



## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 8 de febrero de 2018

**Proceso** : 371-IP-2017

**Asunto** : Interpretación Prejudicial

**Consultante** : Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de la República de Colombia

**Referencia** : Derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión, las cesiones y/o licencias en materia de los Derechos Conexos

**Magistrado Ponente** : Hugo Ramiro Gómez Apac

### VISTOS

La solicitud de interpretación prejudicial recibida vía courier el 19 de septiembre de 2017, mediante la cual el Presidente del Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de la República de Colombia solicita interpretación prejudicial de los Artículos 3, 13, 15, 30, 31 y 32 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena - Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, a fin de resolver la controversia presentada ante el referido Tribunal Arbitral; y,

El Auto del 17 de noviembre de 2017, mediante el cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA**) admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

### **A. ANTECEDENTES**

#### **Partes en el Proceso Interno**

**Demandantes:** Telmex Colombia S.A.

UNE-EPM Telecomunicaciones S.A. - UNE EPM  
TELCO S.A.

**Demandada** : División Mayor del Fútbol Colombiano - DIMAYOR

## **B. SÍNTESIS DE HECHOS RELEVANTES**

Telmex Colombia S.A. y UNE-EPM Telecomunicaciones S.A. - UNE EPM TELCO S.A. (en adelante, las **empresas de televisión por cable** o las **demandantes**) y la División Mayor del Fútbol Colombiano (en adelante, **DIMAYOR** o la **demandada**) celebraron un contrato de licencia de derechos para la emisión, retransmisión y comercialización de partidos de fútbol, en exclusividad, a través del servicio de radiodifusión de televisión por suscripción (televisión de señal cerrada o televisión por cable).

Las empresas de televisión por cable demandaron a DIMAYOR ante un Tribunal Arbitral alegando que, una vez concluido el referido contrato, ellas tenían el derecho de opción preferente para continuar con la exclusividad en la emisión, retransmisión y comercialización de los partidos de fútbol.

DIMAYOR alegó la inexistencia del derecho de opción preferente y múltiples incumplimientos de las demandantes.

Mediante laudo de fecha 3 de diciembre de 2015, el Tribunal Arbitral declaró que DIMAYOR incumplió la cláusula contractual de opción preferente.

El 1 de febrero de 2016, la demandada solicitó la nulidad del mencionado laudo debido a que el Tribunal Arbitral no había solicitado al TJCA la interpretación prejudicial de los Artículos 3, 13, 15 y 31 de la Decisión 351.

El 23 de febrero de 2016, las demandantes replicaron el recurso de anulación señalando que la cuestión controvertida se centra en la existencia del derecho de opción preferente, y que de acuerdo al Artículo 30 de la Decisión 351 los aspectos relacionados con la licencia de uso deben ser regulados por la legislación interna.

La Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia (en adelante, el **Consejo de Estado**) anuló el laudo al considerar que no se había solicitado la interpretación prejudicial al TJCA. Dicha autoridad sostuvo que el Artículo 30 de la Decisión 351 debe ser leído conjuntamente con los Artículos 31 y 32 de dicho cuerpo legal. Así, mencionó que no existe una competencia discrecional, absoluta e ilimitada de los países miembros para regular el tema de las licencias de

uso o cesión de derechos patrimoniales, pues hay que tener presente tanto lo expresado por las partes en el contrato de licencia de uso conforme lo establece el Artículo 31 como las licencias legales u obligatorias previstas en el Artículo 32 de la referida decisión.

### C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. El Tribunal Arbitral consultante solicita la interpretación prejudicial de los Artículos 3, 13, 15, 30, 31 y 32 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena - Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.-**

**“Artículo 3.-** A los efectos de esta Decisión se entiende por:  
- **Autor:** Persona física que realiza la creación intelectual.  
(...)”

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

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”

**“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:

- a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;
- b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;
- 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;
- 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;
- f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;
- g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;
- h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e,
- i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.”

