



**Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Relaciones Internacionales**

**Tema:**

**La Relación Entre la Legitimidad y el Cobro Realizado por Parte de las Sociedades de  
Gestión Colectiva por Concepto de Derechos Patrimoniales Hacia los Operadores de  
Televisión en el Ecuador.**

Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Abogado/a

**Presentado por:**

JAVIER ENRIQUE ESTUPIÑÁN JARAMILLO

**Tutor:**

DR. TEODOMIRO ANDRÉS RIBADENEIRA MOLESTINA

**Quito, septiembre de 2024**

## Resumen

Las Sociedades de Gestión Colectiva, como entidades encargadas de recaudar los derechos patrimoniales de sus miembros, tienen la facultad de establecer tarifas para los usuarios que realicen actividades que involucren la comunicación pública de contenido sujeto a derechos de autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Sin embargo, los operadores de televisión se han negado a pagar los valores establecidos en los tarifarios de estas sociedades, argumentando una falta de análisis por parte del SENADI en las resoluciones aprobatorias de tarifas. Se ha señalado que existe una falta de congruencia entre los porcentajes fijados y los principios de razonabilidad, equidad y proporcionalidad que deben observarse. Además, se critica que la autoridad rectora en derechos de autor no fundamenta adecuadamente sus resoluciones y no proporciona argumentos sólidos que justifiquen la fijación de las tarifas por parte de las Sociedades de Gestión Colectiva.

**Palabras clave:** *Sociedades de Gestión Colectiva, Operadores de Televisión, tarifas.*

### **Declaración de Aceptación de Norma Ética y Derechos**

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Javier Enrique Estupiñán Jaramillo

C.I. 172259273-8

## Dedicatoria

A mis papás que han hecho un gran esfuerzo para formar a la persona que hoy en día soy y que, ahora, en esta nueva etapa profesional que está por venir voy a serlo. Gracias por haberme educado de la mejor manera, enseñándome todos los valores que hasta la fecha me han servido para lograr todo lo que estoy logrando.

A mi hermana que admiro mucho y que a la distancia ha sido una gran ayuda para mí guiándome siempre por los caminos correctos de esta vida profesional que apenas está comenzando para ambos.

A mi familia, mi hermano, mi primo Gustavo, mi tía Jackeline, y a todos que han sido de muchísima ayuda durante este largo trayecto.

Finalmente, a mis profesores que durante toda esta etapa universitaria me han enseñado que: *"abogados hay muchos, buenos abogados, no tanto"*.

## Índice

<i>Resumen .....</i>	<i>2</i>
<i>Declaración de Aceptación de Norma Ética y Derechos.....</i>	<i>3</i>
<i>Dedicatoria .....</i>	<i>4</i>
<i>Índice .....</i>	<i>5</i>
<i>Resumen .....</i>	<i>7</i>
<i>Abstract.....</i>	<i>8</i>
<i>Introducción .....</i>	<i>9</i>
<i>Capítulo 1 .....</i>	<i>12</i>
<i>Derechos de Autor y Derechos Conexos .....</i>	<i>12</i>
<i>Derechos Patrimoniales de los titulares de Derechos de Autor y Derechos Conexos.....</i>	<i>13</i>
<i>Titulares de Derechos de Autor .....</i>	<i>14</i>
<i>Titulares de Derechos Conexos.....</i>	<i>15</i>
<i>Capítulo 2 .....</i>	<i>16</i>
<i>Sociedades de Gestión Colectiva.....</i>	<i>16</i>
<i>Definición de las Sociedades de Gestión Colectiva.....</i>	<i>16</i>
<i>Funciones de las SGC como gestoras de Derechos Patrimoniales .....</i>	<i>18</i>
<i>Del proceso de creación de los tarifarios emitidos por una SGC.....</i>	<i>20</i>
<i>Requisitos para la aprobación de las tarifas.....</i>	<i>22</i>
<i>Vínculo entre Sociedades de Gestión Colectiva con los Consumidores de Obras pertenecientes a sus repertorios .....</i>	<i>25</i>
<i>Operadores de televisión como principales usuarios de los repertorios de las SGC .....</i>	<i>27</i>
<i>Parámetros a seguir por las SGC para la fijación de las tarifas dirigidas a los Operadores de Televisión.....</i>	<i>29</i>
<i>Capítulo 3 .....</i>	<i>34</i>
<i>La comunicación pública como derecho patrimonial para la difusión de obras .....</i>	<i>34</i>
<i>La proporcionalidad, equidad y razonabilidad en las tarifas de las SGC a los Operadores de televisión.....</i>	<i>38</i>

<b>Principio de la razonabilidad.....</b>	<b>39</b>
<b>Principio de equidad .....</b>	<b>44</b>
<b>Principio de Proporcionalidad .....</b>	<b>48</b>
<b><i>Conclusión .....</i></b>	<b><i>52</i></b>
<b><i>Recomendaciones .....</i></b>	<b><i>54</i></b>
<b>La posibilidad real de Acceso de las obras como argumento base para la fijación de tarifas .....</b>	<b>54</b>
<b>Posibles reformas que deberían incorporarse al COESCCI.....</b>	<b>56</b>
<b><i>Referencias .....</i></b>	<b><i>58</i></b>

**La Relación Entre la Legitimidad y el Cobro Realizado por Parte de las Sociedades de Gestión Colectiva por Concepto de Derechos Patrimoniales Hacia los Operadores de Televisión en el Ecuador.**

**Autor:** Javier Enrique Estupiñán Jaramillo

**Correo:** jeestupinanj@estudiantes.uhemisferios.edu.ec

**Resumen**

Las Sociedades de Gestión Colectiva, como entidades encargadas de recaudar los derechos patrimoniales de sus miembros, tienen la facultad de establecer tarifas para los usuarios que realicen actividades que involucren la comunicación pública de contenido sujeto a derechos de autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Sin embargo, los operadores de televisión se han negado a pagar los valores establecidos en los tarifarios de estas sociedades, argumentando una falta de análisis por parte del SENADI en las resoluciones aprobatorias de tarifas. Se ha señalado que existe una falta de congruencia entre los porcentajes fijados y los principios de razonabilidad, equidad y proporcionalidad que deben observarse. Además, se critica que la autoridad rectora en derechos de autor no fundamenta adecuadamente sus resoluciones y no proporciona argumentos sólidos que justifiquen la fijación de las tarifas por parte de las Sociedades de Gestión Colectiva.

**Palabras clave:** *Sociedades de Gestión Colectiva, Operadores de Televisión, tarifas.*

## **Abstract**

Collective Management Societies, as entities responsible for collecting the patrimonial rights of their members, have the authority to establish fees for users who engage in activities involving the public communication of content subject to the rights of authors, artists, performers, phonogram producers, and broadcasting organizations. However, television operators have refused to pay the amounts established in these societies' fee schedules, citing a lack of analysis by SENADI in the tariff approval resolutions. It has been noted that there is a lack of consistency between the set percentages and the principles of reasonableness, fairness, and proportionality that must be observed. Additionally, it is criticized that the copyright authority does not adequately justify its approval resolutions and does not provide solid arguments to support the fee setting by the Collective Management Societies.

**Keywords:** *Collective Management Societies, Television Operators, fees.*

## Introducción

Los miembros de las Sociedades de Gestión Colectiva (en adelante SGC) Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (en adelante, SAYCE) y de la Sociedad de Productores de Fonogramas (en adelante, SOPROFON), manifiestan que las empresas de servicios de cableoperadores de audio y video por suscripción, se han negado a pagar los valores correspondientes por la comunicación pública de las obras, interpretaciones, ejecuciones y producciones administradas por dichas SGC. Además, señalan que estos operadores económicos no han mostrado disposición alguna para negociar las formas de pago por el uso del contenido que forma parte de sus repertorios.

Por consiguiente, con el objetivo de contrarrestar este problema y hacer valer los derechos patrimoniales que gestionan en favor de sus miembros, las SGC han tenido que iniciar acciones administrativas ante el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante SENADI), que es la autoridad máxima en materia de propiedad intelectual, para conseguir el pago de los valores que correspondan a sus asociados por concepto del uso de su contenido. Estas acciones buscan que la entidad emita una resolución aceptando sus aspiraciones a favor de los intereses de los titulares de derechos de autor y derechos conexos. Sin embargo, las SGC consideran que iniciar este tipo de procesos no es la solución óptima, ya que a largo plazo resulta perjudicial para los miembros de sus sociedades. Esto se debe a que no reciben la compensación económica que les corresponde en el tiempo adecuado, y aunque el SENADI emita multas por la comunicación pública no autorizada del contenido de su repertorio, no se toman medidas adicionales para asegurar el pago total de los valores adeudados dentro del mismo proceso, lo cual genera más demoras en los pagos por parte de los Operadores de televisión.

A criterio de los Operadores de televisión se indaga que los tarifarios de las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) carecen de legitimidad. Argumentan que tanto en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCCI), como en las resoluciones que autorizan la publicación de dichos tarifarios, no existe coherencia en los criterios utilizados ni en los porcentajes establecidos para los Operadores de televisión. De igual forma, se critica principalmente la supuesta sobreprotección que el COESCCI ha otorgado a las tarifas emitidas por las SGC, señalando que la excesiva cantidad de principios y justificaciones genera confusión y abre la puerta a distintas interpretaciones.

Además, existe una controversia por el hecho de que las SGC reducen el porcentaje a cobrar a ciertos usuarios que operan en la misma línea de negocio, cuestionando de esta forma la estabilidad de la tarifa fijada y las dudas que se generan sobre su legitimidad y proporcionalidad en relación con el uso real que se hace sobre las obras, así como la equidad y razonabilidad en la fijación de las tarifas.

En este contexto, se destaca la pugna actual entre las Sociedades de Gestión Colectiva, que no han recibido los pagos correspondientes por la comunicación pública de las obras y demás contenidos que administran en sus repertorios, y entre los Operadores de televisión, quienes cuestionan la falta de claridad de la normativa nacional en materia de propiedad intelectual y en las resoluciones emitidas por el SENADI donde se autorizan los tarifarios para esta clase de usuarios.

