



INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHO DE AUTOR
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITO DE AUTOR
INTERAMERICAN COPYRIGHT INSTITUTE
INSTITUT INTERAMERICAIN DE DROIT D'AUTEUR

Presidenta: Delia Lipszyc (Argentina). **Secretario General:** Nicolás M. Hermida (Argentina). **Secretaria General Adjunta:** Mónica Torres Cadena (Colombia). **Vicepresidentes:** por Argentina: Miguel Ángel Emery y Alejo Barrenechea; por Brasil: José Carlos Costa Netto, Paulo Oliver y Jorge Costa; por Chile: Jorge Mahú Baeza y Santiago Schuster Vergara; por Colombia: Fernando Zapata López y Ernesto Rengifo García; por España: Fernando Bondía Román, Rafael Sánchez Arísti y Antonio Castán; por Guatemala: Marco Antonio Palacios; por México: María del Carmen Arteaga Alvarado; por Perú: Rubén Ugarteche Villacorta y Armando Massé Fernández; por Uruguay: Eduardo De Freitas y Gustavo Vignoli; por Venezuela: Manuel Rodríguez y Rafael Fariñas. **Presidente de honor:** Carlos Alberto Villalba (Argentina). **Presidente de honor in memoriam** Ricardo Antequera Parilli (Venezuela). **Miembros de honor:** Milagros del Corral, Eduardo Bautista García, Carlos Fernández Ballesteros, Natalio Chediak, Jean-Alexis Ziegler; *in memoriam:* Álvaro Garzón, Arpad Bogsch, Antonio Delgado Porras, Esteban de la Puente García y Ulrich Uchtenhagen

boletín informativo

noviembre

2021

Distinguidos consocios:

En este número rendimos tributo a nuestro querido Ramón Casas Vallès con las palabras de Antonio Castán; reproducimos el artículo de Hugo Gómez Apac sobre “La comunicación pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión de señales de radiodifusión: las Interpretaciones Prejudiciales 122-IP-2020 y 139-IP-2020 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” y la crónica de Leire Gutiérrez Vázquez sobre la directiva 2019/790 publicada en el boletín de marzo de 2019 del Instituto Autor de la SGAE.

Asimismo encontrarán la convocatoria al Premio Ricardo Antequera Parilli y sus bases, así como otras informaciones y datos de interés.

Hacemos propicia la oportunidad para desearles un venturoso 2021 durante el cual se superen definitivamente los efectos de la pandemia que asoló al mundo durante los dos últimos años.

Índice (*) (**)

- Ramón Casas, en el recuerdo.....	p.	3
- La comunicación pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión de señales de radiodifusión: las Interpretaciones Prejudiciales 122-IP-20 y 139-IP-2020 del Tribuna de Justicia de la Comunidad Andina.....	p.	5
- UE: El Parlamento Europeo aprueba la Directiva de Derechos de Autor en el Mercado Único Digital	p.	25
- Convocatoria al Premio Ricardo Antequera Parilli.....	p.	28
- Categorías de miembros del IIDA.....	p.	29

Informaciones adicionales figuran en nuestro sitio en la Web: www.iidautor.org



(*) *Clicando con el puntero del mouse sobre los temas se va directamente a la página respectiva.*

(**) *Prohibida la reproducción total o parcial de este boletín, sea cual fuere el medio electrónico o mecánico, sin el consentimiento previo y por escrito del IIDA. Los artículos publicados en este boletín expresan exclusivamente la opinión de sus respectivos autores, sin que comprometan ni reflejen, de manera alguna, la posición institucional del IIDA.*

La comunicación pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión de señales de radiodifusión: las Interpretaciones Prejudiciales 122-IP-20 y 139-IP-2020 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina



por Hugo R. Gómez Apac *

1. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad exponer los criterios jurídicos interpretativos en materia de derecho de autor y derechos conexos esbozados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA**) en las Interpretaciones Prejudiciales 122-IP-2020 y 139-IP-2020, la primera emitida el 7 de octubre de 2020 y publicada al día siguiente en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4086, y la segunda expedida el 14 de octubre de 2021 y publicada cuatro días después en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4357.

Ambas interpretaciones prejudiciales se originan en controversias acaecidas en Colombia entre, de un lado, una entidad de gestión colectiva que administra los derechos que le corresponden a los productores de obras audiovisuales y, del otro, empresas que brindan el servicio de televisión por suscripción (conocido también como televisión de señal cerrada o televisión de paga)¹. Si bien los conflictos tenían

* El autor es Magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y catedrático en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico, en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo (Ecuador), en la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Continental, en la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Escuela de Derecho de la Universidad Científica del Sur.

Si bien el autor expone en el presente trabajo dos interpretaciones prejudiciales del TJCA, cualquier opinión que vaya más allá del contenido de tales providencias judiciales es de su exclusiva responsabilidad, la que es emitida a título personal y con carácter estrictamente académico.

¹ La Interpretación Prejudicial 122-IP-2020 se origina en una controversia entre EGEDA Colombia y HV Televisión S.A.S., mientras que la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020 en un conflicto entre EGEDA Colombia y Telmex Colombia S.A. (hoy Comcel S.A.).

varios asuntos controvertidos, el que nos interesa en el presente trabajo es aquel que consistía en determinar si la empresa de televisión por suscripción había infringido o no el derecho patrimonial de comunicación pública de obras audiovisuales de titularidad de los productores asociados a la entidad de gestión colectiva, mediante la presunta comunicación pública de tales obras a través de la retransmisión de emisiones (previamente radiodifundidas), sin contar con la autorización respectiva².