**“Artículo 30.-** Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.”

2. Teniendo en consideración lo alegado por las demandantes y la demandada, así como el razonamiento expuesto por el Consejo de Estado, la materia controvertida se relaciona con lo dispuesto en los Artículos 30, 31 y 32 de la Decisión 351, por lo que estos serán materia de interpretación prejudicial<sup>2</sup>.
3. Respecto del Artículo 32 de la Decisión 351, este Tribunal considera que dicho artículo debe ser interpretado no solo en atención al razonamiento del Consejo de Estado respecto de la vinculación que existe entre el referido artículo y los Artículos 30 y 31 de la Decisión 351, sino también debido a la referencia que el propio Consejo de Estado hace de la cláusula 1.9 del contrato suscrito entre las empresas de televisión por cable y DIMAYOR, tal como se aprecia a continuación:

*“Del mismo modo, se acordó que Dimayor tendría derecho, para fines exclusivamente informativos, de utilizar directamente las transmisiones (cláusula 1.7), así como también se acordó en la cláusula 1.8 que Dimayor se obliga en Colombia a no hacer directamente ni conceder durante su vigencia licencia, derecho de explotación o disposición, concesión, derecho, gravamen, limitación o derecho similar sobre los encuentros o partidos de fútbol profesional colombiano; excepción hecha en el caso en el que por acto de autoridad competente los operadores de televisión abierta sean obligados a permitir que operadores de televisión por suscripción deban darle cumplimiento a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 (cláusula 1.9).”*

4. Por otro lado, de oficio se interpretará el Literal a) del Artículo 39 de la Decisión 351<sup>3</sup> pues dicho literal guarda conexión con el Artículo 32 del referido cuerpo legal según lo explicado en la Interpretación Prejudicial

---

**“Artículo 31.-** Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.”

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

<sup>2</sup> Al respecto, no procede la interpretación del Artículo 3 de la Decisión 351 pues dicho artículo únicamente hace referencia a las definiciones de términos que son utilizados en dicho cuerpo normativo.

Asimismo, tampoco procede la interpretación de los Artículos 13 y 15 de la Decisión 351 pues no es materia controvertida ninguna vulneración al derecho de autor de DIMAYOR, así como tampoco una eventual infracción de estos derechos por parte de las empresas de televisión por cable.

<sup>3</sup> **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena - Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.-**

**“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;  
(..)”

225-IP-2015 del 23 de junio de 2016<sup>4</sup>. Asimismo, se interpretará de oficio el Artículo 42 de la Decisión 351 a efectos de explicar la conexión que existe entre el Literal a) del Artículo 39 y el Artículo 42 antes referido<sup>5</sup>.

#### D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. La preeminencia y aplicabilidad directa del ordenamiento jurídico comunitario.
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. Sobre la cesión del derecho de autor.
6. El principio de complemento indispensable.

#### E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

##### 1. La preeminencia y aplicabilidad directa del ordenamiento jurídico comunitario andino

- 1.1. En atención a la materia controvertida, resulta pertinente que este Tribunal analice el tema propuesto.
- 1.2. Por el principio de preeminencia<sup>6</sup>, la normativa comunitaria prevalece sobre las normas internas o nacionales (incluyendo las normas constitucionales)<sup>7</sup> de cada uno de los países miembros de la Comunidad

---

<sup>4</sup> Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2757 del 12 de julio de 2016.

<sup>5</sup> **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena - Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.-**

*“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.”*

<sup>6</sup> Ver Interpretación Prejudicial 669-IP-2015 del 17 de febrero de 2017.

<sup>7</sup> Al respecto, la doctrina señala lo siguiente:

*“Cuando un Estado se adhiere a un sistema comunitario debe considerar y resolver los problemas de orden constitucional que se planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé, pero una vez que ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver [...] Lo que resultaría entonces inadmisibles, porque se opone a la buena fe los tratados internacionales, sería que un Estado miembro, o una de sus autoridades, por ejemplo, una jurisdicción, tratara de poner*

Andina. Como consecuencia de ello, en los casos de incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma nacional, se deberá preferir la primera. Cabe indicar que ello no implica que la norma nacional deba ser derogada, sino que basta que sea inaplicable por el país miembro que corresponda.

