra o prestación no constituye una infracción. Para apreciar el caso concreto la autoridad de aplicación puede aplicar ciertos factores establecidos en la ley o determinados por la jurisprudencia.

[185] La Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos de América, artículo 107, prevé la excepción de "*fair use*".<sup>50</sup> Esa disposición menciona algunos ejemplos de los casos más

---

<sup>49</sup> Cabe señalar que cuatro de los cinco factores mencionado en el artículo 211 se inspiran directamente en los factores establecidos en el artículo 107 de la Ley de Derecho de Autor (Copyright Law), Title 17 USC, 1976 – 2016. La parte pertinente de ese artículo dice:

[...] In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copy- righted work as a whole; and
- (4) (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copy- righted work. [...]

<sup>50</sup> **107. Limitations on exclusive rights: Fair use**

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section,

importantes en los cuales el uso o explotación de una obra o prestación protegida no constituiría una infracción del derecho exclusivo. Además, establece cuatro factores que las autoridades de aplicación deberán tomar en cuenta para apreciar si el uso de una obra o prestación es 'leal' o 'justo' y, consecuentemente, puede permitirse sin sanción.

[186]Lo que caracteriza esencialmente el sistema de '*fair use*' no es la lista de los factores a tomar en cuenta para apreciar el caso concreto. La característica esencial es que la licitud del uso o explotación de una obra se aprecia caso por caso, por una autoridad de aplicación (juez) que debe determinar si el uso no autorizado de la obra está justificado. Es decir que no hay exenciones preestablecidas, aunque los ejemplos de la norma constituyen una base mínima de referencia para los usos autorizados de una obra: crítica, comentario, información de noticias, enseñanza (incluyendo la reproducción de múltiples ejemplares para uso en clase), estudios académicos o investigación.

[187]El '*fair use*' tiene la ventaja de la flexibilidad casi total que permite traer a colación en cualquier momento un nuevo tipo de uso que podría ser exceptuado.

[188]Respecto del artículo 212 del Coesc, se constata que él también contiene disposiciones que introducen los criterios de validez de las excepciones estipuladas en ese artículo. El encabezamiento del artículo 212 dispone lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, de conformidad con la naturaleza de la obra, los instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte y los principios de este Código, no constituirá violación de los derechos patrimoniales del titular de derechos, aquellos casos determinados en el presente artículo, **siempre que no atenten contra la normal explotación de las obras y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.** En este sentido, los siguientes actos no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna (...)» [La letra negrita es añadida].

[189] **En segundo lugar**, conviene examinar el sentido y alcance del artículo 21 de la Decisión 351.

[190] La disposición contenida en el artículo 21 de la Decisión 351 reconoce expresamente la facultad que tienen los Países Miembros para establecer -mediante sus legislaciones internas- excepciones y limitaciones al derecho de autor. Ese reconocimiento expreso se acompaña con la condición obligatoria de que las limitaciones y excepciones que se establezcan en las legislaciones se circunscriban 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».

---

for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

- [191] Una interpretación sistémica de la disposición del artículo 21 lleva a concluir que, a través de este artículo, el legislador andino ha incorporado en la Decisión 351 los mismos tres criterios o condiciones estándar de validez de las excepciones y limitaciones que están previstos en los instrumentos internacionales referidos antes, y que casi en su totalidad vinculan a los Países Miembros de la Comunidad Andina.
- [192] Sin perjuicio de lo anterior, al examinar el alcance del artículo 21 es conveniente despejar los efectos que podrían derivar de la presencia de dos palabras en ese artículo, a fin de evitar una posible interpretación restrictiva de la disposición.
- [193] En primer lugar, la palabra 'circunscribirán', como se emplea en el artículo 21, podría entenderse que excluye de cualquier desarrollo normativo que vaya más allá de los tres criterios o condiciones mínimas para validar los límites a los derechos exclusivos. Sin embargo, una interpretación sistémica del artículo 21 permite concluir que al 'circunscribir' la facultad normativa de los Países Miembros se buscó impedir que estos puedan adoptar excepciones o limitaciones que no cumplieran con los tres criterios antes referidos. En este sentido, queda claro que el artículo 21 restringe a los Países Miembros su facultad de adoptar límites a los derechos exclusivos al requerir que se incluya en las normas solo las excepciones y limitaciones que cumplieran con aquellos tres criterios mínimos.
- [194] Se observa, por ejemplo, que la palabra 'circunscribirán' se emplea en el mismo sentido y con el mismo alcance en el artículo 13 del Adpic, que estipula lo siguiente:

Artículo 13.- Limitaciones y excepciones.- Los Miembros **circunscribirán** las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. [La letra negrita es añadida]

- [195] Otra palabra cuya presencia en el artículo 21 requiere aclaración para entender el alcance de ese artículo y prevenir una posible interpretación de consecuencias legales no deseada es la disyuntiva 'o' que aparece después de la palabra 'obras' en la disposición. No cabría interpretar esa disyuntiva en el sentido de que bastaría que se cumpliera solo uno de los criterios referidos pues -para la validez legal de una excepción o limitación- es requisito legal que se cumplan conjuntamente los tres criterios o condiciones reconocidos por la Decisión 351.
- [196] A modo ilustrativo, como puede constatarse de la lectura del artículo 13 del Adpic (transcrito arriba), los tres criterios o condiciones estándar se presentan como elementos de aplicación conjunta. La falta de uno de ellos implicaría el incumplimiento de las exigencias mínimas para la validez de una excepción o limitación.
- [197] Del análisis de los artículos 211 y 212 efectuado en párrafos precedentes se constata que ellos no contravienen el sentido del artículo 21 de la Decisión 351. Estos tres artículos concuerdan en lo esencial, a saber, el requisito de que las limitaciones y excepciones cumplan los tres criterios o condiciones estándar previstos en la normativa internacional aplicable.
- [198] Lo previsto en los artículos 211 y 212 para la aplicación de las excepciones a los derechos exclusivos no constituyen la inclusión del sistema del *fair use* ya que no establece una lista abierta; se encuentra dentro del margen de facultades soberanas de regulación de los Países Miembros, y no implicaría un incumplimiento de la

normativa andina.

[199] Finalmente, es necesario precisar que los epígrafes o sumillas que preceden el texto de los artículos 211 y 212 (respectivamente, 'uso justo' y 'actos que no requieren autorización para su uso'), no pueden interpretarse bajo la lógica de determinar el sentido o el alcance de la norma respectiva. Esos epígrafes resumen el contenido de los artículos, pero no determinan a priori ni prejuzgan de su compatibilidad con el ordenamiento legal andino. Una determinación de incumplimiento sólo puede hacerse examinando la totalidad de cada disposición, entendiendo e interpretando su esencia sistémicamente y cotejando su interpretación con las normas andinas aplicables, previamente interpretadas de la misma manera.

[200] **En conclusión** y considerando las razones detalladas en los párrafos precedentes es el criterio de esta Secretaría General que la adopción y aplicación del artículo 211 y, por extensión, del artículo 212 del Coesc de la República de Ecuador no implica un incumplimiento del artículo 21 de la Decisión 351.

### 2.1.5. El alegado incumplimiento del artículo 49 de la Decisión 351

[201] El eje principal del reclamo en este punto es el artículo 239 del Coesc. El reclamante asegura que dicha disposición incumple con el artículo 49 de la Decisión 351. Para un mejor entendimiento se reproducen, a continuación, los dos artículos referidos.

[202] El artículo 239 del Coesc dispone:

Artículo 239.- De la administración de las sociedades de gestión.- Las sociedades de gestión colectiva autorizadas estarán obligadas a administrar los derechos que les son confiados y estarán legitimadas para ejercerlos de conformidad con este Libro y en los términos previstos **en sus propios estatutos, en los mandatos que se les hubieren otorgado y en los contratos que hubieren celebrado con entidades extranjeras**, según el caso.

Sin perjuicio de las acciones que correspondan por cobro injustificado, las sociedades de gestión colectiva gozarán de presunción de representación para la recaudación de los valores por derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor y derechos conexos.

**Para el ejercicio de las acciones de observancia** establecidas en el presente Código, las sociedades de gestión colectiva **deberán aportar al proceso copia de sus estatutos y de la autorización para actuar como entidad de gestión, así como acreditar la calidad de representantes, mandatarios o apoderados del titular de los derechos a nombre de quién comparecen en el respectivo proceso** o procedimiento [La letra negrita es añadida]

[203] De otra parte, el artículo 49 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus **propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras**, para ejercer los derechos confiados a su administración y **hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales**. [La letra negrita es añadida]

[204]Habiéndose indicado anteriormente los argumentos de ambas partes, a continuación se evaluará si el artículo 239 del Coesc contraviene el artículo 49 de la Decisión 351.

[205]La reclamante sustenta sus argumentos en dos puntos, los cuales serán analizados en el presente Dictamen. Dichos argumentos son: (i) que la Decisión 351 no requiere la exigencia de los mandatos ni de los requerimientos adicionales determinados en el tercer párrafo del artículo 239 del Coesc; y, (ii) que el Coesc anula la institución jurídica de la legitimación activa.

[206]Al respecto merece la pena indicar que, a fin de determinar el correcto alcance del artículo 49 de la norma comunitaria, corresponde referirse previa y brevemente a algunas consideraciones generales de las SGC (tales como su concepto, la justificación de su existencia y su naturaleza jurídica, su legitimación activa entre otros), para finalmente referirse al caso en concreto.

[207]**Aspectos generales de las SGC:** En lo referido al **concepto** de las SGC, se tiene que la Decisión 351 no contiene una definición específica de dicho término, no obstante ello, el Tribunal, en el proceso N° 22-IP-98<sup>51</sup>, se refirió a estas en los términos siguientes: «Las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, son organizaciones de derecho privado destinada 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 (...)».

