



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 14 de octubre de 2021

Proceso:	139-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:	11001310303220190011001
Referencia:	La presunta infracción de TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.) 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:	Artículo 3 [concepto de retransmisión], Literal b) del Artículo 13, Literal e) del Artículo 15, y Artículo 49 de la Decisión 351
Temas objeto de interpretación:	<ol style="list-style-type: none">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. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva
Magistrado ponente:	Gustavo García Brito

VISTOS:

El Oficio C-369 de fecha 31 de julio de 2020, recibido vía correo electrónico el día 31 de agosto del mismo 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 **TJCA**) la Interpretación Prejudicial de los Artículos 3 y 13, de los Literales e) y f) del Artículo 15, y de los Artículos 21 y 49 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en adelante, **Decisión 351**), a fin de resolver el Proceso Interno N° 11001310303220190011001.

El Auto de fecha 5 de mayo de 2021, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el Proceso Interno

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

Demandado: TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.)

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

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

1. Si Telmex Colombia S.A. (hoy COMCEL S.A.) 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.
2. Si EGEDA Colombia tendría o no legitimidad para interponer una demanda de infracción de derechos de autor y cobrar las tarifas y conceptos demandados.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. La autoridad consultante solicitó la Interpretación Prejudicial de los Artículos 3 y 13, de los Literales e) y f) del Artículo 15, y de los Artículos 21 y 49 de la Decisión 351. Únicamente se interpretarán el Artículo 3 [concepto de retransmisión], el Literal b) del Artículo 13, el Literal e) del

Artículo 15, y el Artículo 49 de la Decisión 351¹, por ser pertinentes.

2. No se interpretará el Literal f) del Artículo 15 ni el Artículo 21 de la Decisión 351 por cuanto no es objeto de controversia la comunicación pública mediante la emisión o transmisión en lugar accesible al público a través de cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión; ni las limitaciones o excepciones al derecho de autor.

D. SOLICITUD DE INFORME ORAL

1. Mediante escrito recibido vía correo electrónico el 1 de marzo de 2021, el abogado Marcel Tangarife Torres, en su condición de apoderado de la empresa demandada en el proceso interno TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.), 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 Prejudiciales².
2. Por Auto de fecha 19 de mayo de 2021, el TJCA decidió convocar a informe oral por medios telemáticos, a fin de que las partes del proceso interno, así como representantes de diferentes instituciones —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)

¹ **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.

(...)

«**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;

(...)

«**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;

(...)

«**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.»

² Aprobado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante Acuerdo 08/2017 del 24 de noviembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3146 del 29 de noviembre de 2017; y, modificado por el Acuerdo 04/2018 del 11 de abril de 2018, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3284 del 14 de mayo de 2018.

del Estado Plurinacional 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 (ASIPI); el Comité de Derecho de Autor de la International Trademark Association (INTA)— y un experto en derecho de autor de cada una de las Asociaciones de Propiedad Intelectual de los Países Miembros^{3, 4}, 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

³ 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).

⁴ 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.

de señal abierta.

- 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.
- (...»

3. El día 7 de julio de 2021 se llevó a cabo el informe oral, con la asistencia y participación por medios telemáticos de las siguientes personas:
- Por EGEDA Colombia (parte demandante en el proceso interno): Juan Carlos Monroy Rodríguez, Vivian Alvarado Baena, Fernando Zapata López, Eduardo de la Parra, Genaro Baldeón Herrera y Juan José Marín;
 - Por TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.): Marcel Tangarife Torres y Ernesto Rengifo García, en su condición de apoderados de la empresa demandada en el proceso interno, así como Hilda María Pardo Hasche y Franklin Didier Porras Cala;
 - Ramiro Rodríguez, Director Nacional de Derecho de Autor del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) de la República del Ecuador;
 - Rubén Trajtman, Subdirector 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;
 - Wolfgang L. Ohnes, Presidente de la Asociación Boliviana de Propiedad Intelectual (ABPI);
 - Yecid Ríos, representante del Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA);
 - José Roberto Herrera, Presidente del Comité de Derecho de Autor de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI);
 - Germán Darío Flores, representante de la Asociación Colombiana de Propiedad Intelectual (ACPI); y,
 - Pablo Solines, representante de la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI);
4. Durante el desarrollo del informe oral, todos los participantes que realizaron

su intervención dentro del desarrollo del informe oral⁵ —con excepción del abogado Marcel Tangarife Torres, apoderado de la empresa TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.)— 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.

