



**SUMARIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

Pág.

PROCESO 17-IP-2020	Interpretación Prejudicial Consultante: Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Cuenca de la Provincia del Azuay de la República del Ecuador Expediente interno del Consultante: 01501-2019-00065 Referencia: El reconocimiento de las mercancías en ejercicio del control posterior realizado por las autoridades aduaneras de los Países Miembros.....	2
PROCESO 249-IP-2021	Interpretación Prejudicial Consultante: Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia Expediente interno del Consultante: 1-2020-145179 Referencia: Comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones o ejecuciones fijadas, sin la debida remuneración. ....	12

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA****Quito, 6 de mayo de 2022**

**Proceso:** 17-IP-2020

**Asunto:** Interpretación Prejudicial

**Consultante:** Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Cuenca de la Provincia del Azuay de la República del Ecuador

**Expediente interno del consultante:** 01501-2019-00065

**Referencia:** El reconocimiento de las mercancías en ejercicio del control posterior realizado por las autoridades aduaneras de los Países Miembros

**Norma a ser interpretada:** Artículo 14 de la Decisión 778

**Tema objeto de interpretación:** Facultad de control posterior de las autoridades aduaneras de los Países Miembros. El reconocimiento de las mercancías en ejercicio del control posterior

**Magistrado ponente:** Gustavo García Brito

**VISTOS:**

El Oficio N° 030-2020-TDCT-C de fecha 27 de enero de 2020, recibido vía *courier* el 5 de febrero del mismo año, mediante el cual el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Cuenca de la Provincia del Azuay de la República del Ecuador solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**) la Interpretación Prejudicial del último párrafo del Artículo 14 de la Decisión 778 de la Comisión de la Comunidad



Andina (en adelante, la **Decisión 778**), a fin de resolver el proceso interno N° 01501-2019-00065.

El Auto de fecha 8 de abril de 2022, mediante el cual se admitió a trámite la solicitud de Interpretación Prejudicial.

## A. ANTECEDENTES

### Partes en el proceso interno

**Demandante:** Almacenes Juan Montero Cía. Ltda.

**Demandado:** Servicio Nacional de Aduana del Ecuador  
– Senae – de la República del Ecuador

## B. ASUNTO CONTROVERTIDO

De la revisión de los documentos remitidos por la autoridad consultante respecto del proceso interno, este Tribunal considera que el asunto controvertido consiste en determinar si el Senae, en ejercicio de la facultad de control posterior, debió efectuar obligatoriamente el reconocimiento físico de las mercancías importadas por Almacenes Juan Montero Cía. Ltda., de conformidad con lo previsto en el último párrafo del Artículo 14 de la Decisión 778.

## C. NORMA A SER INTERPRETADA

La autoridad consultante solicitó la Interpretación Prejudicial del último párrafo del Artículo 14 de la Decisión 778. Se interpretará el Artículo 14 de la Decisión 778<sup>1</sup> en su totalidad con la finalidad de dar a la autoridad

<sup>1</sup> **Decisión 778. -**

«Artículo 14.- Una vez autorizado el levante o el embarque de las mercancías y con el objeto de garantizar la exactitud y veracidad de los datos contenidos en la declaración, las autoridades aduaneras podrán proceder al control posterior de:

- a) Mercancías, documentos y demás datos relativos a las operaciones de importación, exportación o tránsito aduanero de las mercancías de que se trate;
- b) Documentos y datos relativos a las operaciones comerciales posteriores o anteriores vinculadas a la importación, exportación o tránsito aduanero de las mercancías de que se trate, incluyendo el Documento Único Aduanero (DUA) y la Declaración Andina del Valor (DAV);
- c) Operaciones de transformación, elaboración, montaje, reparación y otras a las que estén sometidas las mercancías importadas al amparo de un régimen de perfeccionamiento activo, así como los productos obtenidos de estas operaciones; o
- d) El cumplimiento de los requisitos exigidos a las mercancías en importación temporal y demás regímenes suspensivos del pago de los derechos e impuestos a la importación y recargos, o sujetos a tratamientos preferenciales y a las mercancías importadas al amparo de los demás destinos aduaneros.

Las acciones de control posterior sobre las declaraciones, manifiesto de carga y demás documentos comerciales, contables y bancarios relativos a una determinada operación comercial, comprenderán el reconocimiento de las mercancías en el lugar en el que se



consultante un marco teórico general sobre el control posterior de mercancías por parte de las autoridades aduaneras.

#### D. TEMA OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Facultad de control posterior de las autoridades aduaneras de los Países Miembros. El reconocimiento de las mercancías en ejercicio del control posterior.
2. Respuesta a la pregunta formulada por la autoridad consultante.

#### E. ANÁLISIS DEL TEMA OBJETO DE INTERPRETACIÓN

##### 1. Facultad de control posterior de las autoridades aduaneras de los Países Miembros. El reconocimiento de las mercancías en ejercicio del control posterior

- 1.1. En el proceso interno el demandante alegó que, en el ejercicio del control posterior, el Senae debió efectuar obligatoriamente el reconocimiento físico de las mercancías, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del Artículo 14 de la Decisión 778, a fin de determinar el valor realmente declarado y pagado en aduana. Por lo cual, resulta pertinente desarrollar el presente tema.

##### **Facultad de control posterior de las autoridades aduaneras de los Países Miembros**

- 1.2. Este Tribunal se ha pronunciado en anteriores ocasiones, respecto de la facultad que poseen las autoridades aduaneras, así como sobre cuáles son sus limitaciones.<sup>2</sup>
- 1.3. La Decisión 778 establece las normas que las autoridades aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina deberán aplicar para el control de las operaciones de comercio exterior.
- 1.4. El Artículo 5 de la referida norma comunitaria señala que las acciones de control e investigación de la autoridad aduanera tiene como objetivos comprobar: (i) la exactitud y veracidad de los datos declarados relativos a las destinaciones amparadas en una o más declaraciones presentadas durante un determinado período de tiempo; (ii) el cumplimiento de los requisitos exigidos a mercancías ingresadas a un país miembro mientras permanezcan bajo un régimen de perfeccionamiento activo o de

---

encuentren.»

(Énfasis agregado)

<sup>2</sup> Ver Interpretaciones Prejudiciales números 03-IP-2014 de fecha 30 de abril de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2355 del 30 de junio de 2014; y 84-IP-2014 de fecha 1 de octubre de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2423 del 3 de diciembre de 2014.



importación temporal con suspensión de tributos o con tratamiento preferencial; (iii) el cumplimiento de los requisitos exigidos a las mercancías ingresadas a un país miembro amparadas de otro destino aduanero o con exención de tributos; y (iv) la circulación legal de las mercancías.