Por lo expuesto, a lo largo del presente trabajo se analizarán los argumentos que generan controversia entre las Sociedades de Gestión Colectiva y los Operadores de televisión en torno a los pagos por la comunicación pública de obras y contenidos que poseen dichas sociedades. De igual forma, se realizará un análisis sobre la presunta falta de legitimidad y objetividad de los tarifarios autorizados por el SENADI y los criterios establecidos en la normativa de propiedad intelectual y en las resoluciones aprobadas de las tarifas en mención.

## Capítulo 1

### Derechos de Autor y Derechos Conexos

Entre uno de los derechos de propiedad intelectual reconocidos en nuestra ley encontramos a los derechos de autor y derechos conexos, mismos que, por su naturaleza de ser el resultado del intelecto del ser humano, les corresponden únicamente a las personas naturales. Sobre esto, el COESCCI en su artículo 89 identifica a los siguientes derechos de propiedad intelectual:

Art. 89.-Tipología de la propiedad intelectual. Los derechos de propiedad intelectual comprenden principalmente a los derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales. (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016)

Sin embargo, hay una diferencia a comprender entre los derechos de autor y los derechos conexos.

En primer lugar, el artículo 102 del COESCCI define que los derechos de autor "nacen y se protegen por el solo hecho de la creación de una obra y cuya protección recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que sean originales y que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocerse" (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016).

Mientras que los derechos conexos, según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, protegen a: "los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas y tienen como objetivo garantizar la protección de los intereses jurídicos de las personas naturales y jurídicas que intervienen difunden las obras que protege el Derecho de Autor" (Villenas, s. f.), Es decir, hay una relación estrecha entre ambos tipos de derechos mediante la cual los derechos conexos no pueden llegar a existir si no hay una obra sujeta a derechos de autor.

Al estar relacionados, se puede apreciar que, para proteger a ambas creaciones del intelecto, los titulares de estos dos tipos de derechos, también poseen los derechos patrimoniales sobre sus obras o creaciones, donde principalmente se encuentra a la exclusividad de autorizar el uso o explotación de sus obras y los beneficios económicos que deben percibir los titulares.

### **Derechos Patrimoniales de los titulares de Derechos de Autor y Derechos Conexos**

Los derechos patrimoniales son definidos como facultades exclusivas por parte de los autores para que estos puedan evitar el uso de su obra sin su consentimiento por parte de terceros (Iturra Victor, 2020). Respecto a los derechos patrimoniales, el tratadista Alfredo Vega Jaramillo menciona lo siguiente:

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

todas las personas (erga omnes), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al derecho de autor (Vega Jaramillo, s. f.).

Sin embargo, para el presente trabajo, destaca el reconocimiento que otorga el COESCCI sobre la remuneración y la exclusividad de uso como lo son la titularidad de los derechos patrimoniales de los titulares derechos de autor y derechos conexos a continuación.

### **Titulares de Derechos de Autor**

Los titulares de derechos de autor de una obra tienen los derechos patrimoniales de remuneración sobre la misma y, estos, se originan a raíz de la explotación de tal obra, generando de esta manera réditos económicos que deben ser reconocidos y pagados de manera equitativa por el consumidor de la obra tal y como lo establece el artículo 121 del COESCCI al señalar que “se reconocen a favor del autor de forma irrenunciable, derechos de remuneración equitativa como compensación de ciertos usos o formas de explotación de su obra”(CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016).

De igual forma, entre los derechos exclusivos de los autores se permite controlar la "reproducción, comunicación pública, distribución y transformación de las obras originales"(CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016). Esto incluye la posibilidad de autorizar o prohibir la copia, difusión y modificación de sus obras, asegurando que los autores mantengan el control sobre cómo se utilizan y se benefician económicamente de sus creaciones.

## **Titulares de Derechos Conexos**

Mientras tanto, los derechos patrimoniales de exclusividad de los titulares de derechos conexos otorgan control sobre la difusión y uso de sus interpretaciones o producciones, donde se incluye a la autorización para la radiodifusión, la fijación y reproducción de sus interpretaciones o producciones, así como la distribución y puesta a disposición pública de sus interpretaciones o ejecuciones (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016).

En cuanto a los beneficios económicos equitativos, los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas también tienen derecho a una compensación justa por el uso de sus contenidos. Para los titulares de derechos conexos, esto incluye la remuneración por la radiodifusión y cualquier otra forma de comunicación pública de sus interpretaciones fijadas en fonogramas y formas audiovisuales. La inclusión de esta remuneración será obligatoriamente colectiva, asegurando que todos los artistas reciban una parte equitativa de los ingresos generados por el uso de sus interpretaciones.

De lo expuesto, los derechos patrimoniales versan sobre la explotación de las obras fruto de la propiedad de los autores o titulares de derechos conexos, significando esta explotación un beneficio económico a corto o a largo plazo dependiendo del uso que los consumidores le den a las obras, interpretaciones, ejecuciones o producciones.

Ahora, esta administración de los derechos patrimoniales sobre los ingresos y la exclusividad de uso de una obra, interpretación o ejecución se pueden gestionar de forma

individual, sin embargo, al existir varias maneras de explotar una obra, ya sea mediante su reproducción, distribución o comunicación pública, resulta ineficaz que una persona por su propia cuenta lleve un control y gestión adecuada sobre la explotación de sus obras.

Por lo tanto, los autores y demás titulares de los derechos conexos, para velar por el reconocimiento de sus derechos patrimoniales, se ven en la necesidad de adherirse a una Sociedad de Gestión Colectiva que se encargue de la administración de los derechos patrimoniales que ostentan mediante la incorporación del repertorio de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o producciones al catálogo de la SGC que guarde relación con la actividad del titular.

## **Capítulo 2**

### **Sociedades de Gestión Colectiva**

Para tener una visión clara y completa sobre lo que es una Sociedad de Gestión Colectiva, se debe conocer exactamente cuáles son sus características, cómo están compuestas y cuál es su función dentro del campo en el que fueron creadas.

#### **Definición de las Sociedades de Gestión Colectiva**

Según Felipe Abello Monsalvo, las Sociedades de Gestión Colectiva, son definidas como: "administradoras de los repertorios de sus socios" (Monsalvo, 2017), misma concepción que se encuentra reconocida en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos -COESCCI-, cuyo artículo 238 las define como:

(...) organizaciones que no tienen la finalidad de lucrar con sus ingresos y cuya función principal es, tal y como lo indica su nombre, la gestión colectiva de los derechos patrimoniales reconocidos en las leyes de propiedad intelectual y que pertenecen especialmente a autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016).

Por lo tanto, como acepción principal se podría establecer que las SGC son organismos autónomos que velan por los intereses de quienes la conforman, es decir, sus socios, afiliados, miembros, mandantes, entre otros, son quienes serán beneficiarios de la gestión colectiva de los derechos patrimoniales que les correspondan y, por ende, las SGC serán encargadas de administrar dichos derechos para su posterior repartición.

En Ecuador, las Sociedades de Gestión Colectiva son las encargadas de llevar a cabo la recaudación de las regalías por el uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones o producciones que son propiedad de sus miembros en base a los repertorios que les fueron entregados a las SGC.

Hasta el momento, son cinco las Sociedades de Gestión Colectiva registradas ante el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales - SENADI- las cuales son: a) Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE); b) Sociedad de Productores de Fonogramas (SOPROFON); c) Sociedad de Artistas, Intérpretes y Músicos Ejecutantes del Ecuador (SARIME); d) Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA); y, e) Sociedad de Gestión de Artistas y Autores Audiovisuales del Ecuador (UNIARTE).

## **Funciones de las SGC como gestoras de Derechos Patrimoniales**

Las Sociedades de Gestión Colectiva destacan por su rol como gestores de los derechos patrimoniales de los titulares de derechos de autor y derechos conexos. Entre sus principales funciones, las SGC, se encargan de administrar la autorización de uso o explotación de las obras, interpretaciones, ejecuciones o producciones de fonogramas de sus miembros, así como también los correspondientes ingresos por su utilización.

Según Jorge Mendoza Woodman, entre las funciones que ejercen las SGC destacan las siguientes:

- El licenciamiento de obras cuyos derechos mantienen o por las que actúan como agentes, es decir que, al momento de recibir una obra por parte de un autor integrante a cualquier entidad de gestión colectiva, ésta, como agente encargado tendrá la función de conceder licencias de uso o de reproducción a cualquier interesado (Mendoza Woodman, 2017).
- El monitoreo del uso de estas obras y la recolección de pagos por dichos usos. Esta función de las SGC, tal y como se lo indicó previamente va de la mano con la definición establecida por los cuerpos normativos de propiedad intelectual y la doctrina, en vista de que tras el otorgamiento de las licencias para uso o reproducción de obras, las SGC también se encargarán de establecer cuál va a ser el uso que los consumidores o licenciarios le den a las mismas, controlar si cumplen con los parámetros establecidos en el contrato bajo el cual se otorgó la licencia y así posteriormente proceder con el cobro de los derechos patrimoniales de sus miembros (Mendoza Woodman, 2017).

- Distribuir los ingresos como regalías para sus miembros, esto es, que tras el cobro de los derechos patrimoniales a los consumidores de las obras, se reparten los ingresos generados durante el lapso de tiempo por el que fueron utilizadas tales obras a los autores que confirieron el manejo de las mismas a las Sociedades de Gestión Colectiva a la cual pertenezcan (Mendoza Woodman, 2017).

De lo mencionado por Mendoza Woodman, se puede deducir que la primordial función de las SGC radica en el licenciamiento de los contenidos a terceros, en la protección y en la recaudación de los derechos patrimoniales de los autores o titulares de derechos conexos.

Ahora, con la finalidad de cumplir con su principal función como entidad recaudadora, las SGC tienen la facultad de crear tarifarios con relación al uso de obras, interpretaciones o ejecuciones, emisiones o fonogramas que sean propiedad de los autores miembros de estas sociedades.