- 1.3. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal ha sido clara al señalar que la circunstancia de que un país miembro pertenezca a un Acuerdo u Organización Internacional distinto a la Comunidad Andina no lo exime de obedecer las normas comunitarias andinas con el pretexto de que se está cumpliendo con las de dicho acuerdo u organización; puesto que ello implicaría *“negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que es preponderante no solo respecto de los ordenamientos jurídicos de los países miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que pertenezcan”*.<sup>8</sup>
- 1.4. Este Tribunal ha resaltado la importancia del principio de preeminencia de la normativa comunitaria, en los siguientes términos<sup>9</sup>:

*“El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros (...) En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno...”*

(Subrayado agregado).

- 1.5. En ese sentido, en la interpretación prejudicial recaída en el Proceso 1-IP-87 este órgano jurisdiccional enfatizó que el principio de preeminencia o aplicación preferente constituye una característica esencial del derecho

---

*en duda los compromisos aceptados invocando ‘a posteriori’, obstáculos constitucionales. Tales actitudes señalarían bien una imprevisión, bien la mala fe. Un Estado no puede oponer, pues, una norma cualquiera de su derecho interno, incluida las normas constitucionales, para sustraerse a los compromisos que ha contraído válidamente según el derecho internacional.”*

(Subrayado agregado)

En: PESCATORE, Pierre. *Aspectos Judiciales del Acervo Comunitario*. Revista de Instituciones Europeas. Madrid, 1981, pp. 348-349. Citado por NOVAK TALAVERA, Fabián. *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*. En: *Derecho Comunitario Andino*. Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 76.

<sup>8</sup> Sentencia de la Acción de Incumplimiento recaída en el Proceso 7-AI-98.

<sup>9</sup> Interpretación Prejudicial 2-IP-90 del 20 de septiembre de 1990.

comunitario andino y un requisito básico para la construcción integracionista. Textualmente, señaló lo siguiente:

**“2. PREEMINENCIA DEL DERECHO ANDINO**

*En primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 de mayo-5 de junio 1980) cuando declaró la ‘validez plena’ de los siguientes conceptos: (...) b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros...”*

- 1.6. En el caso de los Tratados Internacionales suscritos por los países miembros para la regulación de determinadas actividades jurídico-económicas como la protección al derecho de autor y derechos conexos, puede afirmarse que, en la medida, en que la Comunidad supranacional asume la competencia *ratione materiae* para regular este aspecto de la vida económica, el derecho comunitario se vincula al Tratado Internacional de tal manera que este le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad regulatoria, sin que pueda decirse, sin embargo, que el derecho comunitario se subordina a aquel.<sup>10</sup>
- 1.7. Por el contrario, toda vez que el Tratado Internacional pasa a formar parte del ordenamiento comunitario aplicable en todos y cada uno de los países miembros, el derecho comunitario conserva —por aplicación de sus características `existenciales` de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia— la aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo.<sup>11</sup>
- 1.8. Como se puede apreciar, el principio de preeminencia o aplicación preferente involucra que la normativa comunitaria debe prevalecer sobre cualquier disposición nacional o internacional a la que se encuentren vinculados los países miembros. La aplicación de este principio constituye un requisito sumamente relevante para la consolidación de construcción integracionista y los fines y objetivos del Acuerdo de Integración Subregional Andino.
- 1.9. En virtud del principio de primacía del ordenamiento comunitario, explicado precedentemente, el ordenamiento comunitario deviene en imperativo y prevalece sobre toda norma de derecho interno de origen internacional de los países miembros, de manera que allí donde se trate de aplicar normas legales en actos jurídicos contemplados en el derecho

<sup>10</sup> Interpretación Prejudicial 399-IP-2015 del 28 de noviembre de 2016.