5. Los criterios jurídicos coincidentes que fueron expuestos en el referido informe oral están directamente relacionados con la jurisprudencia uniforme y consistente que el TJCA ha trazado sobre la materia. De manera adicional, cabe destacar que la línea jurisprudencial del TJCA guarda correspondencia con los criterios jurisprudenciales de la Unión Europea⁶, que consideran 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 dicha situación no varía en función de la implementación del régimen u obligación legal denominado como *must carry*.
6. En consecuencia, con el propósito de absolver la consulta prejudicial formulada por la Autoridad consultante en el presente proceso, este Tribunal procede a reiterar los criterios jurídicos interpretativos establecidos en su jurisprudencia uniforme y consistente⁷.

⁵ - Por EGEDA Colombia (parte demandante en el proceso interno): Juan Carlos Monroy Rodríguez.

- Ramiro Rodríguez, Director Nacional de derecho de Autor del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) de la República del Ecuador;

- Wolfgang L. Ohnes, Presidente de la Asociación Boliviana de Propiedad Intelectual (ABPI);

- Yecid Ríos, representante del Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA);

- Pablo Solines, representante de la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI);

- José Roberto Herrera, Presidente del Comité de Derecho de Autor de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI).

⁶ Sobre el particular, de manera orientativa ver especialmente las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: asuntos acumulados C-431/09 y C-432/09 del 13 de octubre de 2011, C-607/11 del 07 de marzo de 2013, y C-275/15 del 01 de marzo de 2017. Como se puede evidenciar, este entendimiento se ha mantenido vigente a lo largo del tiempo.

⁷ 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

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. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva.
3. 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. En el proceso interno, EGEDA Colombia argumentó en su demanda que TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.)⁸ presuntamente habría comunicado públicamente obras audiovisuales y cinematográficas pertenecientes a sus asociados y contenidas en su repertorio, a través de la retransmisión de emisiones de otros organismos de radiodifusión, sin su autorización. En ese sentido, resulta necesario desarrollar el presente tema.
- 1.2. 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;

(...)

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.

⁸ Empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción (también conocido como televisión de señal cerrada).

- 1.3. 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.
- 1.4. 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.»⁹

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...»⁹

(Subrayado agregado)

- 1.5. 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 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 personas¹⁰. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.¹¹
- 1.6. El Artículo 15 de la Decisión 351 contempla un listado enunciativo de las formas de comunicación pública de una obra.¹²
- 1.7. Entre las diversas formas de comunicación pública, el Literal e) del referido Artículo 15 de la Decisión 351 destaca lo que se entiende por comunicación

⁹ 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.

¹⁰ 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 (visitado el 21 de agosto de 2021)

¹¹ 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.

¹² 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.

pública mediante retransmisión¹³, tal como se aprecia a continuación:

«**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;

(...))»

- 1.8. Del mismo modo, 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;

(...))»

- 1.9. 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

¹³ A su vez, el Artículo 3 de la Decisión 351 hace referencia al concepto de retransmisión, de la siguiente manera:

«**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 distinto del de origen.»¹⁴

1.10. 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»¹⁵. Es decir, es la transmisión de la obra al público por un organismo de radiodifusión distinto al del origen.¹⁶

1.11. En el contexto de las normas y doctrina citadas, es evidente que «...se protege la comunicación al público mediante retransmisión de las obras, pero no de las señales portadoras de programas...»¹⁷. 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.

1.12. 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

¹⁴ Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), p. 79.

Disponible en:

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf (visitado el 27 de agosto de 2021)

¹⁵ 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 (visitado el 19 de agosto de 2021)

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

Disponible en:

<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=ff81119d6d849a3a04b681a707a54339> (visitado el 21 de agosto de 2021)

retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento”...»¹⁸

- 1.13. De esta manera, resulta evidente que la retransmisión es una forma de 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 audiovisuales¹⁹.

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:

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ 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:

