



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 21 de septiembre de 2022

Proceso: 144-IP-2020

Asunto: Interpretación Prejudicial

Consultante: Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia

Expediente interno del Consultante: 11001319900520170910203

Referencia: La presunta infracción de DIRECTV COLOMBIA LTDA. de los derechos patrimoniales de autor de los productores audiovisuales asociados y representados por EGEDA Colombia, al comunicar públicamente obras audiovisuales y cinematográficas contenidas en su repertorio, mediante la retransmisión de emisiones a través del servicio de televisión por suscripción (o de señal cerrada), sin contar con la debida autorización

Normas a ser interpretadas: Artículos 3 [las definiciones de «Retransmisión» y «Organismo de Radiodifusión»], 13 (Literal b), 15 (Literales c, d, e, f, i), 17, 21, 34, 39, 42, 48, 49, 54 y 57 de la Decisión 351

Temas objeto de interpretación:

1. Comunicación o ejecución pública no autorizada mediante la retransmisión de una obra audiovisual inscrita en una sociedad de gestión colectiva. La diferencia entre la retransmisión de una obra audiovisual (derecho de autor) y la

- retransmisión de una señal (derecho conexo)
2. Organismos de radiodifusión como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos
 3. El derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de televisión por cualquier medio o procedimiento
 4. Las limitaciones y excepciones a los derechos de los organismos de radiodifusión en virtud de lo señalado en la Decisión 351 y la Convención de Roma. Licencias o autorizaciones obligatorias
 5. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva
 6. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva
 7. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor

Magistrado Ponente:

Hernán Rodrigo Romero Zambrano

VISTO:

El Oficio C-367 de fecha 31 de agosto de 2020, recibido vía correo electrónico el día 31 del mismo mes y año, mediante el cual la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**) la Interpretación Prejudicial de los Artículos 13 (Literal b), 14, 15 (Literales e, i), 17, 21, 22, 39, 40 y 48 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **Decisión 351**), a fin de resolver el Proceso Interno N° 11001319900520170910203; así como los escritos recibidos vía correo electrónico el 5 de febrero, 3 de septiembre y 27 de octubre de 2021 presentados por el apoderado de la empresa demandada en el proceso interno.

El Auto del 5 de mayo de 2022, mediante el cual se admitió a trámite la solicitud de interpretación prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante:

Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de
Productores Audiovisuales de Colombia
— EGEDA Colombia —



Demandada: DIRECTV COLOMBIA LTDA.

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

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

1. Si DIRECTV COLOMBIA LTDA. habría infringido los derechos patrimoniales de autor de los productores audiovisuales y cinematográficos asociados y representados por EGEDA Colombia, a través de la presunta comunicación pública de obras audiovisuales y cinematográficas mediante la retransmisión de emisiones, por medio del servicio de televisión por suscripción (o de señal cerrada), sin contar con la debida autorización para ello.

Si la figura del «must carry» exime a la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción, y que «retransmite» la señal o emisión de una empresa que brinda el servicio de televisión de señal abierta, de la obligación de obtener autorización del (o de pagar las regalías correspondientes al) titular de derechos patrimoniales (lo que incluye a la correspondiente sociedad de gestión colectiva) respecto de obras audiovisuales o cinematográficas contenidas en dicha señal o emisión.

2. Si DIRECTV COLOMBIA LTDA. sería considerada un organismo de radiodifusión.
3. Si EGEDA Colombia estaría facultada a cobrar las tarifas exigidas a DIRECTV COLOMBIA LTDA., y si estas se ajustan a las condiciones previstas en la normativa comunitaria andina.
4. Si procede la indemnización de daños y perjuicios por la infracción a los derechos patrimoniales de los productores asociados a EGEDA Colombia.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La autoridad consultante solicitó la interpretación prejudicial de los Artículos 13 (Literal b), 14, 15 (Literales e, i), 17, 21, 22, 39, 40 y 48 de la Decisión 351. De los cuales únicamente serán interpretados los Artículos 13 (Literal b), 15 (Literales e, i), 17, 21, 39 y 48 de la citada Decisión 351¹, por ser

¹ Decisión 351.-

«Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las



pertinentes. Por su parte, no se interpretarán los Artículos 14, 22 y 40 de la Decisión 351, por no ser pertinentes.

De oficio se interpretarán los Artículos 3 [las definiciones de «Retransmisión» y «Organismo de Radiodifusión»], 15 (Literales c, d y f), 34, 42, 49, 54 y 57 de la Decisión 351², por ser pertinentes.

palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
(...)»

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

(...)

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

(...)

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

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

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

«**Artículo 39.-** Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;
- b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y,
- c) La reproducción de una fijación de sus emisiones.»

«**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.»

2

Decisión 351.-

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

(...)

- **Retransmisión:** Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

(...)

- **Organismo de radiodifusión:** Empresa de radio o televisión que transmite programas al público.

(...)»

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

(...)

c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

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

d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;

(...);



D. SOLICITUD DE INFORME ORAL

1. Mediante escritos del 5 de febrero y 3 de septiembre de 2021, DIRECTV COLOMBIA LTDA. solicitó que se convoque a informe oral en aplicación de lo establecido en el Artículo 9 del «Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales»³.
2. Dicho asunto controvertido es el mismo del proceso interno que dio origen a la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020 de fecha del 14 de octubre de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4357 del 18 de octubre de 2021.
3. En el Proceso 139-IP-2020 se convocó a informe oral.
4. En efecto, por Auto de fecha 19 de mayo de 2021, el TJCA decidió convocar a informe oral a fin de que las partes del referido proceso interno, así como representantes de diferentes instituciones⁴ y un experto en derecho de

f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;
(...))»

«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.»

«Artículo 42.- En los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los Países Miembros podrán establecer límites a los derechos reconocidos en el presente Capítulo.»

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

«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;
- b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;
- c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;
- d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.»

³ Aprobado por Acuerdo 08/2017 del TJCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3146 del 29 de noviembre de 2017, modificado por Acuerdo 04/2018 del TJCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3284 del 14 de mayo de 2018, y el Acuerdo 03/2022 del TJCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4495 del 7 de julio de 2022.

⁴ La Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) de la República de Colombia; la Dirección de Derecho de Autor del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) del Estado Plurinacional



autor de cada una de las Asociaciones de Propiedad Intelectual de los Países Miembros^{5, 6}, de considerarlo pertinente, expusieran sus puntos de vista sobre los siguientes cuestionamientos o aspectos de carácter técnico y/o normativo:

«(...)

- a) Si la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción (o de señal cerrada o televisión de paga), al «retransmitir» la señal o emisión de una empresa que brinda el servicio de televisión de señal abierta, emisión que contiene obras audiovisuales, necesita o no la autorización del titular de los derechos patrimoniales sobre dichas obras.
- b) Si el asunto mencionado en el Literal a) precedente, varía o no jurídicamente, en función de que la «retransmisión» efectuada por la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción, de la señal o emisión de la empresa que brinda el servicio de televisión de señal abierta, opera por mandato de la legislación interna, denominese o no a dicho mandato «*must carry*».
- c) Si la figura del «*must carry*» exime a la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción, y que «retransmite» la señal o emisión de una empresa que brinda el servicio de televisión de señal abierta, de la obligación de obtener autorización del (o de pagar las regalías correspondientes al) titular de derechos patrimoniales (lo que incluye a la correspondiente sociedad de gestión colectiva) respecto de obras audiovisuales o cinematográficas contenidas en dicha señal o emisión.
- d) Si el asunto mencionado en el Literal c) precedente, varía o no jurídicamente, en función de que el titular de los derechos patrimoniales de las obras audiovisuales o cinematográficas, contenidas en la referida señal o emisión, es la misma empresa que brinda el servicio de televisión de señal abierta.

de Bolivia; la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) de la República del Ecuador; la Dirección de Derecho de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) de la República del Perú; el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); el Comité de Trabajo de Derecho de Autor de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIP); y el Comité de Derecho de Autor de la International Trademark Association (INTA).

5

De las siguientes asociaciones:

- Asociación Boliviana de Propiedad Intelectual (ABPI);
- Asociación Colombiana de Propiedad Intelectual (ACPI);
- Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA);
- Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI); y,
- Asociación Peruana de Propiedad Intelectual (APPI).

Asimismo, el TJCA dispuso poner en conocimiento de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia la realización del mencionado informe oral para que, si lo consideraba pertinente, asistiese a la diligencia mencionada.