Dicho en otros términos, el quid de la controversia que nos convoca en el presente trabajo era si la empresa de televisión por suscripción, al retransmitir una señal que contiene obras audiovisuales (películas, novelas, series, dibujos animados, documentales, videos musicales, etc.), había efectuado o no una comunicación pública de tales obras y, de haberlo hecho, si debía obtener o no autorización de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública de dichas obras, que eran los productores asociados a la entidad de gestión colectiva. Adicionalmente, si la exigencia de la mencionada autorización variaba o no jurídicamente debido a que la «retransmisión» efectuada por la empresa de televisión por suscripción —de la señal de televisión abierta— había operado por mandato de la legislación interna, denominese o no a dicho mandato «*must carry*».

2. Nociones previas sobre el derecho comunitario andino

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú conforman la Comunidad Andina, el proceso de integración jurídica, económica y social más longevo y exitoso de Sudamérica, que nació el 26 de mayo de 1969 con la firma del Acuerdo de Cartagena. Este proceso se caracteriza por gozar de supranacionalidad, la presencia de un área de libre comercio (el mercado subregional andino) y la armonización de políticas y legislaciones. La supranacionalidad es consecuencia de la cesión de soberanías legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, lo que permite la existencia de un ordenamiento supranacional que prevalece sobre los ordenamientos nacionales y la presencia de órganos comunitarios de carácter legislativo (el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina), ejecutivo (la Secretaría General de la Comunidad Andina) y jurisdiccional (el TJCA). El área de libre comercio posibilita que los productos originarios de un país miembro ingresen a otro país miembro sin restricciones y sin pagar aranceles (o derechos aduaneros) ni estar sujetos a recargo alguno de carácter fiscal, monetario o cambiario. Por virtud de la armonización, los cuatro países miembros tienen, en determinados ámbitos, las mismas leyes, las leyes andinas (llamadas Decisiones), que rigen de manera vinculante y obligatoria en los cuatro territorios, como es el caso de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que aprueba el «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos», del 17 de diciembre de 1993, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 145 del 21 de diciembre de ese año.

La Comunidad Andina cuenta con un ordenamiento jurídico que presenta una dualidad especial, pues es autónomo al de los países miembros y, al mismo tiempo,

² Si bien el TJCA no resuelve la controversia del proceso interno, los criterios jurisprudenciales que desarrolla en las interpretaciones prejudiciales se encuentran relacionados con la materia o materias involucradas en dicha controversia.

forma parte de ellos. El ordenamiento andino, que posee sus propias fuentes y principios, está compuesto por normas constitucionales (los Tratados y sus protocolos), legales (las Decisiones emitidas por los órganos comunitarios legislativos) y reglamentarias (las resoluciones del órgano comunitario ejecutivo).

El TJCA, a través de las acciones de nulidad e incumplimiento, el recurso por omisión y las acciones laborales, resuelve controversias entre países miembros, entre órganos comunitarios, entre países miembros y órganos comunitarios, y entre estos y personas naturales y jurídicas. Adicionalmente, a través de la figura de la interpretación prejudicial, la corte andina orienta a las autoridades administrativas y judiciales nacionales sobre la correcta interpretación de las disposiciones que conforman el ordenamiento andino.

La solicitud de interpretación prejudicial es obligatoria si el juez nacional que va a resolver la controversia en el proceso interno, aplicando el derecho andino, es de única o última instancia, es decir, que su fallo no es susceptible de ser impugnado ante una instancia superior. En este caso, el juez debe suspender el proceso que tiene en manos y solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, esperar que esta corte internacional se pronuncie y aplicar la interpretación efectuada por la corte andina en la resolución del proceso interno.

La solicitud de interpretación prejudicial es facultativa si el juez nacional que va a resolver la controversia en el proceso interno, aplicando el derecho andino, no es de única o última instancia, vale decir, que su fallo es susceptible de ser impugnado ante una instancia superior. En este supuesto, el juez no está obligado a suspender el proceso que tiene en curso, por lo que si solicita la interpretación prejudicial al TJCA, podría emitir sentencia si es que no ha recibido de manera oportuna la interpretación efectuada por la corte andina. No obstante ello, si la norma nacional le permite, y de considerarlo pertinente, podría suspender el proceso y esperar la interpretación prejudicial.

La corte andina ha interpretado que «juez nacional» no son solo los jueces de la judicatura, sino también los árbitros y las autoridades administrativas que ejercen función jurisdiccional (o cuasi-jurisdiccional). Estas últimas son aquellas que resuelven un conflicto intersubjetivo de intereses, esto es, que son autoridades administrativas con competencia para resolver una controversia entre dos o más particulares, como es el caso de la oposición a una solicitud de registro marcario, la solicitud de nulidad o cancelación de registro marcario, una denuncia por infracción de derechos de autor, etc. La Interpretación Prejudicial 122-IP-2020 es producto de la consulta (facultativa) formulada por la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia el 23 de julio de 2020, mientras que la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020 es consecuencia de la solicitud (obligatoria) formulada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 31 de julio de 2020.

En la figura de la interpretación prejudicial, el TJCA interpreta una o más normas del derecho andino utilizando los métodos de interpretación que reconoce la teoría general del derecho, aunque aplica de manera preferente los llamados métodos funcionales, como son el sistemático (averiguar el sentido de la norma teniendo en consideración el contexto normativo), el teleológico (indagar sobre la finalidad de la norma) y el de la *ratio legis* (buscar la razón del ser de la norma). De manera que estos métodos son preferentemente utilizados, sin perjuicio de

aplicar los otros métodos —como el literal (o gramatical), el histórico, el evolutivo, entre otros— si las circunstancias lo justifican.