[208]La doctrina internacional ha definido a las SGC como los intermediarios entre los autores y usuarios que representan y administran colectivamente los derechos de los autores y titulares. Tienen entre sus funciones principales el monitoreo y la autorización de los usos de obras protegidas, la recaudación y la consecuente distribución de las remuneraciones entre sus representados.

[209]En lo referido a la **existencia** de las SGC, el Tribunal la justificó de la siguiente manera:

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

- i.El ejercicio individual del derecho de autor resulta de muy difícil cumplimiento frente a la adversidad 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.
- ii.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.
- iii.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-
- iv.La garantía para el usuario de poder obtener licencia de uso por parte de una sociedad de gestión, que representa a todos los artistas.

<sup>51</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 22-IP-98.



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”<sup>52</sup>.

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»<sup>53</sup>.

[210] Asimismo, sobre este punto hay que considerar que en la era de usos masivos de información, las SGC crean un puente entre los creadores culturales y los utilizadores de obras, sirviendo de nexo entre ellos. Dichas sociedades reagrupan los derechos y, de esta manera, facilitan su adquisición por parte de los usuarios. A la inversa, ellas garantizan a los creadores culturales una remuneración por el uso de sus obras<sup>54</sup>.

[211] En síntesis, como bien explica el Tribunal, «(...) su existencia se justifica en el sentido de velar por la protección de los derechos de los titulares de derechos de autor, siempre y cuando su misión esté en armonía con las disposiciones legales. Adicionalmente, la otra gran justificación consiste en comportar una garantía para el usuario de la obra, interpretación o ejecución artística, o fonograma, según sea el caso»<sup>55</sup>.

[212] La **naturaleza jurídica** de las SGC se determina considerando que estas entidades «(...) son, fundamentalmente, una herramienta o instrumento para la protección de los derechos que corresponden a los autores y a los demás titulares de derechos de propiedad intelectual. Por tanto, las entidades de gestión no son el sujeto protegido por las leyes de derecho de autor, sino un mecanismo más, el más importante sin ninguna duda, para la eficaz protección de los derechos de aquellos. Solo desde esta concepción auxiliar, pero fundamental, se justifican las especificidades del régimen jurídico al que se someten estas sociedades, con sus privilegios y sus cargas y controles por las autoridades administrativas»<sup>56</sup>.

[213] En la normativa andina comunitaria, la naturaleza jurídica de las SGC no ha sido determinada explícitamente. Sin embargo, de la lectura del artículo 45.a contenido en el Capítulo XI de la Decisión 351, se desprende que son instituciones de naturaleza privada, sin ánimo de lucro y sometidas a la inspección y vigilancia del Estado; y se constituyen de conformidad con las normas nacionales internas sobre la materia.

<sup>52</sup> PÉREZ SOLÍS, Miguel. “La gestión colectiva en los umbrales del Siglo XX: de los Derechos Conexos”, publicado en la Memoria del Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, 1997, p.14. Citado por el Tribunal de Justicia Andino en el Proceso 22-IP-98.

<sup>53</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 22-IP-98.

<sup>54</sup> SWISSCOPYRIGHT. “Questions et réponses”. Disponible en web: <http://www.swisscopyright.ch/fr/questions-et-reponses/societes-de-gestion.html>

<sup>55</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 281-IP-2015.

<sup>56</sup> *Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*. Documento preparado para la OMPI por la Sra. Emilia Aragón en el marco del ‘Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina’.

- [214] Finalmente corresponde referirse al **marco de administración** de las SGC frente a sus afiliados, los cuales incluyen generalmente, a decir del Tribunal, dos tipos de acciones características, a saber: (a) *la gestión contractual*: las SGC tienen la misión de contratar con terceros usuarios la forma y los límites de la utilización de los derechos de autor y conexos, incluyendo el pago de una remuneración de conformidad con la tarifa correspondiente; y, (b) *la defensa de los derechos*: las SGC, de conformidad con sus estatutos y lo acordado con sus afiliados, deben defender los derechos de los mismos, en cualquier campo y ante las entidades competentes, atendiendo a las normas procesales de cada País Miembro<sup>57</sup>.
- [215] Agrega el referido Tribunal que esta función resulta de gran importancia pues en la práctica las SGC realizan el ejercicio pleno de los derechos de autor, tal así que, frente a una usurpación de los mismos, los autores confían en que sus intereses serán defendidos por la SGC a la que se afiliaron.
- [216] En lo referido al **otorgamiento de autorizaciones o licencias**, se tiene, a decir de Ficsor<sup>58</sup>, tres fases, las cuales son:
- [217] Primera fase o *upstream*: se da cuando la SGC obtiene la base legal para otorgar autorizaciones o licencias a los usuarios. Esto sucede cuando los autores y los titulares de derechos otorgan a las SGC sus derechos exclusivos a explotar sus obras o a autorizar a otros para que lo hagan. Ello se materializa a través de: (i) contratos de afiliación (autor-SGC) para ser considerado afiliado y/o asociado; y, (ii) contratos de mandato (autor-SGC) para que las SGC los representen y administren sus derechos de autor a nivel nacional e internacional, a cambio del cobro de una comisión por tal función. Resulta necesario precisar que el contrato de mandato no puede estar supeditado al contrato de afiliación.
- [218] Segunda fase o *downstream*: se da cuando la autorización para el uso de las obras se hace efectiva. En esta etapa usualmente se requiere que las SGC sean capaces de otorgar licencias globales o *blanket licenses*<sup>59</sup> para el uso de un vasto repertorio de obras protegidas en todo el mundo<sup>60</sup>.
- [219] La tercera fase o fase de interorganización: se da cuando una organización recibe de una SGC extranjera la facultad de conceder autorizaciones por la utilización de su repertorio, en otras palabras, esta es la fase en la que se celebran los contratos de representación recíproca entre SGC de distintos países.
- [220] **Sobre la legitimación de las SGC:** Para el estudio histórico y legislativo de la figura de la legitimación activa de las SGC, se debe partir desde el principio que establece que la protección de los derechos de propiedad intelectual es una tarea preferente para el Estado, por la gran importancia cultural y pública que de estos deviene. Si bien en la historia se ha visto más de un modelo de protección de las SGC, todos ellos mantienen una característica común que es la de que el legislador debe lograr que se materialice un sistema efectivo y equilibrado de respeto a los derechos de propiedad intelectual.

<sup>57</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 120-IP-2012.

<sup>58</sup> Citado por TAVERA, José y ORÉ, Tilsa. En Gestión colectiva de derechos de autor: una mirada al caso peruano. Disponible en web: <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/viewFile/66/63>

<sup>59</sup> En este tipo de licencia o autorizaciones la oferta incluye la obligatoriedad de que el objeto materia de dicha licencia sea de todo el repertorio.

<sup>60</sup> Por ejemplo, en EEUU se permiten, adicionalmente a las *blanket licenses*, las licencias individuales también llamadas *per program license*.

[221]Dicho lo anterior, se tiene que la doctrina diferencia dos tipos de legitimación requerida por una SGC: la legitimación necesaria para realizar actividades propias de su objeto y la legitimación procesal<sup>61</sup>.

[222]En cuanto al primer tipo de legitimación, la normativa andina establece que para que una SGC pueda iniciar actividades y ejercer la representación de sus asociados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 de la Decisión 351, es necesario que sea reconocida por el País Miembro en el que va a operar. Así, el referido artículo establece:

Artículo 43.- Las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, estarán sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, **debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.** [La letra negrita es añadida].

[223]Dicho reconocimiento es realizado a través de las oficinas nacionales competentes, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 45 de la Decisión 351<sup>62</sup>. Es importante apuntar que uno de los requisitos, mencionados en el citado artículo, el cual debe ser acreditado por las sociedades de gestión colectiva es:

(...) 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;** [la letra negrita es añadida].

[224]De lo anterior se desprende que, mediante el acto administrativo de autorización de funcionamiento, los Países Miembros reconocen la capacidad y legitimación de sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y/o conexos, para administrar los derechos que sus asociados le han conferido.

[225]En cuanto a la legitimación procesal, la Decisión 351 también cuenta con una previsión expresa la cual se encuentra contenida en el artículo 49:

<sup>61</sup> *La Legitimación de las Sociedades de Gestión en el Derecho Autoral de Europa y América Latina* por Horacio Rangel. Disponible en web: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11472/10509>

<sup>62</sup> *Artículo 45 de la Decisión 351:* 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;
- 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.



Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, **para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.** [La letra negrita es añadida].

[226] De acuerdo a lo establecido en el precitado artículo, una vez que los autores otorgan representación a la sociedad de gestión colectiva, ésta se entiende legitimada para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en todo tipo de procedimientos administrativos y judiciales. Es decir, las SGC cuentan con legitimación procesal para hacer valer los derechos de los autores que representan, en los términos de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras para tal efecto.

[227] **Con respecto al primer argumento:** La parte reclamante alega que el artículo 239 del Coesc incumple el artículo 49 de la Decisión 351 pues esta no requiere la exigencia de los mandatos ni de los requerimientos adicionales determinados en el tercer párrafo del artículo 239 del Coesc.

[228] Ecuador ha señalado que el requisito adicional del mandato contenido en el Coesc se enmarca perfectamente en el principio de complemento indispensable, pues únicamente se estaría estableciendo un requisito adicional de carácter procesal, el cual resulta necesario por seguridad jurídica y a fin de evitar posibles nulidades. En el mismo orden de ideas refiere que la acreditación de la legitimación activa es un requisito para el debido proceso.

[229] El principio de complemento indispensable –al cual hace referencia la República de Ecuador– ha sido ampliamente analizado por las autoridades comunitarias y consagra lo que algunos tratadistas denominan ‘norma de clausura’<sup>63</sup>, según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica<sup>64</sup>.