- e) Sobre la importancia de diferenciar la «retransmisión» de una obra audiovisual (derecho de autor) de la «retransmisión» de la señal o emisión de un organismo de radiodifusión (derecho conexo).
 - f) En función de lo señalado en el Literal e) precedente, determinar el contenido y alcance del Literal a) del Artículo 39 de la Decisión 351, que establece que los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la «retransmisión» de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento.
- (...)»

5. El día 7 de julio de 2021 se llevó a cabo el informe oral en el Proceso 139-IP-2020.⁷
6. Durante el desarrollo del informe oral, todos los participantes que realizaron su intervención dentro del desarrollo del informe oral antes referido⁸ —con excepción de la empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción— expresaron de manera coincidente los mismos criterios jurídicos respecto de todos los aspectos de carácter técnico y/o normativo antes citados, respondiendo en sentido afirmativo al primer cuestionamiento y en sentido negativo al segundo, tercer y cuarto cuestionamientos. En relación con el quinto aspecto materia del informe oral, coincidieron en destacar la importancia y la necesidad de diferenciar la «retransmisión» de una obra audiovisual (derecho de autor) de la «retransmisión» de la señal o emisión de un organismo de radiodifusión (derecho conexo); y, por último, reafirmaron que los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la «retransmisión» de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento.

⁷ Con la asistencia y participación de:

- EGEDA Colombia (parte demandante en el proceso interno);
- TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.);
- Dirección Nacional de Derecho de Autor del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) de la República del Ecuador;
- Subdirección de la Dirección de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) de la República del Perú;
- Asociación Boliviana de Propiedad Intelectual (ABPI);
- Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA);
- Comité de Derecho de Autor de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI);
- Asociación Colombiana de Propiedad Intelectual (ACPI); y,
- Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI).

⁸ Que fueron los siguientes:

- EGEDA Colombia (parte demandante en el proceso interno).
- Dirección Nacional de Derecho de Autor del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) de la República del Ecuador;
- Asociación Boliviana de Propiedad Intelectual (ABPI);
- Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA);
- Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI); y,
- Comité de Derecho de Autor de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI).



7. En el párrafo 5 (página 6) de la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020, el Tribunal explicó que las respuestas de los mencionados participantes coinciden con la jurisprudencia uniforme y consistente que el TJCA ha trazado sobre la materia. Asimismo, que el acto de la retransmisión de obras audiovisuales constituye un nuevo acto de comunicación pública que necesariamente debe ser autorizado por el titular del derecho de autor o por quien actúe en su representación, y que esta situación no varía en función de la implementación del régimen u obligación legal denominado como *must carry*.
8. En consecuencia, con el propósito de absolver la consulta prejudicial formulada en dicha oportunidad, el Tribunal reiteró los criterios jurídicos interpretativos establecidos en su jurisprudencia uniforme y consistente⁹.
9. Como puede apreciarse, el tema controvertido no reviste a la fecha mayor complejidad, pues se cuenta con la información relevante y pertinente para absolver la solicitud de interpretación prejudicial, por lo que resulta innecesario repetir un informe oral sobre el mismo asunto.

E. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Comunicación o ejecución pública no autorizada mediante la retransmisión de una obra audiovisual inscrita en una sociedad de gestión colectiva. La diferencia entre la retransmisión de una obra audiovisual (derecho de autor) y la retransmisión de una señal (derecho conexo).
2. Organismos de radiodifusión como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos.
3. El derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de televisión por cualquier medio o procedimiento
4. Las limitaciones y excepciones a los derechos de los organismos de radiodifusión en virtud de lo señalado en la Decisión 351 y la Convención de Roma. Licencias o autorizaciones obligatorias.
5. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva.
6. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva.

⁹ Al respecto, ver las siguientes Interpretaciones Prejudiciales: 39-IP-1999 (*Leading case*) de fecha 1 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 522 del 11 de enero de 2000; 184-IP-2011 de fecha 4 de abril de 2012, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2063 del 15 de junio de 2012; 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; 225-IP-2015 de fecha 23 de junio de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2757 del 12 de julio de 2016; 177-IP-2018 de fecha 19 de noviembre de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3888 del 30 de enero de 2020; 570-IP-2018 de fecha 28 de febrero de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3949 del 7 de mayo de 2020; 122-IP-2020 de fecha 7 de octubre de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4086 del 8 de octubre de 2020; 30-IP-2020 de fecha 22 de abril de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4237 del 10 de mayo de 2021; 107-IP-2021, 112-IP-2021 y 138-IP-2021 de fechas 25 de agosto de 2021, publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4320 del 6 de septiembre de 2021.



7. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor.
8. Respuestas a las preguntas formuladas dentro del presente proceso.

F. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Comunicación o ejecución pública no autorizada mediante la retransmisión de una obra audiovisual inscrita en una sociedad de gestión colectiva. La diferencia entre la retransmisión de una obra audiovisual (derecho de autor) y la retransmisión de una señal (derecho conexo)

- 1.1. El Literal b) del Artículo 13 de la Decisión 351 reconoce al autor y, en su caso, a sus herederos, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, entre otros, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos y las imágenes, tal como se puede apreciar a continuación:

«Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...).»

- 1.2. Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Decisión 351.

- 1.3. Sobre la noción de comunicación pública, Delia Lipszyc sostiene lo siguiente:

«Se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.»

La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo...»¹⁰

(Subrayado agregado)

- 1.4. Existen dos elementos que deben presentarse para que se configure un acto de comunicación pública de una obra protegida por el derecho de autor, de

¹⁰ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, p. 183.



manera indebida: (i) el primero, el que un tercero, que no cuenta con la autorización del autor o titular de una obra, la ponga a disposición de una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar o permita que estas tengan acceso a ella; y, (ii) el segundo, que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas¹¹. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico¹².

- 1.5. El Artículo 15 de la Decisión 351 contempla un listado enunciativo de las formas de comunicación pública de una obra en general¹³, entre las que se establecen, de manera particular, diversas formas de comunicación pública de una obra audiovisual, lo que se puede observar en sus literales c), d), e), f) e i)¹⁴.
- 1.6. En efecto, de acuerdo con el Literal c) del mencionado Artículo 15, constituye comunicación pública de obras audiovisuales, la emisión de dichas obras por radiodifusión, lo que incluye a las emisiones sonoras, de televisión o de otro género que son recibidas por una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, a través de ondas electromagnéticas; o, por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. En ese sentido, resulta evidente que la expresión «cualquier otro medio» comprende también a la difusión de obras audiovisuales mediante el servicio de televisión por suscripción¹⁵.
- 1.7. En el mismo sentido, de conformidad con el Literal d) del Artículo 15 de la Decisión 351, se considera comunicación pública de obras audiovisuales la transmisión de estas obras por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono. Como se puede apreciar, constituye comunicación al público la transmisión de obras audiovisuales mediante

¹¹ Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Organizado por la OMPI conjuntamente con la Oficina Europea de Patentes (OEP) y la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). Documento preparado por Emilia Aragón. *Contenido del Derecho Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones*, p. 13.

Disponible en:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_23.pdf

(Consulta: 14 de septiembre de 2022)

¹² Ver Interpretación Prejudicial N° 33-IP-1999 de fecha 22 de marzo de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 565 del 12 de mayo de 2000.

¹³ Dichas modalidades han sido desarrolladas por este Tribunal mediante Interpretación Prejudicial 398-IP-2016 del 5 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3023 del 22 de mayo de 2017.

¹⁴ Norma citada en el pie de página 1.

¹⁵ Hugo R. Gómez Apac, *La comunicación pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión de señales de radiodifusión: las Interpretaciones Prejudiciales 122-IP-20 y 139-IP2020 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, en Boletín informativo del Instituto Interamericano de Derecho de Autor, IIDA, noviembre de 2021, pp. 5-24.



cualquier tipo de tecnología que permita la transmisión de información de un lugar a otro, incluidas aquellas tecnologías o procedimientos utilizados por las empresas de televisión por suscripción para brindar su servicio (cable coaxial, fibra óptica, uso del espectro radioeléctrico, señal satelital, entre otras), y con independencia de si el destinatario de la transmisión paga o no un abono por la recepción de esas obras¹⁶.

