

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Organismos de radiodifusión. Contenido del derecho. Principios generales**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Comunidad Andina

**ORGANISMO:** Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

**FECHA:** 1-12-1999

**JURISDICCIÓN:** Judicial

**FUENTE:** Texto del fallo a través del Portal de la Comunidad Andina, por <http://www.comunidadandina.org/> (documentos).

**OTROS DATOS:** Proceso 39-IP-99

### **SUMARIO:**

*“La protección al derecho del organismo de radiodifusión comprende el prohibir o autorizar:*

*“1. La retransmisión de sus emisiones.*

*“2. La fijación sobre una base material de sus emisiones.*

*“3. La reproducción de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento.*

*“4. La comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando estas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada, bajo las condiciones que determine la ley nacional del país donde se reclame la protección.”*

*“Queda reconocido pues, el derecho que tienen los organismo de radiodifusión para autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones hechas sin su consentimiento”.*

*“El instrumento de retransmisión debe ser por medios inalámbricos o por ondas radioeléctricas, por cable o fibra óptica, lo que conduce no sólo a una competencia desleal sino inclusive a un enriquecimiento sin causa”.*

### **COMENTARIO:**

De acuerdo a la Convención de Roma el objeto de la protección en el caso de los organismos de radiodifusión es la emisión de radiodifusión, o sea, la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público (art. 3,f). Ello quiere decir que la tutela mínima para los organismos de radiodifusión está referida, en dicho instrumento, a la difusión a distancia de sonidos y/o imágenes para su captación por el público en general por medio de ondas radioeléctricas. En consecuencia, y salvo que la ley nacional aplicable disponga otra cosa, no está protegida por el derecho conexo previsto en la Convención la emisión de origen a través de conductores físicos (v.gr.: radiodifusión por cable), lo que no impide que: a) Una interpretación jurisprudencial de “avanzada”

aplique por analogía a los organismos de emisión por cable, la protección dispensada a las emisoras de radiodifusión; b) El emisor alámbrico accione contra quien abuse de su señal, invocando otras figuras jurídicas (v.gr.: enriquecimiento sin causa, competencia desleal, “*aprovechamiento parasitario*”, etc.); c) Los titulares de derechos sobre la programación (v.gr.: autores, intérpretes, productores), reclamen igualmente contra la transmisión o retransmisión alámbrica no autorizada de sus obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas. Pero si se define al organismo de radiodifusión como a la persona natural o jurídica que decide las emisiones y que determina el programa así como el día y la hora de la emisión (al estilo de algunos textos nacionales), resulta ser que también una estación que transmite a través de conductores físicos puede determinar la programación que comunica al público (incluso de programas propios) y resolver acerca de la oportunidad de la transmisión, y esa emisora puede verse igualmente afectada con la retransmisión no autorizada -por radiodifusión o en forma alámbrica-, de su emisión realizada a través del cable o la fibra óptica. Ante la similitud de situaciones, y no obstante que las estaciones de cable no son, *stricto sensu*, organismos de radiodifusión, muchas legislaciones disponen que a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos conexos reconocidos ellas, se reconoce una protección análoga, “*en cuanto corresponda*”, a las estaciones que transmitan programas al público por medio del hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo. La expresión “*en cuanto corresponda*”, empleada en varios ordenamientos, va dirigida al intérprete en cuanto a analizar, en cada caso concreto, si la situación planteada por un emisor por medio de conductores físicos es equivalente, respecto al sujeto que reclama la protección o al derecho que se invoca, con la de un organismo que realiza la transmisión por medios inalámbricos. Así, por ejemplo, si para calificar como organismo de radiodifusión -y disfrutar del goce y el ejercicio de los derechos reconocidos por la ley-, es necesario que sea quien “*decide las emisiones y que determina el programa así como el día y la hora de la emisión*”, esas mismas condiciones serán exigibles a quien pretenda invocar en forma análoga el derecho conexo del radiodifusor, si es una estación que transmite por cable u otro conductor físico. En ese sentido, por ejemplo, la Directiva Europea D.92/100/CEE dispone que el derecho de fijación sobre las emisiones no alcanza a las empresas de difusión por cable “*cuando simplemente retransmitan por cable emisiones de organismos de radiodifusión*” (art. 6,3), con lo cual se excluye a los meros “*distribuidores pasivos*” de las transmisiones de otros. Del mismo modo, la Directiva Europea D. 2001/29/CE reconoce derechos de reproducción y comunicación pública a los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones “*con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite*”. Finalmente, una ampliación de los derechos, tanto en los aspectos expresados como en otros, dependerá de lo que eventualmente se apruebe como un nuevo tratado sobre los organismos de radiodifusión, en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). © Ricardo Antequera Parilli, 2007.