A través de la interpretación jurídica, el TJCA desprende de la norma andina objeto de interpretación criterios jurídicos interpretativos (o criterios jurisprudenciales), que pueden ser reglas jurídicas, premisas, razonamientos, conceptos, instituciones, etc. Estos criterios dan cuerpo y alcance a la norma interpretada. Son parte de ella. Es como si el contenido de la norma andina (derecho positivo) se expandiera gracias a la interpretación jurídica. El mayor volumen lo ocupan los criterios jurídicos interpretativos. Y así como el derecho positivo es norma jurídica, los criterios que la interpretan también son normas jurídicas. Esto no es otra cosa que la constatación de que la jurisprudencia es fuente de derecho.

El TJCA, al interpretar el derecho andino, crea un nuevo derecho, un derecho compuesto por normas jurídicas que son los criterios jurídicos interpretativos. La corte andina no legisla³, que es la creación de derecho positivo, sino interpreta el derecho positivo, que es la creación de derecho a través de la jurisprudencia. La interpretación extrae una norma jurídica (jurisprudencial) de la norma jurídica interpretada (el derecho positivo andino).

3. La comunicación pública de obras audiovisuales por parte de una empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción

Un primer asunto que corresponde abordar es lo relativo a la comunicación pública de obras audiovisuales⁴ por parte de las empresas que brindan el servicio de televisión por suscripción (o televisión de señal cerrada o televisión de paga).

De conformidad con lo señalado en el literal b) del art. 13 de la Decisión 351, los autores (y sus derechohabientes) tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar y prohibir la comunicación pública de sus obras por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos y las imágenes. Y para comprender lo que significa «comunicación pública», el art. 15 de la misma ley andina establece que es 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. En la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020, el

³ Como se ha mencionado previamente, los órganos competentes para legislar el derecho positivo andino son el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina, los órganos legislativos de la Comunidad Andina, que emiten Decisiones (las leyes andinas).

⁴ El art. 3 de la Decisión 351 define a la obra audiovisual como toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene. Es el caso de las películas (obras cinematográficas), novelas, series, dibujos animados, documentales, videos musicales, etc.¹¹⁷

TJCA acude a la voz autorizada de la profesora Delia Lipszyc⁵, quien entiende por comunicación pública de una obra:

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

La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo...»⁶

El mencionado art. 15 establece, como ejemplos de comunicación pública de obras, los siguientes:

«**Artículo 15.-** (...) (...)»

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

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

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

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; ^[L]_[SEP]

f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión; ^[L]_[SEP]
(...)

i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.» ^[L]_[SEP]

A la luz de la disposición citada, es comunicación al público (de obras audiovisuales) la emisión de obras por radiodifusión (radio o televisión) o por

⁵ Interpretación Prejudicial 122-IP-2020, párrafo 1.4, pp. 5-6.

⁶ El TJCA cita la siguiente obra: «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, p. 183.*»

«cualquier otro medio» que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, y ese «cualquier otro medio» podría ser la difusión de obras audiovisuales a través de la televisión por suscripción.

También es comunicación al público la transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono. Como puede observarse, es comunicación al público la transmisión de obras audiovisuales por cualquier tipo de tecnología, incluyendo el cable coaxial, la fibra óptica, el uso del espectro radioeléctrico, la señal satelital, entre otras, e independientemente de si el destinatario de la transmisión paga o no por la recepción de las obras. Las mencionadas tecnologías son las que utilizan las empresas de televisión por suscripción para brindar su servicio y por el que cobran a sus usuarios (abono).

Asimismo, es comunicación al público, la «**retransmisión**», por cualquiera de los medios antes citados (radiodifusión; «cualquier otro medio»; la transmisión a través de distintas tecnologías como el cable coaxial, la fibra óptica, el uso del espectro radioeléctrico, la señal satelital, entre otras) y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada. En este supuesto, comunicación al público es retransmitir, por cualquier medio, las obras audiovisuales previamente radiodifundidas o televisadas, por una entidad emisora distinta de la de origen. Así, tenemos una entidad emisora de origen (por ejemplo, una empresa de la televisión de señal abierta), que emite las obras audiovisuales, y una segunda entidad emisora (que sería, por ejemplo, la empresa de televisión por suscripción), que retransmite las obras audiovisuales.

Adicionalmente, es comunicación al público, la emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante «cualquier instrumento idóneo», de la obra difundida por radio o televisión. La disposición es bastante amplia, pues habla de «cualquier instrumento idóneo». De modo que habrá comunicación al público si la obra audiovisual, previamente difundida por televisión, es luego emitida o transmitida por la forma que fuere. En consecuencia, si la empresa de televisión por suscripción emite o transmite una obra audiovisual previamente difundida por la televisión, está realizando una comunicación al público de dicha obra.

Y si lo anterior fuera poco, también es comunicación al público, en términos generales, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes. Por tanto, si una empresa de televisión por suscripción, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, difunde obras audiovisuales, está realizando una comunicación al público de ellas.

El análisis de los literales c), d), e), f) e i) del art. 15 de la Decisión 351 permite comprender que, independientemente del verbo que se utilice (“emitir”, “difundir”, “transmitir” o “retransmitir”), las empresas de televisión por suscripción efectúan una comunicación al público de obras audiovisuales cuando las emiten, difunden, transmiten o retransmiten por cualquier medio, procedimiento o tecnología, conocido o por conocerse, lo que incluye, enunciativamente, el cable coaxial, la fibra óptica, el uso del espectro radioeléctrico o la señal satelital.

En conclusión, de este acápite, cuando una empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción, hace llegar a sus usuarios o abonados obras audiovisuales, por el medio, procedimiento o tecnología que fuese, o simplemente pone a disposición de estos, el acceso de dichas obras, en cualquier momento,

está efectuando una comunicación al público de ellas, lo que se encuentra previsto en los literales c), d), e), f) e i) del art. 15 de la Decisión 351. En consecuencia, y por mandato del literal b) del art. 13 de la misma ley andina, la referida empresa debe obtener la autorización de los titulares del derecho patrimonial a la comunicación pública de tales obras, como son los productores audiovisuales, que pueden ser asociados de una entidad de gestión colectiva.

