



DIRECCIÓN NACIONAL
DE DERECHO DE AUTOR
Unidad Administrativa Especial
Ministerio del Interior

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Bogotá, D.C.
C-1.1

DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR
RAD.No.: 2-2014-31441
FECHA: 30-may-2014 5:03 pm
DEP.: OF. ASESORA DE JURIDICA
TELEF.: 3418177
FOLIOS: 10

Doctor
GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES
Valbuena Abogados
Correo electrónico: gvalbuena@vqcd.co
Carrera 9 No. 80 - 45, piso 4.
Ciudad

Asunto: Alcance de Concepto sobre Retransmisión de Emisiones

Respetado doctor:

En atención a su comunicación radicada en esta Dirección con el número 1-2014-26328, cordialmente me permito hacer las siguientes precisiones:

- I. Las decisiones proferidas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina tienen aplicación inmediata y preferente en el ordenamiento interno

Colombia es miembro de la Comunidad Andina, en virtud del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 y aprobado por el Congreso mediante la Ley 8ª de 1973.

El desarrollo de los procesos de integración regional, ha implicado para las naciones pertenecientes a esta Comunidad, la estructuración de una organización técnica - administrativa y de un sistema normativo capaz de garantizar la efectiva realización del proyecto de Integración.

Desde el campo jurídico, se han requerido una serie de mecanismos que posibiliten la eficacia jurídica de las normas comunitarias. Así, los artículos 2, 3 y 4 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, han establecido:

Artículo 2. Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina;

Artículo 3. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en

D DA



• Calle 28 No. 13A - 15 Piso 17
• info@derechodeautor.gov.co
• www.derechodeautor.gov.co

PBX (571) 341 8177
• Telefax (571) 286 0819
• Línea PQR 01 8000 127870



los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Artículo 4. Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contrario a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.* (Negrilla fuera de texto).

Del anterior marco normativo se infiere que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina, se caracterizan por dos cualidades específicas:

- 1) Su aplicación es **directa e inmediata**, es decir, que esta clase de normas surten efectos al interior de cualquiera de las naciones de la Comunidad Andina, sin que se haga necesario la existencia de una norma expedida por el legislador interno que autorice la entrada en vigencia de las disposiciones supranacional ni un control previo de constitucionalidad. Al respecto la jurisprudencia comunitaria ha manifestado lo siguiente:

"...el principio de la aplicabilidad directa supone que la norma comunitaria andina pasa a formar parte de pleno derecho, del ordenamiento interno de todos y de cada uno de los Países Miembros de la comunidad sin necesidad de ninguna fórmula especial de introducción o de recepción, que se impone en cuanto tal derecho comunitario y que genera en todo Juez nacional la obligación de aplicarla.

Por el principio de la aplicabilidad directa, se obliga a los jueces nacionales y a cualquier otra autoridad y aún a los particulares de los Países Miembros, a aplicar en sus actos jurídicos el derecho comunitario andino relacionado con la materia respectiva, sin que puedan oponerse a esa aplicación, so pretexto de que exista una norma nacional anterior o posterior contraria a la comunitaria. La aplicabilidad directa es una característica inherente al derecho comunitario que nace del Tratado y que implica que la norma andina vale en el territorio de los Países Miembros por sí misma y sin requerimiento, declaración o incorporación de ninguna especie."

- 2) Su aplicación es **preeminente**, esto es, que cuando exista contradicción entre una norma comunitaria y una ley nacional, se preferirá aquélla.

Lo anterior implica que si una misma situación de hecho se encuentra regulada por la normatividad andina y por la interna de un país miembro, habrá de excluirse

* Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, 6 de septiembre de 2000, Proceso 64-IP-2000.



la aplicación de ésta última, y será la norma supranacional la llamada a surtir efectos jurídicos.

En relación con este punto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, citando al profesor Molina del Pozo, ha indicado que la primacía del ordenamiento comunitario se considera como:

"(...) condición esencial del Derecho comunitario, que no puede subsistir nada más que a condición de no ser puesta en duda por el Derecho de los Estados Miembros.

(...)

El Derecho comunitario afirma su superioridad en virtud de su propia naturaleza, sin depender de las reglas particulares de cada Estado para regular los conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho interno.

El ordenamiento jurídico comunitario se impone, en su conjunto, sobre los ordenamientos jurídicos nacionales: la primacía beneficia a todas las normas comunitarias, originarias o derivadas, y se ejerce sobre todas las normas nacionales, administrativas, legislativas, jurisdiccionales o, incluso, constitucionales.