- 1.5. En ese sentido, la autoridad aduanera, en aras de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera, tiene la facultad de ejercer el control aduanero en las siguientes fases: (i) un **control anterior**, antes de la admisión de la declaración aduanera; (ii) un **control durante el despacho**, ejercido desde el momento de la admisión de la declaración y hasta el momento del levante; (iii) y un **control posterior**, que se da a partir del levante<sup>3</sup> (retiro) o embarque de la mercancía<sup>4</sup> (Artículo 7 de la Decisión 778).
- 1.6. Sobre el objetivo de los mencionados controles, el Tribunal ha determinado, teniendo en cuenta el Reglamento Comunitario de la Decisión 571, algunos aspectos que es conveniente reiterar:

«Garantizar que se han cumplido las condiciones previstas en el Artículo 1 relativas a la utilización del valor de transacción, venta, partes relacionadas, entre otros;

Determinar si el valor declarado comprende el precio total pagado por pagar por el importador por las mercancías importadas;

Determinar si los ajustes previstos en el Artículo 8 han sido incluidos en el valor aduanero declarado;

Verificar la aplicación correcta de los métodos secundarios de valoración cuando estos deban utilizarse;

Prevenir y evitar la utilización de prácticas prohibidas, por ejemplo, la utilización de valores teóricos o estimados, o sencillamente fraudulentos; y,

Tales controles se deben cumplir en varias etapas: previa al despacho, en el momento del despacho y en la fase posterior al despacho»<sup>5</sup>.

- 1.7. Teniendo en cuenta que en el presente caso se cuestiona la facultad del

<sup>3</sup> Por levante de las mercancías se entiende el «acto por el cual la autoridad aduanera autoriza a los interesados a disponer de las mercancías de acuerdo con el régimen aduanero solicitado».

Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú. Diccionario Aduanero. Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/es/glosario-sp-29859/aduanero> (Consulta: 10 de abril de 2022).

<sup>4</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Diccionario de la Lengua Española*. Definición de embarque: «1. m. Acción y efecto de embarcar (ll introducir personas u objetos en un medio de transporte). 2. m. Acción y efecto de embarcar (ll hacer que alguien intervenga en una empresa difícil). 3. m. embolado (ll cometido engoroso). tarjeta de embarque» Disponible en: <https://dle.rae.es/embarque#otras> (Consulta: 10 de abril de 2022).

Por embarque de las mercancías se entiende la acción de introducir las mercaderías a los medios de transporte desde la aduana con destino al exterior o a otras Aduanas del mismo país.

<sup>5</sup> Ver Interpretación Prejudicial N° 44-IP-2009 de fecha 28 de agosto de 2009, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1783 del 7 de diciembre de 2009.

control posterior efectuado por la autoridad aduanera, se hará énfasis en el desarrollo de dicho tema. El control aduanero posterior es definido como:

«...el que realiza la administración aduanera una vez que las mercancías ya se encuentran en propiedad del dueño o consignatario; pero, por el poder que tiene la administración para verificar las operaciones realizadas por los consignatarios, dentro de un periodo posterior al levante de las mercancías, es que se pueden realizar los controles mencionados»<sup>6</sup>.

- 1.8. Al respecto, encontramos que, en el marco normativo del Artículo 14 de la Decisión 778, la autoridad aduanera se encuentra facultada para efectuar diversas acciones de control posterior, tal como se precisa a continuación:

«**Artículo 14.-** Una vez autorizado el levante o el embarque de las mercancías y con el objeto de garantizar la exactitud y veracidad de los datos contenidos en la declaración, las autoridades aduaneras podrán proceder al control posterior de:

- a) Mercancías, documentos y demás datos relativos a las operaciones de importación, exportación o tránsito aduanero de las mercancías de que se trate;
- b) Documentos y datos relativos a las operaciones comerciales posteriores o anteriores vinculadas a la importación, exportación o tránsito aduanero de las mercancías de que se trate, incluyendo el Documento Único Aduanero (DUA) y la Declaración Andina del Valor (DAV);
- c) Operaciones de transformación, elaboración, montaje, reparación y otras a las que estén sometidas las mercancías importadas al amparo de un régimen de perfeccionamiento activo, así como los productos obtenidos de estas operaciones; o
- d) El cumplimiento de los requisitos exigidos a las mercancías en importación temporal y demás regímenes suspensivos del pago de los derechos e impuestos a la importación y recargos, o sujetos a tratamientos preferenciales y a las mercancías importadas al amparo de los demás destinos aduaneros.

(...».

- 1.9. Como se aprecia, el Artículo 14 de la Decisión 778 establece como uno de los objetivos del control posterior garantizar la exactitud y veracidad de los datos contenidos en la declaración aduanera, para lo cual las autoridades aduaneras se encuentran facultadas para ejercer dicho control sobre:

- (i) Mercancías, declaraciones de aduana, manifiesto de carga, documentos comerciales, contables y bancarios relativos a una

<sup>6</sup> José Armando Garavito Castillo, *Control Aduanero*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2007, p. 18. [http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201165195749libro\\_atrc\\_control.pdf](http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201165195749libro_atrc_control.pdf)



determinada operación comercial documentos y demás datos relativos a las operaciones de importación, exportación o tránsito aduanero;

- (ii) Operaciones de transformación, elaboración, montaje, reparación y otras a las que estén sometidas las mercancías importadas al amparo de un régimen de perfeccionamiento activo y sobre los productos derivados de estas;
- (iii) El cumplimiento de los requisitos exigidos a las mercancías en importación temporal y demás regímenes suspensivos del pago de los derechos e impuestos a la importación y recargos, o sujetos a tratamientos preferenciales, entre otros.

1.10. Para ejercer estas facultades es necesario que el importador proporcione toda la información requerida por la administración aduanera. La persona obligada a dar información deberá entregarla a la autoridad aduanera de manera oportuna en la forma y términos que establezca la norma interna de cada país miembro.

1.11. Con relación a lo antes indicado, el párrafo 6 del Anexo III del Acuerdo sobre valoración de la OMC, al referirse al Artículo 17 del Acuerdo sobre valoración de la OMC, señala que al aplicar el referido Acuerdo, podrá ser necesario que las administraciones de aduanas procedan a efectuar investigaciones sobre la veracidad o la exactitud de toda información, documento o declaración que les sean presentados a efectos de la valoración en aduana. El artículo reconoce, por tanto, que pueden realizarse investigaciones con la finalidad de, por ejemplo, comprobar si los elementos del valor declarados o presentados a las autoridades aduaneras en relación con la determinación del valor en aduana son completos y exactos. Los Países Miembros, con sujeción a sus leyes y procedimientos nacionales, tienen la potestad de contar con la plena cooperación de los importadores en esas investigaciones.

