

Implicaciones de las obligaciones “Must Carry” para el derecho de autor*

Implications of ‘Must Carry’ Obligations for Copyright Law

DAVID FELIPE ÁLVAREZ AMEZQUITA

Doctor en Derecho de la Universidad de Nottingham. Magíster en Historia y Abogado de la Universidad Nacional. Especialista en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado. Profesor Asociado de la Universidad del Tolima (Colombia). dfalvareza@ut.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-0304-8507>

FLORELIA VALLEJO-TRUJILLO

Doctora en Derecho de la Universidad de Nottingham. Magister en Derecho y Abogada de la Universidad Nacional. Especialista en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado. Profesora Asociada de la Universidad del Tolima (Colombia). fvallejot@ut.edu.co
<https://orcid.org/0000-0003-4170-0719>

JULIO CÉSAR PADILLA-HERRERA

Candidato a Doctor en Derecho, Maestría en Derecho (LLM) de la Universidad de los Andes (Colombia), Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Docente de planta de la Fundación Universitaria Los Libertadores. padillaypadilla@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5566-6913>

* Este artículo es el resultado del proyecto de investigación “Las obligaciones ‘Must Carry’ para los operadores de televisión cerrada o por suscripción, sus implicaciones para el derecho de autor”, Código 50122, de la Universidad del Tolima, desarrollado por el Laboratorio Socio-Jurídico en Creación e Innovación (IusLab).

Resumen

La obligación “Must-Carry” por la que los operadores de televisión por suscripción deben permitir que sus suscriptores puedan acceder a los canales nacionales y regionales de televisión abierta, implica una retransmisión de los contenidos audiovisuales protegidos por el derecho de autor que contienen tales señales. Las normas colombianas desde 1985 han establecido esta obligación. Aquí se estudian las posibles implicaciones que para el derecho de autor puede generar la medida “Must-Carry”. Los antecedentes de la figura en Colombia, el entorno legal andino y nacional aplicable son estudiados, para luego revisar algunas jurisdicciones que han examinado este tema. Así se establece que la retransmisión comprende un acto de comunicación pública sometido al control del titular del derecho, independiente de que exista un mandato de retransmisión derivado de políticas públicas en materia de televisión. Adicionalmente propone la posibilidad de identificar como actos aclarados para la jurisprudencia de la Comunidad Andina: la definición de retransmisión en el marco del derecho de comunicación pública, y la diferencia entre la autorización para retransmisión de los organismos de radiodifusión respecto de sus señales y la autorización para retransmitir el contenido protegido que se encuentra en la señal.

PALABRAS CLAVE

Derecho de autor, retransmisión, derechos patrimoniales, doctrina del acto aclarado, derechos conexos.

Abstract

The “Must Carry” rule by which cable operators are forced to allow access to open national and regional TV channels without additional charge to their subscribers, implies that audiovisual copyrighted contents may be retransmitted through the given signals. Colombian laws have established this rule since 1985. The possible implications of this rule regarding copyright for audiovisual works will be studied here. Colombian retrospective evolution of this rule and the Andean and Colombian copyright law will be revised in what is related to the “Must Carry” rule. Then, some other jurisdictions’ approaches to the problem will be examined. From this, it will be established that the retransmission comprehends an act of communication to the public which, in spite of any legal mandate to retransmit from national TV public policies, falls under the right holder’s control. In addition, it will be proposed that two concepts developed in the Andean jurisprudence might fall under the *acte clair* doctrine recently adopted by the Tribunal of Justice of the Andean Community. One is the definition of retransmission within the communication to the public framework. The second consists in differentiating the authorizations that broadcasting organizations are required to provide for the retransmission of their signals, and the authorization required for the retransmission of the copyrighted content traveling through such given signals.

KEYWORDS

Copyright, retransmission, economic rights, *acte clair* doctrine, neighboring rights, compulsory licences.

INTRODUCCIÓN

Hace varios años, el Gobierno de los Estados Unidos desarrolló una política pública destinada a garantizar el acceso a las señales portadoras de señales de televisión. La tensión entre la producción local y la producción nacional y la posibilidad de generar un mercado especializado para los espacios locales de transmisión, determinaron la necesidad de crear un sistema que garantizara en primera instancia que los programas llegaran a esas audiencias que no recibían las emisiones radiodifundidas terrestres y por lo tanto programas locales. Lo anterior se debía fundamentalmente a que en ciertos territorios las señales portadoras de programas de televisión no lograban superar barreras geográficas como montañas u otras. A esas zonas, sin embargo, los cableoperadores sí podían llegar con su propia programación, dada la naturaleza de su infraestructura de transmisión. La figura se denominó “Must-Carry”, y en términos latos significa que el Estado les impone a los operadores de televisión cerrada o por suscripción, el deber de retransmitir los canales nacionales y regionales de televisión abierta a través de sus redes o sistemas.

La naturaleza de dicha obligación conlleva que las señales de dichos canales, así como sus contenidos, sean retransmitidos por el operador de la televisión cerrada, haciendo uso, por lo tanto, de bienes protegidos por el derecho de autor o los derechos conexos. Esto conlleva una colisión entre los intereses de tales operadores de televisión cerrada, la imposición del Estado y los derechos relacionados con las señales y los contenidos así retransmitidos. El problema radica en establecer si dicha imposición del Estado genera una limitación a los derechos de autor y derechos conexos implicados, la cual liberaría a los operadores privados de obtener tal licencia.

El problema planteado, en relación con el deber de los operadores de televisión cerrada de obtener licencias para cumplir con la obligación de retransmitir los canales de televisión abierta a través de sus redes, cobra una gran importancia, pues determina una fuente de ingresos necesaria en un mercado competitivo para este tipo de operadores de televisión abierta, así como para los productores de los contenidos que se transmiten por intermedio de tales canales. En la transformación actual de los mercados de contenido audiovisual, en el uso de las plataformas de *streaming* como Netflix, Amazon Prime o HBO, esta situación es aún más evidente, pues es el contenido y el derecho sobre el mismo el elemento sustancial que determina la posibilidad de los productores de acceder a estos nuevos mercados.

Dada la naturaleza del derecho de autor y su objeto de protección, el cual suele tener una incidencia en los mercados de diferentes países, este artículo pretende desarrollar el conocimiento relevante sobre la aplicación de las normas de derecho de autor a una figura como el “Must-Carry” a efectos de que las decisiones judiciales colombianas sean cada vez más coherentes con las tendencias globales de los socios comerciales de nuestro país. Valga anotar que, como se evi-

denciará más adelante, ha sido el desarrollo de la jurisprudencia andina sobre este tema lo que permite la posibilidad de identificar ciertos aspectos de este debate como actos aclarados en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA)¹.

Este tema es relevante adicionalmente, pues Colombia es parte de diferentes tratados y convenios internacionales de carácter multilateral en materia de propiedad intelectual y derecho de autor.

Los planteamientos fundamentales que se pretenden analizar en este artículo se refieren a las implicaciones en el campo del derecho de autor de la figura de “Must-Carry”, es decir, el deber impuesto por el Estado a los operadores de televisión por suscripción de retransmitir por sus sistemas las señales y contenidos de los canales de televisión abierta del país. La hipótesis de trabajo en tal sentido será establecer que la retransmisión de las obras audiovisuales se somete al control y debida autorización previa y expresa de los titulares de derechos sobre tales obras, por lo tanto, que la retransmisión de los contenidos de programación requiere una autorización independiente y diferente de aquella otorgada para la retransmisión de las señales de televisión cuyo titular es el organismo de radiodifusión. En virtud de lo anterior será posible indicar que la retransmisión de las obras radiodifundidas, realizadas por un organismo diferente al de origen, lleva la obra a un “nuevo público”, y constituye una nueva “ventana” de difusión para la obra audiovisual.