- 1.8. Del mismo modo y de acuerdo con el Literal e) del mencionado Artículo 15, constituye comunicación al público la retransmisión de una obra audiovisual, por cualquiera de los medios señalados en los párrafos precedentes, que comprenden a: (i) la emisión por radiodifusión, (ii) la difusión inalámbrica por cualquier medio; y, (iii) la transmisión de información por cualquier tipo de tecnología o procedimiento, siempre y cuando sea retransmitida por una entidad emisora distinta a la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.
- 1.9. Al respecto, el numeral 2° del primer párrafo del Artículo 11 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas reconoce el derecho que tienen los autores a prohibir la comunicación pública de sus obras literarias y artísticas a través de la retransmisión, tal como se observa a continuación:

«Artículo 11 bis

[Derechos de radiodifusión y derechos conexos : 1. Radiodifusión y otras comunicaciones sin hilo, comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra radiodifundida; 2. Licencias obligatorias; 3. Grabación; grabaciones efímeras]

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

(...)

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

(...)»

- 1.10. A su vez, la Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, al explicar el supuesto citado anteriormente, señala que:

«...el texto del Convenio se refiere a las utilizaciones posteriores de la emisión primitiva: el autor tiene derecho a autorizar la comunicación pública de la emisión, tanto alámbrica (sistema de transmisión por cable) como inalámbrica, pero a condición de que esta comunicación emane de un organismo distinto del de origen.»¹⁷

¹⁶ Ibidem, p. 10.

¹⁷ Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), p. 79.



- 1.11. En este mismo sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) define la retransmisión como «...la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión»¹⁸. Es decir, es la transmisión de la obra al público por un organismo de radiodifusión distinto al del origen¹⁹.
- 1.12. En el contexto de las normas citadas, es comunicación al público la retransmisión, por cualquier medio, de una obra audiovisual previamente radiodifundida o televisada, por una entidad emisora distinta a la de origen. «Así, tenemos una entidad emisora de origen (por ejemplo, una empresa de televisión de señal abierta), que emite las obras audiovisuales y una segunda entidad emisora (que sería, por ejemplo, la empresa de televisión por suscripción), que retransmite las obras audiovisuales»²⁰.
- 1.13. Por otra parte, de acuerdo con el Literal f) del Artículo 15 de la Decisión 351, también es comunicación pública de obras audiovisuales la emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión. Resulta evidente que la previsión normativa referida a «cualquier instrumento idóneo», es bastante amplia. De tal manera que existirá comunicación al público cuando una obra audiovisual, previamente difundida por televisión, es posteriormente emitida o transmitida por cualquier tecnología, mecanismo o procedimiento adecuado y apropiado para el efecto. «En consecuencia, si la empresa de televisión por suscripción emite o transmite una obra audiovisual previamente difundida por la televisión, está realizando una comunicación al público de dicha obra»²¹.
- 1.14. Por último, de conformidad con el Literal i) del Artículo 15 objeto de análisis, también se considera comunicación pública de obras audiovisuales, de manera general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes. Es decir, si una empresa de televisión por suscripción, utilizando cualquier

Disponible en:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf

(Consulta: 14 de septiembre de 2022)

- ¹⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), *Glosario de términos y expresiones sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, en Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI, Ginebra, 2003, p. 143.

Disponible en:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf

(Consulta: 14 de septiembre de 2022)

- ¹⁹ Ver Interpretación Prejudicial N° 39-IP-1999 de fecha 1 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 522 del 11 de enero de 2000.

- ²⁰ Hugo R. Gómez Apac, Op. Cit. p. 10.

- ²¹ *Ibidem*.



procedimiento conocido o por conocerse, difunde obras audiovisuales, es evidente que está realizando un acto de comunicación al público de dichas obras²².

1.15. Como corolario del análisis realizado hasta aquí, este Tribunal considera que, con independencia de los verbos de referencia que sean utilizados — emitir, difundir, transmitir o retransmitir—, los cuales están previstos en los Literales c), d), e), f) e i) del Artículo 15 de la Decisión 351, una empresa de televisión por suscripción efectúa una comunicación al público de obras audiovisuales cuando las emite, difunde, transmite o retransmite por cualquier medio, procedimiento o tecnología, conocido o por conocerse, lo que incluye, enunciativamente, el cable coaxial, la fibra óptica, el uso del espectro radioeléctrico o la señal satelital.

1.16. En relación con la retransmisión prevista en el Literal e) del Artículo 15 de la Decisión 351, es evidente que «...se protege la comunicación al público mediante retransmisión de las obras, pero no de las señales portadoras de programas...»²³. Es decir, se trata de un supuesto diferente al previsto en el Literal a) del Artículo 39 de la Decisión 351, el cual contempla el derecho (conexo) exclusivo de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de televisión por cualquier medio o procedimiento específico para la retransmisión de la señal emitida por un organismo de radiodifusión.

1.17. Sobre este aspecto, Gustavo J. Schötz realiza la siguiente diferenciación:

«Por su parte, el artículo 15 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, entiende que es comunicación al público ‘todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes: (...) e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada’. Como puede verse, se protege la comunicación al público mediante retransmisión de las obras, pero no de las señales portadoras de programas. Luego, en el art. 39, al mencionar los derechos exclusivos de los organismos de radiodifusión, protege ‘la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento’...»²⁴

1.18. De esta manera, resulta evidente que la retransmisión es una forma de

²² *Ibidem*.

²³ Gustavo J. Schötz, *El derecho conexo de los organismos de radiodifusión y la necesidad de un nuevo tratado internacional*, en Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual, Argentina, N° 10, diciembre 2017.
Disponibile en:
<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=ff81119d6d849a3a04b681a707a54339>
(Consulta: el 14 de septiembre de 2022).

²⁴ *Ibidem*.



comunicación pública de una obra audiovisual, y en consecuencia la titularidad sobre el derecho de autor (la obra audiovisual) y sobre el derecho conexo (la señal de un organismo de radiodifusión) puede recaer o no en la misma persona. Esa situación no impide que los autores o titulares del derecho de autor puedan exigir a los organismos de radiodifusión y a las empresas que brindan el servicio de televisión por suscripción (televisión por cable, satelital u otras modalidades de señal cerrada) que cuenten con la debida autorización para ejecutar la comunicación pública a través de la retransmisión de sus obras audiovisuales²⁵.

Así, en primer lugar, se requiere la autorización del titular del derecho de autor de una obra audiovisual para su emisión o transmisión por parte de un organismo de radiodifusión. Ahora bien, si dicho organismo de radiodifusión es, además, titular del derecho de autor de una obra audiovisual (v.g., una telenovela), es evidente que puede emitirla o transmitirla directamente a través de su señal. En ambos casos, si la obra audiovisual, previamente radiodifundida, va a ser objeto de retransmisión por parte de un organismo de radiodifusión distinto al que efectuó la emisión o transmisión original, estamos frente a un nuevo acto de comunicación pública y, naturalmente, para que este pueda hacerse efectivo de forma lícita, es necesaria la autorización del titular del derecho de autor de la obra audiovisual, que puede ser el propio autor, una sociedad de gestión colectiva o un organismo de radiodifusión, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

²⁵ En este mismo sentido, Gustavo J. Schötz explica que «[un]efecto inmediato de la protección actualizada de los organismos de radiodifusión es la extensión indirecta a los titulares de los contenidos emitidos, como los titulares de derecho de autor y otros derechos conexos, patrocinantes de los eventos deportivos o de otro tipo...».

Por su parte Wilson Rafael Ríos Ruíz, agrega que:

«El autor o titular de derechos de autor, por ejemplo el productor de una obra audiovisual, esta [sic] facultado para autorizar o prohibir el uso del derecho de comunicación pública de sus obras, los que se expresan en medio técnicos que permiten la captación visual o auditiva de la misma, a través de medios físicos o inalámbricos, manifestándose así prerrogativas tales como derecho de emisión, el de transmisión y el de retransmisión; todo lo cual estará establecido en la respectiva licencia de uso, donde se podrá limitar el territorio, la duración, el idioma, etc.».