[230] En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal, en reiterada jurisprudencia<sup>65</sup>, señalando que los Países Miembros podrán regular, a través de su legislación nacional, temas que no se encuentren regulados por la norma comunitaria andina, con el objetivo de lograr una correcta aplicación de la normativa comunitaria.

[231] Asimismo, el referido Tribunal ha referido que no es posible la expedición de normas nacionales que versen sobre el mismo asunto, salvo que sean completamente necesarias para la aplicación de aquellas. En otras palabras, no se puede regular lo ya regulado.

[232] En el Proceso 2-IP-88 dicho Tribunal señaló lo siguiente:

«(...) los Países Miembros, mediante sus legislaciones nacionales o acuerdos internacionales **podrán fortalecer los derechos de propiedad industrial...** y al establecer el segundo que **serán regulados por la legislación interna los asuntos no comprendidos en la Decisión...** El

<sup>63</sup> Pablo Navarro, Carlos Alchourrón, George Henrik Von Wright, entre otros, se refieren a las normas de clausura. Pablo Navarro advierte, acerca de estas normas, que estas «(...) tienen por función completar un determinado sistema normativo y, en ese sentido, su impacto principal es el ámbito de las lagunas de los sistemas normativos». “Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos”. Disponible en web:

<http://www.udg.edu/LinkClick.aspx?fileticket=iAxcO%2FcGINQ%3D&tabid=9724&language=ca-ES>.

<sup>64</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 11-IP-2010.

<sup>65</sup> Véase por ejemplo las siguientes Interpretaciones Prejudiciales: 01-AI-2001; 10-IP-94 y 023-IP-2012.



**desarrollo de la ley es empero excepcional...** para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados por la comunidad»<sup>66</sup>.

[233] Como se aprecia claramente del párrafo anterior, el Tribunal ha determinado que, para la correcta aplicación del principio de complemento indispensable, existen requisitos mínimos a cumplirse, los cuales son, a saber: **(a) que las legislaciones nacionales fortalezcan el derecho; (b) que solo se regulará internamente lo no regulado comunitariamente; y (c) que el desarrollo de la ley se dé de manera excepcional.**

[234] A fin de lograr un mejor análisis del punto (a) referido a que las legislaciones nacionales deben fortalecer el derecho, consideramos importante remontarnos referencialmente a lo estipulado en el artículo 5.2 de la Convención de Berna, el cual señala que el goce y ejercicio de los derechos contenidos en el Convenio no están sujetos a formalidad alguna, no obstante, los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la producción.

[235] En lo referido específicamente a la regulación procesal interna que los Miembros pueden hacer en ejercicio de su soberanía, el referido artículo 5.2 del Convenio de Berna y el artículo 41 de Adpic señalan que para la defensa del derecho de autor se deberán seguir los medios procesales acordados por la legislación del país donde se reclame la protección. Sin embargo, **se hace especial énfasis en que dicha protección se debe dar a través de procedimientos justos, equitativos, que no sean necesariamente complicados o gravosos, ni comporten plazos injustificables o retrasos innecesarios.**

[236] En el mismo sentido, y a modo ilustrativo, debemos señalar que se dieron los acuerdos sobre propiedad intelectual aprobados en la Ronda de Uruguay, específicamente en los acuerdos de Marrakech, en los cuales se estableció la obligación de los miembros a asegurar que en sus legislaciones nacionales se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, señalando además estos procedimientos debían permitir la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora a los derechos de propiedad intelectual, con la inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones, evitando la creación de obstáculos al comercio legítimo, considerando salvaguardias contra el abuso. En dicho acuerdo se señaló también que los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos, no serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios.

[237] Como se aprecia, la tendencia general sobre las regulaciones nacionales de carácter procesal, invita a los países, en el mismo sentido que lo señalado en la jurisprudencia andina, a que la norma procesal emitida por los países se haga en pro de la protección de los titulares de derechos, en el marco de procesos justos y equitativos, que no resulten gravosos ni comporten plazos o retrasos innecesarios e injustificados.

[238] Al analizar el artículo 239 del Coesc bajo la esfera de la institución del 'fortalecimiento del derecho' antes descrita, se puede determinar que la inclusión del requisito adicional de mandato, genera justamente el efecto contrario al fortalecimiento por las consideraciones que a continuación exponemos.

[239] Primero, tal y como lo manifiesta Ricardo Antequera «La gestión colectiva del derecho de autor o derechos conexos administra "repertorios", es decir, todo un catálogo, nacional e

<sup>66</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 2-IP-88.



internacional, de obras, prestaciones o producciones protegidas, **lo que hace imposible que la entidad correspondiente acredite en juicio la representación de todos y cada uno de los titulares representados y de todos y cada uno de los bienes intelectuales administrados.** Por esa razón, las entidades de gestión gozan de una legitimación *ad causam*, por la cual están legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de la autorización de funcionamiento conferida por la autoridad competente, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, **sin presentar más títulos que dichos estatutos, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares.** Ese régimen especial, por ser excepcional, no se aplica cuando el titular de derecho decide ejercerlo y gestionarlo directa y personalmente, en cuyo caso debe acompañar la prueba de la autoría o, en su caso, de la titularidad del derecho que administra y reclama al usuario de su obra, interpretación o ejecución artística o producción fonográfica»<sup>67</sup>. [La letra negrita es añadida].

- [240] Como se aprecia, Antequera deja claramente manifiesta la imposibilidad que tendrían las SGC de acreditar, en primer lugar, la representación de todos y cada uno de sus titulares representados y, en segundo lugar, de cada uno de los bienes intelectuales administrados.
- [241] Consideramos pertinente la anotación realizada por el referido autor respecto de los repertorios pues no podría analizarse la legitimidad de las SGC sin considerar un elemento tan importante como los repertorios. Primero debe partirse de la realidad de que los repertorios no son elementos estáticos en el tiempo, sino que, por el contrario, son por esencia variables. Así, por ejemplo, en algunos casos pueden ser cientos los nuevos titulares que se incorporan a esta modalidad de administración, o uno solo que el que se integre con un numeroso repertorio musical. Segundo, debe considerarse que el repertorio de una SGC está constituido principalmente por las obras o producciones de titulares extranjeros, que generalmente suman la mayor cantidad de asociados dentro de las SGC.
- [242] En ese sentido, siendo que el repertorio no es una 'figura paralizada' en el tiempo, resultaría impracticable que las SGC pudieran acreditar, vía mandato, la titularidad de cada una de las obras que por presunción de la legitimidad que les ha sido otorgada a través de la Decisión 351, tienen. Solo bastaría con imaginar la cantidad de documentación que tendría que ser presentada para acreditar un repertorio que puede, en algunos casos, incluir millones de obras o producciones, sobre todo si se considera que Sayce es una SGC que protege intereses de titulares de la industria musical.
- [243] Ecuador ha señalado que los documentos requeridos a las SGC constan en sus archivos y que esta dinámica ya ha estado funcionando así desde el año anterior (2016). No obstante ello, aun cuando esta documentación conste en los archivos de la entidad pública competente, ello no obsta a que la carga de la prueba reposa en manos de las SGC pues deberán acreditar en cada caso su debida legitimidad. Además, debe considerarse que dicha carga también se traslada –aunque indirectamente– al usuario, pues, por ejemplo, para la obtención de una licencia deberá identificar una a una las obras o producciones a ser explotadas.
- [244] En ese sentido, queda claro que el sistema de legitimación a través de mandatos genera en la realidad intercambios de información que resultan tan dificultosos que, de

<sup>67</sup> En *Gestión colectiva. Gestión Individual. Legitimación*. Por Ricardo Antequera Parilli para el Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, 2009.

materializarse, resultarían en procedimientos con costos de transacción tan elevados que se volvería en un sistema ineficiente para las SGC, para los usuarios y, sobretodo, en detrimento de los propios titulares de derecho que verían sus derechos mermados ante la ineficiencia del sistema implementado.

[245] Además, debe tenerse en consideración que las autorizaciones otorgadas por Sayce son del tipo genérico, es decir, no se hace mención expresa de obras concretas, sino que, por el contrario, se le autoriza al usuario a hacer uso de su repertorio musical en general.

[246] Al trasladar lo señalado en los puntos precedentes a un ejemplo real concreto, tendríamos, por ejemplo, que una persona que maneja un negocio de restaurante y que para la ambientación musical de su local utiliza una frecuencia de radio, tendría que conocer anticipadamente las obras musicales que se van a comunicar en los diversos ambientes de su local. Si rescatamos la lógica de que las autorizaciones para la explotación de obras musicales deben ser previas y expresas; y, considerando que la SGC debe acreditar legitimidad sobre cada una de esas obras, entonces la SGC tendría que conocer por anticipado el listado de obras a ser comunicadas en un lugar para tener la autorización, ello previamente a que dicho acto suceda, pues de otra forma, si el pago se hiciera de forma posterior, estaríamos hablando de una regularización, no de una autorización como lo prevé la norma andina y las demás normas internacionales.

[247] Por todas las consideraciones expuestas concluimos que el artículo 239 del Coesc, no fortalece el derecho protegido sino más bien, genera trabas (en algunos casos insalvables) para la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos conexos.

[248] En lo relativo al punto (b) referido a que *solo se regulará en la legislación nacional lo no regulado comunitariamente*, cabe precisar que Ecuador ha sustentado que el requisito adicional no contraviene lo normado por la Decisión 351, sino que agrega un requisito adicional procesal que la complementa.