1.12. Ello guarda relación con las funciones que, de acuerdo con la normativa andina, le corresponde ejercer a las autoridades aduaneras (unidades de control posterior) dentro de los controles posteriores, establecidas en el Artículo 17 de la Decisión 778, en el cual se detalla una lista de facultades que van desde la investigación de los hechos generadores de obligaciones aduaneras, la determinación definitiva de las bases imponibles hasta la comprobación de la exactitud de las deudas aduaneras, entre otros.

1.13. Asimismo, conforme lo previsto en el Artículo 15 de la Decisión 778, a efectos de efectuar el control posterior, la autoridad aduanera podrá examinar los libros, documentos, archivos, soportes magnéticos, data informática y cualquier otra información relacionada con las operaciones de comercio exterior. Asimismo, las citadas normas agregan que dicho control puede ser ejercido contra cualquier persona que se encuentre en posesión o disponga de la información o documentos relacionados a las operaciones aduaneras sujetas a control, incluso podrá requerir la información si se



encuentran fuera de su ámbito de control territorial.

- 1.14. De lo expuesto resulta importante tener en cuenta que, la norma comunitaria es enunciativa al momento de señalar la información o documentos que la autoridad aduanera podría requerir a cualquier persona ligada directa o indirectamente con una o varias operaciones aduaneras sujetas a control posterior.
- 1.15. Si bien la norma, al momento de detallar la información susceptible de requerimiento por parte de la autoridad aduanera, muestra un artículo *numerus apertus*, ello no faculta a la autoridad aduanera a solicitar información o documentación que no se encuentre relacionada con la operación aduanera, lo cual deberá analizarse en cada caso concreto.
- 1.16. Así, la administración aduanera puede solicitar, en concordancia con los artículos antes detallados, documentos comerciales, contables, bancarios, libros, archivos, soportes magnéticos, data informática y cualquier otra información relacionada con las operaciones de comercio exterior y que coadyuve a la finalidad del ejercicio de control posterior: comprobar la exactitud y veracidad de los datos declarados relativos a las operaciones amparadas en una o más declaraciones presentadas durante un determinado período de tiempo.
- 1.17. Por su parte, el Artículo 54 de la Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**) señala que entre los documentos que pueden ser obtenidos por las autoridades aduaneras, a efectos de que se verifique la comprobación de los elementos de hecho y circunstancias comerciales de la negociación y del cumplimiento de las disposiciones previstas en el Acuerdo sobre Valoración de la OMC, la Decisión 571, así como en el mencionado reglamento, se encuentran las pruebas de los pagos de la mercancía, comunicaciones bancarias inherentes al pago (fax, correos electrónicos, entre otros), cartas de crédito, documentos presentados para la solicitud de créditos, contratos, acuerdo de licencia, correspondencia y otros datos comerciales, documentos contables, entre otros, señalando expresamente la norma que puede ser en general cualquier documento que demuestre las condiciones bajo las cuales va a ser utilizado uno de los métodos de valoración, en su orden.
- 1.18. Asimismo, la norma advierte que la carga de la prueba corresponde, en primer lugar, al importador o comprador de la mercancía, y en el supuesto que estos no sean la misma persona, la carga de la prueba les corresponde a ambos, tal como lo establece el Artículo 18 de la Decisión 571.
- 1.19. Para el ejercicio de las facultades de control posterior, las unidades de control posterior se deben adecuar a planes y programas de actuación que deben ser elaborados de forma periódica (anual), con base en criterios de objetividad, oportunidad, selectividad y capacidad operativa. En dichos planes se deberá tomar en cuenta el período de prescripción o caducidad





de las acciones según la legislación nacional. Las administraciones aduaneras de los Países Miembros podrán articular con otros órganos nacionales o de cooperación aduanera internacional y deberán documentar sus actuaciones (Artículos 18, 19, 20 y 21 de la Decisión 778).

### **El reconocimiento de las mercancías en ejercicio del control posterior**

- 1.20. Tal como se ha dispuesto en el último párrafo del Artículo 14 de la Decisión 778<sup>7</sup>, en concordancia con lo establecido en el Artículo 52 de la Resolución 1684 de la SGCA (Reglamento de la Decisión 571, normativa andina directamente relacionada con la valoración de las mercancías importadas)<sup>8</sup>, los controles ejercidos por la autoridad aduanera (comprendido el control posterior) también pueden incluir el examen físico de las mercancías.
- 1.21. Teniendo claro que la fase de control posterior solo es ejercida por la administración aduanera una vez que las mercancías se encuentran en poder del importador, dueño o consignatario (finalizado el levante o embarque), se evidencia la *ratio legis* del legislador andino para considerar la posibilidad de realizar también el reconocimiento de las mercancías en el lugar en el que se encuentren, al mencionar que el ejercicio de esta facultad específicamente se realiza sobre mercancías (primer párrafo de Artículo 14 de la Decisión 778).
- 1.22. De esta manera, durante la fase de control posterior, también la autoridad aduanera puede incluir el reconocimiento de las mercancías en el lugar

<sup>7</sup> Decisión 778. -

«Artículo 14.-

(...)

Las acciones de control posterior sobre las declaraciones, manifiesto de carga y demás documentos comerciales, contables y bancarios relativos a una determinada operación comercial, comprenderán el reconocimiento de las mercancías en el lugar en el que se encuentren.»

<sup>8</sup> Resolución 1684 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Reglamento de la Decisión 571 de la Comisión de la Comunidad Andina). -

«Artículo 52. Verificaciones y controles complementarios.

1. Cuando se requiera, la Administración Aduanera efectuará la verificación y controles complementarios en las propias oficinas, establecimientos o fábricas de los importadores o de cualquier persona directa o indirectamente relacionada con las operaciones de importación de las mercancías de que se trate o con las operaciones posteriores relativas a las mismas mercancías o de cualquier otra persona que posea los documentos y datos de la Declaración en Aduana de las mercancías importadas y de la Declaración Andina del Valor, con el fin de asegurar la aplicación de las medidas que garanticen la determinación del valor en aduana que corresponda.

Estos controles podrán también incluir el examen físico de las mercancías.

2. Los administrados tienen el deber de prestar plena cooperación a las Administraciones Aduaneras en sus investigaciones, por lo que deben facilitar los medios que permitan efectuarlas y se someterán, incluso, a la comparecencia cuando así se les solicite.»