(Subrayado agregado)

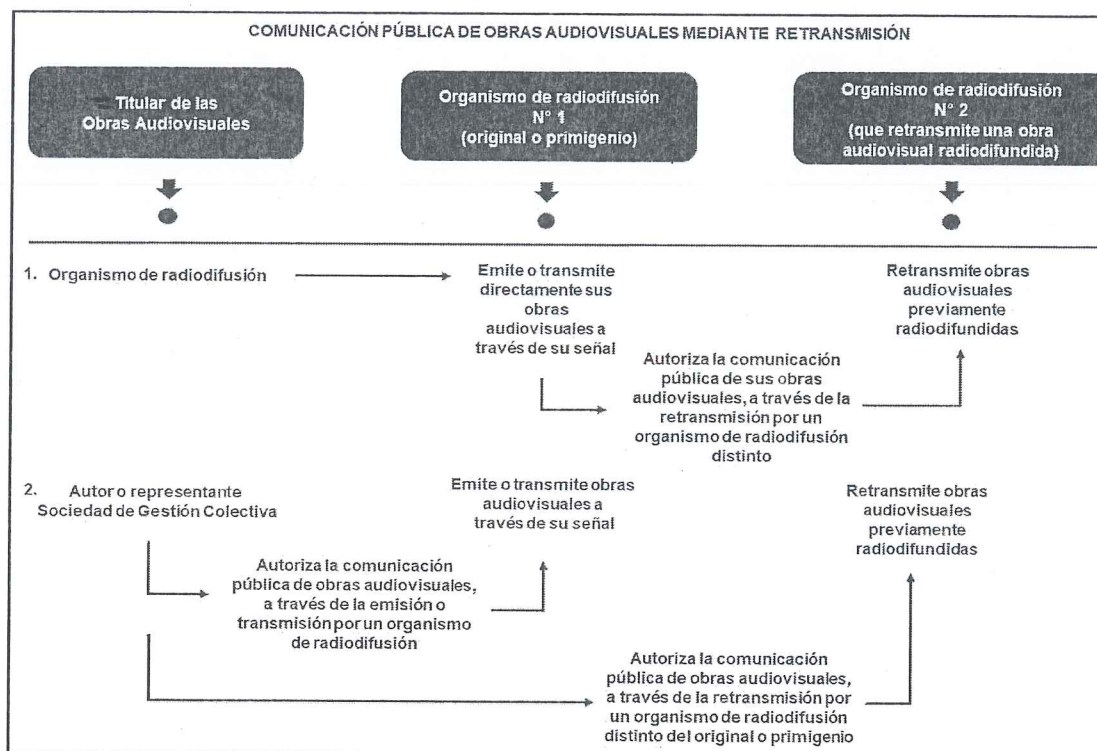
Wilson Rafael Ríos Ruiz, *Derechos de autor y derechos conexos en la televisión por satélite y televisión por cable*, en Revista La Propiedad Inmaterial, Departamento de la Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, N° 6/2003.

Disponible en:

<https://revistas.externado.edu.co/index.php/propin/article/view/1155>
(Consulta: el 14 de septiembre de 2022).



Gráfico N° 01



Fuente: elaboración propia.

De conformidad con lo señalado en el párrafo 5 (página 6) de la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020, lo expuesto en el gráfico precedente no varía en función de la implementación del régimen u obligación legal denominado como *must carry*.

- 1.19. Por otra parte, los organismos de radiodifusión, al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas, son titulares de derechos conexos, los cuales se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada.
- 1.20. El derecho reconocido a los organismos de radiodifusión es de contenido patrimonial, por cuanto se sustenta en el esfuerzo e inversión realizada por estos organismos para difundir sus **emisiones** al público.
- 1.21. Los organismos de radiodifusión son titulares de derechos conexos y en este sentido, el Artículo 39 de la Decisión 351²⁶ les confiere, entre otros, el

²⁶ Decisión 351.

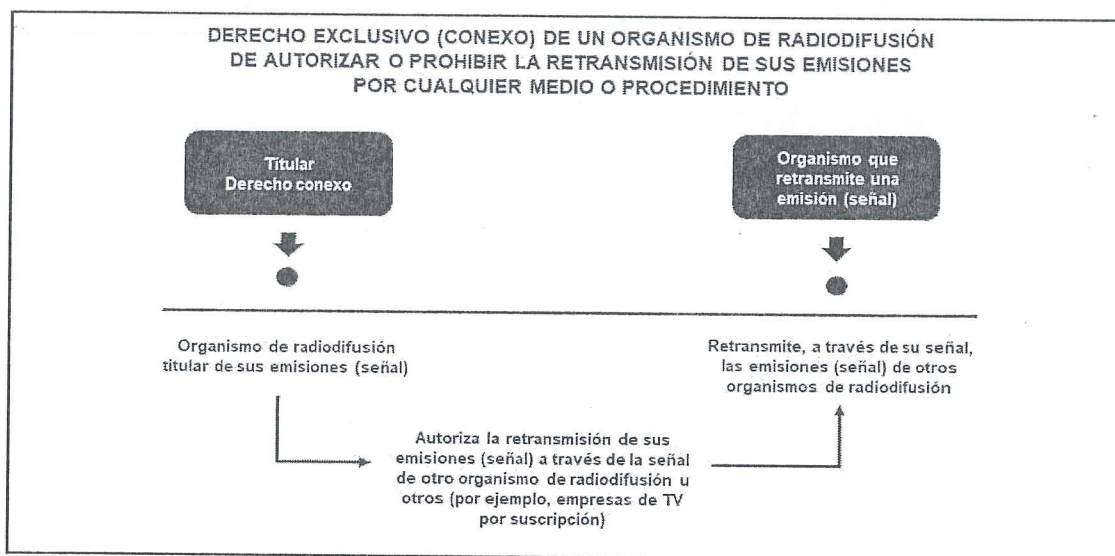
«Artículo 39.- Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;
- b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y,



derecho exclusivo para autorizar o prohibir la retransmisión²⁷ de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 02



Fuente: elaboración propia.

1.22. En relación con los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, corresponde destacar lo establecido en el Artículo 33 de la Decisión 351:

«Artículo 33.- La protección prevista para los Derechos Conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en este Capítulo podrá interpretarse de manera tal que menoscabe dicha protección. En caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor».

(Énfasis agregado)

1.23. Como se puede apreciar, el ejercicio de los derechos conexos de un organismo de radiodifusión —v.g., la facultad de autorizar o prohibir la retransmisión de su señal—, de ninguna manera puede ser interpretado como una limitación o menoscabo de los derechos de autor que eventualmente pueda ostentar como titular de una obra audiovisual, previamente radiodifundida, la cual podría ser objeto de retransmisión por un organismo distinto, en cuyo caso será necesario contar con su

c) La reproducción de una fijación de sus emisiones».

27

El Artículo 3 de la Convención de Roma define a la retransmisión de la siguiente manera: «la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión».

El Artículo 3 de la Decisión 351 define la retransmisión como la «Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo».



respectiva autorización. Lo anterior en virtud del denominado «principio de la 'independencia de los derechos', por el cual cada modalidad de explotación es independiente de las demás y cada una de ellas requiere del preceptivo consentimiento de los titulares de derechos y del pago de la remuneración correspondiente...»²⁸.

- 1.24. En consecuencia, el organismo de radiodifusión A (v.g., una empresa de televisión de señal abierta) tiene el derecho exclusivo (derecho conexo) de autorizar la retransmisión de su señal²⁹ al organismo de radiodifusión B (v.g., una empresa de televisión por suscripción o de señal cerrada). Adicionalmente, si el organismo de radiodifusión A es titular de derechos de autor de una obra audiovisual (v.g., una telenovela), es necesario que el organismo de radiodifusión B cuente también con su autorización expresa para efectuar un nuevo acto de comunicación pública, a través de la retransmisión de dicha obra audiovisual.
- 1.25. De allí la importancia de diferenciar la retransmisión de una obra audiovisual (derecho de autor) de la retransmisión de la señal de un organismo de radiodifusión (derecho conexo). La retransmisión de una obra audiovisual califica como una nueva comunicación pública. La retransmisión de una señal, si bien no es una comunicación pública, sí se encuentra protegida por el Literal a) del Artículo 39 de la Decisión 351. Por tanto, una empresa que presta el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) tiene que obtener tanto una autorización del titular de la obra audiovisual que retransmite, como una autorización del organismo de radiodifusión titular de la señal que retransmite, en ambos casos, a través de su servicio. Ahora bien, si el organismo de radiodifusión es titular, además, de obras audiovisuales, la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción necesita dos autorizaciones de ese organismo de radiodifusión: una, por retransmitir la obra audiovisual (derecho de autor) de titularidad del organismo de radiodifusión; y la otra, por retransmitir la señal (derecho conexo) del referido organismo de radiodifusión.
- 1.26. En atención a lo expuesto, cuando las empresas que brindan el servicio de televisión por suscripción (o televisión de señal cerrada) retransmiten contenidos protegidos por el derecho de autor, existe una transmisión o grabación previa de la emisión original. Es decir, dichas empresas no

²⁸ Ricardo Antequera Parilli, Comentarios sobre Comunicación pública. Transmisión. Retransmisión. Independencia de los derechos. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013.