Estos tarifarios son reconocidos en la Constitución de la República, Tratados Internacionales, la Decisión Andina 351, el COESCCI y demás normativa de la materia, donde se establece la concepción de que las personas tienen derecho a "beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría" (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008). Por ende, las SGC mediante sus tarifarios se encargan de que los autores y los demás titulares de derechos conexos se vean beneficiados por el uso de su contenido.

## **Del proceso de creación de los tarifarios emitidos por una SGC**

Para comenzar, se debe tener en claro la acepción de lo que es un tarifario, término que nace de la palabra "tarifa" cuyo significado según la Real Academia de Lengua Española es relativo a: "una tabla de precios, derechos o cuotas" (ASALE & RAE, s. f.-b).

Es decir, con relación al presente caso de estudio el término "tarifario" corresponde a las tablas donde se establecen porcentajes de valores a pagar a favor de los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

Sobre el proceso mediante el cual un autor o titular de derechos conexos se sujeta a los tarifarios de una SGC, el artículo 240 del COESCCI establece que: "el estatuto de la Sociedad de Gestión deberá prescribir las condiciones para la admisión como socios de los titulares de derechos que lo soliciten y acrediten la calidad de tales" (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016), dando a entender de esta manera que cada SGC será libre de establecer los requisitos para la afiliación de sus socios y en consecuencia estos se vinculen al pliego tarifario previamente fijado.

Por ejemplo, SAYCE en el artículo 11 de su estatuto interno establece sus requisitos de admisibilidad para aquellos interesados en formar parte de su entidad en calidad de socios:

ARTÍCULO 11.- Requisitos para la admisión de socios. - Para ser admitidos como socios será necesario:

1. Ser titular originario de los derechos administrados por la Sociedad.
2. Presentar solicitud de ingreso a la Sociedad;

3. Firmar el contrato de mandato, mediante el cual entrega a la Sociedad la administración de las obras musicales;
4. Firmar la declaración de obras musicales.

En el caso de falsedad en las declaraciones o documentos presentados por el peticionario, éste responderá frente a la Sociedad y frente a terceros de cuantos perjuicios haya ocasionado; y,

5. Cumplir con los demás requisitos que los reglamentos internos establezcan (*REGISTRO-DE-ESTATUTO-SAYCE-2021.pdf*, s. f.).

Al momento de cumplir con estos requisitos se adquiere el estatus de socio y por ende, una persona se adhiere en su totalidad al pliego tarifario. Sobre esto, el literal “a” del artículo 13 del reglamento *ibidem* indica que los socios tienen derecho a “percibir los derechos económicos que sus obras hubieren generado nacional e internacionalmente, de forma proporcional a la explotación real de sus obras”(REGISTRO-DE-ESTATUTO-SAYCE-2021.pdf, s. f.) ,dejando en claro nuevamente que aquella persona natural o jurídica que adquiere su calidad como socio va a ostentar los derechos económicos derivados del vínculo entre el pliego tarifario y la explotación de sus obras.

De esta manera, los tarifarios a los que se van a someter los titulares de derechos de autor y derechos conexos, junto con sus respectivos repositorios, serán administrados por una SGC cuyo pliego tarifario también deberá cumplir con los requisitos establecidos dentro de la normativa nacional.

## Requisitos para la aprobación de las tarifas

La Decisión Andina 351 en su artículo 48 señala que: "las tarifas a fijar por las SGC deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas" (*DECISION 351 – Comunidad Andina, s. f.*). Es decir que, para fijar una tarifa se tendrá en cuenta el consumo que un usuario le haya dado a una obra o al contenido de un titular de derecho conexo.

Sin embargo, el mismo artículo *ibidem*, da la libertad para que cada país miembro pueda establecer otros requerimientos para la fijación de un pliego tarifario propuesto por una SGC. Sobre esto, el COESCCI no se ha quedado atrás y tras su creación en el 2016, estableció que los tarifarios deberán pasar por el procedimiento administrativo establecido en el artículo 251 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, cuyo tenor literal establece lo siguiente:

Art. 251.-De las tarifas.-

Las sociedades de gestión colectiva establecerán tarifas razonables, equitativas y proporcionales por el uso de las obras, interpretaciones o ejecuciones, emisiones o fonogramas comprendidas en sus respectivos repertorios.

Las tarifas establecidas estarán sujetas a la autorización de la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, la que previamente recabará o solicitará los antecedentes fácticos y técnicos que las justifiquen, así como al cumplimiento de los requisitos formales establecidos en este Código, el reglamento respectivo y los estatutos de la sociedad. Una vez autorizadas, las tarifas serán publicadas en el Registro Oficial y en un diario de amplia circulación nacional por disposición de la autoridad nacional competente en materia de derechos

intelectuales (...)(CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016).

En primer lugar, se puede apreciar que para la fijación de tarifas no únicamente se maneja a la proporcionalidad como principio, sino que también se incluye a la razonabilidad y equidad como principios a seguir.

De igual forma, se estipula que para la aprobación de un proyecto de tarifario propuesto por una SGC, deberá pasar por el proceso establecido por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), el mismo que se clasifica de la siguiente manera:

1. Propuesta: La SGC propone las tarifas para el uso de obras o derechos.
2. Revisión: El SENADI revisa la propuesta y recopila la información necesaria que justifique el contenido del pliego tarifario.
3. Autorización: Si cumple con los requisitos, se aprueban las tarifas mediante resolución debidamente motivada.
4. Publicación: El pliego tarifario entra en vigor en el momento de su publicación en el Registro Oficial.

Tras este proceso, la SGC solicitante estará debidamente legitimada para poder celebrar contratos con los demás usuarios que requieran el uso de su repertorio y, de igual forma, para iniciar procesos de cobro en contra de aquellos que hayan realizado cualquier acto no autorizado de comunicación pública del contenido de su repertorio, pues las SGC gozarán de capacidad jurídica en calidad de representantes de cualquier asociación extranjera o en calidad de

mandatarios de sus socios o a favor de terceros, para realizar acciones de cobro. Estas calidades o acreditaciones deberán ser registradas ante el SENADI, tal y como lo detalla el artículo 247 del COESCCI:

Art. 247.-De la capacidad jurídica de las sociedades de gestión colectiva.-A fin de surtir efectos frente a terceros, las sociedades de gestión colectiva están obligadas a registrar, ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, la designación de los miembros de sus órganos directivos así como también los instrumentos que acrediten las representaciones que ejerzan de asociaciones u organizaciones extranjeras, los mandatos conferidos a su favor por los socios o a favor de terceros para el cobro de las remuneraciones por derechos patrimoniales y sus respectivos repertorios (*CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016*).

Es decir que, las SGC tienen la obligación de registrar ante el SENADI a aquellos directivos de su organización que van a fungir como representantes o mandatarios de las asociaciones, socios o autores que participen en cualquier acto relativo al amparo de los derechos patrimoniales que les corresponda.

Por lo tanto, las SGC en Ecuador, al igual que en otros países de la región, obtienen sus principales ingresos gracias a los valores que recaudan por concepto de derechos patrimoniales por el uso de las obras pertenecientes a sus socios y que constan en sus repertorios. De igual forma, dichos valores se encuentran plasmados en cada uno de los tarifarios de cada Sociedad de

Gestión Colectiva, mismos que antes de entrar en vigor deberán pasar por un proceso de revisión y aprobación por parte del SENADI.

Ahora, el consumo del contenido que forma parte del repertorio de las SGC conlleva una relación entre una o más partes externas a estas entidades, sin embargo, esta relación puede ser formalizada mediante un contrato o a partir del momento en el que una SGC detecta la utilización de obras, interpretaciones, ejecuciones o producciones de fonogramas que se encuentran en sus respectivos repertorios.

### **Vínculo entre Sociedades de Gestión Colectiva con los Consumidores de Obras pertenecientes a sus repertorios**

Al contar con la facultad de establecer tarifas para el uso de las obras incluidas en sus repertorios, las Sociedades de Gestión Colectiva pueden formalizar contratos con los usuarios interesados en utilizar dichas obras, mismos que deberán cancelar un valor establecido en el tarifario de la SGC correspondiente.

Según lo que se haya fijado en los tarifarios vigentes, las SGC y los usuarios de las obras pueden llegar a formalizar un acuerdo sobre el consumo del contenido de su repertorio durante un determinado período. Esto se encuentra detallado en el Artículo 252 del COESCCI donde, a pesar de no establecer taxativamente la obligación de solemnizar un acuerdo entre las asociaciones o gremios de usuarios, se señala que: se “podrán celebrar contratos” (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016)

entre las SGC y los usuarios de las obras, e incluso dentro del mismo enunciado hay una alternativa en la cual “cualquier interesado podrá acogerse a estas tarifas si así lo solicita por escrito a la entidad de gestión correspondiente” (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016) reiterando de esta manera que no hay la obligación de formalizar un contrato entre ambas partes.

Por otro lado, en caso de que se llegue a formalizar la relación entre las SGC y los usuarios de las obras, interpretaciones o ejecuciones pertenecientes a sus repertorios, se debe celebrar un contrato de licencia de uso para utilizar el contenido del repertorio, el mismo que se encuentra reconocido en el numeral 5 del artículo 52 del Reglamento de Gestión de los Conocimientos:

Art. 52.- (...)

(...) 5. Licencia. Autorización o permiso que concede el titular de los derechos al usuario de la obra u otra producción protegida, para utilizarla en la forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato, la cual no transfiere la titularidad de los derechos (REGLAMENTO DE GESTIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS, s. f.).

Es decir que, bajo este tipo de contrato se puede autorizar el uso no exclusivo de la obra o producción, bajo las condiciones establecidas por ambas partes, entre las cuales se fijan las tarifas según corresponda, formas de pago, duración y demás detalles, sin la necesidad de ser inscrito ante la autoridad competente.

Por ende, el vínculo que llega a existir entre las SGC y los usuarios de las obras, interpretaciones o ejecuciones, se llega a concretar mediante un contrato de licencia de uso, mismo que por su naturaleza no otorga exclusividad al usuario y tampoco requiere la necesidad de ser registrado.