## TEXTO COMPLETO:

### EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

#### VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en el Expediente N° 5083, en el cual la actora Liliana del Pilar Martínez Martínez, pretende obtener la nulidad del numeral 8 literal b) del artículo 43 del

Acuerdo 014 de 20 de marzo de 1997, expedido por la Comisión Nacional de Televisión “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.”

Que, El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, ha requerido de este Tribunal la interpretación prejudicial de los artículos 13 literal b), 15 literal e), 17 y 31 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Que, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, para cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 61 del Estatuto del Tribunal señala -como informe sucinto de los hechos relevantes para la interpretación- los siguientes:

#### **“HECHOS DE LA DEMANDA**

“El Estado Colombiano adquirió una serie de compromisos internacionales, plasmados en la Convención de Roma, aprobado por la ley 48 de 1975 y Convenio de Berna aprobado por la ley 33 de 1987, relacionados con la protección de los derechos de autor de los emisores de señales satelitales e incidentales captadas por quienes prestan el servicio de distribución.

“Los derechos de autor en Colombia se encuentran consagrados en la ley 23 de 1982, modificada por la ley 44 de 1993 e integrada en un régimen común en la Decisión 351 de 17 de diciembre de 1993, la que constituye normatividad interna y prevalente en la materia.

“La ley 182 de 1995 se expidió para desarrollar las normas constitucionales sobre el servicio público de televisión y a través de ella se creó la Comisión Nacional de Televisión a la que facultó para regular el servicio de televisión en general y el de televisión por suscripción, en particular.

“El artículo 8º de la ley 335 de 1996 ordenó a la Comisión Nacional de Televisión elaborar un plan de promoción y normalización del servicio de televisión por suscripción, uno de cuyos fines es el de velar porque se respeten los derechos de autor de acuerdo a la legislación nacional y a los acuerdos internacional sobre la materia.

“Si bien la recepción de señales incidentales es libre, existe el derecho exclusivo del autor a autorizar o prohibir toda comunicación pública, por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida cuando esta comunicación se haga por organismos distintos del de origen, como lo establece el artículo 11 bis, del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, y los artículos 13, literal b) y 15 literal e) de la Decisión Andina 351 de 1993

(régimen común para los países del pacto andino).

“El concesionario del servicio de televisión por suscripción se ve obligado a pagar los respectivos derechos de autor por la recepción, transmisión, distribución de señales incidentales, no pudiendo trasladar este gasto al usuario quien es el directo beneficiario de este tipo de señales.”

#### **“FUNDAMENTOS DE DERECHO**

“a). El artículo 13 de la Decisión 351, enuncia los derechos patrimoniales de autor o sus derechohabientes, sin cerrar la posibilidad de que las legislaciones internas de los países miembros reconozcan otros derechos de contenido patrimonial (art. 17 de la Decisión), en consecuencia no son taxativos dichos derechos sino meramente enunciativos, por la sencilla razón de que existirán tantos derechos patrimoniales cuantas sean las formas posibles de utilización o explotación de la obra.

“b). El artículo 31 de la Decisión que predetermina que toda transferencia de derechos patrimoniales como las autorizaciones o licencias de uso están limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el respectivo contrato.

“c). El artículo 15 prevé que la comunicación pública consiste en todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso a la obra sin previa distribución de sus ejemplares. Así, el derecho de comunicación pública, consiste en la facultad exclusiva que tiene el autor de comunicar la obra al público mediante la representación, ejecución y transmisión de ella.

“De otra parte, los literales a, b, c, d, e, f, g, h y l del artículo 15 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena enuncian algunas formas o actos especiales de comunicación pública que se deben tener en cuenta”.

## LA NORMA IMPUGNADA

La disposición cuya nulidad se demanda ante el Honorable Consejo de Estado es el numeral 8 del literal b) del artículo 43 del Acuerdo 014 de 20 de marzo de 1997, expedido por la Comisión Nacional de Televisión de la República de Colombia, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 43.- Clasificación de las faltas. Las faltas en que incurran los concesionarios de televisión por suscripción en cumplimiento de la presentación de este servicio se clasificarán de la siguiente manera:*

*“a) En la transmisión de producción propia y extranjera*

*(...)*

*“b) Operativas y administrativas*

*(...)*

*“8) Cobrar por la transmisión y distribución de señales incidentales. Sanción: multa entre el dos por ciento (2%) del valor de la concesión, o suspensión del servicio hasta por seis (6) meses, o caducidad del contrato”.*

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

La Comisión Nacional de Televisión al contestar la demanda, manifiesta lo siguiente:

*“Me opongo a las pretensiones formuladas por el actor en su demanda por las razones que a continuación expongo.*

