“Regla de los Tres Pasos” Criterio de aplicabilidad de la Corte Suprema de Justicia

Juan Carlos Monroy Rodríguez¹

Resumen

El presente artículo reseña sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia dentro del proceso civil por infracción al derecho de autor adelantado por EGEDA COLOMBIA contra TELMEX COLOMBIA S.A. -hoy COMCEL S.A., cuya cuestión fundamental radicó en establecer si el denominado “must carry” (obligación de los operadores de televisión por suscripción de retransmitir en su parrilla de programación los canales nacionales, regionales y locales de televisión abierta) constituye una limitación o excepción al derecho de autor que cumpla o satisfaga el criterio o regla de los tres pasos establecido por tratados internacionales y la normatividad comunitaria andina, a saber: (i) que las limitaciones o excepciones al derecho de autor constituyan casos especiales; (ii) que no afecten la explotación normal de la obra; y (iii) que no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los titulares de derecho de autor.

Abstract

This article reviews the cassation ruling of the Supreme Court of Justice of the Republic of Colombia within the civil proceedings for infringement of copyright brought by EGEDA COLOMBIA against TELMEX COLOMBIA S.A. -now COMCEL S.A., whose fundamental question was to establish whether the so-called “must carry” (obligation of pay-TV operators to retransmit national, regional and local open television channels in their programming schedule) constitutes a limitation or exception to copyright that meets or satisfies the criterion or rule of the three steps established by international treaties and Andean Community regulations, namely: (i) that the limitations or exceptions to copyright constitute special cases; (ii) that they do not affect the normal exploitation of the work; and (iii) that they do not cause unjustified harm to the legitimate interests of copyright holders.

¹Profesor de la Universidad de los Andes, UNIANDES, Colombia

I. LA REGLA DE LOS TRES PASOS EN TRATADOS INTERNACIONALES VINCULANTES PARA COLOMBIA

Las limitaciones o excepciones al derecho de autor son causales en las cuales se permite un determinado uso libre y gratuito de las obras protegidas, sin necesidad de contar con la licencia o autorización previa y expresa del titular de derechos. Estas limitaciones o excepciones buscan hacer compatible la protección del derecho de autor con la realización de otros derechos individuales o colectivos que se satisface con el acceso libre y gratuito a los bienes culturales, a saber: derecho de la educación, derecho a la información, derecho de acceso a la cultura, derecho de libre expresión, etc.

La Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Civil, en su sentencia de 9 de abril de 2024 dentro del proceso EGEDA COLOMBIA vs. Telmex Colombia S.A. -hoy Comcel S.A. (Magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo) ha entendido la regla de los tres pasos como una pauta normativa para crear, interpretar y aplicar límites o excepciones a los derechos de autor cuyos destinatarios son (i) el legislador y demás productores de fuentes jurídicas para consagrar limitaciones y excepciones a estos derechos (ii) los jueces al momento de aplicar estos límites; y (iii) los intérpretes al momento de desentrañar el sentido de posibles excepciones a los derechos de autor, así como llenar lagunas y vacíos normativos.

Así las cosas la consagración y aplicabilidad de limitaciones o excepciones al derecho de autor ha sido condicionada por el criterio o regla de los tres pasos establecido por tratados internacionales y la normatividad comunitaria andina, los cuales son vinculantes en la República de Colombia conforme se precisa a continuación.

En primer término, la denominada “regla de los tres pasos” está consagrada en el Artículo 9.2 del Convenio de Berna del cual es parte Colombia en virtud de la Ley 33 de 1987. Este artículo consagra la posibilidad de establecer limitaciones al derecho de reproducción, reservando a las legislaciones nacionales la facultad de permitir la reproducción de las obras literarias y artísticas en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Estos mismos criterios o requisitos para la aplicabilidad de las limitaciones o excepciones al derecho de autor están consagrados también en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derecho de Propiedad Intelectual

Relacionales con el Comercio (Acuerdo ADPIC) del Tratado de creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) del cual forma parte Colombia a instancias de la Ley 170 de 1994. El artículo 13 del Acuerdo consagra la regla de los tres pasos, estableciendo que “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”. Valga precisar que el alcance de la regla de los tres pasos en el Acuerdo ADPIC se refiere en general a los derechos exclusivos del titular del derecho de autor en él consagrados, mientras que la regla de los tres pasos que consagra el artículo 9(2) del Convenio de Berna se aplica exclusivamente al derecho de reproducción. No obstante, por la forma en que está redactado el citado Artículo 13 del Acuerdo el mismo no parece aplicable a los derechos conexos.

El Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), del cual forma parte Colombia en virtud de la Ley 565 de 2000, en su artículo 10 numeral 1 establece la regla de los tres pasos como criterio aplicable a las limitaciones y excepciones que las Partes Contratantes consagren respecto de los derechos concedidos a los autores en virtud del mismo Tratado. Luego el numeral 2 hace aplicable la regla de los tres pasos a las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos reconocidos en virtud del Convenio de Berna. En este sentido, este artículo cumple en el TODA el mismo propósito que en el Acuerdo sobre los ADPIC cumple su artículo 13, al hacer extensiva la regla de los 3 pasos a la totalidad de derechos patrimoniales reconocidos en uno y otro tratado, ya sea directamente, o bien mediante la aplicación por remisión. En la declaración concertada respecto al artículo 10 del TODA, se estableció un criterio de interpretación según el cual se entiende que la aplicación de la regla de los tres pasos a las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos previstos en el Convenio de Berna (en virtud del artículo 10(2) del TODA) no reduce ni amplía su ámbito de aplicabilidad, en concordancia con el párrafo 5 del Preámbulo de este Tratado, que plantea el propósito de no introducir cambios en el equilibrio que el Convenio de Berna establece entre el derecho de autor y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información.

Por su parte, el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) del cual es parte Colombia a instancias de la Ley 545 de 1999 en su artículo 16 permite a las Partes Contratantes establecer otras limitaciones y excepciones de la misma naturaleza que las establecidas respecto de la protección del derecho de autor en cada legislación nacional

(artículo 16(1). Esta norma del Tratado hace aplicable la regla de los tres pasos a los derechos conexos de artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, a diferencia de lo dispuesto al respecto por la Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC, que no contemplan o exigen la aplicabilidad de este criterio.

II. LA REGLA DE LOS TRES PASOS EN LA NORMATIVIDAD COMUNITARIA ANDINA

La Decisión Andina 351 de 1993 en sus artículos 3 y 21 consagran la regla de los tres pasos al establecer el concepto de “usos honrados” como requisito de aplicabilidad de las limitaciones o excepciones al derecho de autor y conexos.

El artículo 21 de la Decisión 351 de 1993 de la CAN establece que “Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”.

Valga mencionar que en Colombia se han planteado discusiones en torno de si dichos “usos honrados” constituye una limitación o excepción en si misma, que convierta en libre y gratuita cualquier forma de uso o explotación de una obra en tanto no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular. No obstante, ha prevalecido la interpretación según la cual el concepto de “usos honrados” al que alude los artículos 3 y 21 de la Decisión Andina 351 de 1993 no constituye en sí misma una limitación o excepción al derecho de autor, sino un criterio o parámetro para la aplicación de otras limitaciones o excepciones. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Andino ha manifestado (TJCA interpretación prejudicial proceso 023-IP-2012) que “Al respecto, la norma comunitaria prevé la posibilidad de que las legislaciones internas de los Países Miembros establezcan limitaciones y excepciones a la protección por el derecho de autor, pero somete tales limitaciones y excepciones a la exigencia de que se trate de usos honrados, es decir, de usos que no atenten contra la explotación normal de las obras y que no causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular o titulares de los derechos (artículos 3 y 21)”.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha reiterado esta interpretación. Especial referencia merece la sentencia de

interpretación prejudicial del TJCAN en el proceso 146-IP-2015 en donde hace amplio análisis de la aplicabilidad de los criterios de la regla de los tres pasos incorporada en la Decisión Andina 351 de 1993 bajo el concepto de “usos honrados”. Por su importante para el tema nos referiremos de manera reiterada a este pronunciamiento de la jurisprudencia del Tribunal Andino.

III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ¿EL DENOMINADO “MUST CARRY” CONSTITUYE UNA LIMITACIÓN O EXCEPCIÓN AL DERECHO DE AUTOR?

El must carry es la denominación con la que se conoce a la obligación de los operadores de televisión por suscripción de retransmitir en su parrilla de programación los canales nacionales, regionales y locales de televisión abierta. En la legislación colombiana se establece esta obligación en el Artículo 11 de la Ley 680 De 2001, con la siguiente redacción:

LEY 680 DE 2001. ARTÍCULO 11. “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”.