[249] Como se aprecia de los mismos argumentos esgrimidos por Ecuador, el artículo 239 del Coesc estaría 'complementando' una norma que ya existe. El artículo 49 de la Decisión 351 es bastante claro al señalar que la legitimidad activa de las SGC se obtiene en dos casos particulares: el primero, en los términos que resulten de sus propios estatutos, y el segundo, de los contratos que se celebren con entidades extranjeras, dejando a salvo que ambos instrumentos jurídicos serán los necesarios para ejercer -en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales- los derechos confiados a la administración de una SGC.

[250] En ese sentido, siendo que queda plenamente verificado que el artículo 49 de la Decisión 351 deja textualmente establecidos los requisitos necesarios para que una SGC pueda operar con legitimidad activa en procesos judiciales y administrativos, consideramos que a través de la inclusión de la figura jurídica de los 'mandatos' en el Coesc, lo que se estaría buscando es la aplicación -en los casos que involucren intereses correspondientes a las SGC- del principio general de representación. En otras palabras, de aplicarse este principio general, se estaría desnaturalizando la razón de la existencia misma de las SGC pues se les estaría obligando a que estas funcionen como cualquier caso normal de representación en donde una persona que quiera cobrar por otra, exprese a través de un poder o mandato su legitimación para hacerlo, sin necesidad alguna de que exista una gestión colectiva para dichos propósitos.

[251] Adicionalmente, debe tenerse en consideración que la posibilidad de regulación a través de la normativa interna debe realizarse siempre y cuando dicha facultad del legislador no contravenga principios, directrices o preceptos que puedan derivarse de la norma andina.

- [252] En el presente caso se advierte que la capacidad procesal adquirida a través de la legitimidad activa otorgada a las SGC por el artículo 49 de la Decisión 351, ha sido vulnerada con la emisión del artículo 239 del Coesc.
- [253] Por lo expuesto, respecto del punto (b) consideramos que Ecuador al agregar un requisito (mandatos) en la norma nacional, está regulando algo que ya ha sido previamente regulado por la norma andina y que dicha regulación incumple lo establecido en la Decisión 351.
- [254] Finalmente, el punto (c) está referido a que la aplicación del principio del complemento indispensable *debe darse únicamente en casos excepcionales*.
- [255] La Real Academia Española define a 'excepcional' como: (i) aquello que constituye excepción de la regla común; y, (ii) aquello que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez<sup>68</sup>.
- [256] Sobre la excepcionalidad podría tomarse en consideración lo expresado por el Tribunal en el sentido de que «(...) la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar criterios restrictivos, como el principio del 'complemento indispensable' para medir hasta donde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, anotando que **sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria** y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entorpezcan o desvirtúen ...»<sup>69</sup>. [La letra negrita es añadida]
- [257] Si bien la excepcionalidad como tal no ha sido tratada expresamente en la jurisprudencia andina, si la analizamos bajo la óptica de su definición RAE y de algunos de los pronunciamientos del Tribunal, esta debiera entenderse como una figura jurídica que aplica únicamente en aquellos casos en los cuales sea estrictamente necesario para la ejecución de la norma comunitaria. El Tribunal establece también como requisito que el principio de complemento indispensable se aplica en aquellos casos en los que la emisión de nuevas normas procesales no entorpezca o desvirtúe la norma andina.
- [258] En síntesis, deben quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos ya regulados por la legislación comunitaria, considerando que la norma interna únicamente debe darse en casos de excepcionalidad y sin contrariar la norma comunitaria.
- [259] Por todos los elementos expuestos, en lo referido al punto 1 se concluye que el principio de complemento indispensable no es aplicable al caso en concreto.
- [260] **Con relación al segundo argumento:** la reclamante señala que el Coesc anula la institución jurídica de la legitimación activa al imponer una carga imposible de cumplir a las SGC, creemos importante rescatar ciertas consideraciones, las cuales pasamos a exponer a continuación.
- [261] Se ha verificado que existe un consenso casi general que señala que las SGC son organizaciones, en su mayoría de derecho privado, que tienen por función la de

<sup>68</sup> <http://dle.rae.es/?id=HBniAAZ>. Revisado el 20 de octubre de 2017.

<sup>69</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 11-IP-2010.

representar a los titulares del derecho de autor o de los derechos conexos, según corresponda.

[262] Su existencia se encuentra justificada pues, en los tiempos que corren, la gestión individual de los derechos de los titulares se ha vuelto, por decir lo menos, complicada y onerosa. En ese contexto, las SGC aparecen como entidades que viabilizan la gestión de formas que, al menos conceptualmente, resultan eficientes para todas las partes intervinientes. Así por ejemplo funciona para los titulares de derecho pues, a través de las SGC, pueden percibir remuneraciones por la explotación de sus creaciones que ellos por su cuenta no podrían recaudar. De la misma forma, por el lado de los usuarios, reduce los costos en los que tendrían que incurrir para la obtención de las respectivas autorizaciones o licencias, pues ya no deben ir en busca de cada uno de los autores, sino que pueden obtener una licencia general en la SGC correspondiente. En síntesis, la existencia de las SGC se debe a que la gestión personal se vuelve cada vez más inviable y, a que, desde el punto de vista económico, la gestión personal es claramente desventajosa.

[263] De lo anterior se desprende que las sociedades de gestión colectiva son un vehículo mediante el cual los autores u otros titulares hacen valer los derechos que les confiere la norma comunitaria. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la providencia proferida en el marco del Proceso 22-IP-98 señaló lo siguiente: «(...) La filosofía de las sociedades de gestión colectiva se deriva de la doctrina y de la ley comunitaria; de ellas se desprenden sus atribuciones de administrar los derechos de los asociados según sus normas orgánicas, procurando los mejores beneficios para ellos, como los del fomento de la producción intelectual y el mejoramiento de la cultura. **Por conducto de estas entidades** que se llamarán en adelante dentro de esta sentencia “Sociedades de Gestión” pero que se conocen también como Sociedades de Administración o Sociedades de Percepción o Asociaciones de Gestión, **se realiza el ejercicio de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos**. Dícese que “en un sentido lato, siempre que haya una actuación conjunta de un grupo de autores o de titulares de derecho de autor o conexos podría decirse que se está en presencia de esta actividad” como una **forma de actuar “en interés de una pluralidad de autores o titulares de derechos”**, que se efectúa “**por un tercero, persona natural o jurídica al que cada uno de estos le haya otorgado los oportunos poderes de representación - gestión colectiva- por ‘agentes’**»<sup>70</sup>. [La letra negrita es añadida].

[264] Añade el Tribunal que la existencia y previsión en la norma andina de las sociedades de gestión colectiva, responde a necesidades concretas para el correcto ejercicio de los derechos de autor por parte de los autores, intérpretes o ejecutantes. Así, refiere lo siguiente: «En la sociedad de gestión la relación jurídica entre ésta y sus miembros o asociados puede ser la del mandato con representación para la administración de los derechos de autores, artistas o productores, el cual puede ser voluntario o por imperio de la ley. **Consideran los tratadistas que la relación entre la asociación y sus miembros se asimila a una concesión o a una “cesión fiduciaria” con respecto a los derechos patrimoniales que ceda**». [La letra negrita es añadida].

[265] Dicho esto, si se tiene por válido el sistema jurídico en el cual una SGC tenga que acreditar ser mandatario, representante o apoderado de cada uno de sus representados con el fin de mantener la seguridad jurídica de las partes involucradas en un procedimiento administrativo o judicial (como fuera mencionado por Ecuador), estaríamos frente a un sistema legal incongruente que desvirtúa la existencia misma de las SGC y su naturaleza jurídica, pues se estaría anulando la legitimidad especial que protege a las SGC.

<sup>70</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 22-IP-1998.



[266] La no admisión de la presunción de legitimidad contenida en el artículo 49 de la Decisión 351 implicaría que las SGC tuvieran que presentar todas y cada una de las autorizaciones de cada una de las obras de los autores en cada acción –judicial o administrativa- a iniciarse. Ello, tal como se ha mencionado previamente, produciría altos costos para la interposición de acciones legales y dilataciones en los tiempos del proceso (violando los principios de economía procesal que deben regir a los procedimientos), ello sin contar que dicho esquema podría, eventualmente, favorecer los intereses de los infractores al existir procesos largos y onerosos que desincentivan la protección de los derechos de autor o derechos conexos.

[267] Como fuera expresado por Emilia Aragón «(...) solo desde esta concepción auxiliar, pero fundamental, se justifican las especificidades del régimen jurídico al que se someten estas sociedades, con sus privilegios y sus cargas y controles por las autoridades administrativas»<sup>71</sup>.

[268] No obstante lo señalado, consideramos importante mencionar que la legitimación activa otorgada a las SGC se da en virtud a una afirmación *juris tantum* la cual deja a salvo el derecho de los usuarios a presentar prueba en contrario. Además, las SGC sí deben probar su legitimidad a través de sus estatutos o de los contratos de representación recíproca celebrados con las entidades de SGC extranjeras<sup>72</sup>, de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la Decisión 351. Dicho en otras palabras, las SGC no se encuentran eximidas de probar su legitimidad, sino que esta tiene que hacerse en el marco de lo contemplado en la norma andina.

[269] En **conclusión**, luego de analizados los argumentos vertidos en el presente procedimiento por ambas partes, esta Secretaría General concluye que la República de Ecuador ha incurrido en incumplimiento del artículo 49 de la Decisión 351 al incluir en el artículo 239 del Coesc un requisito adicional de mandatos que va en contra de lo estipulado en la normatividad andina.

#### 2.1.6. El alegado incumplimiento del artículo 45.j de la Decisión 351

[270] El eje principal del reclamo en este punto es el artículo 246 del Coesc. El reclamante asegura que dicha disposición incumple con el artículo 45.j de la Decisión 351. Para un mejor entendimiento procederemos a reproducir, a continuación, ambos artículos.