Aunque no es obligatorio suscribir un contrato de licencia, el uso del contenido que forma parte del repertorio de las sociedades de gestión colectiva requiere del pago de los valores determinados en el pliego tarifario y que varían según el tipo de usuario. Esto incluye a los Operadores de televisión que, debido a su posición en el mercado, son uno de los principales usuarios de los contenidos administrados por las SGC.

### **Operadores de televisión como principales usuarios de los repertorios de las SGC**

Entre los principales usuarios de los repertorios de las SGC encontramos a los Operadores de televisión que son reconocidos como organismos que prestan servicios de audio y video por suscripción, tal y como lo define la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su artículo 6 y cuya función radica en la transmisión y recepción de señales de imagen, sonido, multimedia y datos destinados exclusivamente a un público particular de abonados (LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, s. f.).

La actividad económica de este tipo de empresas se especializa en la prestación de servicios relacionados con telecomunicaciones, servicios de programación y entretenimiento por suscripción mediante señales de audio, vídeo y datos. Por lo que el uso de obras sujetas a

protección por concepto de derechos de autor o derechos conexos a la hora de prestar sus servicios es trascendental y constituye un acto de comunicación pública, entendiéndose este como: "todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, y en el momento en que individualmente decidan, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas" (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016) y de igual forma, se encuadra en los actos detallados en el artículo 123 del COESCCI, numerales 3, 4, 5, 6, 8 y 9:

(...) 3. La emisión de cualesquier obras por radiodifusión, televisión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de palabras, signos, sonidos o imágenes. En este concepto, se encuentra asimismo comprendida la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;

4. La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento similar, sea o no mediante abono;

5. La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;

6. La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida o televisada;

(...) 8. La puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos; y,

9. En general, la difusión pública, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de palabras, signos, sonidos o imágenes (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016).

De esta manera, si entre las actividades económicas de los Operadores de televisión se realiza la comunicación pública de contenido sujeto a los titulares de derechos de autor o derechos conexos, este tipo de usuarios tiene que reconocer los montos a pagar por el uso de dicho contenido en relación con cualquier acto que constituya una forma de comunicación pública por su parte.

Sin embargo, esto no ocurre en la práctica, pues en la actualidad existen varios procesos de cobro iniciados ante el SENADI en contra de los Operadores de televisión, mismos usuarios que con la finalidad de no efectuar los pagos a las SGC, cuestionan la falta de claridad en las resoluciones emitidas por el SENADI mediante las cuales se autorizan los tarifarios para los Operadores de televisión. En consecuencia, es necesario hacer un análisis sobre los parámetros bajo los cuales las SGC fijan los tarifarios dirigidos a esta clase de usuarios, sus justificaciones normativas y los fundamentos que realiza el SENADI dentro de sus resoluciones aprobatorias.

### **Parámetros a seguir por las SGC para la fijación de las tarifas dirigidas a los Operadores de Televisión**

En este punto se debe señalar que Ecuador es uno de los pocos países que dentro de su legislación establece un proceso riguroso que debe seguir la autoridad rectora en materia de propiedad intelectual para aprobar el pliego tarifario solicitado por una SGC, dando a entender la supuesta necesidad de generar una protección adicional tanto para los usuarios de las obras como para los titulares, esto en vista de la problemática generada por la supuesta falta de criterio en los pliegos tarifarios emitidos por las SGC y cuyos usuarios, como las operadoras de televisión, se

han negado a pagar, derivando de esta manera en la apertura a varios procedimientos administrativos para la ejecución del cobro de los valores en mención y dando paso al cuestionamiento hacia el proceso de aprobación por el que deben pasar los pliegos tarifarios emitidos por una SGC.

En concordancia a la regulación mencionada que Ecuador establece, se debe tener en cuenta que antes de la publicación de un pliego tarifario hay que cumplir con los tres principios establecidos en el artículo 112 del Reglamento de Gestión de los Conocimientos como lo son "la razonabilidad, equidad y proporcionalidad" (REGLAMENTO DE GESTIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS, s. f.). Así como de igual manera, en el artículo siguiente del mismo cuerpo normativo se mencionan los criterios para la fijación de estas tarifas, donde se encuentran principalmente los siguientes:

Artículo 113.- Criterios para la fijación de las tarifas. Las tarifas se sujetarán a uno o varios de los siguientes criterios:

1. La relevancia que tengan para la actividad que desarrolla el usuario, la utilización de las obras o prestaciones, según corresponda;

2. La categoría del establecimiento o del negocio del usuario, que haga uso de las obras o prestaciones administradas por la sociedad de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos;

(...) 5. La modalidad e intensidad del uso de las obras o prestaciones, según sea el caso, en la comercialización de un bien o servicio;

6. La capacidad tecnológica, cuando esta sea determinante en la mayor o menor intensidad del uso de las obras o prestaciones, según sea el caso; y

7. Cualquier otro criterio que se haga necesario en razón de la particularidad del uso y tipo de obra o prestación que se gestiona, lo cual deberá estar debidamente soportado en el Reglamento de Tarifas que expida la Sociedad de Gestión Colectiva correspondiente (REGLAMENTO DE GESTIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS, s. f.).

Este apartado de la ley establece los parámetros que las Sociedades de Gestión Colectiva deben seguir al determinar una tarifa que cobrarán a cualquier usuario por el uso de obras incluidas en sus repertorios y posteriormente, la entidad rectora en propiedad intelectual, mediante una resolución debidamente motivada compruebe el cumplimiento de los criterios y los principios antes señalados.

Ahora, para entender de una mejor manera el cuestionamiento realizado en contra de las tarifas dirigidas a los Operadores de televisión, resulta necesario revisar la jurisprudencia relacionada a los procesos de aprobación de los pliegos tarifarios propuestos por las diferentes sociedades de gestión colectiva ante el SENADI y como, esta autoridad da a conocer los principales fundamentos a la hora de aprobar los tarifarios propuestos por las SGC.

Dentro de la resolución No. SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0002-R, emitida con fecha 23 de marzo de 2022 y notificada el día 28 del mismo mes y año a favor de la SOPROFON, existe un sucinto recuento respecto a los criterios sugeridos y a los principios de obligatoria interpretación para aprobar los pliegos tarifarios de esta Sociedad de Gestión Colectiva:

7.19. Respecto de la tarifa: OPERADORAS Y/O EMPRESAS DE AUDIO Y VIDEO POR SUSCRIPCIÓN (TELEVISIÓN POR CABLE FÍSICO, FIBRA ÓPTICA Y TELEVISIÓN CODIFICADA TERRESTRE) Y OPERADORES Y/O EMPRESAS DE AUDIO Y VIDEO POR SUSCRIPCIÓN (TELEVISIÓN CODIFICADA SATELITAL), PÚBLICAS, PRIVADAS Y SIMILARES.

Determinación de la tarifa

Por comunicación pública de fonogramas, los usuarios pagarán el 0,85% de los ingresos por la facturación bruta anual de los planes (prepago y pospago) de audio y video a sus suscriptores.

7.19.1. Análisis y conclusión de la Unidad de Gestión de Sociedades de Gestión Colectiva:

Considerando lo previsto en el artículo 228 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación – COESCCI y artículos 1, 3 literal c y 4 párrafo único de los Estatutos de la Sociedad de Productores de Fonogramas – SOPROFON, se desprende que la entidad de gestión colectiva ha justificado el cobro de la tarifa a este tipo de usuarios, con base en los derechos que está facultada a gestionar (comunicación pública de los fonogramas administrados por ella).

El análisis efectuado permite determinar que la propuesta de tarifa que presenta la entidad de gestión difiere en cuanto a sus variables respecto de la tarifa vigente, toda vez que la propuesta responde a un porcentaje que se aplica al ingreso bruto por concepto de facturación de los planes (prepago y postpago) de audio y video a sus suscriptores, situación que resulta más razonable y encasillada a la realidad del usuario.

En consecuencia, se determina que la presente tarifa cumple con los criterios de equidad, proporcionalidad, y de razonabilidad, de conformidad con lo previsto en los artículos 48 de la Decisión Andina 351, 251 del COESCCI, y 113 del Reglamento de Gestión de los Conocimientos (*Oficio Nro. SENADI-DNDA-2022-0138-OF Auto-rícese la publicación de las resoluciones Nros. SENADI-DNDA-GSO CG-2021-005-R; SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0002-R; SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0004-R; y, SENADI-DNDA-2022-0058-RE, s. f.*).

De las transcripciones señaladas ut supra, se puede apreciar como el SENADI, se sustenta en dos fundamentos principales. Primero, encontramos al derecho de la comunicación pública que ostentan los miembros de las SGC, mismo que les permite gestionar y cobrar el monto de las tarifas de las obras que administran.

En este contexto, la resolución destaca que la tarifa propuesta por SOPROFON, que corresponde a un porcentaje de los ingresos brutos anuales por facturación es una medida que responde a la realidad del usuario. Este enfoque se considera presuntamente razonable y ajustado a las circunstancias del mercado.

El segundo fundamento que expone la resolución es la exigencia de que las tarifas sean equitativas, proporcionales y razonables. Es por esto, que hace referencia a los artículos 48 de la Decisión Andina 351; 251 del COESCCI y 113 del Reglamento de Gestión de los Conocimientos para justificar que la tarifa propuesta cumple con los principios.

Estos fundamentos, que van a ser detallados a continuación, no son solo aplicables para el proceso de aprobación de tarifarios de SOPROFON, sino que también el SENADI los utiliza como los principales sustentos para tener en cuenta a la hora de pronunciarse sobre la validez de una tarifa.

### **Capítulo 3**

#### **La comunicación pública como derecho patrimonial para la difusión de obras**

La comunicación pública es un "derecho patrimonial del autor" (Alejandre, 2018) mediante el cual se explotan obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas a un diverso número de personas a través de distintos medios y mediante el cual un autor o titular de un derecho conexo podrá realizar, autorizar o prohibir su comunicación pública por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes (*DECISION 351 – Comunidad Andina, s. f.*).