METODOLOGÍA

Diferentes aspectos serán tenidos en cuenta para el estudio mencionado. Inicialmente se presenta somos una revisión de los antecedentes histórico-legales de la regulación del “Must-Carry” en Colombia desde las primeras normas relacionadas con la televisión, para lo cual se hace uso de fuentes primarias y secundarias.

Una vez realizado dicho estudio, se hará un análisis de los conceptos jurídicos generales que la legislación colombiana aplicable en materia de derecho de autor establece en relación con el tema, lo que comprende la aplicación de las normas andinas respectivas. Como resultado adicional, derivado del reciente desarrollo de la teoría del acto aclarado adoptada por el TJCA (Acuerdo 06, 2023), se identificarán dos problemas jurídicos que podrían conformar actos aclarados en la jurisprudencia de dicho Tribunal.

¹ Es importante señalar, sin embargo, que este artículo no pretende hacer una revisión normativa del alcance del acto aclarado en el marco de la Comunidad Andina de Naciones y del TJCA (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2023a).

Por último, se realizará una revisión de la jurisprudencia y la doctrina de diferentes países y entes supranacionales con similitudes normativas o trasplantes jurídicos que se evidencian en la legislación colombiana: Estados Unidos, la Unión Europea, Reino Unido y España.

El resultado de estos estudios llevará a formular, con fundamento en la información y documentación mencionada, una posición respecto de la figura del “Must-Carry” en Colombia y su proyección hacia la consolidación del entorno legal aplicable respecto de esta figura en el entorno colombiano y Andino.

Este artículo responde a una casi inexistente bibliografía reciente en el país sobre la materia que requiere de mayor atención en el entorno académico, especialmente de cara a los retos que a futuro puede implicar el desarrollo de políticas similares en entornos como el digital.

RECUESTO DEL MARCO LEGAL NACIONAL RELACIONADO CON LA FIGURA DEL “MUST-CARRY”

En Colombia la legislación en materia de televisión se ha desarrollado a través de tensiones entre la mercantilización y prevalencia del interés privado como principal movilizador de recursos para la producción de contenidos, por una parte, y el interés público regulado por el Estado y la influencia que la política y el poder tiene sobre este medio de comunicación, por la otra. Autores como Buenaventura o Vizcaíno dan cuenta de esta relación compleja que determina en buena parte la historia legislativa en este país (Buenaventura Amézquita, 1988; Vizcaíno, 2005).

La Ley 42 de 1985, al autorizar la televisión por suscripción, introduce un importante elemento inicial en este desarrollo, pues el suscriptor puede ahora acceder a canales de producción extranjera soportados con un músculo financiero muy superior, creando una importante presión para los productores y los canales nacionales y regionales, y de cierta manera varía la relación entre interés público, la política y el interés comercial económico.

En respuesta a lo anterior y siguiendo de cierta manera la línea planteada por Estados Unidos en relación con la garantía de la prestación de los servicios de televisión, la legislación colombiana introduce una primera figura similar al “Must-Carry”.

Las primeras normas sobre este tema se desarrollan a partir de la ya mencionada Ley 42. El Decreto Reglamentario 666 expedido por el Ministerio de Comunicaciones en 1985 sobre este particular (Decreto 666, 1985), en su artículo 9 establece el deber de los contratistas programadores de suscribir los convenios relativos a derecho de autor, incluyendo aquellos “relacionados

con las estaciones originarias de programación”². Adicionalmente, el Decreto, en su artículo 18 a), establece un mínimo de 5 % de programación nacional que debe ser presentada, lo que implica la posibilidad de retransmisión de programas “previamente transmitido por los canales del Instituto Nacional de Radio y Televisión –Inravisión– una vez se hayan cancelado los respectivos Derechos de Autor”. El literal j) de este mismo artículo señala: “Cualquiera que sea la tecnología utilizada se garantizará la recepción de los canales de Inravisión sin interferencias originadas en la operación del sistema de Televisión por Suscripción”.

La posterior Ley 14 de 1991, artículos 43 a 49, desarrolla también la regulación para la televisión por suscripción, declarándola de carácter público bajo la posibilidad de otorgar concesiones sobre el mismo. Cuatro años después de esta norma se expide la Ley 182 de 1995, que la reforma, ya dentro de la vigencia de la Constitución Política de 1991. Aun cuando esta mantiene un peso importante en la tensión relacionada con la intervención del Estado en la regulación de la televisión, el ejercicio del poder y el libre comercio, la Ley de 1995 abre el campo a una orientación mayor hacia el mercado, como lo señala Vizcaíno (2005). Esta es modificada en relación con la televisión privada por la Ley 335 de 1996. En desarrollo de esta norma, la entonces Comisión Nacional de Televisión (en adelante CNTV) mediante el artículo 12 del Acuerdo 14 de 1997 estableció: “Los operadores del servicio de televisión por suscripción deberán garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción, sin interferencia, de los canales colombianos de televisión abierta que se sintonicen en el área de cubrimiento autorizada”.

Ya desde entonces la doctrina ha entendido que esta manifestación, al no señalar nada en particular en relación con el régimen de derecho de autor, dejaría en la responsabilidad del operador de televisión por suscripción el deber de llevar a cabo las acciones necesarias para cumplir con tal mandato (Ríos Ruiz, 2009, p. 391). Lo anterior, teniendo en cuenta que la Ley 335 de 1996 señala en su artículo 8 (que modifica el artículo 43 de la Ley 182 de 1995) la creación de un Plan de Promoción y Normalización del Servicio de Televisión por Suscripción por parte de la CNTV, el cual “debe velar porque se respeten los derechos de autor...” (Ley 335, 1996), plan que deriva en el mencionado Acuerdo 14 de la CNTV.

En su artículo 11, la Ley 680 de 2001 impone a los operadores de televisión por suscripción el deber de garantizar la recepción de los canales colombianos de televisión abierta³. Este artículo,

² El contratista programador, de acuerdo con el Decreto 666, “es la persona que suministre y seleccione el contenido de la programación que se transmite por el sistema”. Existe también la figura del contratista operador-programador: “la persona que instale los equipos y la red necesaria para llevar el servicio de Televisión por Suscripción y seleccione y suministre el contenido de la programación que se transmite por el sistema”.

³ Dice así el mencionado artículo: “Los operadores de Televisión por Suscripción deberán garantizar sin

que reproduce parcialmente el ya citado del Acuerdo 14, fue analizado por la Corte Constitucional colombiana, que lo encontró adecuado al ordenamiento superior. El fundamento para esta decisión se relaciona con uno de los aspectos que se ha señalado hasta el momento, la tensión entre el interés del Estado en regular como asunto de interés público la televisión y el apoyo al interés privado y comercial como agente importante en el esquema. La Corte señaló el interés superior del público y el Estado sobre la televisión, que, amparado en el artículo 75 de la Constitución colombiana, se entiende dentro del carácter público del espectro radioeléctrico. Aunque el ataque de inconstitucionalidad a la norma se refiere a una posible ventaja competitiva creada en favor de la televisión nacional, la fundamentación de la Corte señala precisamente las diferencias en los mercados de los sistemas de televisión abierta y la televisión por suscripción o cerrada, para concluir que no existe realmente competencia entre los dos sistemas “... ya que, como se precisó anteriormente, los operadores de televisión por suscripción no se encuentran en igualdad de condiciones respecto de los operadores de televisión abierta” (Corte Constitucional, Sentencia C-654, 2003).