<sup>11</sup> Ibidem.

de integración deberá acudir al ordenamiento jurídico comunitario, con prevalencia sobre el derecho interno o internacional.

- 1.10. Las referidas características se cumplen en su integridad y se materializan cuando el Artículo 4 (antes el Artículo 5) del Tratado de Creación del Tribunal<sup>12</sup> impone a los países miembros dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario contenido en el Artículo 1 del Tratado; y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.
- 1.11. Adicionalmente, el principio de primacía del ordenamiento comunitario se sustenta en el principio de autonomía del mismo, que presupone que la Comunidad Andina tiene facultades para formular su propio ordenamiento, lo que deriva, a su vez, en la transferencia de atribuciones que los países miembros hacen a la Comunidad Andina, en ámbitos específicos como el de derecho de autor y derechos conexos. A causa de la citada transferencia, y en los ámbitos en que ella se produzca, los países miembros quedan limitados por propia iniciativa en el ejercicio de su potestad normativa y, en consecuencia, quedan impedidos para dictar providencias o contraer compromisos, aun de alcance internacional, que menoscaben o contraríen el ordenamiento comunitario.<sup>13</sup>
- 1.12. En este contexto, cabe recordar que el ordenamiento comunitario no deriva del ordenamiento de los países miembros, sea este de origen interno o internacional, sino del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Así, y por virtud de su autonomía, se ratifica que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina —tanto el primario como el derivado— no depende ni se halla subordinado al ordenamiento interno, de origen internacional de dichos países. Por lo tanto, los tratados internacionales que celebren los países miembros por propia iniciativa, no vinculan a la Comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los citados países miembros y terceros países u organizaciones internacionales.
- 1.13. En virtud de los referidos principios de autonomía y primacía del ordenamiento comunitario, las normas que lo integran —tanto las primarias como las derivadas— deben surtir la plenitud de sus efectos, de manera uniforme, en todos los países miembros. En consecuencia, las

---

<sup>12</sup> **Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.-**

*“Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”*

<sup>13</sup> De modo referencial, ver Procesos 34-AI-2001 del 21 de agosto de 2002 y 1-AI-2001 del 27 de junio de 2002.

normas de los ordenamientos nacionales, sean de origen interno o internacional, no pueden menoscabar o contrariar los imperativos comunitarios. De allí que la Comunidad Andina, si bien no se encuentra vinculada por los tratados o acuerdos que celebren individualmente los países miembros, puede tomarlos como una referencia, ya que los cuatro países miembros son parte del mismo.<sup>14</sup>

1.14. De conformidad con los criterios que se esbozan en la presente interpretación prejudicial, se debe tener en cuenta que el principio de primacía del ordenamiento jurídico comunitario andino sobre las demás normas de los ordenamientos nacionales, de origen nacional o internacional, no obsta para tomar como referencia los tratados celebrados por los países miembros, siempre que no sean contrarios ni menoscaben el ordenamiento comunitario.

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

2.1. Dado que en el proceso interno las demandantes son empresas de televisión por cable —esto es, organismos de radiodifusión—, resulta necesario analizar el tema propuesto.

2.2. El Artículo 3 de la Decisión 351 define al organismo de radiodifusión como la “*Empresa de radio o televisión que transmite programas al público*”.

2.3. 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.

2.4. 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.

2.5. 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 sobre 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.

---

<sup>14</sup> Ibidem.

- 2.6. 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.
- 2.7. 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 retransmisión<sup>15</sup> de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento.
  - b) La fijación de sus emisiones sobre una base material.
  - c) La reproducción de una fijación de sus emisiones.
- 2.8. 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.
- 2.9. 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. En atención a lo desarrollado en los párrafos 2, 3 y 4 de la Sección C de la presente providencia, corresponde en esta sección interpretar el Literal a) del Artículo 39 de la Decisión 351, el cual señala que los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento. La

---

<sup>15</sup> 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”*.

presente interpretación complementa la efectuada en la Interpretación Prejudicial 225-IP-2015 del 23 de junio de 2016<sup>16</sup>.