[271] El artículo 246 del Coesc prescribe lo siguiente:

Artículo 246.- De la asignación de gastos administrativos de las sociedades de gestión colectiva. - La Asamblea General estará obligada a establecer anualmente el porcentaje destinado a gastos administrativos y gastos de gestión, que sumados no podrá superar el treinta por ciento de la recaudación total. Un porcentaje no mayor al diez por ciento de lo recaudado deberá ser invertido en proyectos de formación y/o de fomento de la actividad creativa de los socios, que deberán ser aprobados por la Asamblea General de la entidad de gestión. El porcentaje que se destine a beneficios asistenciales y previsionales no podrá ser mayor al diez ni

<sup>71</sup> Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Documento preparado para la OMPI por la Sra. Emilia Aragón en el marco del 'Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina'.

<sup>72</sup> Para el caso específico de los autores extranjeros, la presunción de legitimidad –tal y como se encuentra redactada en la norma andina- aplica mediante la demostración de la existencia de un contrato de representación recíproca entre la SGC nacional y la SGC del país del autor, sin necesidad de que se presente un mandato expreso que la autorice como tal.

menor al cinco por ciento de lo recaudado, conforme lo establezca la Asamblea General. En el caso de que los socios sean personas jurídicas, tales valores deberán sumarse al porcentaje de fomento de la actividad creativa. Excepcionalmente, previo dictamen del comité de monitoreo y autorización de la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, el porcentaje correspondiente a gastos administrativos y gastos de gestión podrá ser de hasta el treinta y cinco por ciento, en disminución del monto destinado al fomento de actividades creativas de los socios. Cuando el porcentaje de gastos administrativos y gastos de gestión sea inferior al treinta por ciento de recaudación total, el remanente se sumará al porcentaje de distribución. Al menos el cincuenta por ciento de la recaudación total, deberá distribuirse obligatoriamente en forma equitativa entre los diversos titulares de derechos, en forma proporcional a la explotación real de las obras, interpretaciones o ejecuciones, emisiones o fonogramas, según el caso.

Para el caso de sociedades de gestión colectiva que se conformen a partir de la expedición de este Código, al porcentaje de los gastos administrativos y gastos de gestión, durante los tres primeros años, podrán sumarse el porcentaje de beneficios asistenciales y previsionales y el porcentaje destinado a proyectos de fomento de la actividad creativa.

[272]El artículo 45.j de la Decisión 351 dispone:

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

[273]Habiéndose indicado anteriormente los argumentos de ambas partes, a continuación se evaluará si el artículo 246 del Coesc contraviene el artículo 45.j de la Decisión 351.

[274]La reclamante sustenta sus argumentos en dos puntos, los cuales serán analizados en el presente Dictamen. Dichos argumentos son: (i) el artículo 246 del Coesc anula facultades de la Asamblea General consagradas en la Decisión; y, (ii) que el Coesc obliga a las SGC a destinar un porcentaje a fines diferentes a los determinados por la Decisión 351.

[275]A fin de determinar la existencia de un posible incumplimiento de la norma andina en lo referido a la incorrecta aplicación del artículo 45.j de la Decisión 351, se revisarán las principales obligaciones y funciones de las SGC, analizándolas, esencialmente, desde la perspectiva de la protección del titular de derechos.

[276]**Obligaciones de las SGC:** las SGC debidamente autorizadas deben cumplir diversas obligaciones vinculadas a su propia finalidad. En el marco normativo andino, las obligaciones de las SGC se encuentran listadas en el artículo 45 de la Decisión 351, las mismas que pueden ser analizadas desde tres perspectivas complementarias: (i) obligaciones frente a los usuarios<sup>73</sup>; (ii) obligaciones frente a la administración pública; y, (iii) obligaciones frente a los titulares de los derechos.

<sup>73</sup> Entiéndase 'usuario' como aquél que explota principal o secundariamente las obras o prestaciones protegidas por los derechos de autor o por los derechos conexos, dentro de su actividad principal.



- [277] Las principales obligaciones de las sociedades de gestión colectiva frente a los usuarios están informadas por el principio de facilitar a los usuarios la explotación de obras y prestaciones protegidas en condiciones de seguridad<sup>74</sup>.
- [278] En el caso específico de la norma andina la lógica aplicada no es distinta. Por ejemplo, el artículo 45.h prevé la obligación de las SGC de publicar, cuando menos anualmente en un medio de amplia circulación nacional, las tarifas generales por el uso de los derechos que representan. Dicha divulgación responde a la necesidad de dar publicidad y transparencia a la información que pudiera resultar relevante para los usuarios de obras y prestaciones protegidas por derechos de autor o derechos conexos.
- [279] Las obligaciones de las SGC frente a la administración pública son las referidas a la formación misma de las SGC. Así, por ejemplo, la norma andina requiere que las SGC se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros (45.a), que las mismas tengan como objeto social la gestión del derecho de autor o derechos conexos (45.b) y que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros (45.l).
- [280] De otra parte, la principal obligación de las SGC frente a los titulares de derechos es la de administrar los derechos que estos le hayan conferido a la sociedad. En el marco andino, esta obligación se encuentra recogida en artículo 45.c de la Decisión 351, el mismo que señala que las SGC se encuentran obligadas a aceptar la administración del derecho de autor o derechos conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines.
- [281] La siguiente obligación frente a los titulares de derechos, una vez aceptada la administración, es la de recaudar y repartir entre sus socios las cantidades obtenidas con motivo de las autorizaciones, licencias y utilidades realizadas por los usuarios.
- [282] Sobre la repartición, la norma andina exige dos presupuestos para su cumplimiento. El primero referido a que el reparto deberá hacerse garantizando 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 sea el caso<sup>75</sup>. El segundo, referido a que las SGC 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 resultante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos<sup>76</sup>.
- [283] Resulta importante mencionar que estas no son las únicas obligaciones dispuestas en la Decisión 351 relativas a las SGC. Existen, por ejemplo, otras relacionadas al derecho de información y transparencia tales como: (i) la obligación de remitir a sus miembros información periódica, completa y detallada, sobre todas las actividades que puedan interesar al ejercicio de sus derechos<sup>77</sup>; (ii) la obligación de publicar su balance general y estados financieros<sup>78</sup>; y, (iii) la obligación de tener un reglamento de socios, tarifas y distribución<sup>79</sup>, entre otras.

<sup>74</sup> Véase: *Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*. Documento preparado para la OMPI por Emilia Aragón para el evento denominado 'Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina' realizado el 20 de octubre de 2004 (página 13).

<sup>75</sup> Artículo 45.e de la Decisión 351.

<sup>76</sup> Artículo 45.j de la Decisión 351.

<sup>77</sup> Artículo 45.i de la Decisión 351.

<sup>78</sup> Artículo 45.h de la Decisión 351.

<sup>79</sup> Artículo 45.g de la Decisión 351.

[284]En el caso en concreto, **en lo referido al primer punto de la reclamante**, de un análisis al artículo 246 se desprende que: (i) la Asamblea General es la obligada a establecer anualmente el porcentaje destinado a gastos administrativos y gastos de gestión, que sumados no podrán exceder del 30% de la recaudación total; (ii) previa aprobación de la Asamblea General, un porcentaje no mayor al 10% de lo recaudado deberá ser invertido en proyectos de formación y/o de fomento de la actividad creativa de los socios; (iii) el porcentaje destinado a beneficios asistenciales y previsionales no podrá ser mayor al 10% ni menor al 5% de lo recaudado, conforme lo establezca la Asamblea General; y (iv) que las sociedades de gestión colectiva -que se conformen a partir de la expedición del Coesc-, configuran un caso con tratamiento especial en lo relativo a la distribución de los gastos durante los tres primeros años.

[285]Como se aprecia, el artículo 246 del Coesc contempla, de manera expresa, la obligación de la Asamblea General de establecer el destino de los gastos administrativos, gastos de gestión, proyectos de formación y/o de fomento de la actividad creativa de los socios y beneficios asistenciales y previsionales. Ello permite evidenciar, con claridad, que la afirmación realizada por Sayce respecto a que el artículo 246 del Coesc anularía las facultades de la Asamblea General consagradas en la Decisión resulta imprecisa, pues es evidente que deja a criterio de esta, es decir, de la Asamblea General, la determinación de los gastos a realizarse, regulando únicamente los porcentajes máximos (y en algunos casos los mínimos) de los gastos a efectuarse.

[286]Sobre la determinación de dichos porcentajes, el artículo 45.e de la Decisión 351 señala lo siguiente:

Artículo 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:  
(...) e) Que las normas de reparto, **una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias**, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso; [La letra negrita es añadida].

[287]Como se aprecia, el artículo 45.e de la Decisión 351 acoge expresamente la facultad de determinar, a través de disposiciones legales o estatutarias, los porcentajes máximos de reparto con la sola salvedad de que se garantice una distribución equitativa entre los titulares de derechos, y de que esta se dé en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según sea el caso.

[288]De lo expuesto, se verifica que la República de Ecuador ha obrado en armonía a la normatividad andina, pues si bien se han determinado a través del artículo 246 del Coesc los montos máximos de gastos a ejecutar, también se ha cumplido con dejar a salvo -en cada caso- las facultades de la Asamblea General para ejecutar con su aprobación, los gastos correspondientes a las SGC.

[289]**Funciones de las SGC:** Las sociedades de gestión colectiva tienen como función primordial la de gestionar los derechos de los titulares a los cuales representan. Por ello, tal y como lo señala Emilia Aragón «(...) en muchos países, además de obligar a las mismas a gestionar los derechos de propiedad intelectual que se les encomienden, la ley impone a dichas entidades determinadas funciones formativas, promocionales y, en

algunos casos, asistenciales de sus socios, obligándolas a destinar determinadas cantidades de la recaudación a la consecución de dichos fines»<sup>80</sup>.