El artículo 11 de la Ley 680 sigue siendo vigente, y es uno de los elementos que determina el problema que se desarrolla aquí.

Aun más importante es el análisis de la Corte respecto de la finalidad de esta medida. Para ello señaló que aquella disposición fue creada con el fin de garantizar el derecho al pluralismo informativo para toda la comunidad. Recuerda la Corte que el servicio de televisión es un servicio público sometido al control del Estado y que, como tal, los operadores de este servicio están llamados a respetar y promover las garantías, deberes y derechos fundamentales “... fortaleciendo la democracia y la paz y propendiendo por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local” (Corte Constitucional, Sentencia C-654, 2003).

Para la Corte, esta medida no sólo es proporcional en relación con el beneficio que se busca, el derecho a recibir una información libre e imparcial, sino que incluso genera un beneficio a los suscriptores de la televisión cerrada, pues estos reciben, sin tener que pagar un costo adicional, la posibilidad de acceder a la televisión nacional.

La Ley 1341 de 2009, que integra la estructura completa de la televisión al marco de las telecomunicaciones, fue modificada por la Ley 1978 de 2019, la cual introduce un numeral 9 en el artí-

costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital en el área de cubrimiento únicamente. Sin embargo, la transmisión de canales locales por parte de los operadores de Televisión por Suscripción estará condicionada a la capacidad técnica del operador” (Ley 680, 2001).

culo 2 de la Ley 1341, que señala los principios que orientan el servicio de televisión en relación con la promoción de los contenidos multiplataforma de interés público⁴.

La revisión de este panorama legal lleva a indicar que la obligación de los operadores de televisión cerrada de retransmitir los canales colombianos de televisión abierta tiene una orientación hacia la función pública de la televisión, por una parte, y, por la otra, buscan garantizar el acceso a dichos canales en igualdad de condiciones para toda la población sin que ello represente un cargo adicional para los suscriptores.

Finalmente, la Resolución 2291 de 2014 de la **Autoridad Nacional de Televisión** (ANTV), en su artículo segundo, inciso segundo, señala que “los radiodifusores, so pretexto de la cancelación de derechos económicos, no podrán negar su consentimiento previo y expreso a los operadores de televisión cerrada” para cumplir con la obligación “Must-Carry”. Esta norma, aun bajo estudio por el Consejo de Estado⁵, se soportaba en el Acuerdo 02 de 2012 de la ANTV, que fue derogado por la Resolución 1022 de 2017 de la ANTV. Sin embargo, en un análisis del conjunto de normas que se han revisado, es claro que al construir de manera extraña una especie de licencia obligatoria para el cumplimiento de la obligación “Must-Carry”, el aparte en cuestión de la Resolución 2291 es contrario a las normas superiores en las que se funda. Adicionalmente, esta disposición tiene serios efectos en relación con el derecho de autor, como será explicado en la sección 3 de este artículo.

Del análisis anterior se pueden plantear varias conclusiones. Primero, la figura por la que se impone a los operadores de televisión por suscripción o cerrada la retransmisión de las señales de televisión abierta es una figura existente en las normas colombianas desde 1985. Segundo, es una figura que atiende, conforme a lo anotado por la Corte Constitucional en la sentencia citada

⁴ Dice así el mencionado numeral: “El Estado garantizará la promoción de los contenidos multiplataforma de interés público, a nivel nacional y regional, para contribuir a la participación ciudadana y, en especial, en la promoción de valores cívicos, el reconocimiento de las diversas identidades étnicas, culturales y religiosas, la equidad de género, la inclusión política y social, la integración nacional, el fortalecimiento de la democracia y el acceso al conocimiento, en especial a través de la radiodifusión sonora pública y la televisión pública, así como el uso de nuevos medios públicos mediante mecanismos multiplataforma” (Ley 1978, 2019). Adicionalmente, esta norma señala en su artículo 32, inciso 2: “La inclusión en el régimen de habilitación general de los operadores del servicio de televisión por suscripción y de televisión comunitaria no implica la modificación de la clasificación legal de este servicio conforme lo define la Ley 182 de 1995. Esto incluye el cumplimiento de todas las demás obligaciones de origen legal, reglamentario y regulatorio, aplicables al servicio”.

⁵ Radicación 11001032400020170025600, Sección Primera del Consejo de Estado, acción de nulidad contra el inciso segundo del artículo segundo de la Resolución 2291 de 22 de septiembre de 2014. Demandante Filipo Ernesto Burgos Guzmán.

anteriormente, a un interés público, por el que el Estado ejerce el control del espectro electromagnético y protege el interés de las comunidades de acceder a un horizonte completo de la oferta de producción nacional y regional, protegiendo a su vez la diversidad y el intercambio cultural. Tercero, el respeto por el derecho de autor y los derechos conexos implicados en las actividades desarrolladas por los operadores de televisión cerrada no sólo no se puede descartar dentro de la figura, sino que en varias oportunidades las normas han señalado este deber.

El artículo 11 de la Ley 680 no logra configurar una limitación al derecho, pues no satisface la regla de los tres pasos del Convenio de Berna y la Decisión Andina 351 de 1993, pues como se demuestra a lo largo de este documento, tal situación genera un perjuicio injustificado al legítimo titular del derecho de autor que no logra ser satisfactoriamente resuelto en el marco normativo.

ANÁLISIS DE LAS NORMAS SOBRE DERECHO DE AUTOR EN RELACIÓN CON LA FIGURA DE “MUST-CARRY”

Como se ha señalado anteriormente, el asunto en cuestión en este artículo se refiere a las implicaciones en materia de derecho de autor respecto de las normas que imponen a los operadores de televisión cerrada o televisión por suscripción el deber de retransmitir los canales de televisión abierta nacional y regionales a través de sus redes sin costo adicional para el suscriptor.

Es menester aclarar que en el marco internacional, respecto de los tratados sobre derecho de autor de los que es miembro Colombia, se encuentra que el Convenio de Berna en su artículo 11bis.1.ii al referirse a toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen comprende la retransmisión de las obras radiodifundidas por medio de cable, como un acto de comunicación al público, sujeto al control del autor o del titular del derecho, siempre que se trate de una comunicación hecha por una organización diferente de la original (Ficsor, 2003).

A su vez, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor amplía el concepto de comunicación pública: “con base en el artículo 8 del TODA, el derecho de comunicación al público por cable se ha vuelto de aplicación general también en el caso de transmisiones “tradicionales” no interactivas...” (Ficsor, 2003, p. 210)⁶.

⁶ Ver también: Lipszyc (2004, pp.138–140).

Derecho comunitario andino

El derecho de comunicación pública y el derecho de retransmisión

El derecho patrimonial de autor comprende todas las formas de explotación de las obras. En tal sentido, una de las formas en que tradicionalmente las obras (particularmente las musicales y las audiovisuales) son utilizadas es por medio de la comunicación pública. Este derecho ha sido definido por la Decisión Andina, artículo 15, como la posibilidad que tiene el autor para permitir o no “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” (Decisión Andina 351, 1993)⁷.