- 3.2. 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.
- 3.3. 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.
- 3.4. 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.
- 3.5. 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.
- 3.6. 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.
- 3.7. 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.

---

<sup>16</sup> Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2757 del 12 de julio de 2016.

3.8. 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 emisiones<sup>14</sup> ...”*

*“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.”*

3.9. En el texto antes citado, este Tribunal mencionó que, de conformidad con lo establecido en el Literal a) del Artículo 39 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.

3.10. En la nota a pie de página 14 de la Interpretación Prejudicial 225-IP-2015 se cita un artículo académico 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).

3.11. 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. En atención a lo desarrollado en los párrafos 2, 3 y 4 de la Sección C de la presente providencia, corresponde en esta sección analizar la figura del régimen de excepciones y limitaciones a los derechos conexos, además de las licencias obligatorias y legales.
- 4.2. 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 el Acápite 2 de la Sección E de 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.
- 4.3. 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.
- 4.4. 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).

- 4.5. 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.
- 4.6. 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.”*

- 4.7. 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 Fonogramas<sup>17</sup>, explica que esta limitación en principio puede tratarse

<sup>17</sup> Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas, Ginebra, 1982. Documento preparado por la OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, p. 78. En: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/617/wipo\\_pub\\_617.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/617/wipo_pub_617.pdf) (Consulta: 31 de enero de 2018).

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 10bis<sup>18</sup>, 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

**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,

---

<sup>18</sup> **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.”

sin intervención de una empresa exterior y cuya finalidad es eminentemente técnica.

Por su parte, la OMPI<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

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

Al respecto:

*“Mihály Ficsor<sup>24</sup> [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.”*

<sup>24</sup> FICSOR, Mihály. “Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital”. CERLALC, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá, 2007. Pág. 27.”<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, p. 84.  
En: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo\\_pub\\_891.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf)  
(Consulta: 31 de enero de 2018).

<sup>20</sup> 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.  
En: [http://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=130303](http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130303)  
(Consulta: 31 de enero de 2018).

<sup>21</sup> 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.  
En: [http://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=130303](http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130303)  
(Consulta: 31 de enero de 2018).

- 4.8. El Artículo 15 de 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**

- 4.9. Al igual que en el derecho 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.”*

- 4.10. 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.
- 4.11. 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 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.
- 4.12. 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 convención<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> RICKETSON, SAM. *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

4.13. 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.

4.14. 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 legales<sup>23</sup> 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 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 emisiones<sup>14</sup>, **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).

4.15. La primera parte del párrafo citado (sin el resaltado) se refiere al escenario de libertad contractual<sup>24</sup> (referido al derecho exclusivo a favor de los organismos de radiodifusión, consistente en autorizar o prohibir la

---

Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, Documento SCCR/9/7, Ginebra, 5 de abril de 2003, p. 48.

<sup>23</sup> 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, 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.

<sup>24</sup> Descrito en el literal b) del párrafo 3.10 de la sección E de la presente providencia.

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 regulación<sup>25</sup>, el cual puede expresarse a través de las licencias obligatorias o legales.

4.16. 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 autor<sup>26</sup> de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa<sup>27</sup>. 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 utilización<sup>28</sup>. En efecto, las licencias no voluntarias exigen compensación al titular de los derechos por la explotación no autorizada.<sup>29</sup>

4.17. Según Ricardo Antequera Parilli y Ricardo Enrique Antequera<sup>30, 31</sup>, las licencias no voluntarias (tanto las legales como las obligatorias) deben cumplir los siguientes requisitos:

<sup>25</sup> Descrito en el literal c) del párrafo 3.10 de la sección E de la presente providencia.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Los límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor*. En: Autores Varios (Carlos Rogel Vide, Director). “Los Límites del Derecho de Autor”. Editorial Reus, S.A., Madrid, 2006, pp. 12 y 13.