### 1. RAZONES DE LA DEFENSA

a) *“La demandante sostiene que con la expedición del numeral 8 literal b) del Artículo 43 del Acuerdo 014 de 1997 se violaron los artículos 61, 77 y 150 numeral 24, de la Constitución; el artículo 8, parágrafo 1, de la ley 335 de 1996; el artículo 11 bis, núm. 1º del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias, y artísticas, adoptado por la ley 33 de 1997, los artículos 13, literal b) y 15, literal d), de la Decisión 351 de la Comisión del*

*Acuerdo de Cartagena; Los artículos 72 y 77 de la Ley 23 de 1982; y el artículo 68 de la ley 44 de 1993, todos ellos relacionados con los regímenes de propiedad intelectual, industrial, patentes y marcas, los derechos de autor y los beneficios que de ellos se derivan, argumentando que la Comisión Nacional de Televisión fija un parámetro de gratuidad con la prohibición de cobrar por la transmisión y distribución de las señales incidentales, lo cual solo le está permitido al titular de los derechos de autor, quien a su libre albedrío puede disponer a título gratuito, permite la explotación de una o varias de las formas posibles de utilización sin requerir contraprestación alguna. Igualmente indica que se obstruye y coarta la libertad económica y se reforman las leyes que regulan los derechos de autor, lo cual es de competencia del Congreso.”*

*“Para señalar estos cargos, la demandante no tuvo en cuenta que lo establecido en el numeral 8 del literal b) del artículo 43 del Acuerdo 014 de 1997, no es mas que el desarrollo legal de lo preceptuado en el artículo 25 de la ley 182 de 1995, al efecto la citada norma dispone:*

*“De las señales incidentales y codificadas de televisión de las sanciones por su uso indebido. Se entiende por señal incidental de televisión aquella que se transmite vía satélite y que está destinada a ser recibida por el público en general de otro país y cuya radicación puede ser captada en territorio colombiano sin que sea necesario el uso de equipos decodificadores”.*

*“La recepción de señales incidentales de televisión es libre, siempre que esté destinada al disfrute exclusivamente privado o a fines sociales y comunitarios.*

*“Las señales incidentales no podrán ser interrumpidas con comerciales, excepto los de origen.*

*“Previo autorización y pago de los derechos de autor correspondientes y en virtud de la concesión otorgada por ministerio de la ley o por la Comisión Nacional de Televisión, los operadores públicos, privados y comunitarios y los concesionarios de espacios de televisión, podrán recibir y distribuir señales codificadas.*

*“Cualquiera otra persona natural o jurídica que efectúe la recepción y distribución a que se refiere el inciso anterior con transgresión de lo dispuesto en el mismo, se considerará infractor y prestatario de un servicio clandestino y como tal estará sujeto a las sanciones que establece el artículo anterior.*”

*“PARAGRAFO.- Con el propósito de garantizar lo dispuesto en este artículo y el anterior, quienes estén distribuyendo señales incidentales deberán inscribirse ante la Comisión Nacional de Televisión y obtener la autorización para continuar con dicha distribución mediante acto administrativo de la Comisión, para lo cual tienen un plazo de seis meses.”*

*“De esta manera se puede colegir, que cuando el legislador en el inciso segundo de la citada norma estipuló que la recepción de señales incidentales de televisión es libre, siempre que esté destinada al disfrute exclusivamente privado o a fines sociales comunitarios, está excluyendo el lucro, entendiendo por lucro la obtención de utilidades. De permitirse el lucro, ya no se estaría frente a distribución de señales incidentales, sino a otra modalidad del servicio de televisión, así mismo, la citada norma previó que la CNTV, podía establecer las demás condiciones en que pueda efectuarse la distribución de la señal, por lo que en ningún momento se están violando los preceptos constitucionales y legales señalados por el actor.*”

*“En síntesis, La Comisión Nacional de Televisión, no reformó, ni violó la ley, ni se extralimitó en sus funciones, cuando en desarrollo del artículo 25 de la Ley 182 de 1995, expidió el numeral 8 del literal b) del artículo 43 del Acuerdo 014 de 1997, ante la claridad de que nadie puede lucrarse por la recepción y distribución de señales incidentales.*”

*“En cuanto al segundo cargo, en concepto del demandante, el numeral 8 del literal b) del artículo 43 del Acuerdo 014 de 1997, viola lo preceptuado en el artículo 333 de la Constitución, por cuanto al recibir, transmitir y distribuir señales incidentales de televisión, el concesionario del servicio de televisión por suscripción, desarrolla una actividad económica, dentro de la libertad que*