A decir del Tribunal de Justicia de la Unión Europea , la comunicación pública es: "en principio, cualquier acto mediante el que un usuario proporcione a sus clientes, con pleno

conocimiento de causa, acceso a obras protegidas” (*Caso The Pirate Bay*, 2017). En este caso, por "usuario" se haría referencia a las operadoras de televisión, por "clientes", a los televidentes; y, finalmente por "obras protegidas", a los contenidos pertenecientes a los titulares de autor y derechos conexos protegidos por las Sociedades de Gestión Colectiva.

De lo mencionado, se desprende que los autores, compositores, intérpretes, ejecutantes y productores son titulares de un derecho patrimonial para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras.

Ahora, existe un cuestionamiento hacia lo que se entiende por comunicación pública, porque a simple vista se configura como una acepción mediante la cual un autor o titular de derechos conexos tiene la facultad de autorizar o prohibir el uso de su contenido, sin embargo la normativa no indica taxativamente que tenga que consumarse el uso o explotación del contenido por parte del usuario, si no que únicamente se hace mención a la capacidad de que el usuario pueda tener acceso al contenido sin haberlo utilizado o visualizado en algún momento.

Sobre esto, nuestro ordenamiento jurídico mantiene la misma acepción que la Decisión 351 de la CAN sobre la comunicación pública, mediante la cual se reconoce a este derecho patrimonial en el artículo 123 del COESCCI al indicar que se lo entiende como: "todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, y en el momento en que individualmente decidan, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas" (*DECISION 351 – Comunidad Andina*, s. f.), reiterando nuevamente que este derecho patrimonial no versa únicamente en el uso que se le puede dar a un contenido, sino que

destaca el poder de acceso que tienen los usuarios sobre las distintas obras propiedad de un autor o de un titular de derechos conexos.

De este apartado de la ley, se debe contextualizar que, al mencionar el poder de acceso a una obra, por parte de un usuario, se hace referencia a que éste tiene la facultad de que en cualquier momento pueda gozar de una obra perteneciente al repertorio manejado por una SGC.

Sobre esto, también hay que tener en cuenta que el verbo rector del artículo, es el verbo "poder", mismo, que en su definición común se lo entiende como el "tener facilidad, tiempo o lugar de hacer algo" (ASALE & RAE, s. f.-a), lo cual corrobora el hecho de que no es necesaria la ejecución del uso, reproducción o visualización de una obra para que se considere consumada la comunicación pública.

Es importante hacer mención que entre los actos mediante los cuales se da la comunicación pública se comprende a la transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento similar, sea o no mediante abono; y a la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos (Gaceta 4471.pdf, s. f.).

Es decir que, para el caso de los Operadores de televisión, su principal actividad, como lo es la puesta a disposición de contenido titularidad de derechos de autor o derechos conexos, constituye un acto de comunicación pública, al igual que lo hace el poner a disposición de su público consumidor la posibilidad de que puedan tener acceso a los canales, cuyo contenido pertenece a cualquier titular de derechos de autor o de derechos conexos. Por lo tanto, el uso del verbo "poder" es crucial para determinar que la comunicación pública se configura frente al hecho de que existe una oportunidad de disponer de la obra en cualquier momento.

En consecuencia, la comunicación pública es un acto mediante el cual se sustenta la principal forma de generar derechos patrimoniales por el uso o explotación de contenido de autores o titulares de derechos conexos. Es decir que, cada usuario ya sea un operador de audio y video por suscripción, un restaurante, un centro de entretenimiento o cualquier otro tipo de usuario deberá pagar lo establecido según los parámetros de uso que se le haya dado al contenido incluido en el repertorio de una SGC, principalmente por haber incurrido en uno de los actos de comunicación pública detallados en nuestra legislación como lo es el poner a disposición del público cualquier tipo de obras y mediante cualquier vía, originando de esta manera la obligación de pagar los respectivos derechos patrimoniales a favor de los autores o titulares de derechos conexos, para quien realice tal acto de comunicación pública.

Por ende, si existe una nueva vía de comunicación pública de una obra, esto implicaría una nueva obligación, una nueva autorización y un nuevo pago.

Tras haber puntualizado que la comunicación pública se configura en las actividades de los Operadores de televisión, el derecho a recibir una retribución pecuniaria por tal concepto será materializado mediante el pago de las tarifas emitidas por las SGC, mismas que deberán ser aprobadas por el SENADI bajo los criterios de proporcionalidad, equidad y razonabilidad, mediante un acto administrativo debidamente motivado.

## **La proporcionalidad, equidad y razonabilidad en las tarifas de las SGC a los Operadores de televisión**

Como se ha mencionado previamente, las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) establecen sus pliegos tarifarios con el fin de obtener un beneficio económico. Estos pliegos están fundamentados en principios legales que se reflejan en las resoluciones emitidas por el SENADI, como son la proporcionalidad, la equidad y la razonabilidad.

El artículo 48 de la Decisión 351, establece únicamente que: "las tarifas serán proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas" (DECISION 351 – Comunidad Andina, s. f.). En un inicio, este articulado reconoce a la proporcionalidad como una pauta a seguir para la determinación de una tarifa, sin embargo, los artículos 251 del COESCCI, 112 y 113 del Reglamento de Gestión de los Conocimientos, añaden a la razonabilidad y a la equidad como principios necesarios para la fijación de tarifas.

Vale hacer énfasis que dentro de la normativa nacional e internacional no se encuentra ningún tipo de definición o directriz a seguir para entender a estos principios, es por esto que la única manera de llegar a comprenderlos es mediante las resoluciones emitidas por el SENADI, mediante las cuales esta autoridad aprueba o niega los pliegos tarifarios verificando si los valores propuestos por las SGC son desmesurados o no, dependiendo del uso que cada consumidor efectúe según su actividad económica.

Como ejemplo se analizarán las Resoluciones No. SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0001-R y SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0005-R, mediante las cuales la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos da a conocer sus fundamentos respecto a la proporcionalidad, a la razonabilidad y a la equidad que debe haber en las tarifas dirigidas a los Operadores de televisión en el caso del pliego tarifario de SAYCE.

### **Principio de la razonabilidad**

Doctrinalmente se entiende a la razonabilidad, según Baldassarre, de la siguiente manera:

La razonabilidad ha sido definida de manera muy eficaz como “lógica de los valores”, que rechaza cualquier tipo de descripción normativa, formalista, abstracta, rígida y, por eso, cierta y de aplicación controlable; fundamentalmente caracterizada por flexibilidad y ductilidad; impredecible en sus especificaciones; e intrínsecamente proclive a todo lo que concierne a la facticidad y los intereses (Baldassarre, 1991).

De lo citado, se da a entender que la razonabilidad no se rige bajo un precepto exacto y cerrado, sino que dependerá de las circunstancias bajo las cuales se quiera aplicar a este principio para utilizarlo de una manera que se deduzca a lo evidente en favor de los intereses de quien lo haga y sin causar perjuicio alguno a los afectados.

A modo ejemplificativo, dentro de la resolución No. SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0001-R, se desprende que SAYCE entiende como razonabilidad al hecho de que: "las tarifas sean fijadas de acuerdo a la proporcionalidad de la utilización de obras por parte del usuario. Sin que

resulten excesivas y que se adecuen al principio de equidad” ((*Segundo Suplemento al Registro Oficial 194, 2022*), así como de igual manera ponen a consideración los criterios de: "el grado del uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad económica del usuario y la intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad económica del usuario"((*Segundo Suplemento al Registro Oficial 194, 2022*).

Posteriormente, el SENADI, en su intento de evaluar adecuadamente el cumplimiento de los criterios de razonabilidad propuestos por SAYCE, se limita a citar la normativa de la Decisión 351, el COESCCI y el Reglamento de Gestión de los Conocimientos. No se ofrece un concepto claro sobre el principio de la razonabilidad. De hecho, el único análisis realizado por la autoridad se presenta en el siguiente cuadro:

<b><i>Tarifa</i></b>			
<b><i>OPERADORAS Y/O EMPRESAS DE AUDIO Y VIDEO POR SUSCRIPCIÓN</i></b>			
<i>Normativa aplicable: Reglamento de Gestión de Conocimientos, Art. 113.</i>			
<i>Criterios para la fijación de tarifas: Las tarifas se sujetarán a uno o varios criterios:</i>			
<b><i>Criterios</i></b>	<b><i>Cumple</i></b>	<b><i>No Cumple</i></b>	<b><i>Conclusión</i></b>
La relevancia e intensidad que tienen las obras que gestiona la entidad respecto de la actividad que desarrolla el usuario.	X		Existe una división entre música necesaria y complementaria, en el presente caso, la calificación conferida por la sociedad de gestión colectiva al tipo de

			usuario, en criterio de esta unidad es correcta.
La categoría del establecimiento o del negocio del usuario.		X	La sociedad de gestión colectiva no establece una tarifa subsidiaria en caso el cable operador no presente la información, además se considera se debe delimitar de mejor manera los ingresos sobre los que aplicaría la tarifa.

**Nota:** Este cuadro corresponde a la Resolución No. SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0001-R, en el apartado de los SECTOR AUDIO Y VIDEO POR SUSCRIPCIÓN RADIO Y TELEVISIÓN, numeral 21.(Oficio Nro. SENADI-DNDA-2022-0138-OF Auto-rícese la publicación de las resoluciones Nros. SENADI-DNDA-GSO CG-2021-005-R; SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0002-R; SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0004-R; y, SENADI-DNDA-2022-0058-RE, s. f.)

En el contenido del cuadro se puede apreciar que en la columna de "criterios" se encuentran los argumentos de SAYCE para justificar el porcentaje de la tarifa basados en el Artículo 113 del Reglamento de Gestión de Conocimientos, de los cuales se califica si cumple o

no cumple con el criterio propuesto, finalizando el análisis comparativo con un apartado de conclusiones señalando las razones por las cuales cumplió o por qué no cumplió con los criterios. Por ejemplo, en el criterio justificativo por SAYCE respecto a la categoría del establecimiento o del negocio del usuario, únicamente consideran la delimitación sobre los ingresos que aplicaría la tarifa sobre los Operadores de televisión, más no justifican el por qué debería darse esa delimitación.