<sup>28</sup> Nociones Básicas sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento preparado por la Oficina Internacional de la OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, p. 10.  
En: [http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/activities/pdf/basic\\_notions.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/activities/pdf/basic_notions.pdf)  
(Consulta: 16 de enero de 2018).

<sup>29</sup> 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](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf)  
(Consulta: 16 de enero de 2018).

<sup>30</sup> 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](http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-las_licencias_obligatorias.pdf)  
(Consulta: 16 de enero de 2018).

- 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 moral<sup>32</sup> (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.

4.18. 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 de explotación, y se concede previo el pago **de una remuneración equitativa al titular del derecho**.”<sup>33</sup>*

(Énfasis agregado).

4.19. 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.

<sup>31</sup> Que citan a su vez a: LIPSZYC, Delia. “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Ed. UNESCO / CERLALC / Zavalía, Buenos Aires, 1993, pp. 240-241.

<sup>32</sup> 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).

<sup>33</sup> VEGA JARAMILLO, Alfredo. *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.

- 4.20. 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.
- 4.21. 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 prejudicial<sup>34</sup>.

## 5. Sobre la cesión del derecho de autor

- 5.1. Dado que la cuestión controvertida está relacionada con la presunta existencia de un derecho de opción preferente respecto de una licencia de uso, se procederá a analizar lo referido a la cesión y/o licencias de derecho de autor.
- 5.2. El derecho de autor integrado por un ordenamiento patrimonial y moral constituye una forma particular de transmisión por causa de muerte o a título singular, es decir, por acto entre vivos.
- 5.3. La cesión de derechos es una forma de transmitir derechos patrimoniales. En esa línea, Guillermo Cabanellas define la **cesión de derechos** como:

*“La transmisión, a título gratuito u oneroso, de cualquiera, de las facultades jurídicas que pertenezcan al titular de ellas, ya sean personales o reales.”<sup>35</sup>*

- 5.4. Por su parte, el Artículo 31 de la Decisión 351 dispone que toda transferencia de los derechos patrimoniales y las autorizaciones o licencias de uso se entienden limitadas a las formas de explotación según lo exprese el contrato respectivo.
- 5.5. La transferencia del derecho de explotación puede ser **total o parcial**. La primera permite la transferencia de los derechos sin ninguna reserva, y la segunda es aquella en que el titular transfiere los derechos por un tiempo determinado o transfiere alguna de sus facultades.

---

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usua*. Tomo II, Décimo sexta edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1983, p. 136.

- 5.6. Para Guillermo Cabanellas la **transmisión de derechos** es “*entre vivos, sinónimo de cesión de derechos. Mortis causa, sucesión, sea testada o intestada.*”<sup>36</sup>
- 5.7. La transmisión **por acto entre vivos** se hace mediante la enajenación, es decir la “venta”. Esto implica la adquisición de los derechos del titular de la obra y su derecho de explotación, lo que en conjunto permite acceder a las facultades de orden patrimonial, excluyendo las de orden moral por ser inalienables.
- 5.8. La cesión de derechos, así como las autorizaciones o licencias de uso que hace el autor a terceros, deben ser interpretadas en forma restrictiva; es decir, solo aquellos límites previstos en el contrato podrán ser entendidos como transmisibles sin considerar los derechos que constituyen para el titular una reserva propia y particular para su uso.
- 5.9. El Artículo 30 de la Decisión 351 dispone que:

*“Artículo 30.- Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.”*

En atención a dicho dispositivo legal comunitario, todo lo relacionado a cesión o concesión de derechos patrimoniales y licencias de uso, se encontrará regulado por la legislación nacional, en aplicación del principio de complemento indispensable, siempre y cuando no sea contrario a la norma andina.