*genera una iniciativa privada, es económica porque existen unos derechos patrimoniales, que no se pueden desconocer en forma alguna al titular de los derechos, sin tener en cuenta que el acuerdo impugnado tiene, entre otras motivaciones, la de “efectuar los recaudos que correspondan al Estado y velar porque se respeten los derechos de autor de acuerdo con la legislación nacional y los acuerdos internacionales sobre la materia” estableciendo además que los operadores pueden distribuir señales codificadas, previa autorización y pago de los derechos de autor correspondientes, en virtud de la concesión otorgada por el ministerio de la ley o por la Comisión Nacional de Televisión.*”

*“No así como lo pretende la demandante, de que el operador pueda cobrar por la recepción y distribución de señales incidentales, pues como ya quedó determinado al contestar el cargo anterior, nadie puede lucrarse por la prestación de este servicio.”*

#### **CONSIDERANDO:**

##### **I. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**

*Este Tribunal es competente para interpretar, en vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, siempre que la solicitud provenga de un juez nacional, como lo es en este caso la jurisdicción colombiana consultante, conforme a lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.*

##### **II. NO PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENDIDAS INCONSTITUCIONALIDADES Y VIOLACIONES DE LA LEGISLACIÓN INTERNA**

*En el caso sub judice se acusa a la norma impugnada de haber violado los artículos 61, 77, 150 numeral 24) y 333 de la Constitución Nacional, así como los artículos 72 y 77 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 68 de la Ley 44 de 1993.*

*Al mismo tiempo, se acusa de haberse violado el artículo 11 bis, numeral 1) del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y*

artísticas y los artículos 13 literal b) y 15 literal e) de la Decisión 351, relativa al Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

El artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal prescribe que: “En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcances del derecho nacional, ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

En consecuencia, en el presente caso el Tribunal no se pronunciará sobre las normas constitucionales invocadas por la demandante ni sobre los motivos o causas de su violación porque le está vedado según la norma citada interpretar el contenido y alcances del derecho nacional o calificar los hechos materia del proceso.

Por tanto, el Tribunal se limitará a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena que han sido invocadas en el presente proceso y cuya interpretación ha sido solicitada para que sirva de orientación a la instancia consultante, al momento de dictar la sentencia correspondiente.

### III. NORMAS A SER INTERPRETADAS

Las normas cuya interpretación se solicita, son las siguientes:

#### DECISIÓN 351

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

(...)

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

“Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una

pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

(...)

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

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

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

### IV. DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 13, LITERAL B)

El artículo 13 de la Decisión 351, en el Capítulo V de los Derechos Patrimoniales, reconoce al autor y en su caso a sus herederos “el derecho exclusivo” de realizar, autorizar o prohibir, entre otros: la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos y las imágenes.

Esta exclusividad en favor del autor está consagrada en el artículo 11 bis numeral 1) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, indicando que el derecho exclusivo de autorizar “2º.- Toda comunicación pública, por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen”.

Las características de los derechos patrimoniales, según Marco Proaño Maya, se distinguen por:

“1.- Son derechos exclusivos del autor, facultad que se transmiten a los herederos solo a la muerte del titular. A diferencia del derecho moral, que es irrenunciable e inalienable, los derechos patrimoniales pueden ser transferidos por el autor a terceras personas; y,

*"2.- El derecho patrimonial es temporal. La duración en el ejercicio de este derecho tiene una limitación en el tiempo, para el autor durante su vida y para los herederos, cincuenta años después de la muerte del autor, conforme el término generalmente aceptado por la legislación internacional. Transcurrido este tiempo, el derecho se extingue y la obra entra en el dominio público."*<sup>1</sup>

*El orden jurídico internacional en el régimen común de la propiedad intelectual andina, esta integrado por un conjunto de facultades exclusivas y absolutas de doble naturaleza como son: morales o personales y patrimoniales.*

*Se determina como el derecho exclusivo del autor o de sus derechohabientes para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de la obra, cuando se la difunde por medio de palabras, signos, sonidos o imágenes; así lo estipula el artículo 13 literal b) de la Decisión 351 de la Comunidad Andina.*

*Los derechos patrimoniales o llamados también pecuniarios son aquellos que conceden al sujeto titular el disfrute económico de su producción.*

*Se ha considerado las características del derecho patrimonial que es transferible, es temporal y como tercera característica podemos citar que es renunciable lo cual es cuando el bien pasa al dominio público.*

*El derecho de comunicar al público la obra "como sucede con las dramáticas, dramático-musicales, musicales, pictóricas y escultóricas, que se pueden dar a conocer del público mediante la representación teatral, ejecución pública, radiodifusión, exhibición, venta o cualquiera otro procedimiento mecánico que permite apreciar palabras, sonidos o imágenes, sin que se requiera la obtención de ejemplares idénticos de las mismas".*<sup>2</sup>