De manera reiterada la jurisprudencia del TJCA ha interpretado las disposiciones relativas a la comunicación pública señalando dos elementos consustanciales a esta forma de explotación. El primero es que la obra sea dispuesta para el acceso de una pluralidad de personas reunidas o no en un mismo lugar. Segundo, que no se haya realizado una previa distribución de ejemplares de la obra a los miembros del público. Adicionalmente, señala el tribunal, la comunicación se debe realizar para una colectividad, y por lo tanto se exceptúa el ámbito doméstico o familiar. Estos elementos fueron reconocidos como parte del criterio de interpretación jurídico del acto aclarado, por ser uniforme, estable y coherente sobre el objeto, alcance y contenido del derecho de comunicación pública y se encuentran en el proceso 383-IP-2021 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [TJCA], 2023b, pp. 8-10)⁸.

Una de las formas en las que el derecho de comunicación pública se evidencia es la retransmisión de las obras radiodifundidas o televisadas, bien sea por medio de hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono (artículo 15, literales e) y d) de la Decisión Andina 351)⁹.

⁷ La cláusula de protección de este derecho se enuncia de la siguiente manera: “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”.

⁸ También: TJCA, 39-IP-99, 2000, p. 6; 464-IP-2017, 2018, párr. 6.20.

⁹ “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: (...) 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” (Decisión Andina 351, 1993).

El concepto de comunicación pública, y más concretamente, el de retransmisión, ha sido precisado por la jurisprudencia del TJCA en varias de sus interpretaciones prejudiciales. Así, en el proceso 39-IP-99, ante la necesidad de definir el alcance de los derechos de retransmisión de obras protegidas por el derecho de autor, el Tribunal llamó la atención sobre el sentido de los artículos 13 literal b) y 15 literal e) de la Decisión Andina 351 de 1993.

En relación con el artículo 13 de la mencionada norma, el TJCA establece que la naturaleza de los derechos patrimoniales de autor es exclusiva, transferible, temporal y renunciable. El acto de comunicación puede ser directo o indirecto. Siendo el primer caso aquel que se produce en vivo, y el segundo, el que se realiza mediante “un agente de difusión como es la radiodifusión, los satélites y la distribución por cable” (TJCA, 39-IP-99, 2000, p. 6)¹⁰.

Más adelante, el mismo Tribunal señala los diferentes tipos de comunicación pública, entre los cuales se encuentra la transmisión, definida como “el acto de enviar a distancia obras, datos, informaciones o la representación, ejecución o recitación de la obra, sin trasladarla materialmente, por medios idóneos, alámbricos o inalámbricos” (TJCA, 39-IP-99, 2000, p. 7). Precizando entonces igualmente que la cable-distribución consiste en la distribución de señales para el público por medio hilo, cable, fibra óptica o rayo láser.

En cuanto a la retransmisión de las obras, la 39-IP-99 entra en un análisis más profundo del asunto interpretando el artículo 15, literal e) ya señalado, para aclarar que la retransmisión, conforme a la definición del artículo 3 de la misma norma andina, consiste en “remisión 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”. Acto seguido, el Tribunal precisa que se trata de la “transmisión de la obra al público por un organismo **distinto** al de origen” (TJCA, 39-IP-99, 2000, p. 8)¹¹.

Antequera Parilli, explicando el alcance del derecho de retransmisión, señalaba que la retransmisión “constituye una forma de comunicación pública exclusiva del titular del respectivo derecho y conforme a la “independencia de los derechos”, la autorización otorgada para la transmisión de origen de una obra (alámbrica o inalámbrica), no implica ni alcanza a la autorización para la retransmisión de esa emisión originaria, sea utilizando el espacio radioeléctrico o por medio de guías artificiales (Antequera Parilli, 2001, p. 169).

¹⁰ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en diferentes interpretaciones prejudiciales. Entre las más recientes se encuentran: TJCA, 46-IP-2017, 2019a; 544-IP-2018, 2019b.

¹¹ Énfasis en el texto original. La Interpretación Prejudicial 39-IP-1999 es reiterada en: TJCA, 122-IP-2020, 2020a, p. 37.

Mediante la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020, el TJCA precisa el alcance del derecho de retransmisión de las obras audiovisuales indicando que este consistirá en un acto de comunicación pública bajo 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 (TJCA, 122-IP-2020, 2020a, p. 42).

Dicho criterio se reitera en varias interpretaciones prejudiciales del Tribunal, lo que podría constituir un acto aclarado en el sentido de la interpretación de los artículos 13 y 15 de la Decisión Andina 351 respecto del alcance del concepto de retransmisión de obras audiovisuales¹². Como se puede evidenciar en la serie de sentencias indicadas a pie de página, estos aspectos se han venido interpretando de manera uniforme, estable y coherente.

El Proceso 221-IP-2021 especifica no sólo el alcance del artículo 15, literal e), sino que se extiende a los literales f) e i) para señalar que existe comunicación pública de un audiovisual si aquel originalmente fue difundido por televisión y posteriormente transmitida por cualquier tecnología (f)) o en general la difusión de cualquier procedimiento conocido o por conocerse de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes (i)).

La autorización para la retransmisión de las señales no implica la autorización para la retransmisión de la obra contenida

Dado que el problema en cuestión se refiere a la retransmisión de las señales de los canales de televisión abierta, es importante señalar que, en reiteradas decisiones, el TJCA (371-IP-2017) ha precisado que:

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,

¹² Los criterios relacionados con la retransmisión como parte del derecho de comunicación pública se encuentran reiterados en: TJCA, 139-IP-2020, 2021 p. 29; 221-IP-2021, 2022b, pp. 19–22; 144-IP-2020, 2022a, p. 19; 257-IP-2021, 2022c, p.56.

organización, o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada.

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. (TJCA, 570-IP-2018, 2018, p. 47)

Es entonces evidente, tanto para el Tribunal como para la tradición jurídica en materia de derecho de autor, que hay una clara diferencia entre los derechos de los creadores de las obras literarias y artísticas y los derechos llamados conexos, que no tienen la misma naturaleza ni origen conceptual o histórico. Es por ello que se trata de titulares de derechos diferentes, y es por ello que la autorización de los segundos para el uso, por ejemplo, de sus señales de radiodifusión no implica la autorización de los primeros para la retransmisión de sus obras contenidas en tales señales. Ello simplemente significaría disponer de derechos ajenos.

En el proceso 225-IP-2015, el TJCA, decidiendo precisamente sobre la naturaleza del derecho conexo de los organismos de radiodifusión respecto de los cuales el artículo 11 de la Ley 680 establece el deber de retransmitir sus señales por parte de los operadores de televisión paga, indica la separación e independencia entre estos derechos y los derechos sobre las obras contenidas en las señales radiodifundidas y luego retransmitidas. Dice el Tribunal:

Es importante reiterar que, el contenido de las señales de los organismos de radiodifusión puede estar protegido por un derecho de autor o derechos conexos, protección que, como se ha mencionado previamente, es independiente de la protección conferida a los organismos de radiodifusión sobre sus propias emisiones. En consecuencia, una retransmisión no autorizada puede implicar no solamente una infracción a los derechos conexos de titularidad de organismos de radiodifusión, sino también a derechos de autor -compositor o productor- o artista.

En tal virtud, el organismo de radiodifusión deberá contar, para realizar una transmisión que incluya contenido protegido por derechos de autor o artista, con la correspondiente autorización.