(Subrayado agregado)



donde se encuentren. Se entiende por reconocimiento físico la «operación que consiste en verificar lo declarado, mediante una o varias de las siguientes actuaciones: reconocer las mercancías, verificar su naturaleza, origen, estado, cantidad, calidad, valor, peso, medida, o clasificación arancelaria».<sup>9</sup>

- 1.23. Sin embargo, en ejercicio del control posterior, la autoridad aduanera no siempre está obligada a realizar el reconocimiento sobre las mercancías físicas, generalmente realiza el reconocimiento sobre los documentos que forman parte de la declaración aduanera, por cuanto, lógicamente, esto dependerá de la naturaleza de las mercancías, del tiempo que haya transcurrido entre el levante o embarque de la mercancía (recordando que la prescripción de la facultad de control posterior dependerá de lo establecido por la norma interna de cada país miembro), y por supuesto del destino de estas, en el entendido de que el importador busca comercializar de la manera más rápida posible sus mercancías, y en muchas ocasiones ya no existe en inventario. Es decir, la autoridad aduanera hace el reconocimiento de las mercancías en el lugar, en tanto ello sea posible y lo considere pertinente.
- 1.24. Hay que recordar que la autoridad aduanera tiene amplias potestades para solicitar la información pertinente para la valoración de la mercancía en ejercicio del control posterior, para lo cual la naturaleza de las mercancías tiene bastante relevancia. No se puede realizar una interpretación literal ni aislada del último párrafo del Artículo 14 de la Decisión 778. Por el contrario, es facultativo de la administración aduanera decidir a través de qué acción desplegará su facultad de control posterior, por ejemplo, si la autoridad aduanera ha decidido que para el ejercicio del control posterior solicitará documentación como listado de cuentas bancarias, copias de estados de cuenta y tarjeta de crédito etc., no se requiere de una verificación física de las mercancías, por lo que el importador debe proporcionar dicha documentación para un correcto análisis dentro del procedimiento de control posterior.
- 1.25. En este aspecto, se deberá tener en cuenta lo señalado en la presente interpretación prejudicial para determinar si en el ejercicio de las facultades de control posterior, las medidas adoptadas por la administración aduanera en su actuación se realizaron con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera común, y si se ajustaron al cumplimiento de las normas comunitarias que regulan la materia.

## 2. Respuesta a la pregunta formulada por la autoridad consultante

Antes de dar respuesta a la pregunta formulada por la autoridad consultante, es necesario precisar que este Tribunal no brindará una respuesta que resuelva el caso en concreto ni calificará los hechos materia

<sup>9</sup>

Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú. Diccionario Aduanero. Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/es/glosario-sp-29859/aduanero> (Consulta: 10 de abril de 2022).




del proceso. Esta corte internacional se limitará a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

- 2.1. **«Se establezca si, para que una Declaración Aduanera de Importación (DAI) pueda ser sometida a un proceso de control posterior, debe necesariamente realizarse una constatación física de las mercancías en el lugar donde se encuentren, sin cuyo requisito la Administración Aduanera estaría impedida de practicar dicha determinación»**

Para dar respuesta a esta pregunta la autoridad consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 1 del Acápito E, especialmente a los párrafos 1.20 al 1.24. de la presente Interpretación Prejudicial.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por la autoridad consultante al resolver el proceso interno N° 01501-2019-00065, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que la presente Interpretación Prejudicial ha sido aprobada por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial de fecha 6 de mayo de 2022, conforme consta en el Acta 21-J-TJCA-2022.



**Luis Felipe Aguilar Feijóo**  
SECRETARIO

Notifíquese a la autoridad consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.



**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

**Quito, 6 de mayo de 2022**

**Proceso:** 249-IP-2021 (consulta facultativa)

**Asunto:** Interpretación Prejudicial

**Consultante:** Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia

**Expediente interno del consultante:** 1-2020-145179

**Referencia:** Comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones o ejecuciones fijadas, sin la debida remuneración

**Normas a ser interpretadas:** Artículo 3 (concepto de artista intérprete o ejecutante), Artículos 34, 48 y Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351

**Temas objeto de interpretación:**

1. El artista intérprete o ejecutante de obras audiovisuales y sus derechos conexos
2. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos)
3. Legitimación activa de las sociedades de gestión colectiva para la recaudación
4. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva
5. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos reconocidos y protegidos por la Decisión 351

**Magistrado ponente:** Gustavo García Brito

**VISTOS:**

El Oficio sin número de fecha 22 de septiembre de 2021, recibido vía correo electrónico el día 23 del mismo mes y año, mediante el cual la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**) la Interpretación Prejudicial del Artículo 3 (concepto de retransmisión), del Literal f) del Artículo 4, de los Literales c) e i) del Artículo 15, de los Literales g) y h) del Artículo 45 y de los Artículos 48, 54 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **Decisión 351**), a fin de resolver el proceso interno N° 1-2020-145179.

El Auto de fecha 8 de abril de 2022, mediante el cual se admitió a trámite la solicitud de Interpretación Prejudicial.

**A. ANTECEDENTES****Partes en el proceso interno**

**Demandante:** Actores Sociedad Colombiana de Gestión – Actores S.C.G.

**Demandada:** TV Colombia Digital S.A.S.

**B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS**

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

1. Si TV Colombia Digital S.A.S., en su calidad de operador televisivo, habría comunicado públicamente y puesto a disposición del público obras y grabaciones audiovisuales en las que se encuentran fijadas las interpretaciones o ejecuciones de artistas intérpretes representados por Actores S.C.G., sin la correspondiente remuneración, a través del servicio de televisión por suscripción.
2. Si TV Colombia Digital S.A.S. contaría con la autorización previa y expresa de Actores S.C.G. para la comunicación pública y puesta a disposición del público de las obras y grabaciones audiovisuales en las que se encuentran fijadas las interpretaciones o ejecuciones de artistas intérpretes representados por Actores S.C.G.
3. Si Actores S.C.G. estaría facultada para cobrar las tarifas exigidas a TV Colombia Digital S.A.S., y si dichas tarifas se encuentran ajustadas a la normativa andina.
4. Si corresponde el pago de indemnización por daños y perjuicios por parte de TV Colombia Digital S.A.S. a favor de los artistas intérpretes



representados por Actores S.C.G.