#### **IV EL DERECHO DE LA COMUNICACIÓN PÚBLICA**

*La comunicación pública a que se refiere el inciso b) del artículo 13 de la Decisión 351, se define como "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."*<sup>3</sup>

*Es pública la comunicación cuando se produce para la colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.*

*Este derecho también reconocido ampliamente por la legislación iberoamericana lo denomina como "derecho de representación" el cual cubre dos ámbitos el directo, cuando es en vivo y el indirecto el que se refiere a discos fonográficos, cintas y bandas magnéticas o de films, videocopias, etc.- Mediante un agente de difusión como es la radiodifusión, los satélites y la distribución por cable.*

*Los juristas brasileños Antonio Chávez, Henry Jessen y Milton Fernández unánimemente subrayaron las siguientes conclusiones sobre los conceptos de lucro indirecto, de recepción doméstica y de público:*

*"La ejecución es considerada abusiva siempre que, sin la necesaria autorización del autor alguien proporcione a terceros la recepción de una obra transmitida por radio o televisión con finalidad de lucro directo o indirecto;*

*"El lucro indirecto se caracteriza por una utilización aparentemente sin ánimo de lucro, que torna el ambiente más agradable, más alegre o más sereno, pero que crea una ventaja en relación a locales semejantes que no dispongan de aparatos para la recepción de las transmisiones;*

*"El progreso tecnológico en la transmisión de sonidos o imágenes y sonidos no puede dar lugar a la apropiación del trabajo ajeno y de la propiedad intelectual, merecedora de la*

<sup>1</sup> Marco Proaño Maya, El Derecho de Autor, Primera Edición, 1993, pág. 95.

<sup>2</sup> Manuel Pachón Muñoz, Manual de Derechos de Autor, Editorial Temis, 1988, pág. 69.

<sup>3</sup> Delia Lipsyc, Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ediciones UNESCO-CERLALC-ZAVALLIA, 1993, pág. 183.

protección jurídica, ni proporcionar un enriquecimiento sin causa." <sup>4</sup>

Las formas de comunicación pública son las siguientes:

a) "Representación y ejecución pública.- Constituye uno de los procedimientos para hacer comunicar las obras artísticas y literarias a varias personas, a través de medios distintos de la distribución de ejemplares. Sus principales requisitos consisten en la inexistencia de un vehículo material para que se pueda acceder a la obra y en la destinación de la comunicación a una pluralidad de personas calificadas como "público";

"La noción estricta de representación se refiere a las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas, comunicadas a través de la escenificación.

b) "Recitación o declamación.- Hablamos de dicho derecho cuando se hace la lectura de obras literarias, en alta voz, para un público presente o con la utilización de procedimientos diferentes de la radiodifusión, sin que medie la previa distribución de ejemplares.

"Las obras comunicadas al público en forma oral, expresamente mencionadas en el Convenio de Berna (artículo 2.1), también están protegidas por el derecho de autor: las conferencias, alocuciones, sermones y otras de la misma naturaleza, inclusive las clases que se dictan, en el marco de las actividades docentes.

c) "Exhibición o proyección cinematográfica.- Entre las modalidades del derecho de comunicación pública indirecta se encuentra la facultad reservada al autor de autorizar o prohibir la proyección o exhibición públicas de las obras cinematográficas, asimiladas a éstas las obras expresadas por un proceso análogo a la cinematografía, así entendidas las secuencias de imágenes y/o sonidos grabados en toda clase de soportes

materiales, para proyección ante un público presente.

d) "Exposición.- El derecho de exposición de las obras de arte plásticas es un derecho similar al derecho de representación.

"El acceso público a las obras, o a una copia de la obra, puede darse de forma "directa", denominada genéricamente de "exposición", o "indirecta" mediante la utilización de un dispositivo que puede ser una película, un diapositivo, presentado por lo general en una pantalla. Con la aparición de nuevas técnicas que utilizan medios electrónicos, la forma indirecta de presentación de las obras de arte y fotografías ha adquirido importancia creciente, poniendo de relieve la necesidad de una protección expresa y efectiva, en salvaguardia de los derechos exclusivos del autor.

e) "Transmisión.- Se entiende por transmisión 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." <sup>5</sup>

El concepto de transmisión es precisado por Carlos Corrales en los siguientes términos:

"Transmitir es hacer llegar a distancias señales. Esas señales pueden ser portadoras de sonidos, de imágenes, de datos; cuando las señales se transmiten por intermedio de ondas electromagnéticas capaces de esparcirse libremente, sin necesidad de un medio material conductor, sin guía artificial, estamos en presencia de la radio si lo que se transmite es únicamente sonidos y, la televisión, si lo que se transmite son imágenes y sonidos. Ambas formas radio y televisión se denominan Radiodifusión o Transmisión sin Hilo. Asimismo la transmisión de sonidos e imágenes puede hacerse por intermedio de señales que son conducidas, transportadas, por un medio físico individualizado, un cable, por ejemplo." <sup>6</sup>

<sup>4</sup> X Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, (del autor, el artista y el productor) 1ra. Edición, noviembre 29 a diciembre 2 de 1995, Quito, página 71.