En consecuencia, los autores, compositores o productores gozarán de un derecho de autorizar no sólo la radiodifusión de las obras, sino también la comunicación pública de estas por parte de un organismo de radiodifusión distinto del cual le otorgaron la autorización. (TJCA, 225-IP-2015, 2016, p. 10)¹³

La distinción señalada por el TJCA se desarrolla en varias interpretaciones prejudiciales, que parten de la 225-IP-2015 ya citada, en las que se determina que la autorización, de cualquier natu-

¹³ Subrayado en el original. En el mismo sentido se encuentra: TJCA, 371-IP-2017, 2018; 570-IP-2018, 2020b, p. 21.

raleza, que le permita a un tercero diferente del organismo de radiodifusión de origen de la señal retransmitir dicha señal es separada, diferente y no implica la autorización del titular del derecho de autor sobre los contenidos de dicha señal, es decir, las obras audiovisuales en sí¹⁴.

De esta manera se construye un elemento más que podría ser parte de una interpretación como acto aclarado respecto del alcance de los derechos de los autores en cuanto la retransmisión de sus obras y el derecho conexo de los organismos de radiodifusión.

Lo anterior tiene soporte adicional en las normas que se han analizado en la sección segunda de este artículo, pues es claro que, desde su primera versión, la norma que establece el “Must-Carry” deja indemnes el derecho de los autores y el de los titulares de los derechos conexos, los cuales deben ser respetados por los operadores de televisión cerrada.

Derecho nacional

Podemos afirmar que, en Colombia, el derecho de comunicación al público comprende la retransmisión de las obras protegidas por el derecho de autor, ya sea esta retransmisión por medios inalámbricos o por medio de hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo¹⁵. En este mismo sentido se ha manifestado Ríos (2009):

Es claro y generalmente aceptado que cuando se realiza una retransmisión por medio de un operador por cable de aquella emisión proveniente de organismo de radiodifusión, nos encontramos frente a una nueva forma de utilización, es decir, un uso diferente respecto de las obras transmitidas originalmente mediante ondas hercianas; por tanto, es necesario contar con la previa y expresa autorización de los titulares. (p. 392)

Tal retransmisión es la realizada por otro organismo diferente a la del origen.

El concepto de comunicación pública ha sido estudiado por la Corte Constitucional colombiana señalando de manera concreta cuando analiza el derecho de remuneración por la comunicación pública para los directores de las obras audiovisuales. Para la Corte, este derecho responde a

la necesidad de que la creación esté sometida al acceso de un número plural de personas, reunidas o no en un mismo lugar, siempre que no se haya realizado una previa distribución de ejemplares de la obra. En la práctica se incluyen las divulgaciones efectuadas en una sala de cine o en hoteles,

¹⁴ En tal sentido se encuentran los procesos TJCA, 570-IP-2018, 2020b, p. 21; 122-IP-2020, 2020a, p. 41; 139-IP-2021, 2021, p. 27; 221-IP-2021, 2022b, p. 25; 144-IP-2020, 2022a, pp. 14–15; y 257-IP-2021, 2022c, pp. 51–52.

¹⁵ Ley 23 de 1982, artículo 12 (modificado por la Ley 1915 de 2018, artículo 3) y artículo 78.

y la emisión que se origina por un operador de televisión, un cable operador o por las plataformas digitales. (Corte Constitucional, C-069, 2019)¹⁶

Dichos actos, por una parte, están sometidos al control del titular del derecho, y en el caso que ocupa a la Corte en la sentencia citada, genera además el derecho de remuneración que la Ley 1835 de 2017 establece al reformar el artículo 98 de la Ley 23 de 1982.

Derivado de la línea jurisprudencial evidenciada en el TJCA más arriba, el Tribunal Superior de Distrito de Judicial de Bogotá ha reconocido en dos decisiones recientes que la obligación “Must-Carry” del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 conlleva el deber de los respectivos operadores de televisión por suscripción de contar con las licencias correspondientes para la retransmisión de las obras audiovisuales contenidas en las señales que se retransmiten, y que dicha autorización es diferente e independiente de la autorización que el organismo de radiodifusión de origen de la señal retransmitida pueda haber otorgado para la retransmisión de la señal en sí (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 2021; 2023).

EL “MUST-CARRY” EN OTRAS JURISDICCIONES

En el contexto internacional, otras jurisdicciones han afrontado de manera similar las implicaciones que la figura del “Must-Carry” puede implicar en el derecho de autor. En esta sección se revisarán algunas aproximaciones que pueden servir como indicadores de la solidez de la línea de interpretación seguida por el TJAC y por el Tribunal Superior de Bogotá. Dichas jurisdicciones comprenden Estados Unidos, Canadá, la Unión Europea, Reino Unido, y España. Por motivos de espacio se han dejado el estudio de otros países que nuestra investigación comprendió.

Estados Unidos

Por medio de la Ley de Política de Comunicaciones por Cable de 1984, el sistema de televisión de los Estados Unidos creó la imposición “Must-Carry”, que implicó la creación de licencias obligatorias en favor de los operadores de cable, de manera que no tuvieran la necesidad de negociar con los titulares del derecho de autor de las obras retransmitidas.

Esta situación no es del todo pacífica¹⁷. Autores como Fan han señalado que en el caso de “Must-Carry”, si bien las licencias obligatorias son una respuesta a una falla del mercado, tam-

¹⁶ En el mismo sentido se encuentra: Corte Constitucional, C-282, 1997.

¹⁷ Ver el caso del Sindicato de Libertades Civiles Americanas (ACLU) contra la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) (D.C. Circ., 1987). En este caso, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia de los Estados

bién es cierto que las mismas son una limitación al libre ejercicio del derecho de propiedad, protegido constitucionalmente en los Estados Unidos (Fan, 2000, p. 640), así como en Colombia. La misma oficina de derecho de autor de los Estados Unidos (Copyright Office) ha señalado que la imposición de licencias obligatorias es el último recurso disponible para corregir esta falla del mercado de manera que se garantice la recepción de los canales de televisión por parte de la población¹⁸. Las licencias obligatorias les evitan a los operadores de cable la necesidad de negociar la explotación de las obras retransmitidas con sus titulares del derecho de autor.

Unión Europea

De acuerdo con Brison y Depreeuw (2017, p. 99), los elementos principales que se han elaborado para la interpretación del derecho de comunicación pública en la Unión Europea se basan en el principio que busca otorgar a los autores y titulares de derechos de autor el más alto nivel de protección posible y una recompensa apropiada por el uso de sus obras o prestaciones.

En tal sentido se precisa con las autoras mencionadas anteriormente que el concepto de comunicación al público, conforme al artículo 3.1 de la Directiva Europea 2001/29 (2001)¹⁹, se refiere únicamente a una comunicación a un público que no está presente donde la comunicación se

Unidos se refiere a la implementación de la mencionada norma.

¹⁸ Así lo señala la oficina del Registrador de Derechos de Autor en su reporte sobre las licencias obligatorias para los portadores de señales de cable o satélite (Register of Copyrights, 1992). Citado por Fan (2000, pp. 640-641).

¹⁹ Artículo 3: Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas.

1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:

a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;

b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;

d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que estas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2.

origina²⁰. Este derecho requiere dos elementos. Por una parte, el acto de comunicación, por medio del cual los miembros del público tienen acceso a las obras, sin importar los medios técnicos o procesos utilizados para este fin. Brison y Depreeuw señalan múltiples decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este tema²¹. Por otra parte, la comunicación debe ser hecha a un público indeterminado (Brison y Depreeuw 2017, p. 103). Adicionalmente, indican las autoras en comentario, no importa que las personas hayan realmente usado la posibilidad de acceder a la obra, lo que importa es que la obra sea accesible por ese público²².