### C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. La autoridad consultante solicitó la Interpretación Prejudicial del Artículo 3 (concepto de retransmisión), del Literal f) del Artículo 4, de los Literales c) e i) del Artículo 15, de los Literales g) y h) del Artículo 45 y de los Artículos 48, 54 y 57 de la Decisión 351. Procede la interpretación del Artículo 3 (únicamente en lo concierne al concepto de artista intérprete o ejecutante), del Artículo 48 y del Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351<sup>1</sup>, por ser pertinente.
2. De oficio se realizará la interpretación del Artículo 34 de la Decisión 351<sup>2</sup> con el fin de abordar el tema del derecho patrimonial de comunicación pública de los artistas intérpretes o ejecutantes.
3. No se realizará la interpretación del Literal f) del Artículo 4, de los Literales c) e i) del Artículo 15, de los Literales g) y h) del Artículo 45, ni del Artículo 54 de la Decisión 351, por cuanto en el procedimiento interno no se controvierten la protección de la obra cinematográfica; los supuestos de comunicación pública del derecho de autor; la autorización sobre el funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva; ni la responsabilidad solidaria de las sociedades de gestión colectiva.

### D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. El artista intérprete o ejecutante de obras audiovisuales y sus derechos conexos.
2. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o

---

<sup>1</sup> Decisión 351.

«Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:

(...)

- **Artista intérprete o ejecutante:** Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.

(...).»

«Artículo 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.»

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

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

(...).»

<sup>2</sup> Decisión 351.

«Artículo 34.- Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.»



3. ejecuciones (derechos conexos).
4. Legitimación activa por parte de las sociedades de gestión colectiva para la recaudación.
5. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva.
6. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos reconocidos y protegidos por la Decisión 351.

## E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

### 1. El artista intérprete o ejecutante de obras audiovisuales y sus derechos conexos

1.1. Tomando en cuenta que en el procedimiento interno se discute acerca del reconocimiento de los derechos conexos de los artistas intérpretes representados por Actores S.C.G., corresponde analizar el presente tema.

1.2. La Decisión 351 reconoce la diferencia existente entre el autor de una obra audiovisual y el artista intérprete o ejecutante que participa en dicha obra. Al primero lo entiende como la «[p]ersona física que realiza la creación intelectual»<sup>3</sup>, mientras que al segundo lo identifica como la «[p]ersona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra»<sup>4</sup>.

1.3. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI también ha efectuado esta precisión a modo de diferenciación entre los autores de las obras y los artistas intérpretes o ejecutantes, plasmándola en el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales<sup>5</sup>. De este modo, se entiende como:

«...“artistas intérpretes o ejecutantes”, todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore...»

1.4. Logreira y Fuentes, por su parte, explican dicha diferenciación en los siguientes términos:

«Quienes crean o adaptan las obras para su posterior ejecución (piénsese en los músicos y directores de orquesta) o quienes la interpretan (piénsese en actores, bailarines y cantantes), suponen la unión de dos esfuerzos creativos: la del autor y/o adaptador de la obra, por una parte, y la del artista, por la otra.»<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Artículo 3 de la Decisión 351.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Conferencia Diplomática sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales. Beijing el 24 de junio de 2012. Fecha del texto: 23 de junio de 2012. Entrada en vigor: 27 de abril de 2020. Disponible en: <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12213> (Consulta: 10 de abril de 2022).

<sup>6</sup> Carmen Isabel Logreira Rivas y Fernando José Fuentes Pinzón, *La protección jurídica del artista intérprete o ejecutante*. Telos, Vol. 12, No. 2, 2010, pp. 142.



- 1.5. En el caso de una obra audiovisual, corresponde diferenciar entre el creador de la obra —el autor— y quienes la interpretan —los artistas intérpretes—. El creador de la obra es quien goza del derecho de autor, mientras que el artista intérprete es aquel que ejecuta de cualquier manera la obra de un autor y es titular de un derecho conexo.
- 1.6. Si bien el autor es el creador de una obra audiovisual, el intérprete es quien da vida a dicha obra. El actor, o intérprete de una obra audiovisual, da vida a un personaje al expresar de manera única y singular lo que el guion de una obra audiovisual establece para aquel; es decir, realiza un aporte creativo evidente —en muchos casos, hasta preponderante— que lo hace merecedor de un régimen de protección jurídica a través del denominado derecho conexo.
- 1.7. Para gozar de protección como artista intérprete, el actor ejecuta un papel o rol mediante el cual interpreta un personaje, dándole vida y efectuando un aporte creativo en su caracterización. Tiene a su cargo un un mínimo de frases y forma parte de la trama de la obra audiovisual. Cumpliéndose estas condiciones se puede comprender que un artista es un intérprete —así sea sobre la base de la preexistente creación del autor— de una obra audiovisual y, por lo tanto, es titular de derechos conexos.
- 1.8. Los titulares de los derechos conexos son los artistas intérpretes o ejecutantes<sup>7</sup>. De acuerdo al Capítulo X —De los derechos conexos— de la Decisión 351, estos sujetos gozan de los siguientes derechos conexos:
  - a. Derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones. Pero no pueden oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.
  - b. Exigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice.
  - c. Oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda lesionar su prestigio o reputación.
- 1.9. En obras complejas puede presentarse el escenario en que los distintos artistas intérpretes o ejecutantes contribuyan con componentes completamente originales a la obra, por lo que podría parecer que adquieren el carácter de coautores de esta, lo que en rigor no sucede. En ese caso, el criterio fundamental para establecer si el componente otorga

<sup>7</sup> Además de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Artículos 37 al 41 de la Decisión 351).







derechos autorales o derechos conexos es si el componente aportado pudiera por sí mismo y de manera individualizada caracterizarse como una obra y persistir y ser explotada independientemente de los demás elementos de la obra audiovisual de la que forma parte. Un ejemplo de lo señalado es la diferencia entre el compositor del *soundtrack* de una película y uno de los actores. Resulta evidente que la música de un largometraje bien podría constituir una obra susceptible de ser protegida por el derecho de autor y persistir y ser explotada fuera de la película de la cual forma parte, por lo que su compositor adquiere derechos de autor sobre la pieza concreta que ha desarrollado. En cambio, la actuación o interpretación de un actor solo se entiende y adquiere significado como parte (o dentro) de la película, por lo que dicho actor solo podría ser titular de derechos conexos sobre su actuación o interpretación.