Disponible en:

<https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2419.pdf>
(Consulta: el 14 de septiembre de 2022)

²⁹ La emisión o señal puede ser entendida como un vehículo, a través del cual, se transmiten o retransmiten contenidos o programas que pueden incluir obras audiovisuales protegidas por el derecho de autor.



forman parte del organismo de radiodifusión que realizó originalmente la emisión o transmisión de la obra audiovisual, ni tienen relación directa con los organismos de radiodifusión de los programas que retransmiten.³⁰

1.27. De esta manera, existirá comunicación pública de una obra audiovisual mediante retransmisión siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

- a) Que la retransmisión se realice por cualquiera de las formas de comunicación pública enunciadas en los Literales a), b), c) y d) del Artículo 15 de la Decisión 351.
- b) Que la retransmisión de la obra radiodifundida, por cualquiera de las formas citadas anteriormente, sea realizada por un organismo de radiodifusión (v.g., una empresa de televisión por suscripción o de señal cerrada) distinto al del origen.
- c) Que el contenido retransmitido por un organismo de radiodifusión se trate de una obra protegida por el derecho de autor.

1.28. La participación de los autores en los beneficios económicos de la radiodifusión se justifica en el principio de equidad. Ellos tienen derecho a una justa retribución por la difusión de su obra. La remuneración que debe percibir el autor debe ser proporcional a los ingresos que se obtengan por la explotación de la obra.³¹

1.29. En el supuesto de que una persona natural o jurídica haga uso de señales de televisión para comunicar públicamente el contenido de obras audiovisuales, se evidencia un uso de los derechos que se ha reconocido a los distintos titulares y, a su vez, si el titular de esas obras protegidas ha inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para su protección y tutela, quien use o reproduzca la obra deberá necesariamente acudir a la entidad que custodia los derechos para solicitar la autorización para usar los derechos que ellas gestionan y pagar el precio que ellas fijen mediante las tarifas correspondientes.

1.30. Para que opere la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forma parte del repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva deben darse las siguientes condiciones:

- a) Se debe considerar la existencia de derecho de autor, en concreto de

³⁰ Catalina Saffon y Corinne Chantrier, *Gestión colectiva de obras audiovisuales: Hacer frente a los desafíos, ayer y hoy*, en Revista de la OMPI, Ginebra, N° 5/2009.

Disponible en:

https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/05/article_0007.html
(Consulta: el 14 de septiembre de 2022).

³¹ *Ibidem*.



obras audiovisuales reconocidas a favor de sus titulares.

- b) Que sus titulares hayan inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos.
- c) Que se haya efectuado la comunicación pública de las obras audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa.

2. Organismos de radiodifusión como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos

- 2.1. El Artículo 3 de la Decisión 351 define al organismo de radiodifusión como la «Empresa de radio o televisión que transmite programas al público».
- 2.2. Los organismos de radiodifusión, al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas, son titulares de derechos conexos, los cuales se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización, o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada.
- 2.3. Si bien los derechos conexos no son propiamente creaciones artísticas, literarias, científicas, sí contienen suficiente creatividad, dimensión técnica y disposición como para alcanzar la concesión de un derecho de propiedad intelectual.
- 2.4. La protección de los derechos conexos como los conferidos a los organismos de radiodifusión están contemplados en la Decisión 351. El Artículo 42 de dicha Decisión remite a la Convención de Roma Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (en adelante, la **Convención de Roma**), lo referido a los límites a los derechos conexos antes mencionados.
- 2.5. El derecho reconocido a los organismos de radiodifusión es de contenido patrimonial, por cuanto se sustenta en el esfuerzo e inversión realizada por estos organismos para difundir sus emisiones al público.
- 2.6. Los organismos de radiodifusión son titulares de derechos conexos y en este sentido, el Artículo 39 de la Decisión 351 les confiere los siguientes derechos exclusivos para autorizar o prohibir:
 - a) La retransmisión³² de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;

³² El Artículo 3 de la Convención de Roma define a la retransmisión de la siguiente manera: «la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión».

El Artículo 3 de la Decisión 351 define la retransmisión como la «Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por la difusión inalámbrica, de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo».



- b) La fijación de sus emisiones sobre una base material;
- c) La reproducción de una fijación de sus emisiones.

2.7. Por su parte, la Convención de Roma, en su Artículo 13, les confiere los siguientes derechos (de autorizar o prohibir):

- a) La retransmisión de sus emisiones;
- b) La fijación sobre una base material de sus emisiones;
- c) La reproducción de: (i) las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento; y, (ii) las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el Artículo 15 de la Convención de Roma, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo;
- d) La comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando estas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada.

2.8. Dentro del siguiente tema se analizará con mayor profundidad lo relacionado con el derecho exclusivo a la retransmisión de las emisiones de televisión de los organismos de radiodifusión.

3. El derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de televisión por cualquier medio o procedimiento

3.1. Los organismos de radiodifusión, que emiten las señales de radio y televisión, gozan de un derecho exclusivo sobre sus emisiones, contando así con la facultad de autorizar o prohibir la retransmisión de las referidas emisiones o difusiones.

3.2. La **retransmisión** no autorizada de señales implica, por cierto, la **redistribución** de emisiones sin el consentimiento expreso o el conocimiento del titular de los derechos.

3.3. El derecho exclusivo existe en la medida que los referidos organismos son titulares de derechos conexos respecto de sus propias emisiones. Esta titularidad justifica el que los organismos de radiodifusión tengan el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, lo que a su vez significa que pueden autorizar la retransmisión de sus señales de modo gratuito o a cambio de un pago o remuneración.

3.4. Una facultad intrínseca a dicha titularidad, y al mencionado derecho exclusivo, es que el organismo de radiodifusión tiene la potestad de decidir si la totalidad de su señal, o solo determinados contenidos de su señal, pueden ser retransmitidos por otros operadores, a título gratuito u oneroso. Según las particularidades de cada caso, los referidos organismos podrían acordar con otros operadores que toda su señal sea retransmitida de



manera libre o a cambio de una contraprestación, o que solo ciertos contenidos sean retransmitidos a cambio de recibir la remuneración correspondiente.

- 3.5. El tema de los otros operadores nos lleva a diferenciar a las empresas de televisión de señal abierta, que son los organismos de radiodifusión a que se refiere el Artículo 39 de la Decisión 351, de las empresas de televisión por suscripción (llamada también televisión por cable o televisión de señal cerrada), que son los otros operadores mencionados en el párrafo anterior.
- 3.6. La señal de una empresa de televisión de señal abierta es libre en el sentido de que puede ser captada por cualquier persona (para su uso personal) que tenga un televisor en el área de influencia de dicha empresa. Esta área de influencia es el ámbito geográfico de alcance de la mencionada señal. En cambio, la señal de una empresa de televisión por suscripción (señal cerrada) solo puede ser captada —lícitamente— por los suscriptores, que son las personas que han celebrado un contrato con la referida empresa y pagan una contraprestación.
- 3.7. Relacionado con lo que se viene explicando, en la Interpretación Prejudicial 225-IP-2015 se mencionó lo siguiente:

«2.4 En cualquier caso, es importante precisar que el Artículo 39 literal a) de la Decisión 351, al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, se entiende que los organismos de radiodifusión de señal abierta puedan impedir que un organismo de radiodifusión de señal cerrada retransmita sus emisiones¹⁴...»

«¹⁴ Véase, en ese sentido, PALLETE FOSSA, Arturo. "¿Deben las empresas de radiodifusión por cable retransmitir obligatoriamente a los canales de televisión abierta?". En: "Derecho de las Telecomunicaciones", Círculo de Derecho Administrativo, 2008, pp. 242-253, especialmente pp. 246 y 249.»

- 3.8. En el texto antes citado, este Tribunal mencionó que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 39 literal a) de la Decisión 351, al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, las empresas de televisión de señal abierta tienen el derecho de impedir que una empresa de televisión por suscripción (televisión de señal cerrada o cable) retransmita su señal o sus emisiones. Resulta pertinente explicar en esta oportunidad que ese derecho de impedir, visto desde una perspectiva negativa, implica desde una perspectiva positiva el derecho de autorizar la retransmisión, lo que a su vez puede ocurrir de modo gratuito u oneroso. En este sentido, y en ejercicio de sus libertades de empresa y contractual, la empresa de televisión de señal abierta decidirá si la retransmisión es total (toda la señal) o parcial (determinados contenidos de la señal), y en cualquier caso si es gratuita u onerosa.