<sup>5</sup> X Congreso Internacional sobre Protección de los Derechos Intelectuales, ob. cit. páginas: 77, 78, 79, 80.

<sup>6</sup> X Congreso Internacional sobre Protección de los Derechos Intelectuales, ob. cit. pág. 80 (Carlos Corrales, Televisión por Cable, San Bernardino, 1993).



*En consecuencia la transmisión se puede hacer por radiodifusión, que se entiende a la comunicación a distancia de sonidos y/o imágenes para su recepción por el público en general por medio de ondas radioeléctricas, a través de la radio, la televisión, o de un satélite.*

*Y por cable distribución el cual consiste en la distribución de señales portadoras de imágenes y/o sonidos, para el público a través de hilo, cable, fibra óptica, rayo láser.*

## **V INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 15**

*El artículo 15 de la Decisión 351 que define lo que se entiende por comunicación pública entre otras diversas formas señala en especial en el inciso 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".*

*En el caso que se ha presentado para la interpretación prejudicial se hace referencia a la retransmisión, la cual según la define el artículo 3 de la Decisión 351, es la "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",*

*El artículo 15 literal e) de la citada Decisión, hace referencia especialmente a la retransmisión la cual, según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI, es la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.*

*Es decir es la transmisión de la obra al público por un organismo distinto al de origen.*

*La obra radiodifundida o televisada es el medio de comunicación a través de señales portadoras de imágenes y sonidos para la colectividad.*

*La participación de los autores en los beneficios económicos de la radiodifusión constituyen un principio de equidad, es decir la utilización de la obra a difundirse y su justa retribución.*

*La importancia económica del derecho de autor parte del sólo hecho de que es la persona que*

*realiza la creación intelectual, por lo tanto la remuneración debe ser proporcional a los ingresos que se obtengan por la explotación de la obra.*

*Se reconoce el carácter imperativo del droit de suite, que constituye el derecho de obtener una participación económica por cada reventa de la obra de arte, establecido en el artículo 16 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina.*

*La protección al derecho del organismo de radiodifusión comprende el prohibir o autorizar:*

*"1. La retransmisión de sus emisiones.*

*"2. La fijación sobre una base material de sus emisiones.*

*"3. La reproducción de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento.*

*"4. La comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando estas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada, bajo las condiciones que determine la ley nacional del país donde se reclame la protección."<sup>7</sup>*

*La retransmisión por un organismo de radiodifusión esta referida a la emisión simultánea de otro organismo de emisión de radiodifusión, considerando que se necesitaría de una grabación previa de la emisión original.*

*Queda reconocido pues, el derecho que tienen los organismo de radiodifusión para autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones hechas sin su consentimiento.*

*El instrumento de retransmisión debe ser por medios inalámbricos o por ondas radioeléctricas, por cable o fibra óptica, lo que conduce no sólo a una competencia desleal sino inclusive a un enriquecimiento sin causa; por lo tanto los autores, titulares de la obra "tienen derecho a reclamar por la comunicación pública no autorizada de sus obras,*

<sup>7</sup> Ricardo Antequera Parilli, Derecho de Autor, Tomo II, Segunda Edición, 1998, pág. 667.

*interpretaciones o producciones, según el caso."*<sup>8</sup>

*El acto de comunicación pública debe ser sometido a la autorización o consentimiento previo de los titulares de derechos sobre la programación emitida cuando las transmisiones sean de acceso público.*

*Lo que trata de proteger el régimen comunitario es el bien jurídico de la emisión, por lo tanto se puede autorizar o denegar la retransmisión de las emisiones, es decir la difusión a distancia de señales (sonidos e imágenes) al público en general.*

*La Comunidad Andina a diferencia de lo que establece la Convención de Roma, ofrece un concepto más amplio de la repetición simultánea de la emisión para considerarla como retransmisión; por el hecho de retransmitir ya se considera una re-emisión.*

*La emisión de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o telecomunicación, es uno de los medios por los cuales se establece una comunicación pública, considerando las siguientes definiciones emitidas por el Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélites (Convenio de Bruselas de 1974):*

1. "Señal es todo vector producido electrónicamente y apto para transportar programas.

2. "Satélite es todo dispositivo situado en el espacio extra-terrestre y apto para transmitir señales.