Posteriormente en la Resolución No. SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0005-R, donde se hace un nuevo análisis correspondiente a la tarifa propuesta por SAYCE hacia los Operadores de televisión se resuelve lo siguiente:

(...) la entidad de gestión colectiva habría justificado el cobro de la tarifa a este tipo de usuarios, con base en los derechos que está facultada a gestionar (comunicación pública de las obras administradas por ella), por ser la tarifa similar a aquella autorizada en el año 2012, y considerando que en la categoría de usuarios el uso de la música es importante, debido a que en la programación contiene películas, comerciales, reportajes, novelas, noticieros, eventos deportivos, etc., que utilizan obras protegidas, se determinaría que la tarifa “RADIO Y TELEVISIÓN POR CABLE” cumple con los criterios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, de los Arts. 48 de la Decisión Andina 351, 251 del COESCCI y 113 del Reglamento de Gestión de los Conocimientos. (...)((*Segundo Suplemento al Registro Oficial 194, 2022*)).

En la resolución, nuevamente, se omite realizar un análisis sobre la tan citada razonabilidad que presuntamente alegan tener las tarifas y donde de hecho, únicamente se sustenta de manera general la aprobación de la tarifa con los siguientes argumentos:

- a) Los derechos de comunicación pública de las obras que administra.
- b) Por ser una tarifa similar a la previamente autorizada.
- c) La importancia del uso de obras protegidas en la actividad del usuario.

Dejando de lado un análisis pertinente sobre la razonabilidad y desvirtuando de esta manera lo que establece nuestra normativa nacional respecto a la necesidad de que las tarifas cumplan con los principios debidamente motivados.

Emitir un criterio sobre la razonabilidad puede resultar complicado debido a la naturaleza indeterminada de su aplicación como principio. La palabra que da origen a este principio se refiere a la "capacidad de los seres humanos para analizar y llegar a una conclusión" (RAE, 2024). Sin embargo, no es ideal que la autoridad encargada de resolver un caso deba limitarse a realizar un análisis superficial o subjetivo sobre el tema, especialmente cuando se espera una resolución motivada y fundamentada.

Por ende, la aplicación del principio de razonabilidad resulta innecesaria en este contexto, dado su carácter indeterminado y flexible que permite interpretaciones subjetivas y variadas. Al carecer de una definición normativa concreta, su inclusión no contribuye a la claridad ni a la

objetividad en la evaluación de tarifas, limitándose a reforzar conclusiones preexistentes sin aportar un análisis riguroso.

### **Principio de equidad**

Para este principio, la equidad se debe ser entendida de dos maneras. La primera se refiere a la repartición justa de una serie de derechos, tal como lo estipula el artículo 121 del COESCCI, que menciona: "el derecho a una remuneración equitativa para los titulares de derechos de autor" (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016). La segunda acepción se refiere a la: "moderación en el precio de los bienes y servicios" (equidad - Definición - WordReference.com, s. f.), es decir, que el uso de un producto o servicio debe implicar un pago moderado al uso realizado.

Ambas definiciones tienen un denominador común, como lo es la retribución económica por la utilización de un producto o servicio, sin embargo, para el caso que nos corresponde, se debe entender a la equidad, tal y como lo hace la Unidad de Gestión de Sociedades de Gestión Colectiva del SENADI en la resolución No. SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0005-R, al indicar que una tarifa equitativa consistirá en "*pago moderado, basado en la proporcionalidad de la utilización de prestaciones, con el objetivo de establecer un equilibrio entre los ingresos económicos generados por los usuarios y la gestión de recaudación realizada por la entidad*" ((Segundo Suplemento al Registro Oficial 194, 2022)

Ahora, dentro de la resolución en análisis, el SENADI señala que esta tarifa está sujeta al principio de equidad vertical, entendido este principio como aquel que "analiza la capacidad de generar ingresos del usuario según su actividad" (*Segundo Suplemento al Registro Oficial 194, 2022*). Tal principio asimila que, si un negocio tiene más ingresos deberá pagar un valor incrementado a comparación de aquellos que tienen menos ingresos. De igual forma, se indica que la tarifa cumple con la equidad horizontal por el hecho de que SAYCE limita ese porcentaje de recaudación a los ingresos anuales brutos generados por el operador gracias a la publicidad y las cuotas de sus suscriptores (*Segundo Suplemento al Registro Oficial 194, 2022*).

A pesar de que sensatamente se hace un cotejo mediante el cual se delimita el por qué se aplica el mismo porcentaje para todos los cableoperadores, los principios de equidad vertical y horizontal, son comúnmente aplicados en el derecho tributario cuyo objetivo es fijar si un impuesto cumple o no con los criterios de equidad horizontal o vertical. Sobre esto, vale la pena recalcar que a los tarifarios no se los debe tener bajo un concepto de impuestos, tal y como lo determina la Sentencia No. C-533/93 de la Corte Constitucional de Colombia cuando señala que "los recaudos que hacen las sociedades de gestión de derechos de autor no son ni impuestos, ni ingresos públicos, ya que su fin es la satisfacción de derechos particulares" (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 1993), sin embargo el SENADI ha determinado que: "ambas pautas, a pesar de ser comúnmente utilizadas y constitucionalmente reconocidas como parte del principio de equidad, pueden ser aplicables como mecanismos para la reparación de derechos" (*Segundo Suplemento al Registro Oficial 194, 2022*).

Finalmente, el SENADI dentro de la resolución en mención, considera que el porcentaje de las tarifas pueden ser reducidas al inicialmente fijado, esto, con la finalidad de que se reconozcan los derechos patrimoniales que les correspondan a sus miembros:

Al considerar estándares de equidad por ingresos brutos, conforme los criterios indicados, la sociedad de gestión podrá acordar, bajo el principio de voluntad de las partes, licencias con reducciones de la tarifa, que garanticen el reconocimiento de los derechos de los miembros de la entidad de gestión y, de forma general, arribar a acuerdos que faciliten el cumplimiento de las obligaciones legales que tienen las personas, naturales y jurídicas, del régimen de telecomunicaciones respecto al uso de obras y prestaciones protegidas por el Derecho de Autor (...) ((*Segundo Suplemento al Registro Oficial 194, 2022*)).

En relación con esto, las Sociedades de Gestión Colectiva proceden a negociar las formas de pago reduciendo los porcentajes autorizados por el SENADI. A largo plazo, esto evidencia la ineficacia de utilizar los principios antes mencionados para fijar una tarifa, ya que las SGC no siempre van a respetar el porcentaje inicialmente establecido; en su lugar, muestran disposición a reducir dicho porcentaje con el objetivo de que se reconozcan los derechos patrimoniales que les corresponden por la comunicación pública de su repertorio.

Esto pone en la palestra que, si una SGC está dispuesta a negociar los valores adeudados por los Operadores de televisión, desvinculándose de lo establecido en su pliego tarifario, cabe cuestionar ¿cuál es la utilidad de los principios para fijar un porcentaje exacto que, posteriormente, no se va a aplicar?

Sin lugar a dudas, gracias a este accionar de las SGC, resulta incoherente establecer un proceso para autorizar un porcentaje específico que los Operadores de televisión deben considerar al calcular sus gastos futuros (gastos que se basan en los ingresos brutos provenientes de suscripciones y publicidad). Aunque el usuario ve un porcentaje predeterminado, puede existir el caso en el cual la misma SGC negoció con otro usuario, de la misma categoría, el pago de un porcentaje más reducido. Esta negociación del porcentaje de la tarifa a cobrar, a pesar de encontrarse dentro del principio de la voluntad de las partes, genera debate sobre cuáles serán los criterios que permitan a los usuarios acceder a dichas reducciones.

De igual forma, es importante destacar que las SGC al reducir sus tarifas para algunos operadores, pueden generar preocupación para aquellos usuarios cuyos ingresos son significativamente mayores a comparación de otros operadores de la misma categoría. Generando un nuevo cuestionamiento de si las SGC estarán dispuestas a negociar con todos los usuarios o únicamente con aquellos que sean parte del mercado relevante.

Por lo tanto, resulta necesario regular el alcance para negociar estos valores, no únicamente para mantener la coherencia en los porcentajes equitativos a cobrar a los usuarios de la misma categoría, sino también para asegurar que los miembros de las SGC reciban, por parte de los Operadores de televisión, un valor por la comunicación pública de sus obras.

En lo práctico, esta flexibilidad puede desvirtuar la finalidad de una remuneración justa para los titulares de derechos, ya que, al negociar tarifas más bajas, se puede llegar a corromper

el principio de equidad y el reconocimiento económico justo. Esta situación pone en tela de juicio la utilidad de fijar tarifas basada en principios de equidad que no se aplican estrictamente, lo cual genera incertidumbre y posible desventaja para ciertos usuarios. Por ende, es importante que se establezcan límites claros en estas negociaciones bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, para asegurar coherencia y justicia en las tarifas fijadas hacia los Operadores de televisión.

### **Principio de Proporcionalidad**

Finalmente, se encuentra el principio mediante el cual, tanto la normativa nacional como internacional, motivan la imposición de las tarifas por parte de las SGC y este es el denominado principio de la proporcionalidad.

Dentro del considerando 76 de la Resolución No. SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0005-R, se define a la proporcionalidad como "una norma técnica con mandatos de optimización, tendientes a la materialización de derechos o a garantizar su observancia, propendiendo a lograr el máximo de su realización posible, pudiéndose cumplir en diferente grado" (Segundo Suplemento al Registro Oficial 194, 2022). Es decir que, para el análisis de las tarifas, propuestas por las SGC, se debe entender a este principio como una norma técnica con mandatos de desarrollo que busca garantizar el cumplimiento de los derechos en la mayor medida posible.