## **6. El principio de complemento indispensable**

- 6.1. En vista de que en el proceso interno las demandantes argumentaron que los contratos de licencia de uso de derecho de autor en los que se incluya alguna cláusula de “opción preferente” deberá regirse por lo dispuesto en la legislación colombiana, resulta pertinente analizar el presente tema.
- 6.2. El principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria andina consagra lo que algunos tratadistas denominan “norma de clausura”<sup>37</sup>, según la cual se deja a la legislación de los países miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley

---

<sup>36</sup> Op. cit. p. 171.

<sup>37</sup> NAVARRO, Pablo E. *Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos*. En: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). *ISONOMÍA - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Número 34, 2011, pp. 109 -139. En: [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono\\_345.pdf](http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_345.pdf) (Consulta: 21 de febrero de 2017).

comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.

6.3. Este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha manifestado lo siguiente:

*“(...) la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar criterios restrictivos, como el principio del ‘complemento indispensable’ para medir hasta donde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser ‘estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entrapen o desvirtúen’ (...) advirtió la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. De esta manera, ‘la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista’.”<sup>38</sup>*

6.4. En así que el TJCA ha establecido que no son aplicables las normas de derecho interno que sean contrarias al ordenamiento jurídico comunitario andino. Asimismo, deben quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria andina. El Tribunal ha expresado que *“no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas”*.<sup>39</sup>

6.5. De modo que los países miembros no pueden expedir normas sobre asuntos regulados por las normas comunitarias andinas, salvo que sean necesarias para su correcta ejecución y, en consecuencia, no pueden, so pretexto de reglamentar normas comunitarias, establecer nuevos derechos u obligaciones o modificar los ya existentes y previstos en las normas comunitarias.

6.6. No obstante lo anterior, cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los países miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, le corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que estas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario andino o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados de manera que signifiquen, por

<sup>38</sup> Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 129-IP-2012 del 25 de abril de 2013, que cita la Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 121-IP-2004 de fecha 6 de octubre de 2004.

<sup>39</sup> Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 111-IP-2014 del 23 de septiembre de 2014.

ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria andina.<sup>40</sup>

- 6.7. La Decisión 351 establece en el Capítulo XIII “De los Aspectos Procesales” algunos parámetros generales en cuanto a los procesos o procedimientos que se sigan ante la autoridad nacional competente en relación con la protección del derecho de autor. Asimismo, establece algunas medidas cautelares, resarcitorias y sancionatorias de carácter penal que la referida autoridad puede tomar en cuenta en el transcurso del proceso o procedimiento o en el acto que resuelve el fondo del asunto<sup>41</sup>.
- 6.8. Se advierte que las anteriores previsiones consagradas en la norma comunitaria, al ser tan generales en materia de procedimiento, dejan abierto un gran margen para que el ordenamiento interno de los países miembros regule los procedimientos y procesos teniendo como base o soporte la norma comunitaria, de conformidad con el principio de complemento indispensable<sup>42</sup>.
- 6.9. En atención a lo expuesto, lo relacionado con los requisitos, validez, eficacia y características de las licencias de uso en materia de derecho de autor deberá ser regulado por la normativa interna de cada país<sup>43</sup>.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por el Tribunal Arbitral consultante al resolver la controversia presentada ante el referido tribunal, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente interpretación prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

---

<sup>40</sup> Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 142-IP-2015 del 24 de agosto de 2015 e Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 67-IP-2013 del 8 de mayo de 2013.

<sup>41</sup> Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 110-IP-2007 del 4 de diciembre de 2007.

<sup>42</sup> Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 177-IP-2013 del 13 de noviembre de 2013.

<sup>43</sup> Ibidem.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros  
**MAGISTRADA**

Luis Rafael Vergara Quintero  
**MAGISTRADO**

Hernán Romero Zambrano  
**MAGISTRADO**

Hugo Ramiro Gómez Apac  
**MAGISTRADO**

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente interpretación prejudicial el Presidente y el Secretario.

Luis Rafael Vergara Quintero  
**PRESIDENTE**

Gustavo García Brito  
**SECRETARIO**

Notifíquese al Tribunal Arbitral 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.