La primacía no se refiere solamente a las relaciones entre Estados e instituciones comunitarias, fundamentalmente el Tribunal de Justicia, sino que se aplica en los ordenamientos jurídicos nacionales, en los que se impone a las jurisdicciones nacionales, encargadas, así, de hacerla efectiva." (Negrilla fuera de texto).

La aplicación directa y preferente del ordenamiento comunitario es un asunto expresamente aceptado por nuestra jurisprudencia nacional. De esta manera, en sentencia C-231 del 15 de mayo de 1997 la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

"Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales." (Negrilla fuera de texto).

Posteriormente, dicha corporación judicial reiteró la anterior tesis, a través de la sentencia C-155 del 28 de abril de 1998, donde sostuvo:

"No es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria. Podrá desarrollarla, pero esta facultad es excepcional y sólo es posible ejercerse cuando sea necesario para lograr la aplicación de aquella. Encuentra la Corte que efectivamente el Congreso Nacional no podía entrar a legislar sobre asuntos respecto de los cuales existía esta regulación previamente expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, hoy Comisión de la Comunidad

² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, 6 de septiembre de 2000. Proceso 64-IP-2000



Andina, salvo que se tratara de producir un complemento indispensable para la aplicación de la normatividad supranacional."

Igualmente, el Consejo de Estado, a través de Sentencia proferida el 8 de febrero de 2001³ dispuso:

"Las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena o Comisión de la Comunidad Andina son de obligatorio cumplimiento en los Países Miembros y de aplicación directa, razón por la cual carece de fundamento el medio de defensa esgrimido por la parte demandada, cuando pretende que la norma invocada por los actores no es de recibo como fuente de legalidad interna de la actividad administrativa. Ese normatividad del ordenamiento jurídico andino condiciona la validez de los actos de las autoridades administrativas que se relacionan con las materias de que ellas se ocupen."

En este orden de ideas, cuando una norma interna entra en contradicción total o parcial respecto de una norma del ordenamiento andino, no es que aquella pierda su vigencia, pues en estricto sentido no se presenta el fenómeno de la derogación, sino que la misma se encuentra suspendida mientras su contenido normativo no se amolde a lo dispuesto en la legislación comunitaria, que como hemos visto, es de aplicación preferente.

II. Aspectos generales de los derechos conexos

Estos derechos están dirigidos a proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. En este caso, a diferencia de lo que sucede con el derecho de autor que protege obras, se tutela la interpretación artística, la fijación de sonidos, y la emisión de señales a través de las cuales se transmiten al público obras, acontecimientos o información.

El reconocimiento a estos tres titulares se da por virtud de la Ley 23 de 1982, la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 1403 de 2010, la Convención de Roma de 1961⁴, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio⁵- en adelante ADPIC- y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas⁶- en adelante TOIEF-.

En concreto, en relación con los organismos de radiodifusión, encontramos que el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, les confiere los siguientes derechos:

"Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;

³ M.P. Manuel Santiago Urueta Ayala.

⁴ Aprobada mediante la Ley 48 de 1975.

⁵ Aprobado mediante la Ley 170 de 1994.

⁶ Aprobado mediante la Ley 545 de 1998.



- b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y,
- c) La reproducción de una fijación de sus emisiones".

En la norma antes transcrita se evidencia que una de las prerrogativas concedidas a los organismos de radiodifusión es el derecho a prohibir la retransmisión de sus emisiones radiodifundidas⁷, siendo en consecuencia necesario solicitar la autorización previa y expresa al titular de la emisión a fin de efectuar su retransmisión.

Se precisa, que los organismos de radiodifusión no cuentan con la facultad para autorizar o prohibir la recepción de sus emisiones.

III. Diferencia entre los conceptos de recepción y retransmisión de señales

Los conceptos de recepción y ^{RETRANSMISIÓN} distribución de señales tienen, en materia de derecho de autor, un alcance diferente.

En efecto, el Glosario de la OMPI entiende la "recepción directa desde un satélite por el público en general" como la "recepción de señales portadoras de programas desde un satélite sin la mediación de una estación terrestre que transforme las señales emitidas en ondas radioeléctricas susceptibles de ser recibidas por el público; en estos casos, la transformación se hace por el propio satélite de radiodifusión directa"⁸.

Por su parte, la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3, establece que la retransmisión es la "reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos, o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica, u otro procedimiento análogo".