En este sentido, la proporcionalidad determina que las normas sobre tarifas establecidas por las Sociedades de Gestión Colectiva están directamente respaldadas por la Constitución de la República en los artículos 22 y 322 y en los demás cuerpos normativos tanto nacionales como

internacionales que se han mencionado anteriormente, por lo que el SENADI en sus resoluciones concesoras hace énfasis en que no es necesario buscar justificaciones adicionales respecto a la proporcionalidad en las tarifas, porque lo establecido en estas normas, se considera suficiente y completo por el reconocimiento legal y constitucional de los derechos que protegen, eliminando de esta forma la necesidad de argumentos o pruebas adicionales para su validez.

Teniendo en cuenta lo señalado por la autoridad, resulta peculiar indicar que si se va a considerar a la proporcionalidad como una especie de fundamento rector a la hora de aplicar tarifas, esto significa que los otros dos principios son meramente complementarios o enunciativos y cuya aplicación no sería estrictamente necesaria, pues el argumento principal para garantizar la materialización de los derechos y su cumplimiento sería la proporcionalidad de las tarifas que engloba a modo general a la equidad y a la razonabilidad.

Respecto a este principio, el SENADI, en sus resoluciones aprobatorias, no realiza un análisis respecto a la proporcionalidad de las tarifas propuestas por las SGC, pues únicamente llega a citar lo señalado por el Artículo 48 de la Decisión 351, que en su parte pertinente señala, que: "*las tarifas deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas*" ((*Segundo Suplemento al Registro Oficial 194, 2022*)). Por lo que el único objeto de controversia sería determinar hasta qué punto los porcentajes de las sociedades de gestión colectiva deberían ser proporcionales a los ingresos obtenidos por la utilización de las obras, cosa que la autoridad omite realizar en sus resoluciones.

Sobre esto, el SENADI únicamente analiza un cuadro proveído por la SGC, mediante el cual hace una comparación sobre los ingresos obtenidos por la operadora de televisión en el último año y el efecto que tendría el porcentaje propuesto sobre los ingresos, sin señalar si ese valor resulta proporcional y por qué.

<b>Empresa TV por satélite</b>	<b>Ingresos Anuales 2019 USD</b>	<b>% Tarifa SAYCE</b>	<b>Tarifa SAYCE USD</b>
DIRECTV	\$ 168.475.702	1,25 %	\$ 2.105.946
ECUNIVI S.A. (UNIVISA)	\$ 8.549.450	1,25 %	\$ 106.868
CONECCEL (CLARO)	\$ 24.179.162	1,25 %	\$ 302.245

**Nota:** Este cuadro corresponde a la Resolución No. SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0001-R, Cuadro No.68. (Oficio Nro. SENADI-DNDA-2022-0138-OF Auto-rícese la publicación de las resoluciones Nros. SENADI-DNDA-GSO CG-2021-005-R; SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0002-R; SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0004-R; y, SENADI-DNDA-2022-0058-RE, s. f.)

De lo desprendido, se aprecia que realmente dentro del presente caso, el porcentaje bajo el cual se pretende cobrar a las cableoperadoras por la comunicación pública de las obras que administran es muy reducido a comparación de lo que se percibe por ingresos brutos anuales de las cuotas de suscripción de los Operadores de televisión.

Sin embargo, ninguno de los principios antes mencionados, y ni siquiera el análisis realizado con el principio de la proporcionalidad, llega a ser suficiente para sustentar motivadamente el

porcentaje propuesto por la SGC, por lo que dentro de las resoluciones concesoras debería existir un criterio que haga énfasis en lo reducidos que pueden llegar a ser los porcentajes propuestos por las sociedades de gestión colectiva.

El principio de proporcionalidad, tal como se aplica en las resoluciones del SENADI, muestra una deficiencia significativa en su implementación. La referencia a este principio como una norma técnica con mandatos de optimización no asegura que las tarifas propuestas por las SGC reflejan una evaluación equitativa y justa de los ingresos generados por la utilización de las obras.

Para cumplir verdaderamente con el mandato normativo de garantizar los derechos de los autores y titulares de derechos conexos, el SENADI debe adoptar una definición más rigurosa y dinámica de proporcionalidad, que no solo considere los ingresos obtenidos, sino también el impacto económico real y comparativo de las tarifas en los distintos Operadores de televisión. Esto implicaría una evaluación técnica detallada y justificada de la proporcionalidad de cada tarifa en relación con los beneficios económicos y sociales, asegurando que no se favorezca ni perjudique desproporcionadamente a ninguna de las partes involucradas.

Por lo tanto, es necesario contar con un argumento sólido que impida a los Operadores de televisión evitar el reconocimiento de los pagos correspondientes a las Sociedades de Gestión Colectiva. Este argumento debe alinearse con los fundamentos de comunicación pública y una justificación clara y concisa sobre el porcentaje o rango de porcentajes que las SGC deben fijar.

## Conclusión

Las Sociedades de Gestión Colectiva al emitir sus tarifarios para los Operadores de televisión siguen las directrices fijadas por la máxima autoridad de propiedad intelectual del país, con la finalidad de que sus tarifas propuestas sean aprobadas. Sin embargo, el SENADI no guarda coherencia en los argumentos bajo los cuales motiva sus resoluciones aprobatorias de tarifas con los criterios de razonabilidad, equidad y proporcionalidad.

Por el lado del principio de razonabilidad, se ha determinado que, este, no guarda relación como fundamento a la hora de fijar una tarifa por el hecho de su ambigua interpretación que abre la puerta a distintas acepciones por parte de las partes interesadas.

En cuanto al principio de equidad, podemos apreciar que este criterio resulta ineficaz en el momento en el cual las mismas resoluciones aprobatorias del SENADI abren la posibilidad a que los Operadores de televisión y las Sociedades de Gestión Colectiva puedan negociar una reducción de los porcentajes inicialmente fijados. Sin lugar a duda, resulta preocupante para otros usuarios de la misma línea la apertura que se da para negociar un porcentaje fijado, esto en vista de que, a pesar de encontrarse dentro del principio de autonomía de la voluntad de las partes, resultaría injusto que la Sociedad de Gestión Colectiva maneje sus propios criterios para negociar con algunos usuarios la reducción del porcentaje a cobrar, mientras que con otros haya la posibilidad de que no manejen el mismo criterio. Además, esta apertura a la negociación abre la puerta a que tampoco exista una justa remuneración para los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

Respecto a la proporcionalidad de las tarifas, en las resoluciones existe una mínima acepción sobre este principio mediante el cual se lo entiende como un mandato de optimización de la materialización de los derechos patrimoniales, sin embargo, la autoridad se limita a hacer un análisis mayor dentro de su acto administrativo. Por lo cual, es evidente que la implementación actual del principio de proporcionalidad en las resoluciones del SENADI presenta deficiencias significativas. La simple referencia a este principio como una norma técnica con mandatos de optimización no garantiza que las tarifas propuestas por las Sociedades de Gestión Colectiva reflejen una evaluación equitativa y justa de los ingresos generados por la utilización de las obras.

De lo desarrollado es necesario que la autoridad acople un criterio que haga referencia a la posibilidad real de acceso como base justificativa de las tarifas emitidas por parte de las SGC hacia los Operadores de televisión, por la naturaleza de la actividad de estos. Bajo este argumento, también se puede fijar de una mejor manera un rango de porcentajes basados en un estudio técnico por parte de la autoridad que determine únicamente la proporcionalidad de las tarifas o de los rangos que cada sociedad de gestión colectiva podrá determinar a los Operadores de televisión, con la finalidad de que, tanto los usuarios, como las entidades recaudadoras, perciban por partes iguales sus ingresos y egresos respectivamente.

Finalmente, el cobro realizado por las sociedades de gestión colectiva es completamente legítimo por la configuración de la comunicación pública del contenido de sus repertorios en las actividades realizadas por parte de los Operadores de televisión, sin embargo, queda en vilo esa

legitimidad al momento de fijar las tarifas con argumentos sin sustento y que pueden llegar a ser impugnados por los usuarios ante la falta de solidez.

## **Recomendaciones**

### **La posibilidad real de Acceso de las obras como argumento base para la fijación de tarifas**

Ante la constante incertidumbre que pueden generar los principios bajo los cuales se fijan las tarifas, un argumento sólido para la fijación de tarifas a los Operadores de televisión puede basarse en "la posibilidad real de acceso a la obra" (Ayllón Santiago & Rogel Vide, 2011). Este argumento, estrechamente relacionado con la comunicación pública, ofrece una serie de explicaciones concisas sobre por qué los Operadores de televisión deben pagar un porcentaje relativamente mínimo por la comunicación pública de las obras incluidas en los repertorios de las Sociedades de Gestión Colectiva.

La Suprema Corte de Justicia de México, dentro de la sentencia del amparo directo en revisión 4040/2019 estima que dentro de los criterios que permiten identificar la naturaleza de la comunicación pública se encuentra *que: "el acto debe dirigirse a una pluralidad de personas; que exista una posibilidad real de acceso a la obra; y, que no se haya producido una previa distribución de ejemplares a cada una de dichas personas"* (Suprema Corte de Justicia de México, 2019). Es decir que, un Operador de televisión, al momento de ofertar sus servicios, no lo hace mediante oferta individual de sus canales, sino que pone a disposición del público consumidor un total de canales que pueden o no ser consumidos por el usuario final, pero que a fin de cuentas se encuentran disponibles para ser visualizados en cualquier momento.

Ese sustento, sin lugar a duda, puede llegar a justificarse mediante un fundamento en el cual se ha puesto a debate la legitimidad de las tarifas planteadas por las distintas SGC hacia las cableoperadoras y donde se hace énfasis en la posibilidad real de acceso a las obras, retornando nuevamente al concepto base de la comunicación pública cuyo aspecto crucial, para el caso que nos corresponde, versa en la no necesidad de que la obra sea vista o escuchada, sino que basta con que esté a disposición del público para considerar que se ha configurado la comunicación pública.

Tanto la normativa nacional como internacional mencionan que no solamente el acceso real a la obra configura a la comunicación pública, sino que basta con la mera potencialidad de acceso por parte del público a una obra, dónde se remarca que no se requiere que el público haga un uso efectivo de la obra, únicamente basta con que esta sea accesible a cualquier persona que lo desee sin importar que sea consumida o no.