4. La retransmisión de la señal de una empresa de televisión abierta por parte de una empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción

El literal a) del art. 39 de la Decisión 351, ubicado en el capítulo referido a los derechos conexos, establece que los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento. En consecuencia, si una empresa de televisión por suscripción incorpora en su parrilla de canales, la señal de una empresa de televisión abierta, dicho acto califica como la retransmisión de la señal de una empresa de radiodifusión por parte de una empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción, por lo que esta segunda debe obtener autorización de la primera.

La empresa de radiodifusión mencionada en el párrafo anterior no tiene un derecho de autor sobre su señal, sino un derecho conexo, el cual consiste en el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de su señal (o emisión) por cualquier medio o procedimiento. Por tanto, la empresa de televisión por suscripción, que pretenda retransmitir la señal o emisión de una empresa de televisión abierta, debe obtener de esta la autorización correspondiente.

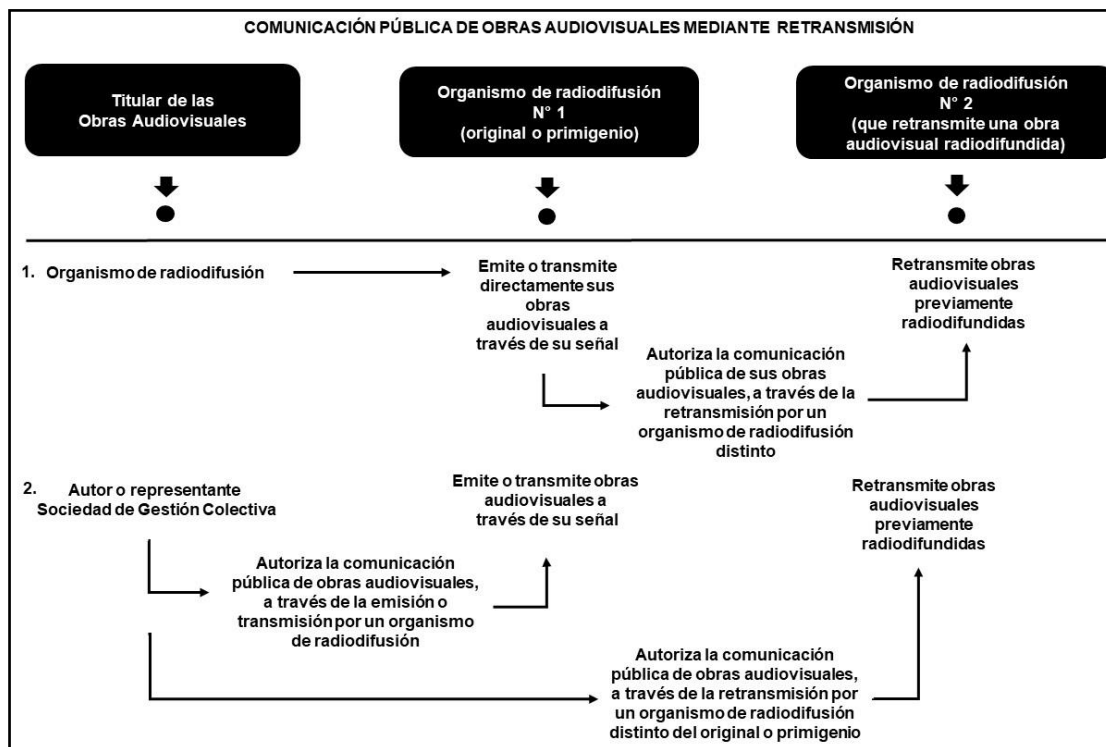
5. Los criterios jurídicos interpretativos contenidos en la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020

En cuanto a la autorización para comunicar al público obras audiovisuales, la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020 señala lo siguiente:

« (...)

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:

Gráfico N° 01



El gráfico antes consignado busca explicar lo que a continuación se expone:

a) La empresa de televisión abierta que emite o transmite obras audiovisuales a través de su señal, necesita la autorización previa de los titulares (originarios o derivados) del derecho patrimonial de comunicación pública que recae sobre dichas obras. En consecuencia, los productores (y, de ser el caso, los autores⁸) de obras audiovisuales o la sociedad de gestión colectiva que agrupa a productores de obras audiovisuales, según corresponda, tienen que autorizar a la empresa de televisión abierta para que esta efectúe una comunicación pública de dichas obras, comunicación que se realiza cuando la referida empresa emite o transmite las obras audiovisuales a través de su señal de televisión.

b) La empresa de televisión abierta no necesita obtener la autorización mencionada en el literal a) precedente, si ella es la productora de las obras audiovisuales que emite o transmite a través de su señal.

c) La empresa de televisión por suscripción que retransmite obras audiovisuales previamente radiodifundidas necesita la autorización previa de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública que recae sobre dichas obras. En consecuencia:

⁷ Interpretación Prejudicial 122-IP-2020, párrafo 1.13, pp. 9-10.

⁸ En aquellos casos en los que los autores (directores, guionistas, dibujantes, compositores) de las obras audiovisuales no hayan cedido a los productores el derecho patrimonial de comunicación pública de dichas obras.