Ahora bien, si la comunicación se hace por medio de la misma tecnología, se requiere que haya un “nuevo público” como parámetro para definir si se ha producido un nuevo acto de comunicación al público. En efecto, las sentencias hito del tribunal europeo en este sentido son las de los casos *Football Association (Efficient Consumer Response [ECR], 2011)*, así como la sentencia *SGAE*. Si la retransmisión se hace por medio de una tecnología diferente a la de origen de la emisión, la definición de si hay o no un nuevo público se vuelve irrelevante pues será siempre un nuevo acto de comunicación (Brison y Depreeuw, 2017, p. 105)²³.

Para soportar esta conclusión, el Tribunal define dos elementos básicos: 1) Que, de acuerdo a la Directiva Europea 2001/29, considerando 23°, el derecho de autor a permitir o no los actos de comunicación al público de las obras comprende “todo tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, efectuada por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la radiodifusión”; 2) Que del artículo 3 de la misma Directiva se entiende que “la autorización para incluir las obras protegidas en una comunicación al público no agota el derecho de autorizar o prohibir otras comunicaciones de esas obras al público” (ECR, 2013, p. 23), es decir que no procede un argumento similar al del agotamiento del derecho que se puede observar en ciertos casos en la distribución de ejemplares de las obras comprendidos como objetos tangibles.

²⁰ Ver el Caso C-283/10 *Circul Globus Bucuresti v UCMR – ADA*. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Citado: (Brison y Depreeuw (2017, p. 99).

²¹ Tales son por ejemplo: *Caso C-306/05 SGAE v Rafaek Hoteles SA*; *Caso C-403/08 y C-429/08 Futbol Association Premier League y otros v QC Leisure y otros*; y *Caso C-351/12 OSA v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*

²² Caso *SGAE*, citado por: Brison y Depreeuw (2017, p. 104).

²³ En el mismo sentido, Torremans lo expresa de una manera concreta: “An act of communication refers to any transmission of protected works, irrespective of technical means or process used. And any transmission or retransmission that uses a specific technical means must separately be authorised” (Torremans, 2017, pp. 89-90, 94).

Luego, el Tribunal establece una primera conclusión: que en los casos en que una obra es objeto de múltiples utilizaciones, cada transmisión o retransmisión que se realice por un medio técnico específico debe ser individualizada por el titular del derecho. Adicionalmente, precisa el Tribunal, la “retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por satélite o por cable, de una transmisión inicial de emisiones de televisión o de radio que contengan obras protegidas, aunque esas emisiones ya puedan ser recibidas en su zona de cobertura por otros medios técnicos, como las ondas radioeléctricas de las redes terrestres”, exigen una nueva autorización del titular del derecho de autor con base en los artículos 2 y 8 de la Directiva Europea 93/83 (ECR, 2013, pp. 24, 25).²⁴

Finalmente, el Tribunal señala que, si la retransmisión de una emisión de televisión terrestre se realiza por un medio técnico específico diferente al medio de la comunicación de origen, se entiende que es una “comunicación” de acuerdo con lo indicado en el artículo 3 de la Directiva 2001/29 arriba citada.

La reciente Directiva Europea (EU)789/2019, relativa a los derechos de autor y conexos en determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, reitera en su artículo 4.1 el principio de independencia de los derechos, indicando que la transmisión en línea de señales no comprende la autorización del derecho de autor contenido en la señal. En dicha Directiva se complementa el concepto de retransmisión ya definido por el artículo 1.3 de la Directiva 93/83 para la distribución por cable. En aquella, el artículo 2.2 define la retransmisión como toda aquella que se realiza de manera simultánea, inalterada e íntegra y que sea destinada a su recepción por el público cuando dicha transmisión inicial sea alámbrica o inalámbrica, incluida vía satélite, pero no en línea, siempre que se satisfagan dos condiciones. La primera, que la retransmisión sea efectuada por una parte distinta de quien realiza la transmisión inicial, independientemente de la manera en que la parte que retransmite obtenga las señales

²⁴ Los artículos 2 y 8 de la Directiva mencionada señalan: Artículo 2. Derecho de emisión. Salvo lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros reconocerán a los autores el derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público vía satélite de obras protegidas por derechos de autor. Artículo 8. Derecho de distribución por cable 1. Los Estados miembros velarán por que la distribución por cable en su territorio de programas de otros Estados miembros se realice respetando los derechos de autor y derechos afines aplicables y con arreglo a acuerdos contractuales individuales o colectivos entre los titulares de ambas categorías de derechos y las empresas de distribución por cable. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán mantener hasta el 31 de diciembre de 1997 los sistemas de licencias legales existentes o expresamente previstos en sus leyes nacionales a 31 de julio de 1991.

portadoras de los programas a efectos de la retransmisión. La segunda, que aquella se realice en un entorno gestionado (Directiva (UE) 2019/789, 2019)²⁵.

Reino Unido

En el caso estudiado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TV Catchup v. ITV (Caso C-275/15) (ECR, 2017), se establece la prevalencia de la protección del derecho de los autores para permitir o no la comunicación pública de sus obras por medio de sistemas de retransmisión. La pregunta de la División Civil de la Corte de Apelaciones para Inglaterra y Gales elevada al Tribunal Europeo se refirió a la aplicación del artículo 9 de la Directiva Europea 2001/29, específicamente en lo relacionado con las normas inglesas, según las cuales la retransmisión por medio de cable operadores de manera simultánea de las señales radiodifundidas y realizadas por un mandato legal no son sujetas al derecho de autor (Reed, 2015), así lo señalaba la Sección 73 de la Ley inglesa sobre Derecho de Autor, Diseños y Patentes (Copyright, Designs and Patents Act, 1988)²⁶.

En TV Catchup, el Tribunal Europeo señaló que el concepto de “acceso al cable” es completamente diferente al concepto de retransmisión en el marco del derecho de autor, y particularmente de la Directiva Europea 2001/29, que se refiere específicamente a la transmisión de material audiovisual. El mencionado Tribunal adicionalmente aclaró que la Directiva ya había señalado con toda claridad que esta dejaría indemne la legislación europea existente en lo relacionado con el derecho de autor respecto de la radiodifusión de programas vía satélite y la retransmisión por cable (artículo 1.1.c) de la Directiva 2001/29)²⁷. Finalmente estableció que la in-

²⁵ Para complementar una lectura sobre la Directiva 789, Erdozain López (2020).

²⁶ Artículo 9 de la Directiva Europea 2001/29: Continuación de la vigencia de otras disposiciones legales. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas, en particular, a los derechos de patente, las marcas comerciales, los dibujos y modelos, los modelos de utilidad, las topografías de productos semiconductores, los tipos de caracteres de imprenta, el acceso condicional, el acceso al cable por parte de los servicios de radiodifusión, la protección del patrimonio nacional, los requisitos sobre depósito legal, la legislación sobre prácticas restrictivas y competencia desleal, el secreto comercial, la seguridad, la confidencialidad, la protección de datos y el derecho a la intimidad, el acceso a los documentos públicos y el derecho de contratos (Directiva Europea 2001/29, 2001).