3.9. En la nota a pie número 14 de la Interpretación Prejudicial 225-IP-2015 se cita un artículo académico³³ que tiene como reflexiones finales las siguientes:

- a) La relación entre una empresa de televisión de señal abierta y una empresa de televisión por suscripción (servicio de cable) puede ser de libertad contractual o de regulación.
- b) En un escenario de libertad contractual existe tanto la libertad de celebrar contratos como la libertad de negarse a celebrarlos. En este escenario serán las empresas de televisión por suscripción las interesadas en contar en su parrilla con los canales de televisión de señal abierta que tengan un contenido apreciado por sus usuarios y, a su vez, los referidos canales se preocuparán en tener una mejor programación para ser atractivos no solo para su teleaudiencia, sino también para (los suscriptores de) las empresas de televisión por suscripción.
- c) En un escenario de regulación en el que por disposición estatal la señal del canal de televisión abierta deba ser incorporada a la parrilla de una empresa de televisión por suscripción (cable), la empresa de televisión de señal abierta debe recibir una contraprestación por su programación. Esta contraprestación, en principio, debe ser pactada libremente entre la empresa de señal abierta y la empresa de señal cerrada (cable).

3.10. Lo anterior pone de relieve los posibles escenarios que existen al ejercer el derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones consagrado en el Artículo 39 de la Decisión 351, o por el contrario cuando existe un mandato legal que limita dicho derecho, tema que se tratará más adelante en la presente Interpretación Prejudicial.

4. Las limitaciones y excepciones a los derechos de los organismos de radiodifusión en virtud de lo señalado en la Decisión 351 y la Convención de Roma. Licencias o autorizaciones obligatorias

4.1. La Decisión 351 regula lo pertinente a la protección de sujetos de derechos distintos al autor, los cuales son titulares de derechos conexos. Como se anunció en la presente Interpretación Prejudicial, los derechos conexos tienen una naturaleza distinta al derecho de autor. En tal sentido, es importante reafirmar que los sujetos de este tipo de derechos son los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

³³ Véase, en ese sentido, Arturo Pallete Fossa, *¿Deben las empresas de radiodifusión por cable retransmitir obligatoriamente a los canales de televisión abierta?*, en *Derecho de las Telecomunicaciones*, Círculo de Derecho Administrativo, 2008, pp. 242-253, especialmente pp. 246 y 249.



- 4.2. Cada uno de estos sujetos de derecho, según la normativa comunitaria, tienen derechos patrimoniales y en particular los artistas intérpretes o ejecutantes poseen derechos morales, establecidos en el Artículo 35 de la Decisión 351.
- 4.3. El Capítulo X de la Decisión 351 regula la protección de los Derechos Conexos, dentro del cual se encuentra el Artículo 42, el cual establece que:

«Artículo 42.- En los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los Países Miembros **podrán establecer límites a los derechos reconocidos en el presente Capítulo.**»

(Énfasis agregado)

- 4.4. Teniendo en cuenta lo anterior, a diferencia del régimen de derecho de autor, la norma andina no establece una lista de limitaciones y excepciones a los derechos conexos, haciendo una remisión expresa a lo regulado en la Convención de Roma.
- 4.5. La Convención de Roma faculta a los Estados suscriptores a establecer un régimen de excepciones y limitaciones de carácter general aplicable a las tres categorías de beneficiarios de la referida convención, señalando en el Artículo 15 lo siguiente:

«Artículo 15:

[Excepciones autorizadas: 1. Limitaciones a la protección; 2. Paralelismo con el derecho de autor]

1. Cada uno de los Estados Contratantes podrá establecer en su legislación excepciones a la protección concedida por la presente Convención en los casos siguientes:
 - a) cuando se trate de una utilización para uso privado;
 - b) cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad;
 - c) cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones;
 - d) cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 de este Artículo, todo Estado Contratante podrá establecer en su legislación nacional y respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Sin embargo, no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida



en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención.»

- 4.6. Según lo establecido en la Convención de Roma, cada Estado contratante **podrá** establecer un régimen de limitaciones y excepciones, en su legislación interna, en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de una utilización de uso privado

La Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas³⁴, explica que esta limitación en principio puede tratarse de una utilización individual de la obra, que implica la ausencia de fines de lucro. Dependiendo de cada una de las categorías de beneficiarios, las formas de uso privado pueden variar.

b) Utilización de fragmentos breves cuando se dan informaciones sobre acontecimientos de actualidad

Haciendo una analogía con lo regulado en el Convenio de Berna, en el Numeral 1 del Artículo 10bis³⁵, se puede establecer que el fin de la presente excepción es satisfacer las necesidades informativas, no poniendo restricción alguna a los reportes de actualidad. En este sentido, será válida la reproducción o transmisión al público de artículos de actualidad cuyo contenido sea de carácter político, económico o religioso, publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, siempre y cuando no se haya efectuado reserva alguna. A su vez, la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección

³⁴ OMPI – Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas*, Ginebra, 1982, p. 78.

Disponible en:

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/617/wipo_pub_617.pdf

(Consulta: 14 de septiembre de 2022).

³⁵ Convenio de Berna para protección de obras literarias y artísticas.

«Artículo 10bis

Otras posibilidades de libre utilización de obras:

1. De algunos artículos y obras radiodifundidas; 2. De obras vistas u oídas en el curso de acontecimientos de actualidad

1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección.»



- c) **Cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones**

La Decisión 351, en su Artículo 3, define a la grabación efímera de la siguiente manera:

«Fijación sonora auditiva o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un periodo transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión.»

La Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas, acoge la definición reseñada en la Decisión 351, al establecer que la fijación efímera, es la que se realiza directamente por los organismos de radiodifusión, con sus propios medios para sus propias emisiones, sin intervención de una empresa exterior y cuya finalidad es eminentemente técnica.

Por su parte, la OMPI³⁶ establece que la grabación efímera, hace referencia a una fijación de corta duración, fugaz, pasajera, lo cual, en el entendido del apartado citado, alude a la libertad de llevar a cabo una fijación, para una repetición de la emisión del propio órgano de radiodifusión, en un plazo relativamente breve.

- d) **Cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica**

Esta excepción nace de la necesidad de lograr un equilibrio entre el interés público representado en el derecho de educación y acceso a la cultura, en contraposición a la protección de los derechos conexos y de autor; sin embargo, según lo enunciado por la OMPI y Tratados Internacionales como el Convenio de Berna, es necesario que dicha utilización se realice en la medida justificada por el fin perseguido.³⁷

Lo anterior quiere decir que la utilización que se realice debe estar destinada exclusivamente a la enseñanza, descartando de esta manera cualquier actividad de entretenimiento que tenga lugar en

³⁶ OMPI – Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, p. 84.
Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf
(Consulta: 14 de septiembre de 2022).

³⁷ Guía Estudio Sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe, p. 50.
Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130303
(Consulta: 14 de septiembre de 2022).



instituciones educativas, respetando en todo momento el derecho de cita o de paternidad de las obras.

«Mihály Ficsor²⁴ [señala] que la expresión “utilizar (...) a título de ilustración de la enseñanza” se extiende tanto a partes de obras como a las obras enteras, siempre que no vaya más allá del concepto de ilustración para la enseñanza. A su vez, las obras completas se entiende que son obras de corta extensión (por ejemplo, obras gráficas o fotográficas individuales) pues el uso libre de obras más voluminosas puede no corresponder al concepto de simple ilustración.»

«²⁴ FICSOR, Mihály. “Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital”. CERLALC, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá, 2007. Pág. 27.»³⁸

- 4.7. El Artículo 15 la Convención de Roma señala en su párrafo segundo lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 de este Artículo, todo Estado Contratante podrá establecer en su legislación nacional y respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. (...)»

El párrafo reseñado hace alusión a la posibilidad que tiene el Estado contratante de establecer en su legislación nacional limitaciones diferentes a las consagradas en el párrafo primero del Artículo 15 de la Convención de Roma, siempre y cuando las limitaciones sean de la misma naturaleza a las establecidas en la legislación nacional, respecto de la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas.

Licencias o autorizaciones obligatorias

- 4.8. Al igual que en los derechos de autor, la Convención de Roma contempla la figura de las licencias obligatorias en el segundo párrafo del Artículo 15, el cual señala que:

«...Sin embargo, no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención.»