(i) Los productores (y, de ser el caso, los autores⁹) de obras audiovisuales o la sociedad de gestión colectiva que agrupa a productores de obras audiovisuales, según sea el caso, tienen que autorizar a la empresa de televisión por suscripción para que esta efectúe una comunicación pública de dichas obras, comunicación que se realiza cuando la mencionada empresa retransmite obras audiovisuales previamente radiodifundidas, lo que ocurre cuando la empresa de televisión por suscripción retransmite la señal de la empresa de televisión abierta; o,

(ii) La empresa de televisión de señal abierta productora de obras audiovisuales tiene que autorizar a la empresa de televisión por suscripción para que esta efectúe una comunicación pública de tales obras, comunicación que se realiza cuando la segunda retransmite obras audiovisuales previamente radiodifundidas por la primera, lo que ocurre cuando la empresa de televisión por suscripción retransmite la señal de la empresa de televisión abierta.

Y con relación al derecho conexo que recae sobre la señal de la empresa de televisión abierta, la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020 establece lo siguiente:

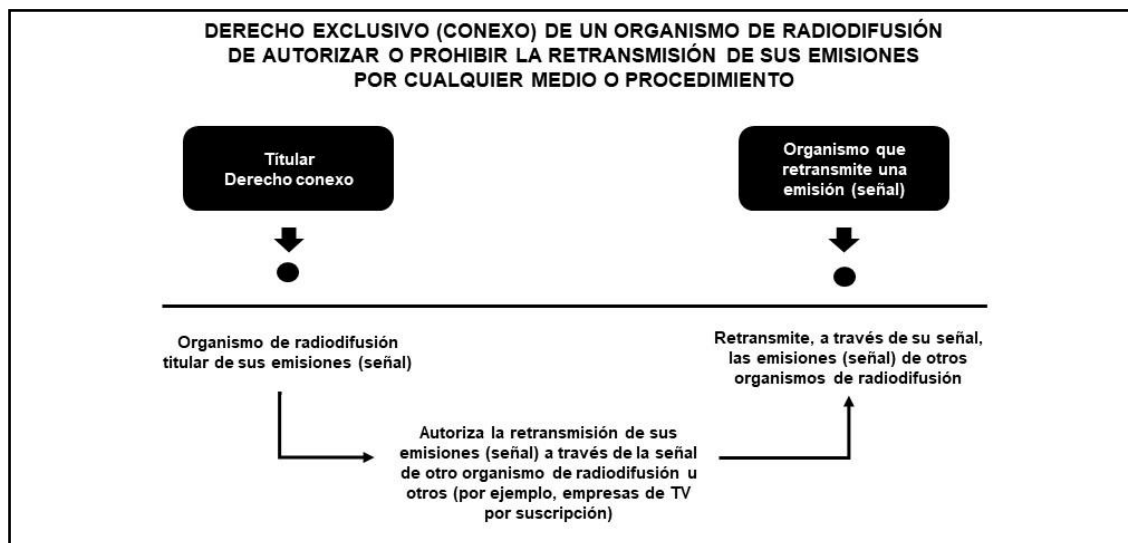
«...los organismos de radiodifusión, al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas, son titulares de derechos conexos, los cuales se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada.

...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.

...Los organismos de radiodifusión son titulares de derechos conexos y en este sentido, el Artículo 39 de la Decisión 351 (...) les confiere, entre otros, el derecho exclusivo para autorizar o prohibir la retransmisión (...) de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 02

⁹ Ver nota a pie de página anterior.



(...)»¹⁰

El gráfico antes consignado es claro en explicar que la empresa de televisión de señal abierta es la que autoriza a la empresa de televisión por suscripción, el que esta retransmita la señal de la primera.

Ahora bien, la emisión o señal (sobre la cual recae un derecho conexo) de una empresa de televisión abierta contiene obras audiovisuales (sobre las cuales recaen los derechos de autor), por lo que resulta pertinente diferenciar la autorización para comunicar al público las obras audiovisuales de la autorización para retransmitir la señal del organismo de radiodifusión. Al respecto, en la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020, la corte andina menciona lo siguiente:

«...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 audiovisuales (...)
(...)

...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

¹⁰ Interpretación Prejudicial 122-IP-2020, párrafos 1.14, 1.15 y 1.16, pp. 10-11.

respectiva autorización (...)

...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 señal (...) 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.

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.»¹¹

Teniendo presente la independencia que existe entre el derecho patrimonial de autor, referido a la comunicación pública de la obra audiovisual, y el derecho conexo de la empresa de televisión abierta, consistente en autorizar la retransmisión de su señal, la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020 sostiene que la empresa de televisión por suscripción, que propaga —por el medio, procedimiento o tecnología que fuese— obras audiovisuales, tiene la obligación de obtener:

a) Autorización previa de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública que recae sobre dichas obras, como son los productores (o los autores, de ser el caso¹²) de obras audiovisuales (incluyendo a la empresa de televisión abierta productora de tales obras) o la sociedad de gestión colectiva que agrupa a productores de obras audiovisuales, según corresponda; y,

¹¹ Interpretación Prejudicial 122-IP-2020, fundamentos 1.13, 1.18, 1.19 y 1.20, pp. 9, 12 y 13.

¹² Ver nota a pie núm. 9.

b) Autorización previa de la empresa de televisión abierta, por la retransmisión de su señal de televisión.

6. El informe oral acaecido en el trámite de la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020

Mediante Acuerdo 08/2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3146 del 29 de noviembre de 2017, modificado por Acuerdo 04/2018, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3284 del 14 de mayo de 2018, el TJCA aprobó el «Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales», cuyo art. 9 establece lo siguiente:

«Artículo 9.- Informes escritos u orales de carácter técnico y/o normativo. -

- 9.1 De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Artículo 36 de su Estatuto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina podrá solicitar a las autoridades de los Países Miembros y a las organizaciones e instituciones internacionales o nacionales vinculadas con las materias a que se refiere la solicitud de Interpretación Prejudicial, informes escritos u orales sobre aspectos de carácter técnico y/o normativo.
- 9.2 De modo excepcional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina podrá convocar a todas las partes intervinientes en el procedimiento administrativo o proceso judicial o arbitral respectivo, a los informes orales a que se refiere el Numeral 9.1 precedente.
- 9.3 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina pondrá en conocimiento de los órganos administrativos o jurisdiccionales consultantes la realización de los informes orales a que se refiere el Numeral 9.1 precedente, para que asistan a ellos si lo consideran pertinente.»