- 1.10. El artista intérprete o ejecutante que forma parte de una obra audiovisual no goza del derecho exclusivo de comunicación pública sobre sus interpretaciones fijadas, pues se entiende que estas han sido fijadas con su autorización previa y expresa, en una obra audiovisual cuyos derechos de explotación —incluyendo la comunicación pública— le corresponden al productor.
- 1.11. De manera similar, el artista intérprete o ejecutante que forma parte de una obra audiovisual tampoco dispone de un derecho patrimonial exclusivo de transformación sobre su interpretación, y mucho menos de toda la obra audiovisual. La Decisión 351 sí reconoce a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes una especie de derecho moral de integridad<sup>8</sup>, por hacer una analogía con el derecho moral del autor. Pero esta potestad no puede ser confundida con el derecho propiamente patrimonial de transformación, por lo que un artista intérprete o ejecutante no podría ejercer una facultad de esta naturaleza a través de una acción por infracción. No obstante, sí podría eventualmente requerir la tutela de su derecho moral de integridad, cuando la deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución pueda lesionar su prestigio o reputación.
- 1.12. El artista intérprete o ejecutante no podría oponerse a la supresión de una escena en la que se presenta su interpretación o ejecución, salvo que acredite debidamente que dicha supresión ha sido efectuada con la clara intención de dañar su prestigio o reputación. De allí que el análisis de la afectación al derecho de «integridad» del artista intérprete o ejecutante tendría que orientarse únicamente a establecer los elementos para determinar si existió o no una afectación de orden moral.
- 1.13. Sin perjuicio de lo expuesto en el presente acápite, corresponde señalar que las disposiciones consagradas en la norma comunitaria establecen, de modo general, un estándar mínimo de protección de los derechos de autor y de los derechos conexos. Así, de conformidad con el principio de complemento indispensable, las legislaciones internas de los países

<sup>8</sup> Mimetizando las legislaciones nacionales de los países que han optado por un sistema continental de derechos de autor.

miembros pueden consagrar el reconocimiento de otros derechos a los autores, así como a los artistas intérpretes o ejecutantes; y, del mismo modo, pueden ampliar su contenido y alcance, así como establecer diferentes mecanismos de tutela.

**2. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos)**

- 2.1. Considerando que la controversia en el procedimiento interno radica, en parte, en determinar si TV Colombia Digital S.A.S., en su calidad de operador televisivo, habría comunicado públicamente y puesto a disposición del público obras y grabaciones audiovisuales en las que se encuentran fijadas las interpretaciones o ejecuciones de artistas intérpretes representados por Actores S.C.G., sin la correspondiente remuneración, corresponde analizar el presente tema.
- 2.2. El Capítulo X de la Decisión 351 denominado «De los derechos conexos» reconoce, entre otros, a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes los derechos patrimoniales de comunicación al público, fijación y reproducción, tal como lo establece el Artículo 34 de la referida norma andina:

«Artículo 34.- Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.»

(Subrayado agregado)

- 2.3. De la norma citada se aprecia el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes de autorizar o prohibir la comunicación al público, en cualquier forma, de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas.

Otro derecho es el referido a autorizar la fijación y reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Tratándose de interpretaciones o ejecuciones radiodifundidas o interpretaciones o ejecuciones fijadas, en ambos casos previamente autorizadas<sup>9</sup> por los artistas intérpretes o ejecutantes, estos no pueden oponerse a la comunicación pública de tales interpretaciones o ejecuciones, pues, como se ha señalado, ya habían autorizado con anterioridad su fijación o el que fuesen radiodifundidas.

<sup>9</sup> Una ejecución radiodifundida puede ser autorizada tácitamente, dependiendo del contexto y las circunstancias, como sería el caso, por ejemplo, de una ejecución realizada en un set o estudio de televisión.



- 2.4. Resulta pertinente diferenciar los siguientes escenarios contemplados en la norma andina:
- (i) Cuando las interpretaciones o ejecuciones no han sido fijadas.
  - (ii) Cuando las interpretaciones o ejecuciones constituyen por sí mismas una ejecución radiodifundida o han sido fijadas, en ambos casos previa autorización del artista intérprete o ejecutante.<sup>10</sup>
- 2.5. En el primer escenario, las interpretaciones y ejecuciones no se encuentran fijadas o grabadas, es decir, son ejecutadas por los propios artistas intérpretes o ejecutantes en tiempo real o «en vivo». En este caso, y de acuerdo con la interpretación de la norma citada, se mantiene incólume la titularidad, goce y ejercicio pleno de los derechos patrimoniales de exclusiva de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas.
- 2.6. En el segundo escenario, los artistas intérpretes o ejecutantes, previamente han autorizado que sus interpretaciones o ejecuciones sean fijadas o grabadas (o previamente han autorizado que sean radiodifundidas), luego de lo cual no pueden oponerse a la comunicación pública de las mencionadas interpretaciones o ejecuciones.

En este segundo escenario, y centrándonos en las interpretaciones o ejecuciones fijadas, en primer lugar, se autoriza la fijación de la interpretación o ejecución; y, en segundo lugar, con la fijación, se cede el derecho de comunicación pública (patrimonial) a favor de un tercero, que bien puede ser el productor de una obra o de un fonograma de la cual formen parte las interpretaciones o ejecuciones fijadas. La finalidad de dicha autorización radica en que la persona natural o jurídica autorizada por el titular de los derechos patrimoniales correspondientes, tenga la facultad de efectuar la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas —las cuales pueden formar parte o no de una obra audiovisual o de un fonograma—, las veces que considere necesario. Todo ello con el propósito de evitar recurrir al artista intérprete o ejecutante todas las veces en las que se vaya a efectuar una comunicación o puesta a disposición al público<sup>11</sup> de dichas interpretaciones o ejecuciones fijadas.

<sup>10</sup> El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, establece en el Literal c) de su Artículo 2, la siguiente definición del término fijación: «...la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo».

Por otra parte, de conformidad con lo previsto en el Literal b) del Artículo 2 del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, la fijación audiovisual es: «...la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo».

<sup>11</sup> Si bien el derecho de «puesta a disposición al público» no está reconocido en la Decisión 351, tomando en cuenta el principio de progresividad de los derechos, muchas legislaciones, tanto de los Países Miembros como a nivel mundial, incluyen este nuevo derecho que se deriva de todos los actos de explotación y acceso directo e indirecto de las obras audiovisuales a través de medios

- 2.7. Como se puede apreciar, si bien en el segundo escenario se produce la cesión o autorización de un derecho patrimonial exclusivo, mediante un pago producto de dicha cesión a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, y, en consecuencia, no se requiere la autorización recurrente de estos para comunicar públicamente sus interpretaciones o ejecuciones previamente fijadas, debe tomarse en cuenta que los artistas intérpretes o ejecutantes podrían tener a su favor el reconocimiento —en las legislaciones nacionales de los Países Miembros— del derecho a una remuneración por cada uno de los actos de comunicación o disposición al público que se haga de sus interpretaciones o ejecuciones previamente fijadas. El cobro de esos derechos puede ser gestionado colectivamente de acuerdo con las características desarrolladas en la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, así como por la legislación de los Países Miembros.
- 2.8. Es importante resaltar que la Decisión 351 establece un contenido mínimo esencial de derechos patrimoniales. En consecuencia, nada impide que los Países Miembros, a través de sus legislaciones nacionales, amplíen el contenido y alcance de dicha protección y reconozcan otros derechos de autor y derechos conexos de carácter patrimonial, tal como establece el Artículo 17 de la Decisión 351<sup>12</sup>.