[290] A partir de lo afirmado por la precitada autora se entiende que las SGC también pueden perseguir funciones sociales, de promoción cultural, y de defensa y promoción de los derechos de autor y derechos conexos. Las funciones sociales deben ser entendidas como aquellas que sirven para prestar servicios de asistencia social a los titulares de derecho. Las funciones de promoción cultural por su parte, se encuentran referidas al desarrollo de actividades que coadyuvan a una mayor difusión de las actividades realizadas por los socios y, finalmente, las funciones de promoción y defensa del derecho de autor y los derechos conexos contribuyen a promover y defender en todas las instancias y ante la sociedad, los derechos de autor y derechos conexos en su contexto general. Si bien es cierto esta última función no es recogida en las distintas legislaciones, resulta evidente que se trata de una función de trascendencia social que dignifica la actividad creadora.

[291] **En el segundo punto** la reclamante Sayce manifiesta que el destinar los montos recaudados a proyectos de formación y/o fomento de la actividad creativa de los socios son fines ajenos a las entidades de gestión colectiva. Refiere además que «(...) el destinar ese porcentaje a fines que no son los que corresponden a la naturaleza de las entidades de gestión, definitivamente representa una importante disminución de tal porcentaje en el gasto administrativo y en la distribución de regalías a los socios»<sup>81</sup>.

[292] Sobre los gastos para fines sociales y culturales, Ricardo Antequera Parilli, en su artículo *Entidades de gestión colectiva. Límite de gastos administrativos. Gastos para fines sociales y culturales*, explicó lo siguiente: «(...) los fines sociales son aquellos que se dirigen, por ejemplo, a los programas de asistencia médico-asistencial, auxilio en caso de emergencias, pensiones o jubilaciones, etc., lo que redundará a favor, precisamente, de los autores o artistas más necesitados. Y por lo que se refiere a **los fines culturales, propenden a la difusión de las obras, interpretaciones o producciones fundamentalmente nacionales, cuya mayor explotación redundará, a su vez, en más ingresos para los titulares de los respectivos derechos**. Precisamente, por esas razones, el porcentaje adicional para fines sociales y culturales figura en los contratos de representación recíproca que celebran las entidades miembros de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), cuya cláusula al respecto señala que “cuando no realice cobros suplementarios con el fin de mejorar las pensiones de sus socios, los fondos de asistencia o de previsión, o para el fomento de las artes nacionales o a favor de cualesquiera fondos con propósitos similares, cada una de las Sociedades estará facultada para deducir de las sumas cobradas por ella, a nombre de la otra Sociedad contratante, un máximo del 10% que será destinado a los fines anteriormente indicados”. Si dicha deducción no fuera en beneficio de los titulares de derechos, esa cláusula no existiría. De esa manera, **la manera de interpretar la forma de calcular el deducible para esos fines lo que debe tomarse en cuenta es la consecución de sus objetivos y justificación**»<sup>82</sup>. [La letra negrita es añadida].

[293] Sobre lo expuesto, aun cuando se considere que los fines sociales y las actividades culturales y/o de promoción cultural no son funciones obligatorias de las SGC, nada obsta para que las legislaciones nacionales puedan agregarlas en su marco normativo

<sup>80</sup> *Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*. Documento preparado para la OMPI por Emilia Aragón para el evento denominado ‘Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina’ realizado el 20 de octubre de 2004 (página 9).

<sup>81</sup> Página 21 del escrito de Sayce presentado el 7 de junio de 2017.

<sup>82</sup> *Selección y disposición de las materias y comentarios* por Ricardo Antequera para el Centro Regional para el fomento del Libro en América Latina y el Caribe – Cerlalc, año 2009.

introduciendo una deducción de las regalías recaudadas. Dicho monto no debería superar, a decir de la Cisac, el 10 % de los ingresos netos<sup>83</sup>.

[294] En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal de Justicia Andino cuando refiere lo siguiente: «(...) cabe advertir que, si bien ciertas legislaciones contemplan como función adicional a las señaladas, una función de promoción cultural y de la creación, no corresponde a la naturaleza y rol de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos proteger o conservar todo el acervo autoral – o de derechos conexos- nacional, sino únicamente el de sus asociados, en conformidad con sus estatutos y con la posibilidad del ejercicio del derecho de retiro de la respectiva asociación»<sup>84</sup>.

[295] En el caso específico de la normatividad andina se verifica que el Capítulo XI referido a la gestión colectiva (artículos del 43 al 50), no hace una mención expresa a las funciones sociales, culturales y/o de promoción de las SGC. No obstante ello, tampoco determina explícitamente prohibición alguna que impida la realización de las mismas. Incluso podría señalarse que existen matices dentro de la norma que permiten determinar que las funciones sociales, culturales y/o de promoción, están enmarcadas –aunque de manera tangencial- dentro de las funciones de las SGC.

[296] Por ejemplo, el literal i) del artículo 45, señala que las SGC están obligadas 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». Si bien no existe una disposición explícita que obligue a las SGC a la realización de actividades sociales o culturales, queda claro que traza la obligación respecto a que, en caso existan, sean debidamente informadas.

[297] Asimismo, debe considerarse que el artículo 45.l de la Decisión 351<sup>85</sup> deja abierta la posibilidad de que las legislaciones internas de los Países Miembros establezcan otros requisitos.

[298] El Tribunal de Justicia Andino ha interpretado el artículo 45.j de la siguiente manera: «(...) se entiende que las remuneraciones percibidas por las sociedades de gestión colectiva pueden destinarse a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración, siempre y cuando se cuente con la debida autorización expresa de la Asamblea General y permitan una gestión más eficiente, sobre todo desde el punto de vista económico, de los derechos administrados, sin discriminación, en conformidad con la naturaleza y los fines de la correspondiente sociedad de gestión colectiva»<sup>86</sup>.

[299] Sayce, en los artículos 8 y 53 de sus estatutos, incorporan el destino de fondos para beneficios sociales y de fomento de la actividad creativa de sus socios. Así, el artículo 8, sobre beneficios y bienes sociales, menciona:

### CAPITULO III

#### DE LOS BENEFICIOS, BIENES SOCIALES Y PATRIMONIO

##### Artículo 8.- De los beneficios y Bienes Sociales

La SAYCE deberá presentar programas de beneficio social y culturales aprobados por el Consejo Directivo.

<sup>83</sup> Cabe precisar que la Sayce es miembro de la Cisac, tal y como se puede apreciar en el siguiente link: [file:///D:/Downloads/CISAC+Membership+-+Jan+2015\\_ES.pdf](file:///D:/Downloads/CISAC+Membership+-+Jan+2015_ES.pdf). Tomado el día 17 de octubre de 2017.

<sup>84</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 281-IP-2015.

<sup>85</sup> Artículo 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos: (...) l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros.

<sup>86</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 281-IP-2015.

Distribuir oportuna e inmediatamente los derechos patrimoniales a sus socios que han confiado la administración del repertorio autoral. [La letra negrita es añadida].

[300] Por su parte, el artículo 53 del referido estatuto explica, sobre el fondo social y cultural, lo siguiente:

**CAPITULO XX  
DEL FONDO SOCIAL Y CULTURAL**

Artículo 53.- El fondo social y cultural podrá ser destinado únicamente al servicio de asistencia social y cultural de los socios de Sayce o de la propia Entidad.

**La Sayce formará su fondo social y cultural con:**

Las donaciones que se hicieran a la sociedad a cualquier título.

**El 10 % total de la distribución.**

El 10% retenido en el pago de seguros de vida.

El remanente que produce la emisión de credenciales para socios; y,

La autogestión a través de servicios o actos que se brinden. [La letra negrita es añadida].

[301] Considerando lo establecido en dichos estatutos, se identifica que Sayce prevé la existencia de un fondo social y cultural destinado a servicios de asistencia social y cultural de sus socios, respectivamente, y cuyo fondo será financiado, entre otros, con el 10% total de la distribución.

[302] La República de Ecuador presentó la prueba denominada *Tabla 2: Distribución de las recaudaciones realizada por la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos – Sayce. Período 2012-2016*<sup>87</sup>, gráfico que permite verificar que Sayce, desde el año 2012 ha destinado fondos para cubrir temas sociales y culturales.

	Año 2012		Año 2013		Año 2014		Año 2015		Año 2016	
	Valor	%								
Fondo social y cultural	146.335,7	6	185.753,6	7	152.767,9	4	253.516,9	6	287.797,6	8

Extraído de 'Tabla 2: Distribución de las recaudaciones realizada por la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos – Sayce. Período 2012-2016'

[303] De lo analizado se puede concluir que los proyectos de formación y de fomento de la actividad creativa de los socios, a los cuales se hace referencia en el artículo 246 del Coesc, no responden a un fin ajeno a las entidades de gestión colectiva como lo ha señalado Sayce, sino que, por el contrario, constituye una práctica común repetida en diversas legislaciones internacionales. Debe entenderse que los fines culturales buscan promover el repertorio nacional de las obras encomendadas para su gestión, complementando así los fines perseguidos por las sociedades de gestión colectiva en búsqueda de una mayor y mejor relación con sus asociados.

[304] **En conclusión** y luego del análisis realizado, es criterio de esta Secretaría General que la disposición contenida en el artículo 246 del Coesc, no contraviene lo previsto en el artículo 45 de la Decisión 351. Esa disposición del Coesc constituye un desarrollo normativo interno del País Miembro que complementa válidamente las disposiciones

<sup>87</sup> Página 57 del escrito de contestación de República de Ecuador presentado el 3 de octubre de 2017.



marco de la Decisión 351 en materia de gestión colectiva, en particular los apartados e) y j) de su artículo 45.