La disposición antes transcrita permite a la corte andina nutrirse de mayores elementos de juicio antes de emitir una determinada interpretación prejudicial. Los informes orales o escritos —sobre aspectos de carácter técnico y/o normativo— emitidos por autoridades de los países miembros y organizaciones e instituciones internacionales o nacionales vinculadas con las materias tratadas en la solicitud de interpretación prejudicial, así como los expuestos por las partes involucradas en el proceso interno, si bien no son vinculantes, pueden arrojar luces sobre cómo debe interpretarse una determinada disposición del derecho andino. Así, por ejemplo, si el asunto controvertido en el proceso interno trata sobre una materia regulada en la Decisión 351, el TJCA podría solicitar informes a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), a la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (Asipi), a las asociaciones nacionales de propiedad intelectual y a las oficinas nacionales de derecho de autor de los países miembros, entre otros.

Si bien la convocatoria a un informe oral parte de una iniciativa propia del TJCA, nada impide que las partes involucradas en la controversia interna lo

soliciten, tal como ocurrió en el trámite de la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020. En efecto, el 1 de marzo de 2021, la empresa de televisión por suscripción involucrada en la controversia del proceso interno solicitó a la corte andina se convoque a un informe oral en aplicación del citado art. 9.

Es así que por Auto de fecha 19 de mayo de 2021, el TJCA decidió convocar a informe oral a las partes del proceso interno¹³ y a un representante de cada una de las asociaciones de propiedad intelectual de los países miembros¹⁴, de la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) de Colombia, de la Dirección de Derecho de Autor del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (Senapi) de Bolivia, de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (Senadi) del Ecuador, de la Dirección de Derecho de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) del Perú, del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, del Comité de Trabajo de Derecho de Autor de la Asipi y del Comité de Derecho de Autor de la International Trademark Association (INTA).¹⁵

Si bien el asunto controvertido en el proceso interno que dio pie a la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020 era similar al del proceso interno que originó la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020, en esta se consideró pertinente averiguar si esa autorización previa que la empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción debe obtener de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública de obras audiovisuales variaba o no jurídicamente en función de que la legislación interna del país miembro estableciera el «*must carry*», es decir, la obligación de las empresas de televisión por suscripción de retransmitir la señal de las empresas de televisión abierta; o, dicho en otros términos, la obligación de las empresas de televisión por suscripción de incluir las señales de las empresas de televisión abierta en su oferta de servicios (en su parrilla de canales).

Es por ello que el TJCA preguntó, a todos los invitados al informe oral, a que 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

¹³ EGEDA Colombia y Comcel S.A.

¹⁴ La Asociación Boliviana de Propiedad Intelectual (ABPI), la Asociación Colombiana de Propiedad Intelectual (ACPI), el Centro Colombiano del Derecho de Autor (Cecolda), la Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual (AEPI) y la Asociación Peruana de Propiedad Intelectual (APPI).

¹⁵ El TJCA también dispuso poner en conocimiento de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la realización del mencionado informe oral para que, si lo consideraba pertinente, asistiese a la diligencia procesal.

autorización del titular de los derechos patrimoniales sobre dichas obras.

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

El 7 de julio de 2021 se llevó a cabo el informe oral. No asistieron todos los invitados, pero sí la mayoría de ellos. En la audiencia, los representantes del Senadi, el Cecolda, la AEPI y la Asipi respondieron en sentido afirmativo a la primera interrogante (a) y en sentido negativo al segundo (b), tercer (c) y cuarto (d) cuestionamientos. En relación con el quinto (e) 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, sobre el último cuestionamiento (f), que los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la «retransmisión» de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento.

7. La opinión de los expertos con relación a que la existencia del «*must carry*» no exime a la empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción de obtener autorización de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública de las obras audiovisuales retransmitidas por dicha empresa

En el informe oral del 7 de julio de 2021, respecto a la pregunta de si, existiendo en un país miembro la figura del «*must carry*», la empresa que brinda el servicio de televisión por suscripción debe o no obtener autorización de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública de las obras audiovisuales retransmitidas por dicha empresa, algunas respuestas fueron las siguientes:

- a) Ramiro Rodríguez, Director Nacional de Derecho de Autor del Senadi, dijo:

«(...) en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 76 de la Ley Orgánica de Comunicación, en su parte pertinente, señala : "Artículo 76.- (...) La transmisión de televisión abierta por parte de los sistemas de audio y video por suscripción dentro del territorio nacional, estará exenta de pago de derechos de retransmisión a la estación de televisión o al operador del sistema y tampoco será cobrada a los abonados o suscriptores de estos sistemas (...)" De allí que, si bien los sistemas de audio y video por suscripción tienen la obligación legal de retransmitir la señal de los organismos de radiodifusión televisiva de señal abierta y que, en consecuencia, en dicho caso, no se requeriría autorización del titular de los contenidos; no obstante aquello, lo que está exento de pago es únicamente la retransmisión de la señal y no de las obras por cuyo intermedio se comunica. A este respecto, es preciso mencionar que la doctrina y la jurisprudencia señalan que en el ámbito del derecho de autor no se deben realizar interpretaciones extensivas y que se debe aplicar el principio *pro autor*...»