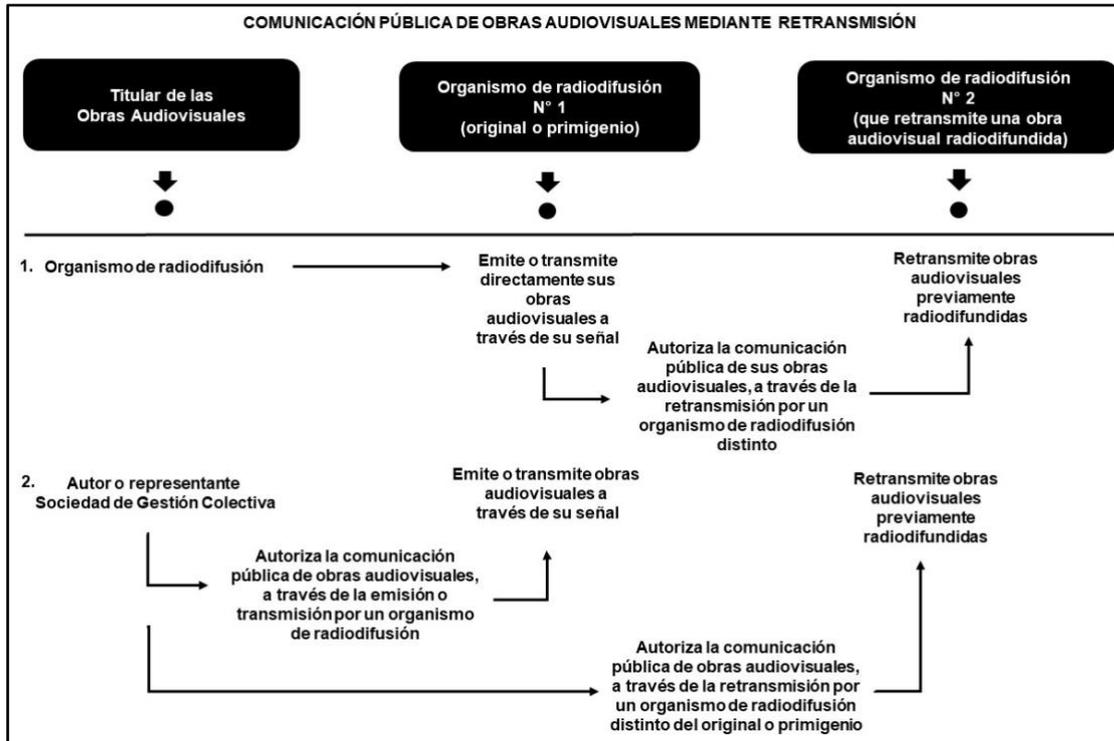
«El autor o titular de derechos de autor, por ejemplo el productor de una obra audiovisual, esta [sic] facultado para autorizar o prohibir el uso del derecho de comunicación pública de sus obras, los que se expresan en medio técnicos que permiten la captación visual o auditiva de la misma, a través de 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.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/1155> (visitado el 21 de agosto de 2021).

Gráfico N° 01

Fuente: elaboración propia.

1.14. 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.

1.15. 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.

1.16. Los organismos de radiodifusión son titulares de derechos conexos y en este sentido, el Artículo 39 de la Decisión 351²⁰ les confiere, entre otros, el derecho exclusivo para autorizar o prohibir la retransmisión²¹ de sus

²⁰ **Decisión 351.** –

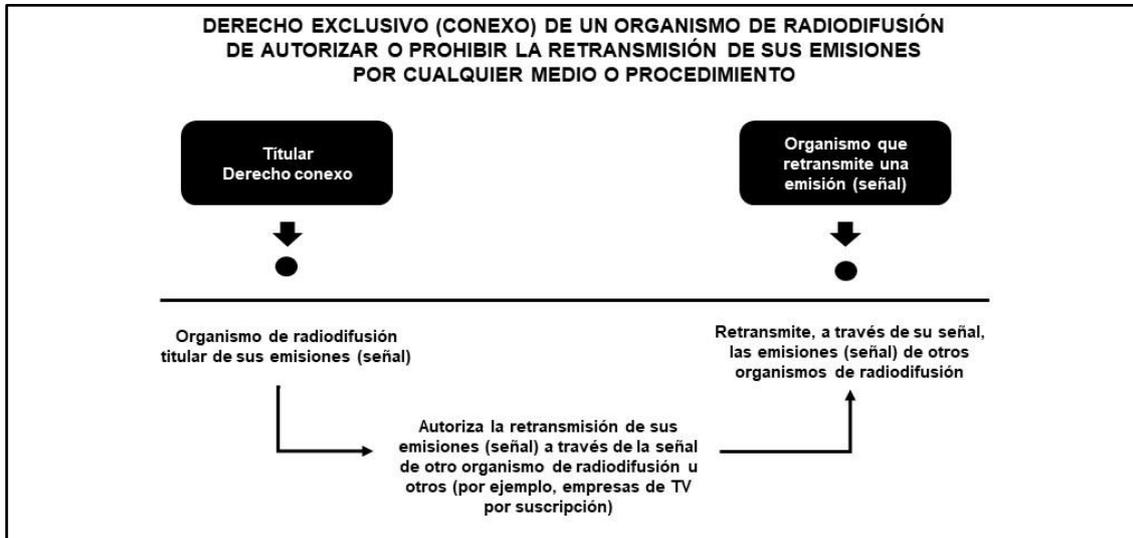
«**Artículo 39.** - Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

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

²¹ 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».

emisiones por cualquier medio o procedimiento, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 02



Fuente: elaboración propia.