3. "Señal emitida es toda aquella portadora de un programa, que se dirige hacia un satélite o pasa a través de él".<sup>9</sup>

*Según la OMPI en el Glosario sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos autor Gyorgy Boytha, 1980, Ginebra define:*

4. "Radiodifusión.- La comunicación a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos

*para su recepción por el público en general por medio de ondas radioeléctricas."*

*Es decir la comunicación a distancia de sonidos e imágenes al público por medio de ondas radioeléctricas.*

*"En la radiodifusión o comunicación pública inalámbrica el público recibe los programas con sólo sintonizar el aparato de radio o el televisor en la frecuencia de onda hertziana en que transmite el organismo de radiodifusión. En cambio, en la distribución por cable la comunicación se realiza por hilo, cable, fibra óptica, rayo láser u otro medio conductor análogo y solo es recibida por el público que ha contratado el servicio con el distribuidor."*<sup>10</sup>

5. "Comunicación al Público por Satélite.- Es el acto de introducir bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite."<sup>11</sup>

*El primer organismo responsable, es el organismo de origen o el inyector, el cual decide respecto a la programación que será emitida hacia el satélite. A esta fase se la denomina como fase ascendente ("up-leg").*

*Pero al realizarse una distribución no autorizada, es susceptible de reclamo por parte de los titulares de derechos, incluso por el organismo de radiodifusión de origen, cuya señal fue emitida sin su consentimiento.*

*Ya producida la emisión de la señal que será captada por el público a través de la radiodifusión, es decir las señales derivadas descienden del satélite y son distribuidas por el organismo, lo que constituye la fase descendente ("down-leg").*

*En esta fase puede ocurrir que enviada la señal por medio del satélite es captada por un*

<sup>8</sup> Ricardo Antequera Parilli, ob. cit. pág. 668.

<sup>9</sup> Ricardo Antequera Parilli, ob. cit. pág. 571.

<sup>10</sup> Delia Lipszyc, ob. cit. pág. 188.

<sup>11</sup> Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, 1997, págs: 494, 495 (Artículo 1, párrafo 2,a) de la Directiva Europea 93d/83/CEE de 23 de septiembre de 1993.

organismo de radiodifusión distinto del de origen, lo que constituye la retransmisión, sea a través de medios inalámbricos, ondas hertzianas o bien por hilo, cable o cualquier medio análogo.

La retransmisión debe contar con el consentimiento o autorización de los titulares de derechos de la obra contenida en la programación, o por el organismo de radiodifusión de origen.

Según el régimen de derechos de autor de la Comunidad Andina, concede la protección al titular de derecho, por toda su vida, incluido la protección post- mortem, es decir, por 50 años más, después de su muerte.

## VI INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 17

El artículo 17 abre la posibilidad para que los Países Miembros mediante sus legislaciones internas puedan "reconocer otros derechos de carácter patrimonial". Es decir, que en adición a los derechos establecidos en la Decisión 351, los Países pueden añadir otros que consideren convenientes en favor de los autores.

La norma comunitaria reconoce otros derechos de explotación de las legislaciones internas de los Países Miembros como son Ecuador, Colombia, Venezuela, Perú y Bolivia, así lo estipula el artículo 17 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

## VII LA TRANSMISIÓN Y CESIÓN DE DERECHOS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 31)

El derecho de autor integrado por un ordenamiento patrimonial y moral constituye una forma particular de transmisión por causa de muerte o a título singular, es decir, por acto entre vivos.

El artículo 31 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, manifiesta que toda transferencia de los derechos patrimoniales y las autorizaciones o licencias de uso, se entienden limitadas a las formas de explotación según lo exprese el contrato respectivo.

*"El principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual o de estipulación, perjudica a la parte mas débil, habitualmente al autor, con menor fuerza económica."*<sup>12</sup>

En el objeto de los contratos se establece las autorizaciones de uso o licencias constituyendo para algunas legislaciones la exclusión de la cesión total o parcial de los derechos implicando el beneficio a la participación proporcional de los ingresos provenientes de la explotación de su obra.

Según el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas la definición de cesión de derechos es:

*"La transmisión, a título gratuito u oneroso, de cualquiera, de las facultades jurídicas que pertenezcan al titular de ellas, ya sean personales o reales."*<sup>13</sup>

Dentro de los principios de interpretación de los contratos, la autorización de uso se encuentra limitada a aquel o aquellos mencionados en el contrato, aclarando la diferencia e independencia entre la cesión de derecho de representación y la cesión del derecho de reproducción, que no supone lo mismo. La norma establece que en el contrato se expresen las posibles modalidades o limitaciones que convienen las partes para realizar el acto.