- 4.9. Conforme al párrafo citado se faculta a los Estados la posibilidad de incluir un límite más a los derechos conexos, consistente en la implementación de un posible régimen de licencias obligatorias.

- 4.10. Una interpretación sistemática del Artículo 42 de la Decisión 351 con el Numeral 2 del Artículo 15 de la Convención de Roma permite inferir que

³⁸ Ibidem.



una de las limitaciones a los derechos conexos son las licencias o autorizaciones obligatorias establecidas por los Estados, las cuales tienen que ser compatibles con las disposiciones del referido convenio internacional.

- 4.11. Como lo explica Sam Ricketson en un estudio preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, la única restricción a la adopción de limitaciones y excepciones, para los derechos protegidos en virtud de la Convención de Roma es que solo podrán imponerse licencias obligatorias en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la misma convención³⁹.
- 4.12. En conclusión, cualquier autorización obligatoria o licencia obligatoria o legal establecida por un Estado, que limite un derecho conexo, debe respetar las disposiciones contenidas en los tratados internacionales que regulan las limitaciones a los derechos conexos.
- 4.13. Una vez aclarada la posibilidad que tienen los Estados de incluir un régimen de licencias obligatorias en su ordenamiento nacional, resulta pertinente explicar lo referido a la definición y alcance de las licencias obligatorias o legales⁴⁰ debido a la alusión que se hizo de dichas licencias en Interpretación Prejudicial 225-IP-2015, tal como se aprecia a continuación:

«2.4. En cualquier caso, es importante precisar que el Artículo 39 literal a) de la Decisión 351, al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por

³⁹ Sam Ricketson, *Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones Relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el Entorno Digital*, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, Documento SCCR/9/7, Ginebra, 5 de abril de 2003, p. 48.

⁴⁰ Las limitaciones a los derechos conexos se encuentran reguladas en el Artículo 42 de la Decisión 351, norma que establece que en los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los países miembros podrán establecer límites a los derechos conexos reconocidos en el Capítulo X de la Decisión 351.

Con relación a lo anterior, el Numeral 2 del Artículo 15 de la Convención de Roma establece que los Estados podrán establecer en su legislación nacional y respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Sin embargo, no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 42 de la Decisión 351 y en el Numeral 2 del Artículo 15 de la Convención de Roma, una de las limitaciones a los derechos conexos son las licencias o autorizaciones obligatorias establecidas por los Estados, las cuales tienen que ser compatibles con las disposiciones del referido convenio internacional.

A lo anterior hay que agregar que en ningún caso las licencias legales u obligatorias previstas en las legislaciones internas de los países miembros podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor, tal como lo establece el Artículo 32 de la Decisión 351.



cualquier medio o procedimiento, se entiende que los organismos de radiodifusión de señal abierta puedan impedir que un organismo de radiodifusión de señal cerrada retransmita sus emisiones¹⁴, salvo en los casos de licencias obligatorias o legales que deben estar reguladas por la normativa nacional, tal y como lo prevé el Artículo 32 de la Decisión 351.»

(Énfasis agregado)

- 4.14. La primera parte del párrafo citado (sin el resaltado) se refiere al escenario de libertad contractual⁴¹ (referido al derecho exclusivo a favor de los organismos de radiodifusión, consistente en autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento), según el cual las empresas de televisión de señal abierta se ponen de acuerdo con las empresas de televisión por suscripción si la totalidad o una parte de la señal de las primeras se incorpora a la parrilla de las segundas, ya sea a título gratuito u oneroso (el pago de una contraprestación).

La segunda parte del párrafo citado (con el resaltado) se refiere al escenario de regulación⁴², el cual puede expresarse a través de las licencias obligatorias o legales.

- 4.15. Las licencias obligatorias y legales son modalidades de «licencias no voluntarias». Ricardo Antequera entiende como «licencias no voluntarias» (que pueden ser tanto obligatorias como legales) las que, por vía de excepción, establecen algunas legislaciones con relación a determinadas utilidades que en principio forman parte del derecho exclusivo del autor⁴³ de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa⁴⁴. En el mismo sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI señala que a través de las licencias no voluntarias se permite la utilización de una obra sin la autorización de un titular de derechos, pero requieren que se pague una compensación por la utilización⁴⁵. En efecto, las licencias no

⁴¹ Descrito en el literal b) del párrafo 4.9 la sección E de la presente Interpretación Prejudicial.

⁴² Descrito en el literal c) del párrafo 4.9 la sección E de la presente Interpretación Prejudicial.

⁴³ El caso de los derechos conexos se refiere al derecho exclusivo en cabeza de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

⁴⁴ Ricardo Antequera Parilli, *Los límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor*, en AA. VV. (Carlos Rogel Vide, Director), *Los Límites del Derecho de Autor*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2006, pp. 12-13.

⁴⁵ Oficina Internacional de la OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Nociones Básicas sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, p. 10.

En: http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/activities/pdf/basic_notions.pdf

(Consulta: 14 de septiembre de 2022)



voluntarias exigen compensación al titular de los derechos por la explotación no autorizada.⁴⁶

4.16. Según Ricardo Antequera Parilli y Ricardo Enrique Antequera^{47, 48}, las licencias no voluntarias (tanto las legales como las obligatorias) deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Otorgan al licenciatario un derecho no exclusivo, conforme a las condiciones permitidas y especificadas en la licencia.
- b) Son intransferibles.
- c) Deben respetar el derecho moral⁴⁹ (paternidad e integridad).
- d) Se debe asegurar al autor una **remuneración equitativa**, fijándose una tarifa, la misma que puede ser determinada por la entidad de sociedad de gestión colectiva o bien instituyendo a una instancia judicial o arbitral, en caso las partes no lleguen a un acuerdo.
- e) Sus efectos se limitan al país que las ha establecido.

4.17. En general no solo la OMPI sino diversa doctrina jurídica consultada coincide en que respecto de las licencias obligatorias y legales se debe asegurar una remuneración equitativa a favor del titular del derecho. Así, por ejemplo, Alfredo Vega Jaramillo sostiene que:

«Otra limitación al derecho de autor está constituida por las licencias legales y las licencias obligatorias. Estas son autorizaciones de uso que limitan al titular el ejercicio pleno del derecho patrimonial de autor.

En las licencias legales, se autoriza por la ley la utilización de una obra protegida por el derecho de autor, previo el cumplimiento de unas condiciones que establece la ley y mediante el pago de una remuneración al titular.

En las licencias obligatorias, que son formas especiales de permiso que se conceden obligatoriamente, la autorización está sujeta a una previa solicitud y al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. La licencia obligatoria es intransferible y no exclusiva; para determinadas modalidades

⁴⁶ Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, segunda edición, 2016, p. 15.
En: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf
(Consulta: 14 de septiembre de 2022).

⁴⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y ANTEQUERA, Ricardo Enrique. *Las Licencias Obligatorias como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual*, pp. 18-21.
En: http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-las_licencias_obligatorias.pdf
(Consulta: 14 de septiembre de 2022).

⁴⁸ Que citan a su vez a: Delia Lipszyc, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ed. UNESCO / CERLALC / Zavallia, Buenos Aires, 1993, pp. 240-241.

⁴⁹ Sobre el particular, resulta pertinente agregar que en el caso de los derechos conexos se identifican derechos morales en cabeza de artistas, intérpretes o ejecutantes (Artículo 35 de la Decisión 351).



de explotación, y se concede previo el pago de una remuneración equitativa al titular del derecho.»⁵⁰

(Énfasis agregado)

- 4.18. En consecuencia, a modo de ejemplo, en el escenario de regulación, si mediante una licencia no voluntaria (obligatoria o legal) se ha establecido que la señal de la empresa de televisión abierta (organismo de radiodifusión) debe incorporarse a la parrilla de una empresa de televisión por suscripción (televisión por cable o de señal cerrada), la primera debe recibir de la segunda una remuneración equitativa la que, en principio, debe ser fruto de un acuerdo entre ambas.
- 4.19. Hay que señalar que el acto legislativo o administrativo que sustenta la licencia no voluntaria debe mencionar de modo expreso que se está ante la presencia de una licencia legal o de una licencia obligatoria, así como indicar el mecanismo a ser utilizado para la determinación de la remuneración equitativa que deberá pagar el explotador de la obra al titular de los derechos que, de preferencia, debería ser por acuerdo entre las partes.
- 4.20. En conclusión, la retransmisión de las emisiones de un organismo de radiodifusión podría operar en virtud de: i) una autorización; ii) en el ejercicio de una limitación o excepción a un derecho conexo; iii) por mandato de una licencia no voluntaria, caso en el cual se tendrá que verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Interpretación Prejudicial⁵¹.

5. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

- 5.1. La legitimidad para obrar activa es la facultad con la que cuenta una persona natural o jurídica para activar válidamente un procedimiento administrativo (como peticionante) o un proceso judicial (como demandante).
- 5.2. El Artículo 49 de la Decisión 351 establece lo siguiente:

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

⁵⁰ Alfredo Vega Jaramillo, *Manual de Derecho de Autor*, Dirección Nacional de Derecho de Autor - Unidad Administrativa Especial del Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, Bogotá, 2010, p. 48.

⁵¹ Especialmente lo referido a la mención expresa de que se está ante una licencia legal u obligatoria y la indicación de la forma de determinación de la remuneración equitativa a favor del titular de los derechos.



5.3. La norma antes citada confiere a las sociedades de gestión colectiva la legitimidad para obrar activa bajo dos supuestos⁵²:

- a) Bajo los términos de sus propios estatutos.
- b) Bajo los contratos que celebren con entidades extranjeras, para el ejercicio de los derechos encomendados a ellas para su administración, y para hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y procesos judiciales.

5.4. Toda sociedad de gestión colectiva debe tener estatutos debidamente aprobados por la autoridad competente y celebrar contratos con las personas a las que representa, en los cuales se le autorice para que, en nombre de ellas, pueda iniciar las acciones necesarias en defensa de sus derechos, sea en la vía administrativa o la judicial.⁵³

5.5. Por otro lado, en relación con la legitimidad procesal de una sociedad de gestión colectiva, mediante Interpretación Prejudicial 165-IP-2015, este Tribunal ha manifestado lo siguiente:

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

[artículo 49]

...la citada norma andina establece una presunción relativa, iuris tantum, de representación o legitimación procesal, tanto en la fase administrativa como en la judicial, en favor de las sociedades de gestión colectiva legalmente establecidas en el territorio andino⁷. Esta presunción de representación o legitimación procesal vuelve más eficiente el sistema de gestión de derechos de autor y derechos conexos, y facilita su defensa y protección, que, de lo contrario, en muchos casos, no sería posible por cuenta del propio derecho-habiente...».

«⁷ De conformidad con la presente interpretación prejudicial, véase, por ejemplo, el artículo 20.4) de la Ley de Propiedad Intelectual de España, que establece la presunción de afiliación a una sociedad de gestión colectiva; el artículo 53 de la Ley sobre Derechos de autor de Francia, que establece una presunción de gestión de derechos en favor de las sociedades de gestión colectiva; el artículo 200 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, que establece una presunción de legitimación respecto de autores residentes en México; la primera parte del artículo 147 del Decreto Legislativo 822 del Perú, que establece una presunción relativa (iuris

⁵² Ver Interpretación Prejudicial N° 519-IP-2016 de fecha 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3154 del 11 de diciembre de 2017.

⁵³ *Ibidem*.



tantum) con respecto a la legitimación de las entidades de gestión colectiva, estando a cargo de la denunciada acreditar lo contrario, pues de no hacerlo, se tendrá por válida dicha presunción legal.»⁵⁴

(Subrayado agregado)

- 5.6. La presunción de representación o legitimación procesal de una sociedad de gestión colectiva lo que busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos, a través de la sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer manera eficiente los derechos patrimoniales que se encuentran bajo su administración, así como una adecuada recaudación de estos derechos.

Si se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tenga que demostrar la representación de todo su repertorio como condición para protegerlo ante una autoridad y recaudar así el derecho de sus asociados, ello significaría la asunción de costos excesivos por parte de dicha sociedad, lo que haría inviable una eficiente y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados.

Más aún si se tiene presente que el repertorio de obras administradas por una sociedad de gestión colectiva puede variar constantemente y que la incorporación de nuevos asociados puede efectuarse en cualquier momento, lo que haría difícil o hasta imposible que estas sociedades de puedan demostrar en tiempo real todo el repertorio que se encuentra bajo su administración al momento de iniciar la defensa de los derechos de sus asociados o al momento de efectuar la recaudación patrimonial correspondiente. Por tal razón se justifica que una sociedad de gestión colectiva no se encuentre obligada a demostrar la representación de todo su repertorio por cada proceso iniciado o por cada requerimiento de pago efectuado a un tercero. Así es como funciona esta presunción de legitimidad que la Decisión 351 ha reconocido a favor de las sociedades de gestión colectiva.

- 5.7. No obstante lo anterior, esta presunción admite prueba en contrario; es decir, que en un caso en concreto, la persona a quien se le impute estar utilizando o explotando obras sin contar con la autorización respectiva, deberá demostrar que el titular del derecho sobre la obra no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva, o que no se encuentra incorporado a la sociedad colectiva extranjera con la cual mantiene contratos de representación recíproca.

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

- 6.1. La tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva. Sirve, como se advirtió

⁵⁴

Ver Interpretación Prejudicial N° 165-IP-2015 de fecha 4 de febrero de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2682 del 14 de marzo de 2016.



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.⁵⁵

6.2. Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características⁵⁶:

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

6.2.2. 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).

6.2.3. 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).

6.3. Uno de los pilares básicos del sistema comunitario de protección de los derechos de autor es la libre disposición de los derechos patrimoniales de autor por parte de los titulares de los mismos, salvo ciertas excepciones expresamente consagradas. De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciabiles 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 esencial⁵⁷.

6.4. 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.⁵⁸

⁵⁵ Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano y otros, Manual de Propiedad Intelectual, p. 285.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ 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.



- 6.5. 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 misma⁵⁹.

7. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor

- 7.1. 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;
(...)»

- 7.2. 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.⁶⁰
- 7.3. 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.
- 7.4. 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.
- 7.5. 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.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ 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.



- 7.6. 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).
- 7.7. 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».⁶¹
- 7.8. 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 de autor.

8. Respuestas a las preguntas formuladas dentro del presente proceso

Antes de dar respuesta a las preguntas formuladas 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 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.

- 8.1. «¿Si la obligación legal que tienen —en Colombia— las empresas de televisión, cerrada o por suscripción, de retransmitir, sin costo alguno para sus usuarios, las señales estándar y HD de los organismos de radiodifusión que, por concesión estatal, tienen los canales de televisión abiertos y gratuitos, constituye una excepción a los derechos previstos en el Artículo 39 de la Decisión 351, o si configura una limitación admisible al derecho de autor de dichos organismos, por lo que esa retransmisión no requiere ni autorización ni da derecho al pago de remuneración alguna?
- 8.2. ¿Si los operadores están legalmente exentos de solicitar autorización a los titulares de derechos de los contenidos incorporados en las emisiones realizadas por otros organismos de radiodifusión a causa de la Ley 680 de 2001?

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



8.3. ¿Si la incorporación en los sistemas de un operador, de las señales de los canales abiertos radiodifundidos, corresponde a lo que técnicamente se conoce como un acto de retransmisión?»

Para dar respuesta a estas preguntas formuladas por la autoridad consultante, corresponde empezar por indicar que, en el marco de una interpretación prejudicial, el TJCA solo interpreta el derecho comunitario andino, mas no el derecho interno de los cuatro Países Miembros.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que, en términos abstractos y aplicable para todos los Países Miembros, la presente interpretación prejudicial aborda lo referido a:

- (i) La comunicación o ejecución pública no autorizada mediante la retransmisión de una obra audiovisual inscrita en una sociedad de gestión colectiva.
- (ii) La diferencia entre la retransmisión de una obra audiovisual (derecho de autor) y la retransmisión de una señal (derecho conexo).
- (iii) Los organismos de radiodifusión como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos.
- (iv) El derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de televisión por cualquier medio o procedimiento.
- (v) Las limitaciones y excepciones a los derechos de los organismos de radiodifusión en virtud de lo señalado en la Decisión 351 y la Convención de Roma.
- (vi) Licencias o autorizaciones obligatorias.

Por lo expuesto, la autoridad consultante deberá remitirse a los criterios desarrollados en los Temas 1, 2, 3 y 4 del Acápito F 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 **Nº 11001319900520170910203**, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Art. 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 Art. 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 de 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 21 de septiembre de 2022, conforme consta en el Acta 38-J-TJCA-2022.


Luis Felipe Aguilar Feijoó
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.