### 3. Legitimación activa por parte de las sociedades de gestión colectiva para la recaudación

- 3.1. En el procedimiento interno, el demandado señaló que a Actores S.C.G. no le corresponde el derecho de percibir remuneraciones. En tal sentido, se analiza el tema propuesto.
- 3.2. Existe consenso en la doctrina en que las funciones principales de las sociedades de gestión colectiva son la negociación, la recaudación y la repartición de las regalías por concepto de explotación de los derechos cuya administración le ha sido encargada<sup>13</sup>. En consecuencia, la gestión colectiva se organiza en torno a dos ejes: la percepción y la repartición de regalías.
- 3.3. Con relación a la negociación de remuneraciones, esta puede realizarse de manera individual por los artistas intérpretes o ejecutantes por sí mismos. En tal sentido, la sociedad de gestión colectiva únicamente se encuentra a cargo de recolectar el dinero en nombre de los artistas e

---

alámbricos o inalámbricos (como radio, televisión, internet, entornos digitales, interactivos, electrónicos, *streaming*, entre otros). Se trata de transmisiones interactivas de las obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, que se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que ella misma elija.

<sup>12</sup> Decisión 351.-

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

<sup>13</sup> Jean Vincent, *Droit des arts visuels: contrats d'auteurs*. Éditions Lamy, Wolters Kluwer, Rueil-Malmaison, 2010, p. 143.





intérpretes sobre la base de un mandato individual o de la ley. La negociación puede ser igualmente realizada de manera colectiva por las organizaciones sindicales que representan a los artistas intérpretes o ejecutantes en virtud de convenciones colectivas, en cuyo caso las sociedades de gestión colectiva estarían solamente a cargo de la percepción o recaudación de las remuneraciones correspondientes y de su posterior repartición<sup>14</sup>.

- 3.4. Adicionalmente, es preciso señalar que, en virtud de los avances tecnológicos modernos, los derecho-habientes actualmente pueden gestionar sus derechos ellos mismos, empleando, por ejemplo, soluciones tales como aplicar marcas de agua en sus obras o medidas de limitaciones técnicas de utilización de obras. En consecuencia, puede que los autores decidan gestionar sus derechos ellos mismos por suponer mayores beneficios que la gestión colectiva de dichos derechos<sup>15</sup>.
- 3.5. En principio, cada titular de derechos es libre para decidir si los gestiona directamente por sí mismo (gestión individual) o si confía su administración a la entidad que corresponda en razón de su objeto (gestión colectiva)<sup>16</sup>. Sin embargo, cabe apuntar que, en el caso de las gestiones colectivas obligatorias, a falta de representación por parte de una sociedad de gestión colectiva, los derecho-habientes no podrán ejercer sus derechos ellos mismos<sup>17</sup>.
- 3.6. En los supuestos de gestión colectiva obligatoria, el desempeño por parte de las entidades de su función de administración de derechos se produce sin necesidad de celebrar con los titulares el contrato de gestión. El efecto inmediato principal de la gestión colectiva obligatoria es el que el correspondiente titular del derecho no podrá ejercerlo de modo individual<sup>18</sup>.
- 3.7. Por otra parte, incluso si son miembros de una sociedad de gestión colectiva, estos pueden tener interés, en ciertos casos, en retirar una obra precisa del mandato de gestión confiado a dicha sociedad para gestionar directamente ellos mismos la correspondiente obra. Por ejemplo, si un compositor crea una música por encargo específico, puede ser apropiado negociar directamente con el usuario o destinatario de la obra por encargo y así retirar la respectiva obra del mandato de gestión otorgado a la

<sup>14</sup> Miguel Pérez Solís, *WIPO International Forum (Foro Internacional de la OMPI)*, realizado en Sevilla, España, en 1997. Noveno panel de discusión: «*Collective Management in Developing Countries*» (*Gestión Colectiva en Países en Desarrollo*), Carlos Fernández Ballesteros (moderador), p. 156 y ss.

<sup>15</sup> Dominique Kaesmacher, y Théodora Stamos. *Op. Cit.*

<sup>16</sup> Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant le Blanch, 2001, p. 280.

<sup>17</sup> Dominique Kaesmacher, y Théodora STAMOS. *Op. Cit.*

<sup>18</sup> Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Op. Cit.*, p. 282.

sociedad de gestión colectiva correspondiente<sup>19</sup>.

- 3.8. Cada sociedad de gestión colectiva representa a sus miembros en los límites de su mandato de representación convenido con los mismos (contrato o convención colectiva), o derivado de la legislación nacional o de su propio estatuto. Ello supone que, la sociedad de gestión colectiva puede representar únicamente a sus miembros y no a terceros. Adicionalmente, la sociedad de gestión colectiva solamente podrá representar a sus miembros para:
- Las obras cuya gestión ha sido confiada por sus miembros; y,
  - Los usos cuya gestión ha sido confiada por sus miembros o por la ley<sup>20</sup>.
- 3.9. En consecuencia, es posible que, por ejemplo, un autor sea miembro de una sociedad de gestión colectiva pero que le haya confiado a esta únicamente la gestión de sus derechos sobre ciertas obras de su autoría y solo para ciertos usos. En tal caso, para las demás obras de dicho autor, la sociedad de gestión colectiva no tendrá poder de representación y el autor podrá ejercer sus derechos por sí mismo. En efecto, el derechohabiente no se encuentra obligado a afiliarse a una sociedad de gestión colectiva<sup>21</sup>. Exceptuando eventuales excepciones previstas por ley, este podrá gestionar sus derechos por sí mismo (Artículo 44 de la Decisión 351).
- 3.10. Adicionalmente, cabe indicar que el sistema de reparto tiene que estar predeterminado en los estatutos o los reglamentos internos de la correspondiente sociedad de gestión colectiva<sup>22</sup>. De este modo, cuando la norma comunitaria andina, en el Literal e) del Artículo 45, hace alusión a «distribución equitativa», significa que la participación de los titulares de los derechos en el reparto ha de ser «proporcional» a la utilización de sus obras<sup>23</sup>.
- 3.11. Se debe determinar la legitimidad de la sociedad de gestión colectiva para recaudar pagos por concepto de uso de determinados derechos sobre la base del contenido del mandato legal y estatutario. Cabe indicar que no solo se debe determinar la legitimidad de la misma para recaudar regalías, sino también los destinatarios de dicha legitimación. Al respecto, es preciso tener en cuenta que ciertas categorías de titulares tienen intereses distintos, incluso opuestos. Tal es el caso de los productores de fonogramas, de un lado, y de los artistas intérpretes o ejecutantes del otro.