En esa medida, el concepto de recepción implica apenas la posibilidad para percibir las señales sin la mediación de una estación terrestre que transforme dicha señal, mientras que la retransmisión es la capacidad de reemitir al público en general, o a una parte de él, las señales portadoras de programas.

⁷ Artículos 177 de la Ley 23 de 1982, 38 de la Decisión Andina 351 de 1993, 13 de la Ley 1520 de 2012, 13 de la Convención de Roma y 14 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

⁸ BOYTHA, Gyorgy. Glosario OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Published by the World Intellectual Property Organization, Ginebra, 1980, voz 77, página 78.



Hecha esta diferencia, es importante anotar que los organismos de radiodifusión tienen derecho exclusivo sobre la retransmisión⁹ de sus señales y no sobre la recepción de la misma.

IV. Limitaciones y excepciones a los derechos conexos

El principio fundamental sobre el cual se erigen los derechos conexos concedidos a los organismos de radiodifusión, consiste en la facultad exclusiva de autorizar o prohibir los usos del artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, que se pretendan adelantar sobre sus emisiones.

Sin embargo, nuestra legislación contempla límites a este derecho que ostenta el organismo de radiodifusión respecto de su emisión, pretendiendo con ello atender un equilibrio entre el interés individual (el del titular del derecho conexo) y el interés colectivo (el de la sociedad) que demanda el uso y libre acceso a este tipo de bienes.

De esta manera tenemos que las limitaciones al derecho conexo son figuras legales de carácter taxativo por medio de las cuales se busca un equilibrio entre una efectiva y razonable protección del derecho patrimonial de los organismos de radiodifusión, como titulares de derechos conexos, por una parte y del interés público a la información, la educación y el acceso a la cultura por otra. De tal manera, las limitaciones comprenden la facultad para que el usuario pueda utilizar la emisión lícitamente, sin autorización de sus titulares.

Las limitaciones y excepciones a los derechos conexos concedidos a los organismos de radiodifusión se encuentran consagradas principalmente en el artículo 178 de la Ley 23 de 1982.

V. Es incorrecto entender el artículo 22, literal k, de la Decisión Andina 351 de 1993 como una limitación o excepción al derecho conexo de los organismos de radiodifusión

El artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993 consagra de manera taxativa ciertas limitaciones al derecho de autor. En concreto, el literal k del artículo en mención establece:

"Decisión Andina 351 de 1993, artículo 22. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

⁹ Artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993: Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

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



(...)

K. La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones".

Al respecto es preciso señalar que el literal k del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993 establece una limitación al derecho de autor, no a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, toda vez que de manera clara hace mención a la ausencia de "autorización del autor" y al uso de una "obra", mas no a la ausencia de autorización del organismo de radiodifusión, o a la utilización de una emisión.

No obstante lo anterior, en gracia de discusión, realizando la interpretación restrictiva que debe primar en el análisis de las limitaciones y excepciones, se tiene que la limitación contenida en el literal k del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, solo opera en el evento en que se cumplan los siguientes presupuestos:

- Que se realice una transmisión o retransmisión.
- Que dicha transmisión o retransmisión sea realizada por un organismo de radiodifusión.
- Que la transmisión o retransmisión recaiga sobre una obra originalmente radiodifundida por el mismo organismo.
- Que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original.
- Que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.

En este orden de ideas, se excluye del ámbito de aplicación de la limitación en comento, a los organismos de radiodifusión, o a cualquier otro usuario, que realice la transmisión o retransmisión de obras radiodifundidas originalmente por un tercero, es decir, por otro organismo de radiodifusión.

Así pues, resulta claro que la disposición en comento no establece una limitación a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, pues se restringe a establecer una limitación sobre las obras, siempre que se cumplan todos los presupuestos antes señalados.

En razón a lo anterior, no le es admisible a los operadores de televisión por suscripción que, amparados en el literal k del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, desconozcan el derecho ejercido por los organismos de radiodifusión



sobre las emisiones que realizan en canales de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal.

VI. Es incorrecto entender el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 o el anexo técnico del Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión, como una limitación al derecho conexo de los organismos de radiodifusión

El artículo 11 de la Ley 680 de 2001, establece lo siguiente:

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

Por su parte el Anexo del Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión, establece que **"el concesionario debe proveer un selector conmutable a la entrada del receptor del usuario con el fin de que se pueda conectar directamente a la antena de recepción de los canales de televisión terrestre radiodifundida"**.