Delia Lipszyc, destaca que: "no es necesario que la obra haya sido vista o escuchada para que se considere transmitida" ( Delia Lipszyc, 2017). Es suficiente con que la obra esté al alcance del público, lo que implica que la disponibilidad para el acceso es el criterio fundamental para que se configure la comunicación pública. Esta postura resalta que el acto de poner la obra a disposición del público ya constituye comunicación pública, debido a la posibilidad real de acceso que se ofrece.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reforzado esta interpretación al señalar que: "para que exista comunicación al público, es suficiente con que la obra se ponga a

disposición de manera que el público pueda acceder a ella" (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2006). La clave aquí es la posibilidad de acceso: no es necesario que el público haya interactuado efectivamente con la obra, sino que basta con que tengan la oportunidad de hacerlo.

Por lo tanto, teniendo en cuenta este fundamento, la posibilidad real de acceso es el único argumento bajo el cual se puede determinar un rango de porcentajes a cobrar a las cableoperadoras. Esto se debe a la apertura mostrada por las Sociedades de Gestión Colectiva para facilitar los pagos, señalando que se podrán llegar a acuerdos que permitan el cumplimiento de las obligaciones legales de las personas, naturales y jurídicas, del régimen de telecomunicaciones en relación con el uso de obras y prestaciones protegidas por el Derecho de Autor. Por consiguiente, en gran medida, se podría considerar que ninguno de los principios resulta útil en la práctica para determinar los porcentajes de las tarifas de las SGC con los cableoperadores.

### **Posibles reformas que deberían incorporarse al COESCCI**

Si los principios de proporcionalidad, equidad y razonabilidad no van a ser debidamente motivados, debería existir una forma mediante la cual las SGC justifiquen el porcentaje que pretenden cobrar a los Operadores de televisión.

Estos usuarios y su actividad requieren de una diferente interpretación si se habla de fijar una tarifa para un usuario que no pone en su totalidad la disposición de las obras que ostentan en el servicio que ofrecen. Es más, resulta imposible llevar un control respecto a las obras que termina consumiendo un usuario final como lo son los clientes de los Operadores de televisión.

Sobre esto resulta contradictorio lo que señala el artículo 257 del COESCCI al indicar que:

(...) los Operadores de televisión Deberán llevar catálogos, registros o planillas mensuales donde se detallará el contenido Difundido respecto al título, nombre de autor o titulares de los derechos de autoridad derechos conexos que corresponda, para luego posteriormente remitir a la sociedad de gestión colectiva el detalle del contenido difundido (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI, 2016).

Es decir, de ser el caso que un Operador de televisión lleve el registro del contenido difundido se debería hablar de una serie de tarifas sujetas al total del contenido que el Operador de televisión haya utilizado para desarrollar sus actividades.

Sin embargo, este no es el caso, pues las tarifas emitidas por las SGC en ningún momento se basan en los catálogos, registros o planillas mensuales que en teoría deberían presentar los Operadores de televisión. Únicamente lo que hacen las SGC es fijar un porcentaje sin más preámbulos y como se lo ha indicado sin argumentar adecuadamente los tres principios bajo los que se supone deberían seguirse para fijar una tarifa.

A esto, se debe añadir que la posibilidad que tienen las SGC de negociar una reducción del porcentaje fijado en su pliego tarifario con algunos usuarios, denota la necesidad de que exista un rango fijo mediante el cual se establezca un porcentaje de valores a cancelar por parte de las operadoras de televisión dimensionando los ingresos de cada uno y no fijando un

porcentaje que para algunos operadores va a ser aplicado y para otros no, como lo es el caso de los tarifarios vigentes.

### Referencias

Resolución-4040-19-190920.pdf. (s. f.). Recuperado 4 de agosto de 2024, de

[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2019-09/ADR-4040-19-190920.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-09/ADR-4040-19-190920.pdf)

Alejandro, G. M. (2018). Sharemula y sus amigos piratas. La evolución europea y española del concepto de comunicación pública de obras protegidas por la propiedad intelectual. *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, 5-40. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2018.10023>

ASALE, R.-, & RAE. (s. f.-a). *Poder* / *Diccionario de la lengua española*. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Recuperado 4 de agosto de 2024, de <https://dle.rae.es/poder>

ASALE, R.-, & RAE. (s. f.-b). *Tarifa* / *Diccionario de la lengua española*. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Recuperado 4 de agosto de 2024, de <https://dle.rae.es/tarifa>

Ayllón Santiago, H. S., & Rogel Vide, C. (2011). *El derecho de comunicación pública directa*. Editorial Reus. <https://doi.org/10.30462/9788429016505>

*Caso The Pirate Bay: STJUE 14/6/2017, Asunto C-610/15 – Aladda.* (2017, junio 14).

<https://aladda.es/stjue-pirate-bay-c-610-15/>

*CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, COESCCI.* (2016).

<https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/CIVIL->

[CODIGO\\_ORGANICO\\_DE\\_LA\\_ECONOMIA\\_SOCIAL\\_DE\\_LOS\\_CONOCIMIENTOS\\_COE](https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/CIVIL-CODIGO_ORGANICO_DE_LA_ECONOMIA_SOCIAL_DE_LOS_CONOCIMIENTOS_COESCCI)

[SCCI](https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/CIVIL-CODIGO_ORGANICO_DE_LA_ECONOMIA_SOCIAL_DE_LOS_CONOCIMIENTOS_COESCCI)

*CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.* (s. f.). Recuperado 4 de agosto de 2024, de

<https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/PUBLICO->

[CONSTITUCION\\_DE\\_LA\\_REPUBLICA\\_DEL\\_ECUADOR](https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR)

*DECISION 351 – Comunidad Andina.* (s. f.). Recuperado 9 de julio de 2024, de

<https://www.comunidadandina.org/ressources/decision-351/>

Derecho de autor y derechos conexos. (s. f.). *Cerlalc.* Recuperado 4 de agosto de 2024, de

<https://cerlalc.org/publicaciones/derecho-de-autor-y-derechos-conexos/>

*Derechos De Autor: Vive Del Fruto De Tu Mente.* (2020, enero 15).

<https://www.aijabogados.cl/derechos-de-autor/>

*Equidad—Definición—WordReference.com.* (s. f.). Recuperado 4 de agosto de 2024, de

<https://www.wordreference.com/definicion/equidad>

*Gaceta 4471.pdf*. (s. f.). Recuperado 4 de agosto de 2024, de

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204471.pdf>

Jaramillo, A. V. (s. f.). *MANUAL DE DERECHO DE AUTOR*.

*LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES*. (s. f.). Recuperado 4 de agosto de 2024, de

<https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/INSTITU->

[LEY\\_ORGANICA\\_DE\\_TELECOMUNICACIONES](https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/INSTITU-LEY_ORGANICA_DE_TELECOMUNICACIONES)

Mendoza Woodman, J. (2017). *Los Cambios en la Industria de la Música y El Rol de las Sociedades de Gestión Colectiva*. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.30351.59046>

Monsalvo, F. A. (2017). Sociedades de gestión colectiva frente a la libre competencia económica.

*Revista La Propiedad Inmaterial*, 23, Article 23. <https://doi.org/10.18601/16571959.n23.05>

*Oficio Nro. SENADI-DNDA-2022-0138-OF Auto-rícese la publicación de las resoluciones Nros.*

*SENADI-DNDA-GSO CG-2021-005-R; SENADI-DNDA-GSO CG-2022-0002-R; SENADI-*

*DNDA-GSO CG-2022-0004-R; y, SENADI-DNDA-2022-0058-RE*. (s. f.). vLex. Recuperado 4 de

agosto de 2024, de <https://vlex.ec/vid/oficio-nro-senadi-dnda-915591574>

*SENTENCIA, ASUNTO C-306/05.pdf*. (s. f.). Recuperado 4 de agosto de 2024, de <https://eur->

[lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0306&from=EN](https://lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0306&from=EN)

RAE. (2024, enero 19). *Razonar* / *Diccionario del estudiante*. «Diccionario del estudiante».

<https://www.rae.es/diccionario-estudiante/razonar>

*REGISTRO-DE-ESTATUTO-SAYCE-2021.pdf*. (s. f.). Recuperado 4 de agosto de 2024, de

<https://sayce.com.ec/wp-content/uploads/2021/09/REGISTRO-DE-ESTATUTO-SAYCE-2021.pdf>

*REGLAMENTO DE GESTIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS*. (s. f.). Recuperado 4 de agosto de 2024, de

[https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/PUBLICO-REGLAMENTO\\_DE\\_GESTION\\_DE\\_LOS\\_CONOCIMIENTOS](https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/PUBLICO-REGLAMENTO_DE_GESTION_DE_LOS_CONOCIMIENTOS)

*RO\_221122\_0194S2.pdf*. (s. f.). Recuperado 4 de agosto de 2024, de [https://www.edicioneslegales-](https://www.edicioneslegales-informacionadicional.com/webmaster/directorio/RO_221122_0194S2.pdf)

[informacionadicional.com/webmaster/directorio/RO\\_221122\\_0194S2.pdf](https://www.edicioneslegales-informacionadicional.com/webmaster/directorio/RO_221122_0194S2.pdf)

Torres, R. (2023, noviembre 4). *2488-Texto del artículo-2414-1-10-20150225—Argumentación*

*Jurídica*. Studenta. <https://es.studenta.com/content/129808893/2488-texto-del-articulo-2414-1-10-20150225>

Villenas, A. (s. f.). *Criterios jurisprudenciales recientes y relevantes Derechos de Autor y Derechos*

*Conexos*.

Sentencia No. C-533/93 (S. f.). Recuperado 4 de agosto de 2024, de

[https://www.camara.gov.co/sites/public\\_html/leyes\\_hasta\\_1991/cc\\_sc\\_nf/1993/c-533\\_1993.html](https://www.camara.gov.co/sites/public_html/leyes_hasta_1991/cc_sc_nf/1993/c-533_1993.html)