- b) Yecid Ríos, representante del Cecolda, mencionó:

«Si la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción o señal cerrada de televisión, al retransmitir la emisión de una empresa que brinda el servicio de televisión de señal abierta, emisión que contiene obras audiovisuales, necesita o no de la autorización de los titulares de los derechos patrimoniales, mi opinión es que sí. Es un acto de comunicación pública que está sujeto a autorización en el caso, tanto del derecho de autor como también de los derechos conexos. ¿Si la situación cambia en relación con el *must carry*? Pues no. El *must carry* es una carga para los operadores de televisión cerrada pero no es una limitación a los derechos conexos y menos aun a los titulares de los derechos de autor. ¿Si la figura del *must carry* exime a la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción y que retransmite la señal de televisión de una empresa que brinda el servicio de televisión por señal abierta de la obligación de obtener la autorización o pagar las regalías al titular de derechos respecto a obras audiovisuales o cinematográficas contenidas en dicha transmisión? Mi respuesta es que la situación no cambia...»

- c) Pablo Solines, Presidente de la AEPI, manifestó:

«Es muy importante diferenciar los derechos que estarían, digamos, presentes en una situación como la que se plantea. Por un lado, tenemos el derecho de los organismos de radiodifusión como un derecho conexo, que es específicamente este derecho de autorizar o prohibir la emisión de su señal. Y que es claro, e internacionalmente conocido, pues, que esta señal sobre la cual adquiere derecho el organismo de radiodifusión no comprende los contenidos de la misma. Entonces, es un derecho absolutamente independiente del contenido que podría estar incorporado dentro de esta señal. Y en ese sentido, se ha reconocido en favor de los organismos de radiodifusión un derecho conexo justamente sobre esa emisión de la señal, por un lado. Por otro lado, estamos frente a lo que vendría a ser el contenido protegido, que podría estar traducido justamente en obras audiovisuales o incluso también en el tema de interpretaciones que no entran dentro de los cuestionamientos que está haciendo ahora el Tribunal. Entonces, cuando hablamos de este segundo derecho, digamos de los contenidos protegidos y más particularmente de las obras audiovisuales, nos encontramos con que estamos frente al ámbito de los derechos de autor, en donde el productor definitivamente tiene un derecho específico sobre estas obras que se traduce en aquellos derechos de explotación patrimoniales previstos en la Decisión 351 (...) entre ellos el derecho de comunicación pública. En ese sentido, pues tanto el *must carry* como el *must offer*, es importante señalar (...) es un concepto que afecta específicamente a la emisión de la señal; no es un concepto que afecte a los contenidos como tal. En ese sentido, al afectar a la emisión de la señal, es una disposición o es una obligación legal que estaría inmersa en el ámbito de los derechos de los organismos de radiodifusión.

Entonces, con esta introducción, que nosotros estamos realizando, si es importante, obviamente, dejar señalado que desde el punto de vista jurídico, el *must carry*, al no afectar el contenido protegido, es decir, el de las obras audiovisuales, en estricto sentido sí debería tener o contar con la autorización del titular de derecho de las obras audiovisuales, y, en definitiva, pagar por esos derechos o esa licencia o esa autorización que se tenga que solicitar en algún momento para justamente realizar la retransmisión del contenido. Ahora, esto es desde el punto de vista jurídico.

Desde el punto de vista práctico, ya se ha analizado como el hecho de que, en el *must carry*, la emisión de la señal y el contenido protegido van de la mano, van juntos. Entonces, en ese sentido, pues, el hecho de que la normativa nacional obligue a una retransmisión de la señal también llevaría implícito esa retransmisión del contenido protegido. Entonces, obviamente, esto plantea un problema práctico de cara a esta autorización —del titular— previa que se requeriría respecto de la retransmisión de la obra audiovisual, como contenido protegido, que queda exento del *must carry* (...) Consideramos que es necesario que, para poder realizar la retransmisión de una obra audiovisual, se cuente con esta autorización o con esta licencia y obviamente se realicen los

pagos correspondientes en función de lo que las partes pueda establecer.

Claro, la retransmisión de la señal, en cambio, es decir aquello que está afectado específicamente por el *must carry*, esto vendría a tener la suerte de ser interpretada como una licencia legal. Y en ese sentido, los organismos de radiodifusión, ya dependerá de lo que plantee la normativa nacional. Pero, en principio, el *must carry* no exige, pues, a los organismos de radiodifusión que emiten la señal a recibir un pago o una compensación por esta retransmisión que estarían haciendo los operadores de televisión paga».

d) José Roberto Herrera, Presidente del Comité de Derecho de Autor de la Asipi, declaró:

«... el mensaje que quisiera transmitir es que tenemos que partir de los principios básicos del derecho de autor, respecto a que cada uso de una obra debe tener autorización si no existe una excepción. En este caso, el denominado *must carry* o *must offer* no constituye excepción alguna al derecho de autor. La única posibilidad jurídica mediante la cual se podrían incluir una excepción sería precisamente mediante la inclusión de la excepción en la Decisión andina o en la ley de los países y siempre cuando cumpla la respectiva regla de los tres pasos, que todos conocen. En ningún caso el Convenio de Berna o la Decisión andina lo han establecido como excepciones. Y creo que permitir la retransmisión sin autorización atentaría contra la normal explotación de las obras y causaría perjuicios injustificados a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos, tanto de autor como conexos. Considerar lo contrario, sería atentar contra los mismos derechos de los autores que, como ustedes bien han oído, el derecho de autor es el salario del creador, y esto desincentivaría claramente la creación. Esto para decir un poco partiendo de los principios básicos del derecho de autor, y creo que sumando como ingredientes adicionales a los que se han planteado, que pueden sonar básicos, pero me parece muy relevante nombrarlos en esta audiencia.