²⁷ Artículo 1. Ámbito de aplicación: 1. La presente Directiva trata de la protección jurídica de los derechos de autor y otros derechos afines a los derechos de autor en el mercado interior, con particular atención a la sociedad de la información. 2. Salvo en los casos mencionados en el artículo 11, la presente Directiva dejará intactas y no afectará en modo alguno las disposiciones comunitarias vigentes relacionadas con: (...) c) los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor aplicables a la radiodifusión de programas vía satélite y la retransmisión por cable (...).

interpretación del artículo 9 no permite que la legislación nacional de un país miembro establezca que el derecho de autor no se ve infringido por efecto de la retransmisión inmediata por cable, incluso si esta se deriva de obligaciones de servicio público (ECR, 2017, p. 29), como sería el caso de las obligaciones “Must-Carry”.

Llama la atención que, si bien no hubo un mandato directo del Tribunal Europeo, el Gobierno británico, luego del caso TV Catchup, derogó la sección 73 de la Ley de Derecho de Autor, Diseños y Patentes por medio de la sección 34 de la Ley de la Economía Digital del 2017 (Digital Economy Act, 2017)²⁸, en consecuencia, la obligación “Must-Carry” en la legislación inglesa conlleva la necesidad de obtener las respectivas licencias.

En todo caso, en el caso TV Catchup, el Tribunal aclara que el derecho de comunicación pública como se ha regulado en la Directiva 2001/29 debe ser interpretado de la manera más abierta posible de manera que satisfaga el objetivo de la Directiva misma, el cual es promover un alto grado de protección para el derecho de autor.

España

La reiteración de las decisiones judiciales sobre el tema de que se ocupa este artículo se puede evidenciar en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de Madrid, que ha reiterado la naturaleza del concepto de comunicación pública y, en particular, su relación con la retransmisión por cable de las emisiones. Por ejemplo, en el caso de EGEDA contra Cabo TV Sesteiro S. A., el Tribunal Supremo precisó el concepto de retransmisión y su relación con la comunicación pública de la siguiente manera:

Se produce retransmisión cuando una señal radiodifundida, en cualquiera de las modalidades posibles, es captada por una entidad distinta de la que la emite (o transmite) y a través de una red de difusión, propia o no, la pone en disposición de ser utilizada por el público. La entidad de radiodifusión primaria realiza la “emisión” –lanzamiento inalámbrico de la señal de radiodifusión– y la entidad de radiodifusión secundaria la recepciona o capta y la pone a disposición –retransmite– del público. No es necesaria la alteración, modificación o transformación de la señal. En resumen, hay retransmisión en la comunicación por cable de las obras por entidad distinta de la de origen de la señal. (...)

²⁸ Reed (2015, p. 183) señala que en probablemente como resultado de TV Catchup, la Comisión Europea inició procedimientos en contra del Reino Unido, entendiendo “*in particular, that each transmission and re-transmission of a work using specific technical means must be individually authorised by the rightholder, notwithstanding that the work can already be received in the relevant catchment area by other technical means*”.

- c) Hay “comunicación” porque basta que la obra se ponga a disposición del público para que pueda acceder a ella.
- d) Hay comunicación “pública”, porque hay pluralidad de personas –número indeterminado de telespectadores potenciales– que pueden acceder, sin que sea relevante la determinación numérica de los destinatarios.
- e) La referencia a que en la entidad receptora es un consumidor más carece de interés. Lo trascendente es que, cualquiera que sea su naturaleza, constituye entidad distinta de la de origen de la señal. La retransmisión que realiza constituye por sí misma una nueva y propia difusión de la obra. Por ello carece de eficacia argumentativa la referencia a que los derechos de los productores ya fueron abonados por la entidad emisora. La autorización a ésta no abarca la de la retransmisión por entidad diferente.
- f) La apreciación por la sentencia recurrida de la excepción del párrafo segundo del art. 20.1 LPI choca con el hecho de que falta uno de los requisitos cumulativos: el relativo a la no integración o conexión de una red de difusión de cualquier tipo.
- g) Finalmente, resultan indiferentes el modo de interconexión en la red de difusión; si la redifusión es alámbrica o inalámbrica; si se abona o no un canon a la entidad que retransmite; y si ésta obtiene o no un lucro económico; si se cumplen o no las normas de telecomunicación; el carácter público o privado, y de consumidor último o no de la entidad de retransmisión; y la finalidad de la red de atender a la demanda de los pobladores de una zona geográfica de “sombra televisiva” a la que no alcanza la difusión convencional. (Tribunal Supremo, Sala de Lo Civil, Sección 1a, 2010, p.8)

Otra sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, precisa, además de la naturaleza del derecho de comunicación pública y de la retransmisión de las obras, ya indicado más arriba, la diferencia clara y total separación entre las autorizaciones que se brindan para un organismo de radiodifusión para la primera emisión de los contenidos radiodifundidos y la necesaria autorización para realizar la retransmisión de esos contenidos al retransmitir la señal que los contiene. Así mismo, reitera lo ya señalado en este escrito en referencia a la diferenciación de los derechos de los autores respecto de las obras audiovisuales y los derechos conexos relativos a los organismos de radiodifusión:

Lo que la norma pretende es que el derecho exclusivo que pudieran detentar las entidades de radiodifusión televisiva no elimine de forma completa y absoluta los derechos de los propios autores (...) resulta insostenible la tesis de la parte recurrente de que una obra por el hecho de ser incluida en un programa que posteriormente difundirá un ente de televisión pierda toda identidad y especificidad. (Tribunal Supremo, Sala 1, 2002, p.6)

Conforme a la revisión anteriormente realizada, se puede establecer que la figura del “Must-Carry” ha sido regulada en diferentes jurisdicciones y hay una clara diferenciación entre el ámbito

normativo de la televisión (abierta o cerrada) y el ámbito de protección del derecho de autor en las legislaciones de los países que se estudian.

Otro aspecto para destacar es que el “Must-Carry” no afecta ni debe afectar el derecho de autor. Lo contrario sería una contradicción con el objetivo de la política misma, que busca favorecer la producción local de contenidos y garantizar su difusión.

El amplio desarrollo del concepto de comunicación pública en el derecho ha permitido establecer que en el caso de la retransmisión de obras protegidas por el derecho de autor, el hecho simple de que la retransmisión se produzca por un ente diferente al de origen de la señal que contiene las obras protegidas, implica una nueva comunicación al público.

Abunda la jurisprudencia en las diferentes jurisdicciones en aplicar el principio de independencia de los derechos, de manera que la autorización para la radiodifusión de las obras no implica o un agotamiento del derecho de comunicación pública, o una autorización implícita para retransmitir dichas obras.

Es también claramente aceptado que el derecho conexo del organismo de radiodifusión es diferente al derecho de autor sobre las obras contenidas en las señales radiodifundidas. Por lo tanto, no es posible pretender o alegar válidamente que si el organismo de radiodifusión autoriza la retransmisión de sus emisiones que contienen obras protegidas por el derecho de autor, ello implique una autorización para la retransmisión de dichas obras. Simplemente son derechos diferentes y titulares de derechos diferentes.

CONCLUSIONES

De un análisis del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 se puede entender que no existe una limitación o excepción al derecho de autor. Se trata más bien de una imposición del Estado a los operadores de televisión por suscripción en razón a la concesión de la operación de una parte del espectro radioeléctrico sobre el cual ejerce dominio. Es, además, conforme a los planteamientos de la sección 2 de este artículo, un mecanismo que se utiliza para promover el libre acceso en igualdad de condiciones a toda la población del país. En tal sentido, del texto de la norma, así como de las subsecuentes normas que emanan del organismo regulador de la televisión en Colombia, no se evidencia la autorización para el operador de televisión cerrada para realizar la retransmisión, todo lo contrario, le impone este cargo.