### 2.1.7. El alegado incumplimiento del artículo 54 de la Decisión 351

[305]El eje principal del reclamo en este punto es el artículo 573 del Coesc. El reclamante asegura que dicha disposición incumple con el artículo 54 de la Decisión 351.

[306]El artículo 573 del Coesc refiere:

Artículo 573.- El organizador de un espectáculo público donde se vaya a realizar comunicación pública de obras o prestaciones protegidas por Derecho de Autor, deberá obtener la autorización o licencia por parte de los titulares de derechos o sus representantes.

Conforme el reglamento correspondiente, para el otorgamiento de tal autorización o licencia las partes deberán realizar un intercambio de información, en especial a lo relativo a las posibles obras comunicadas, con el fin de determinar la administración y vigencia de los derechos. No será necesaria la autorización para eventos cuando:

La comunicación pública de obras no sea significativa en relación al número de asistentes, valor de entrada, gastos de organización, valor fijado con los intérpretes y ejecutantes o cualquier información de la que se pueda determinar con claridad el tamaño del evento;

El titular sea el organizador del evento y se interpreten solamente obras cuyos derechos le pertenezcan; y,

Cuando el titular no sea socio de ninguna sociedad de gestión de derechos de autor.

La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, podrá realizar las diligencias preparatorias establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, en lo que fuere aplicable, para verificar:

La transparencia y veracidad de la información presentada por el organizador, el titular de derechos o representante; y,

La existencia de la autorización por parte del titular de los derechos o representante.

[307]El artículo 54 de la Decisión 351 dispone lo siguiente:

Artículo 54.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

[308]Habiendo indicado anteriormente los argumentos de ambas partes, a continuación se evaluará si el artículo 573 del Coesc contraviene el artículo 54 de la Decisión 351.

[309]De lo manifestado por Sayce se aprecia que sus argumentos versan principalmente sobre dos puntos, a saber: (i) que el Coesc elimina la autorización previa de los autores o titulares de derechos frente al uso de sus obras y producciones pues consagra la posibilidad de hacer reclamos posteriores, convirtiéndose así en una obligación ex post; y, (ii) que el Coesc incorpora dos procesos que hacen imposible la autorización previa: el de intercambio de información y las diligencias preparatorias.

- [310] **Sobre el primer punto** materia de análisis, referido a la autorización previa de los autores o titulares de derechos, corresponde mencionar lo siguiente:
- [311] Por el solo hecho de la creación perceptible de una obra, los autores adquieren derechos de carácter moral y patrimonial sobre su creación. El derecho patrimonial es un derecho exclusivo que faculta al titular a decidir la forma y condiciones de explotación de su obra. En ese sentido, cuando una persona –distinta al autor o al titular del derecho- desea realizar un acto de utilización de la obra, sea mediante la reproducción, comunicación pública, distribución, transformación, o cualquier otra forma de explotación, debe obtener la autorización previa y expresa del titular correspondiente, pues es este el único legitimado, en ejercicio de sus derechos, para realizar, autorizar o prohibir: (i) la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; (ii) la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; (iii) la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; (iv) la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; y, (v) la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 13 de la Decisión Andina 351.
- [312] Si bien el artículo 13 de la Decisión Andina 351 nos introduce a la esfera conceptual de la autorización del autor o del titular de derechos, el concepto específico de ‘autorización previa’ recién aparece como tal en el artículo 54 de la Decisión 351.
- [313] Sobre este punto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado en el proceso 165-IP-2004, en respaldo a la posición adoptada en la norma comunitaria, que «(...) la exclusividad en el ejercicio de los derechos citados significa también que **no se puede autorizar la utilización de una obra, o prestar apoyo para su utilización, so pena de incurrir en responsabilidad solidaria, si el usuario no cuenta con la autorización previa y expresa del titular del derecho o de su representante**» [La letra negrita es añadida].
- [314] En el mismo orden de ideas se manifiesta el referido Tribunal en el proceso 119-IP-2010 cuando expresa que: «(...) salvo excepciones expresamente consagradas, **la explotación sin autorización previa y expresa constituiría una infracción a los derechos de autor y daría lugar a trámites administrativos e interposición de acciones judiciales para el cese de la actividad ilícita y la búsqueda de una reparación**. Es más que lógico, que el titular de los derechos de autor esté interesado en autorizar la utilización y acordar los términos de la misma» [La letra negrita es añadida].
- [315] Como se aprecia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha declarado, a través de diversos pronunciamientos, la necesidad de la existencia de una autorización previa que, de no tenerla, determinará la ilicitud de la explotación de una obra. Estas interpretaciones realizadas por el Tribunal Andino mantienen consonancia con la protección otorgada por el manto de exclusividad con que se cubre a los derechos patrimoniales en la norma andina, impidiendo que se explote el objeto protegido sin que el titular del derecho lo autorice.
- [316] Dicho esto, corresponde analizar si el artículo 573 del Coesc prescinde, tal como lo ha manifestado Sayce, de la autorización previa del autor o del titular, para lo cual es necesario hacer tres precisiones relevantes. La primera referida a que la norma restringe su aplicación a la esfera de uno de los derechos patrimoniales, esto es, el de comunicación pública. La segunda referida a que -si bien no se menciona expresamente la necesidad de contar con una autorización ‘previa’ a los actos de comunicación pública-

el inicio de la disposición refiere a la hipótesis: «(...) El organizador de un espectáculo público donde se vaya a realizar comunicación pública de obras o prestaciones protegidas por derecho de autor, deberá obtener la autorización o licencia por parte de los titulares de derechos o sus representantes». Finalmente, la tercera referida a que el segundo párrafo del artículo 573 hace mención al 'reglamento correspondiente', el cual se entiende, contiene mayor detalle del procedimiento a seguir para el otorgamiento de una autorización o licencia.

[317] Sobre este último punto se ha pronunciado la República de Ecuador en su escrito de contestación manifestando que el carácter previo de la autorización ha sido reconocido expresamente en el artículo 2 del Reglamento sobre autorizaciones para la comunicación pública de obras o presentaciones protegidas por derecho de autor y regulación de la tutela administrativa (entiéndase 'reglamento correspondiente'), expedido mediante Decreto N° 1381 del 3 de mayo de 2017.

[318] A saber, el artículo 2 del referido Reglamento dispone:

Artículo 2.- Autorización para espectáculos públicos

El organizador de un espectáculo público, en el que se vaya a realizar comunicación pública de obras protegidas por Derecho de Autor, **previo a la realización del espectáculo público, deberá obtener la autorización o licencia por parte de los titulares de derechos o de su representante.**

La autorización se conferirá de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos siguientes. [La letra negrita es añadida].

[319] Como se aprecia, este artículo dispone que el organizador de un espectáculo público, en el que se vayan a realizar actos de comunicación pública de obras protegidas por derecho de autor, deberá, previamente a la realización de este espectáculo, obtener la autorización o licencia por parte de los titulares de derechos o de su representante. En ese sentido, aun cuando el artículo 573 del Coesc no menciona expresamente que la autorización deba otorgarse de manera previa, si realizamos una interpretación sistemática<sup>88</sup> de este artículo junto con el artículo 2 del Reglamento y los artículos 13 y 54 de la Decisión Andina 351, queda claro que se cumple con el objeto y finalidad de la norma comunitaria en el sentido de que para el uso de una obra es necesario obtener, de forma previa, la autorización del autor o del titular del derecho.

[320] En lo referido a los requisitos previos para el otorgamiento de la autorización de espectáculos públicos por parte de la Dirección de Control y Orden Público Intendencias Generales de Policía a favor de los organizadores, se verifica que debe realizarse un pago a las SGC, cuando sea aplicable, cuya presentación, de conformidad con el Reglamento para la Intervención de las Intendencias y los Intendentes Generales de Policía y de las Comisarías y los Comisarios Nacionales de Policía del país, debe efectuarse hasta treinta días antes de iniciada la venta de boletos o, en el caso de eventos gratuitos, hasta veinte días antes del día del evento.

[321] El artículo 25.7 del referido reglamento, en lo relativo a los requisitos necesarios para el otorgamiento del permiso para espectáculos públicos, requiere explícitamente la autorización de Sayce. Dicho requisito se entiende de carácter 'previo' pues el artículo 25 señala expresamente: «(...) **los requisitos previos** para el permiso se deberán presentar

<sup>88</sup> La interpretación sistemática parte del principio filosófico de que el derecho es parte de un sistema y, por tanto, la aplicabilidad de la norma se deberá analizar basada en el sistema al cual pertenece. Para conocer el sentido de una norma se debe indagar en aquellas otras que conforman la unidad normativa. Este sistema es conocido también como la lógica sistemática.

hasta 30 días antes de iniciada la venta de boletos o, en el caso de eventos gratuitos, hasta 20 días antes del día del evento» [La letra negrita es añadida].

[322] Conforme se desprende del análisis realizado, el artículo 573 del Coesc no elimina la necesidad de obtener una autorización previa de los autores o titulares de derechos por el uso de sus obras y, por tanto, en lo relativo a este extremo, no se vulnera el artículo 54 de la Decisión Andina 351. Asimismo, queda claro que Ecuador cumple con ese artículo 54 a través de la aplicación sistémica de su ordenamiento legal vigente, que comprende tanto la Decisión 351 -norma de aplicación directa- como su norma reglamentaria.