1.17. 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)

1.18. 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 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

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».

correspondiente...»²²

- 1.19. 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 señal²³ 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.
- 1.20. 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.
- 1.21. 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 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.²⁴

²² 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> (visitado el 21 de agosto de 2021)

²³ 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.

²⁴ Catalina Saffon y Corinne Chantrier. *Gestión colectiva de obras audiovisuales: Hacer frente a los desafíos, ayer y hoy*, 2009, en Revista de la OMPI, Ginebra, N° 5/2009.

Disponible en:

1.22. 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.

1.23. 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.²⁵

1.24. 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.

1.25. 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 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.

https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/05/article_0007.html (visitado el 21 de agosto de 2021).

²⁵ Ibidem.

1.26. Por lo tanto, se deberá verificar si la conducta presuntamente realizada por TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.) cumple con los requisitos expuestos en el presente acápite y si constituye un acto de comunicación pública mediante retransmisión de obras audiovisuales, efectuado sin la debida autorización de EGEDA Colombia.

2. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

2.1. En el proceso interno, TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.) cuestionó la legitimación activa de EGEDA Colombia como sociedad de gestión colectiva para interponer la demanda por presunta infracción del derecho de autor, y afirmó que no tendría la representación para reclamar ni cobrar tarifas por los derechos patrimoniales de autor sobre las obras audiovisuales y cinematográficas cuya gestión presuntamente le fueron encomendadas. Por tal motivo, el Tribunal interpretará el presente tema.

2.2. 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).

2.3. 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.»

2.4. La norma antes citada confiere a las sociedades de gestión colectiva la legitimidad para obrar activa bajo dos supuestos²⁶:

- 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.

2.5. 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.²⁷

²⁶ 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.

²⁷ Ibidem.

- 2.6. 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...».

(Subrayado agregado)

«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 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».²⁸

- 2.7. 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.

²⁸ 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.

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.

- 2.8. 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.

3. Respuestas a las preguntas formuladas dentro del presente proceso²⁹

Antes de dar respuesta a las preguntas formuladas dentro del presente proceso, es necesario precisar que este Tribunal no brindará respuestas que resuelvan el caso concreto, siendo que se limitará a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como tampoco calificará los hechos materia del proceso.

- 3.1. **Que el TJCA verifique si la conducta desplegada por un operador de televisión por suscripción (OTS), al permitir que los canales de televisión abierta instalen sus equipos en las redes del operador de televisión por suscripción, para que este pueda garantizar a sus suscriptores la recepción de la señal abierta cargada con las obras audiovisuales, se constituye en un acto de retransmisión a la luz de las definiciones y conceptos técnicos emanados de la UIT.**

Este Tribunal no dará respuesta a la pregunta formulada, por cuanto no se encuentra vinculada con los asuntos jurídicos controvertidos en el proceso interno, relacionados con el ordenamiento jurídico comunitario andino.

²⁹ Ver página 65 (folio 128 del expediente) del escrito recibido vía correo electrónico el 01 de marzo de 2021, mediante el cual, el abogado Marcel Tangarife Torres, en su condición de apoderado de la empresa demandada TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.), solicitó que se convoque a informe oral.

- 3.2. Que el TJCA emita su concepto prejudicial si en cumplimiento de los Artículos 21 y 32 de la Decisión 351, es dable que Colombia establezca en su normatividad interna, limitaciones y excepciones a derecho de autor.**

Este Tribunal no dará respuesta a la pregunta formulada, por cuanto no se encuentra vinculada con los asuntos jurídicos controvertidos en el proceso interno, relacionados con el ordenamiento jurídico comunitario andino.

- 3.3. Que el TJCA determine si dentro de su competencia está facultado para interpretar las normas nacionales que expida uno de los Países Miembros, en este caso, del Artículo 11 de la Ley 680 de 2001.**

La pregunta formulada no se encuentra vinculada con los asuntos jurídicos controvertidos en el proceso interno. Sin embargo, se aclara que este Tribunal únicamente es competente para interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por la Autoridad consultante al resolver el proceso interno N° 11001310303220190011001, 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.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que la presente Interpretación Prejudicial ha sido aprobada por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial de fecha 14 de octubre de 2021, conforme consta en el Acta 24-J-TJCA-2021.

Luis Felipe Aguilar Fejoó
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.