Adicionalmente podemos señalar que el derecho de autor sobre las obras que son comunicadas al público por medio de los organismos de radiodifusión es diferente al derecho conexo del organismo de radiodifusión. Por lo tanto, la autorización para retransmitir las emisiones del or-

ganismo de radiodifusión no comprende la autorización para retransmitir las obras contenidas en las emisiones retransmitidas. Lo anterior encuentra soporte en la legislación nacional, andina y en el marco de otras jurisdicciones que han estudiado el tema. En tal sentido, esta conclusión puede establecerse además como un acto aclarado en el marco de la jurisprudencia del TJCA.

También se puede entender que es un acto aclarado en el marco de la jurisprudencia del TJCA que siendo la retransmisión un acto de comunicación pública, se somete a la autorización previa y expresa del autor o el titular del derecho de autor sobre la obra retransmitida. Así, es irrelevante que la retransmisión que realiza el operador de televisión por suscripción se dé en cumplimiento de un mandato legal, pues dicho mandato no incorpora de ninguna manera una limitación o excepción a dicho derecho de los autores.

Siempre que la retransmisión se produzca por parte de un organismo o ente diferente del que origina la señal retransmitida, se estará frente a un nuevo y diferente acto de comunicación al público de la obra y, por lo tanto, debe ser autorizado de manera previa y expresa por el autor o el titular del derecho sobre la obra retransmitida.

Finalmente, la autorización para la comunicación de las obras audiovisuales que se haya podido otorgar al organismo de radiodifusión de origen de la señal que luego es retransmitida, es separada, independiente y, por lo tanto, no comprende ni se puede extender a la retransmisión que el operador de televisión por suscripción realiza.

REFERENCIAS

- Antequera Parilli, R. (2001). *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de autor y los derechos Conexos*, t. I. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura.
- Tribunal Supremo, Sala 1. (2002, 2 de diciembre). Sentencia 1137/2002. EGEDA v Sociedad Telebadajoz S.L.. En R. Antequera Parilli, *Derecho de Autor Regional*. CERLALC. <https://cerlalc.org/jurisprudencia/>
- Tribunal Supremo, Sala de Lo Civil, Sección 1a. (2010, 20 de julio). Sentencia 502/2010. EGEDA v Cabo TV Sesteiro S.A. y Otra. En R. Antequera Parilli, *Derecho de Autor Regional*. CERLALC. <https://cerlalc.org/jurisprudencia/>
- Brison, F. y Depreeuw, S. (2017). The Right of ‘communication to the Public’ in the European Union. En P. Torremans, *Research Handbook on Copyright Law* (pp. 96-134). Edward Elgar Publishing. Doi (libro): 10.4337/9781785361432
- Buenaventura, J. G. (1988). Televisión y Régimen Político en Colombia 1982 - 1986. *Signo y Pensamiento*, 13, 45–65. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view/3503>

- Comisión del Acuerdo de Cartagena. (1993). Decisión 351, *Régimen Común en Materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos*.
- Comisión Nacional de Televisión. (1997). Acuerdo 14 de 1997, *por medio del cual se reglamenta el servicio de televisión por suscripción, se adopta el plan de promoción y normalización de dicho servicio y se dictan otras disposiciones*.
- Congreso de la República de Colombia. (1996). Ley 335, *por la cual se modifica parcialmente la ley 14 de 1991 y la ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones*.
- Congreso de la República de Colombia. (2001). Ley 680, *por la cual se reforman las leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 335 de 1996 y se dictan otras disposiciones en materia de televisión*.
- Congreso de la República de Colombia. (2019). Ley 1978, *por la cual se moderniza el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones*.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-282/97, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-069, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- D.C. Circ. (1987). *ACLU v. FCC*, 823 F.2d 1554.
- Efficient Consumer Response [ECR]. (2011). *Joined Cases C-403/08 Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others and C-429/08 Karen Murphy v Media Protection Services Ltd*. EU.
- Efficient Consumer Response [ECR]. (2013). *Case C-607/11 ITV Broadcasting Limited and Others v TV Catchup Limited*.
- Efficient Consumer Response [ECR]. (2017). *Case C-275/15 ITV Broadcasting Limited and Others v TV Catchup Limited and Others*.
- Erdozain López, J. C. (2020). Novedades introducidas por la Directiva (UE) 2019/789. En Á. Díez Alfonso, *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho de Autor. 15 Aniversario* (pp. 167-74), Madrid: Instituto de Derecho de Autor. <http://documentos-ia.s3.amazonaws.com/15+ANIVERSARIO/NOVEDADES+INTRODUCIDAS+POR+LA+DIRECTIVA-ERDOZAIN.pdf>
- Fan, B. H. (2000). When Channel Surfers Flip to the Web: Copyright Liability for Internet Broadcasting. *Federal Communications Law*, 52(3), 619–646. <https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol52/iss3/11>
- Ficsor, M. (2003). *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*. Geneva: World Intellectual Property Organization.
- Lipszyc, D. (2004). *Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: CERLALC - UNESCO - Zavalía.

- Parlamento Europeo y Consejo de Europa. (2001). Directiva 2001/29/CE, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*.
- Parlamento Europeo and Consejo de Europa. (2019). Directiva (UE) 2019/789, *por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión*.
- Parliament of the United Kingdom. (1988). Copyright, Designs and Patents Act.
- Parliament of the United Kingdom. (2017). Digital Economy Act.
- Presidencia de la República de Colombia. (1985). Decreto 666, *por el cual se dicta la reglamentación para la prestación del servicio de televisión por suscripción*.
- Reed, N. (2015). Case Comment. Is Time Catching up with TVCatchup and the Cable Retransmission Defence? *Entertainment Law Review*, 26(5), 181-183. Recuperado de <https://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/delivery/document>
- Ríos Ruiz, W. R. (2009). *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC's)*. Universidad de los Andes-Temis.
- Torremans, P. (2017). When the Court of Justice of the European Union Sets about Defining Exclusive Rights: Copyright Quo Vadis? En P. Torremans, *Research Handbook on Copyright Law* (pp. 85-95). Edward Elgar Publishing. Doi (libro): 10.4337/9781785361432
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2000). Proceso 39-IP-99.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2016). Proceso 225-IP-2015.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2018). Proceso 464-IP-2017.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2018). Proceso 371-IP-2017.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2019a). Proceso 46-IP-2017.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2019b). Proceso 544-IP-2018.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2020a). Proceso 122-IP-2020.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2020b). Proceso 570-IP-2018.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2021). Proceso 139-IP-2020.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2022a). Proceso 144-IP-2020.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2022b). Proceso 221-IP-2021.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2022c). Proceso 257-IP-2021.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2023a). Acuerdo 06/2023. *Guía para la Aplicación del Criterio Jurídico del Acto Aclarado en las Solicitudes de Interpretación Prejudicial*.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2023b). Proceso 383-IP-2021.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. (2021). Egeda Colombia vs. Cable Cauca Comunicaciones SAS. M.P. Clara Inés Márquez Bulla.

Tribunal Superior de Bogotá (2023). Egeda Colombia vs. Telmex Colombia S.A. (hoy Comcel S.A.). M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

Vizcaíno, M. (2005). La Legislación de Televisión En Colombia: Entre el Estado y el Mercado. *Historia Crítica*, 28, 127-144. Doi: <https://doi.org/10.7440/histcrit28.2004.05>