- Aplicación de la sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró exequible el artículo 11 de la Ley 608 de 2001

La Corte Constitucional mediante sentencia C-654 de 2003 resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 11 de la Ley 608 de 2001. Allí la honorable Corte declaró la exequibilidad simple del mencionado artículo, previo análisis del bien público del espectro electromagnético y la constitucionalidad de la carga impuesta a los operadores del servicio de televisión por suscripción.

En la mencionada jurisprudencia, la Corte Constitucional señaló que la disposición normativa garantiza el derecho fundamental a la información y pluralismo informativo, en la medida en que los usuarios pueden acceder a información de carácter nacional, lo cual contribuye a la formación de una opinión pública libre. De igual manera, la honorable corporación recordó el carácter relativo del derecho a la información, resaltando que éste no es absoluto ni puede alegarse la garantía de su pleno disfrute como argumento para desconocer otros derechos¹⁰.

Así mismo, la Corte Constitucional destacó que la finalidad buscada por el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, al imponer una carga a los operadores de televisión de

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-654 de 2003. Mag. Pon. Clara Inés Vargas Hernández.



garantizar la recepción (que es diferente de la retransmisión) de la señal de canales de televisión abierta, es el de garantizar el derecho al pluralismo informativo que le asiste a toda la comunidad.

La lectura de la sentencia C-654 de 2003 permite comprender la claridad que tuvo la Corte Constitucional al distinguir los conceptos de emisión, transmisión y recepción (que es diferente de la retransmisión) en los apartes en los cuales explicó su relación con el espectro electromagnético; para posteriormente, al estudiar el caso concreto del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, referirse de manera exclusiva al concepto de recepción de la señal (que es diferente de la retransmisión), y a partir de allí, analizar la carga que tienen los operadores de televisión por suscripción. En este sentido, la Corte Constitucional consideró la carga impuesta a los operadores de televisión como idónea para asegurar el derecho al pluralismo informativo:

*"Así mismo, para la Corte la medida bajo revisión es idónea para la consecución del fin propuesto, por cuanto si la conexión de los usuarios a una red de televisión por suscripción implica por razones técnicas que ellos no puedan recibir las señales de la televisión abierta que emiten los canales nacionales, resulta adecuado imponerle a los operadores de dicho servicio el deber de garantizarlos a sus suscriptores la recepción de los canales de la televisión abierta, siempre y cuando cuenten con la debida capacidad técnica, tal como lo prescribe la norma acusada"*¹¹. (Negrilla fuera de texto original).

Así pues, debe entenderse que en el cumplimiento de tal obligación por parte de los operadores de televisión por suscripción; es decir, cuando garantizan a sus suscriptores la recepción (que es diferente de la retransmisión) de los canales de la televisión abierta, resulta aplicable lo señalado por la Corte Constitucional, en el sentido que "no se debe cancelar derechos por este concepto"¹², pues, como ha quedado señalado, los organismos de radiodifusión no cuentan con la facultad para autorizar o prohibir la recepción (que es diferente de la retransmisión) de sus emisiones .

No de otro modo podría interpretarse el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, en aras de dar cumplimiento a los principios de aplicación directa y preferente de los derechos conexos que les han sido reconocidos a los organismos de radiodifusión en el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993.

En este orden de ideas, es preciso señalar que en cumplimiento de los deberes contenidos en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 y en el anexo técnico del Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión, no le es posible a los operadores de televisión por suscripción desconocer los derechos que ejercen los organismos de radiodifusión sobre las emisiones que realizan en canales de

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-654 de 2003. Mag. Pon. Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Ibid.




televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal; máxime, si se tiene en cuenta que dichas prerrogativas de los organismos de radiodifusión se encuentran reconocidas en el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, disposición que se ha precisado, es de aplicación directa y preferente sobre las normas nacionales.

Al tenor lo anteriormente expuesto, se descarta que el deber descrito en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, o lo consagrado en el anexo técnico del Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión, pueda entenderse como una limitación al derecho de los organismos de radiodifusión. De tal manera, los operadores de televisión por suscripción que pretendan realizar la retransmisión (que es diferente de la recepción) de las emisiones que realizan los organismos de radiodifusión en canales de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal, deben contar con la autorización previa y expresa del titular de la emisión.

Acorde con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cualquier inquietud adicional con gusto será atendida.

Cordialmente,


GIANCARLO MARCENARO JIMÉNEZ
Director General

Rad. 1-2014-2632B