*"No se pretende una multiplicación hasta el infinito de documentos en función de todas y cada una de las modalidades de explotación que hayan podido prever las partes, sino que el legislador trata de conseguir que las reglamentaciones que la misma ley establece para las formas de explotación contempladas en los contratos en particular (edición, representación, producción audiovisual), respecto de las cuales ha mostrado un acusado interés en organizarlas específicamente, no sean burladas mediante una transmisión concebida en términos generales."*<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Citado por Delia Lipszyc, ob. cit. pág. 274.

<sup>13</sup> Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo II, 16a. De. Heliasta R.S.L Editorial, Buenos Aires, 1983, pág. 136.

<sup>14</sup> Citado por Delia Lipszyc, ob. cit. págs: 277 y 278.

*La transferencia del derecho de explotación puede ser total o parcial, considerando a la primera como la transferencia de los derechos sin ninguna reserva o facultad que le confiere el titular; y la segunda es aquella que el titular transfiere por un tiempo determinado o alguna de sus facultades.*

*Considerando la definición del Tratadista Guillermo Cabanellas al decir que la transmisión de derechos es "entre vivos, sinónimo de cesión de derechos. Mortis causa, sucesión, sea testada o intestada."<sup>15</sup>*

*La transmisión de derechos de autor puede darse por mortis causa que tiene las siguientes características:*

1. *La transferencia del derecho a los herederos u sucesores, impidiendo que terceros pretendan usurpar su obra, o constituir la en una creación mutilada.*

2. *Los causahabientes del autor tienen el derecho de divulgación, a menos que la norma legal disponga lo contrario o cuando el autor haya prohibido su conocimiento al público después de la muerte.*

3. *Los únicos que se encuentran autorizados para realizar transformaciones de la obra, como traducciones, arreglos, versiones, etc., son los causahabientes del autor, salvo que el creador lo haya prohibido en vida.*

4. *Lo establecido en el numeral anterior debe guardar una completa armonía con la obra original es decir no puede atentar contra su decoro ni su valor cultural y el de su autor.*

*También se puede dar la transmisión por acto entre vivos, se hace referencia a la enajenación, es decir la "venta", esto implica la adquisición de los derechos del titular de la obra, y su derecho de explotación.*

*Lo que en conjunto accede a las facultades de orden patrimonial excluyendo las de orden moral por ser inalienables.*

*"Para Sanajo, la cesión, stricto sensu, es la transmisión de un objeto incorporal mediante un precio determinado, de manera que se le considera como una especie de venta."*

*"Pothier indica que el objeto de la venta puede ser una cosa incorporal, como un crédito o un derecho, y en tal sentido estudia entre los contratos especiales de venta, a la cesión de créditos y otros derechos."<sup>16</sup>*

*La cesión de derechos así como las autorizaciones o licencias de uso que hace el autor a terceros debe ser interpretada en forma restrictiva, es decir sólo aquellos límites previstos en el contrato podrán ser entendidos como cesibles sin considerar los derechos que constituye para el titular una reserva propia y particular para su uso.*

*Por las anteriores consideraciones:*

### **EI TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

#### **CONCLUYE:**

1. *De conformidad con lo dispuesto por la ley comunitaria andina, gozará del derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de la obra el autor o los derechohabientes; incluido el organismo de radiodifusión autorizado a transmitir la obra.*

2. *La protección de la retransmisión de la obra será únicamente del titular de la misma o mediante la autorización del organismo de radiodifusión, al cual se le hubiese concedido la comunicación pública. Sin el consentimiento anterior, la comunicación pública es ilegal o indebida.*

*La retransmisión por un organismo de radiodifusión consiste en la emisión simultánea de otro organismo de emisión de radiodifusión, es decir, distinto del de origen.*

3. *Lo pactado expresamente en el contrato comprende las debidas modalidades, excepciones o limitaciones a la explotación de los derechos patrimoniales y a las*

<sup>15</sup> Citado por Guillermo Cabanellas, ob. cit. pág. 171.

<sup>16</sup> Citado por Ricardo Antequera Parilli, ob. cit. pág. 505.

*autorizaciones o licencias del uso del autor de la obra cuando éste los haya transmitido.*

*El derecho patrimonial de autor puede ser transmitido por un acto entre vivos o mortis causa, es decir a los herederos u otros causahabientes; lo establecido en el precepto comunitario pretende otorgar una protección al derecho patrimonial por toda la vida del autor incluso post-mortem, por un período de cincuenta años.*

*4. La norma comunitaria establece que los Países Miembros pueden reconocer otros derechos de carácter patrimonial, en sus legislaciones internas.*

*De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación de este Tribunal, el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación al dictar sentencia en el proceso interno N° 5083.*

*En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 64 del Estatuto del Organismo, notifíquese con esta sentencia al mencionado Consejo de Estado, mediante copia sellada y certificada.*

*Remítase asimismo, copia de esta sentencia a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial.*