Es evidente que el uso que hace un cableoperador, al retransmitir un contenido, debe ser autorizado con el fin de garantizar dicho [derecho] patrimonial de retransmisión. El Convenio de Berna como la Decisión andina han consagrado dichos derechos patrimoniales a los autores para garantizar, como les decía, su sustento. Y considerar que no están los cableoperadores [con el deber de] contar con la debida licencia sería ir en contravía de dichos derechos, que permite el mencionado sustento de los creadores y, asimismo, la calidad en las producciones.

Creo que es también relevante tener en cuenta la reciente interpretación prejudicial, la IP 122 de 2020, del mismo Tribunal Andino, del año pasado, —comparto el criterio de la misma— y que ha establecido claramente que no existe limitaciones ni excepción en el presente caso. Por ende, se necesita obtener la autorización del titular o titulares de derechos. En dicha IP 122 de 2020 (...)

considero que es clarísimo que el mismo Tribunal Andino de Justicia establece a los cableoperadores como organismos de radiodifusión. Basta ver el gráfico 1 de dicha IP, donde en los diagramas se explica de una forma didáctica lo evidente: la autorización que debe tener el cableoperador por retransmitir.»

Como puede apreciarse de las respuestas brindadas en el informe oral del 7 de julio de 2021, el hecho de que la empresa de televisión por suscripción esté obligada, por mandato legal (*must carry*), a retransmitir la señal de una empresa de televisión abierta (señal que contiene obras audiovisuales), no la exime de su obligación de obtener la autorización de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública de tales obras.

8. El criterio jurídico interpretativo nuevo contenido en la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020

En la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020, el TJCA reiteró tanto los criterios jurídicos interpretativos como los gráficos contenidos en la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020, ya expuestos en la sección 5 del presente documento. Sin embargo, en lo relativo al cuestionario y las respectivas respuestas esbozadas en el informe oral del 7 de julio de 2021, la corte andina ha señalado, literalmente, lo siguiente:

«...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 Europea (...), 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*.»¹⁶

Como puede observarse, lo que ha afirmado el TJCA, es que los criterios jurídicos interpretativos esbozados en la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020 se aplican incluso si la empresa de televisión por suscripción está obligada, por mandato legal (*must carry*), a retransmitir la señal de una empresa de televisión abierta. Es por ello que en la Interpretación Prejudicial 139-IP-2020, la corte andina reitera tanto los criterios jurídicos interpretativos como los gráficos contenidos en la Interpretación Prejudicial 122-IP-2020.

9. Conclusiones

El análisis de las Interpretaciones Prejudiciales 122-IP-2020 y 139-IP-2020 permite afirmar que, según el TJCA:

a) La empresa de televisión abierta que emite o transmite obras audiovisuales a través de su señal, necesita la autorización de los titulares

¹⁶ Interpretación Prejudicial 139-IP-2020, párrafo 5, p. 6.

(originarios o derivados) del derecho patrimonial de comunicación pública que recae sobre dichas obras. En consecuencia, los productores (y, de ser el caso, los autores¹⁷) de obras audiovisuales o la sociedad de gestión colectiva que agrupa a productores de obras audiovisuales, según corresponda, tienen que autorizar a la empresa de televisión abierta para que esta efectúe una comunicación pública de dichas obras, comunicación que se realiza cuando la referida empresa emite o transmite las obras audiovisuales a través de su señal de televisión.

b) La empresa de televisión abierta no necesita obtener la autorización mencionada en el literal a) precedente, si ella es la productora de las obras audiovisuales que emite o transmite a través de su señal.

c) La empresa de televisión por suscripción que retransmite obras audiovisuales previamente radiodifundidas necesita la autorización previa de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública que recae sobre dichas obras. En consecuencia:

- (i) Los productores (y, de ser el caso, los autores¹⁸) de obras audiovisuales o la sociedad de gestión colectiva que agrupa a productores de obras audiovisuales, según sea el caso, tienen que autorizar a la empresa de televisión por suscripción para que esta efectúe una comunicación pública de dichas obras, comunicación que se realiza cuando la mencionada empresa retransmite obras audiovisuales previamente radiodifundidas, lo que ocurre cuando la empresa de televisión por suscripción retransmite la señal de la empresa de televisión abierta; o,
- (ii) La empresa de televisión de señal abierta productora de obras audiovisuales tiene que autorizar a la empresa de televisión por suscripción para que esta efectúe una comunicación pública de dichas obras, comunicación que se realiza cuando la segunda retransmite obras audiovisuales previamente radiodifundidas por la primera, lo que ocurre cuando la empresa de televisión por suscripción retransmite la señal de la empresa de televisión abierta.

La autorización señalada en los núm. (i) y (ii) precedentes opera incluso si la empresa de televisión por suscripción está obligada, por mandato legal (*must carry*), a retransmitir la señal de la empresa de televisión abierta, es decir, cuando está obligada a incluir la señal de la empresa de televisión abierta en su oferta de servicios (en su parrilla de canales).

Los criterios jurídicos interpretativos antes mencionados, desarrollados por el TJCA a través de las Interpretaciones Prejudiciales 122-IP-2020 y 139-IP-2020, permiten una comprensión más precisa, más cabal, de la comunicación pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión de señales de radiodifusión.

¹⁷ Ver nota a pie núm. 9.

¹⁸ *Ibidem*.

La figura de la interpretación prejudicial ayuda a integrar los vacíos, generalidades, ambigüedades o deficiencias del derecho positivo andino, así como a dar respuesta y solución a problemas y situaciones que posiblemente el legislador andino nunca consideró o imaginó al momento de elaborar el derecho positivo comunitario.

Quito, noviembre de 2021.