<sup>19</sup> Dominique Kaesmacher, y Théodora Stamos. *Op. Cit.*

<sup>20</sup> *Ibidem.*

<sup>21</sup> *Ibidem.*

<sup>22</sup> Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Op. Cit.*, p. 283.

<sup>23</sup> Cabe comentar que, la remuneración proporcional es también el modo normal de retribuir al titular que cede sus derechos. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Op. Cit.*, pp. 283-284.

De esta manera, si uno toma el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, por ejemplo, debe determinarse si se representa únicamente a los artistas intérpretes ejecutantes de música o los artistas intérpretes o ejecutantes de lo audiovisual, o ambos<sup>24</sup>. En otras palabras, debe verificarse que los derechos administrados por la sociedad de gestión colectiva correspondan al objeto o fines de la misma.

#### 4. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva

4.1. En el proceso interno, el demandado sostuvo que no le corresponde pagar el monto de las tarifas que exige Actores S.C.G., toda vez que la determinación de dicho monto no se encontraría en el marco de lo previsto por la respectiva norma. En consecuencia, corresponde desarrollar el presente tema.

4.2. La tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva. Sirve, como se advirtió anteriormente, para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad; además, genera igualdad de trato en todos los usuarios del repertorio administrado por la institución.<sup>25</sup>

4.3. Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características<sup>26</sup>.

4.3.1. Deben estar consignadas en un reglamento de tarifas elaborado por la sociedad de gestión colectiva (Literal g del Artículo 45).

4.3.2. Las tarifas generales por el uso de los derechos de sus afiliados deben ser publicadas por lo menos una vez al año en un medio de amplia circulación (Literal h del Artículo 45).

4.3.3. Deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, salvo que la normativa interna de los Países Miembros establezca algo diferente (Artículo 48)<sup>27</sup>.

4.4. Uno de los pilares básicos del sistema comunitario de protección de los derechos de autor es la libre disposición de los derechos patrimoniales de

<sup>24</sup> Miguel Pérez Solís, «WIPO International Forum», *Op. Cit.*, p. 156.

<sup>25</sup> Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*, p. 285.

<sup>26</sup> Ver Interpretación Prejudicial N° 119-IP-2010 de fecha 8 de abril de 2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1949 del 3 de junio de 2011.

<sup>27</sup> Las tarifas, por cierto, deben guardar correspondencia con el volumen de repertorio que administra la sociedad de gestión colectiva en el territorio del País Miembro de la Comunidad Andina, lo que significa que si dicha sociedad representa a un porcentaje pequeño o mínimo de las obras que se utilizan en el referido territorio, no podría cobrar tarifas como si representara a la mayor parte de las obras (por ejemplo, un repertorio prácticamente universal) que se utilizan en el mencionado territorio.





autor por parte de los titulares de los mismos, salvo ciertas excepciones expresamente consagradas. De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciables y temporales. Son derechos exclusivos, lo que significa que nadie puede explotar el objeto protegible sin la respectiva autorización de su titular. El Artículo 54 de la Decisión 351 es una consecuencia de lo anterior, ya que establece que, para la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica, emisión de la radiodifusión, o prestación de apoyo para su utilización, se debe contar siempre con la autorización previa y expresa del titular del derecho o su representante y, por lo tanto, nadie puede autorizar su utilización sin este requisito esencial<sup>28</sup>.

- 4.5. En ese mismo sentido, conforme al mismo Artículo 54 de la Decisión 351, para que una persona natural o jurídica, incluso una autoridad, pueda autorizar la utilización, interpretación, producción fonográfica, radiodifusión de una obra, deberá contar con la autorización expresa por parte del titular del derecho o de su representante; caso contrario podrá ser solidariamente responsable<sup>29</sup>.
- 4.6. Lo anterior está en consonancia con el manto de exclusividad que cubre el derecho de autor, impidiendo que se explote el objeto protegido sin que el titular lo autorice. 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 lógico, pues, que el titular de los derechos de autor esté interesado en autorizar la utilización y acordar los términos de la misma<sup>30</sup>.

## 5. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos reconocidos y protegidos por la Decisión 351

- 5.1. Dado que en el procedimiento interno Actores S.C.G. solicitó en su demanda el pago de una indemnización por perjuicios y por concepto de lucro cesante, corresponde analizar el presente tema.
- 5.2. El Artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

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

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

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ver Interpretación Prejudicial N° 154-IP-2015 de fecha 24 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3045 del 26 de junio de 2017.

<sup>30</sup> Ibidem.



- 5.3. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.<sup>31</sup>
- 5.4. La doctrina sostiene que el daño emergente es la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por la víctima. En tal sentido, se habla de daño emergente cuando un bien económico sale efectivamente de la esfera patrimonial de la víctima.
- 5.5. El lucro cesante es el conjunto de ganancias que la víctima habría obtenido en caso de no haberse realizado la afectación, lo que equivale a decir que es aquella parte del patrimonio que la víctima dejó de percibir como consecuencia de la afectación.
- 5.6. Por su parte, el daño moral o extrapatrimonial es la afectación a aquellos bienes que son difíciles de valorar en dinero y que están relacionados directamente con la vida personal y afectiva de cada persona, tales bienes pueden ser la libertad, la intimidad, la tranquilidad, entre otros.
- 5.7. El concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a la esfera personal o subjetiva (daño moral).
- 5.8. Ahora bien, la reparación o indemnización del daño, sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que «...la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño».<sup>32</sup>
- 5.9. Corresponde a los países miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos reconocidos y protegidos en la Decisión 351.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por la autoridad consultante al resolver el proceso interno N° 1-2020-145179, de

<sup>31</sup> Ver Interpretaciones Prejudiciales números 07-IP-2014 de fecha 3 de julio de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2380 del 22 de agosto de 2014 y 124-IP-2014 de fecha 10 de abril de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2511 del 5 de junio de 2015.

<sup>32</sup> Gisela María Pérez Fuentes, *El Daño Moral en Iberoamérica*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. México. 2006. p 205.



conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que la presente Interpretación Prejudicial ha sido aprobada por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial de fecha 6 de mayo de 2022, conforme consta en el Acta 21-J-TJCA-2022.



**Luis Felipe Aguilar Feijóo**  
SECRETARIO

Notifíquese a la autoridad consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