[323] **Sobre el segundo punto**, referido a si los procesos de intercambio de información y las diligencias preparatorias hacen imposible la autorización previa, se aprecia:

[324] De una lectura desagregada al artículo 573 del COESC se tiene lo siguiente: (i) el organizador de un espectáculo público donde se vaya a realizar comunicación pública de obras o prestaciones protegidas deberá obtener la autorización del titular o sus representantes; (ii) el reglamento correspondiente indicará el trámite a seguir para el otorgamiento de dicha autorización; **(iii) las partes deberán realizar un intercambio de información especialmente en lo relativo a las posibles obras comunicadas**; (iv) se establece un listado de limitaciones respecto de los cuales no es necesaria la autorización del autor o de su representante; **(v) la autoridad nacional podrá realizar diligencias preparatorias para verificar la información presentada por las partes y la existencia de la autorización por parte del titular de los derechos**<sup>89</sup>.

[325] Sobre el procedimiento de intercambio de información, el artículo 573 del Coesc establece que, conforme el reglamento correspondiente, para el otorgamiento de una autorización o licencia, las partes deberán realizar un intercambio de información, en especial a lo relativo a las posibles obras comunicadas, con el fin de determinar la administración y vigencia de los derechos.

[326] El Reglamento sobre autorizaciones para la comunicación pública de obras o presentaciones protegidas por derecho de autor y regulación de la tutela administrativa (al cual hace alusión el artículo 573 del Coesc) dispone, sobre el procedimiento de intercambio de información, lo siguiente:

#### Artículo 3.- Intercambio de información

El organizador del espectáculo público y el titular del derecho de autor o su representante, deberán intercambiar al menos la siguiente información:

Por parte organizador:

- a) Las obras que posiblemente serán comunicadas públicamente en el espectáculo, y,
- b) La taquilla puesta a la venta.

Por parte del titular o su representante:

- a) La titularidad sobre las obras que posiblemente serán comunicadas públicamente en el espectáculo la acreditación de su representación, y,
- b) la administración y vigencia de los derechos de autor sobre las obras que posiblemente serán comunicadas;

<sup>89</sup> A efectos del presente dictamen no se analizará el punto (iv) pues este no ha sido cuestionado por Sayce en su escrito de reclamación.

La información intercambiada deberá ser tomada en cuenta para determinar la tarifa aplicable, con base a las tarifas aprobadas para tal efecto.

- [327] Es pertinente considerar que el proceso de intercambio de información resulta relevante y beneficioso para ambas partes pues permite, por un lado, que las SGC se obliguen a brindar al organizador información relativa a su legitimidad y, por otro, que el organizador facilite a las SGC la lista de obras posiblemente comunicadas y la taquilla puesta a la venta. Tener el conocimiento claro de todos estos aspectos genera una reducción importante en los costos asumidos por ambas partes para obtener dicha información que, de haberla obtenido por otros medios, hubiera podido suponer costos tan altos que podrían incluso haber evitado que la relación jurídica se materialice. Además, debe considerarse que una de las principales funciones de las SGC frente a sus usuarios, es la de garantizar el acceso de información y transparencia, elementos que legitiman el actuar de las SGC frente a la sociedad. Finalmente, debe quedar claro que las disposiciones regulatorias relativas al proceso de intercambio de información no anulan, en forma alguna, el requisito de autorización previa. Por el contrario, tienden a hacerlo más evidente.
- [328] Sobre las diligencias preparatorias, el artículo 573 del Coesc establece que la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, podrá realizar las diligencias preparatorias establecidas en el Título II del Código Orgánico General de Procesos, en lo que fuere aplicable, para verificar: (i) la transparencia y veracidad de la información presentada por el organizador, el titular de derechos o representante; y, (ii) la existencia de la autorización por parte del titular de los derechos o representante.
- [329] El artículo 120 del referido Código dispone que este mecanismo se activa, a pedido de parte, en dos circunstancias específicas: (i) para determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso; y, (ii) para anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse.
- [330] Como se aprecia, ninguno de los dos supuestos establecidos en este artículo permite entender que no es necesaria una autorización previa para el uso de obras protegidas, pues sus disposiciones se encuentran referidas a temas totalmente distintos como lo son la legitimidad de las partes y las pruebas anticipadas.
- [331] Dada la naturaleza de las diligencias preparatorias, estas podrían incluso ser utilizadas por las SGC como una herramienta para obtener pruebas previas en los procedimientos de infracción al derecho de autor o derechos conexos, en los cuales se haya evidenciado que el organizador de un determinado evento no cuenta con la autorización previa correspondiente para la comunicación pública de obras protegidas.
- [332] Además, debe considerarse que la Decisión 351 refiere en su artículo 43 que «Las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, estarán sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado (...)». Por lo tanto, dado que no se ha regulado específicamente a través de dicho artículo los instrumentos procesales necesarios para llevar a cabo estas acciones de inspección y vigilancia de las SGC por parte del Estado, podría darse que en aplicación del principio del complemento indispensable, dicha regulación procesal sea introducida en la normativa interna de cada País Miembro a través de la implementación de procedimientos administrativos como el intercambio de información o las diligencias preparatorias, que permiten, entre otros, realizar actos de vigilancia relativos a la información brindada por las SGC, tal y como sucede en el caso en concreto materia de esta reclamación.



[333] Finalmente, consideramos importante rescatar lo señalado por el Tribunal de Justicia Andino en el extremo referido a que «(...) la vigilancia estatal está basada en la importancia que revisten los derechos de autor y conexos en la sociedad. Son derechos que se encuentran en la base del desarrollo cultural y social, siendo por lo tanto un asunto de interés general. Sobre el tema la doctrina ha señalado lo siguiente: “En definitiva, supervisión estatal no significa intervencionismo, sino vigilancia para la tutela de intereses colectivos, siempre bajo el principio de la legalidad, de modo que sin una intromisión excesiva en la autonomía de las entidades de gestión como personas jurídicas de derecho privado, se asegure la administración eficaz y transparente de todo un acervo cultural universal involucrado”»<sup>90</sup>.

[334] **En conclusión** y luego del análisis realizado es de criterio de esta Secretaría General que, practicar diligencias de intercambio de información y diligencias preparatorias requeridas o permitidas por la normativa interna de un País Miembro no puede ser considerado como un factor que haga imposible la obtención de una autorización previa de uso o explotación de una obra. En consecuencia, la aplicación del artículo 573 del Coesc y de sus normas reglamentarias y complementarias previamente mencionadas y que prevén esas diligencias, no causan vulneración o incumplimiento del artículo 54 de la Decisión Andina.

## 2.2. Sobre el alegado incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

[335] El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone lo siguiente:

*“Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.*

*Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”*

[336] Como bien ha señalado el Tribunal andino, esta disposición impone a los Países Miembros tanto una obligación de hacer como de no hacer de las cuales se deriva que el acatamiento del derecho comunitario debe producirse no sólo de hecho, sino también de derecho.

[337] Así en la sentencia del Proceso 16-AI-2000 (*Proceso 16-AI-2000, de 24 de noviembre de 2000, Secretaría General contra Colombia, publicada en la G.O.A.C. N° 639 de 9 de febrero de 2001*) ha señalado con relación al precitado artículo que:

*“Una simple lectura del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal permite deducir que son dos los principios fundamentales del derecho comunitario que por él se tutelan: el de su aplicación directa y el de su preeminencia. Por el primero se entiende la capacidad jurídica de la norma comunitaria para generar derechos y obligaciones que los ciudadanos de cada País puedan exigir ante sus tribunales nacionales. Por el de la*

<sup>90</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 281-IP-2015.

*preeminencia, que se deriva de la aplicación directa, se comprende la virtud que tiene la norma comunitaria de ser imperativa y de primar sobre la de derecho interno.*

*Estos principios o características del derecho comunitario se materializan en el artículo 4° del tratado (sic) Fundacional cuando su texto impone a los países que integran la Comunidad Andina las dos obligaciones básicas de “hacer” y de “no hacer” a que él se refiere.*

*Por la primera de las obligaciones citadas, los Países Miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas –sean de tipo **legislativo**, judicial, ejecutivo, administrativo, o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda deben abstenerse de adoptar toda medida, o de asumir cualquier conducta que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento. Por lo demás, lo dicho abarca también los niveles regionales y descentralizados del estado (sic) y, por supuesto, a los particulares nacionales de dichos Estados, quienes también son sujetos de tal ordenamiento en las materias que lo conforman.*

*Debe precisarse, así mismo, que las obligaciones previstas en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1° del mismo Tratado. De donde se concluye que bien sea que se trate de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por los organismo (sic) y funcionarios de la Comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros”. [La letra negrita y el subrayado es agregado].*

[338] Como quiera que se ha determinado que se evidenció que la reclamada ha incumplido el artículo 49 de la Decisión 351, corresponde también determinar que existe incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

## **VI. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS**

[339] En el ámbito de lo solicitado y con base en lo expuesto, el análisis efectuado y lo obrante en el expediente, se dictamina que la República del Ecuador mediante la expedición del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, no incumple lo dispuesto en los artículos 1, 13, 14, 21, 45 literal j y 54 de la Decisión 351; no obstante, incumple el artículo 49 de la Decisión 351 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

## **VII. MEDIDAS APROPIADAS PARA CORREGIR EL INCUMPLIMIENTO**

[340] En aplicación de lo dispuesto por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y a fin de corregir el incumplimiento dictaminado en el punto anterior, se recomienda a la República del Ecuador modificar el artículo 239 del COESC y ajustar dicha disposición con lo previsto en el artículo 49 de la Decisión 351.



### VIII. PLAZO PARA REMITIR INFORMACIÓN

[341] De conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, se establece un plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la publicación del presente Dictamen en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, para que el gobierno del Ecuador informe a la Secretaría General la medida que ha adoptado o que se encuentre adoptando dirigida a corregir el incumplimiento, acompañando la prueba que acredite la adopción de tal correctivo.

*Luz Marina Monroy Acevedo*  
**Secretaria General a.i.**