A partir de esta norma, los operadores del servicio de televisión por suscripción habían venido sosteniendo que la misma creaba una limitación o excepción al derecho de autor, en particular, por articularse con el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia contenido en la sentencia C-654 de 2003 en que se decidió la constitucionalidad del citado artículo 11 de la Ley 680 de 2001, valga puntualizar, en donde la Corte Constitucional dice expresamente que el must carry debe cumplirse sin que los operadores de televisión por suscripción “tengan que cancelar derechos por este concepto”.

Por su parte, las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor y derechos conexos, como es el caso de EGEDA COLOMBIA en el caso particular que dio origen al pronunciamiento de la Corte Suprema objeto de análisis en el presente escrito, han venido licenciando y cobrando a operadores de televisión por suscripción la comunicación pública -en su modalidad de retransmisión- de las obras audiovisuales contenidas en la programación de

los canales de televisión abierta que dichos operadores realizan a instancias de la mencionada obligación legal.

Queda planteada la cuestión de si la norma que consagra en Colombia el denominado “must carry” constituye una limitación o excepción al derecho de autor que exonere a los operadores de televisión de la obligación de obtener y pagar las licencias que EGEDA COLOMBIA u otras sociedades de gestión colectiva por concepto de la retransmisión de obras contenidas en la programación de canales provenientes de la televisión abierta y, en caso afirmativo, si dicha limitación o excepción satisface o cumple los requisitos de la regla de los tres pasos.

Para explicar los argumentos con los que la Corte Suprema de Justicia desestimó la existencia de una limitación o excepción en este caso, reseñamos a continuación lo analizado sobre cada uno de los criterios de la regla de los tres pasos en el contexto de la jurisprudencia colombiana.

IV. PRIMER CRITERIO: LAS LIMITACIONES O EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR DEBEN CONSISTIR EN “CASOS ESPECIALES”

El primero de los criterios o requisitos de la regla de los tres pasos alude a las limitaciones o excepciones al derecho de autor deben consistir en casos especiales. Valga adicionar que por la forma en que el artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993 fue redactado, hay que agregar la consideración de que esos casos especiales sean establecidos mediante las legislaciones internas de los países miembros de la CAN, de donde surge la discusión de si la consagración de limitaciones o excepciones al derecho de autor sólo pueden ser establecidos por el órgano legislativo, en otras palabras, se discute si es un asunto bajo reserva de ley. Posteriormente expresamos nuestra opinión al respecto, si bien el fallo de la Corte Suprema de Justicia al que venimos aludiendo parece referirse a que la limitación o excepción puede ser consagrada por cualquier autoridad normativa, sea o no del órgano legislativo.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su Interpretación Prejudicial 146-IP-2015, tuvo oportunidad de referirse al primer criterio de la regla de los tres pasos manifestando:

El Comité Permanente de Derecho de Autor y derechos conexos de la OMPI ha realizado un “Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital”

(2003). La “prueba del criterio triple” establece lo siguiente: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

El Comité Permanente de Derecho de Autor y derechos conexos de la OMPI enfatizó que “el artículo 9.2 establece tres condiciones distintas que deben respetarse para que una excepción al derecho de reproducción esté justificada por el derecho interno. Los adjetivos “determinado” y “especial” sugieren que todas las excepciones al derecho de reproducción realizadas en virtud del artículo 9.2 deben ser limitadas. El Grupo Especial de la OMC señaló que el término significa que: “una excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida. Sin embargo, no es necesario identificar explícitamente todas y cada una de las situaciones posibles a las que podría aplicarse la excepción siempre que su alcance sea conocido y particularizado. Esto garantiza un grado suficiente de certidumbre jurídica”. En cuanto al significado de “especial”, el Grupo Especial de la OMC señaló que este término significa que se requiere algo más “que una definición clara a fin de cumplir la norma de la primera condición. Además, las excepciones o limitaciones deben ser limitadas en cuanto a su campo de aplicación o excepcionales en su alcance. En otras palabras una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y en el cualitativo. Esto sugiere un ámbito reducido así como un objetivo excepcional o característico. Para situar este aspecto de la primera condición en el contexto de la segunda condición (“que no atenten contra la explotación normal”), las excepciones o limitaciones deben ser lo contrario de un caso que no sea especial, es decir de un caso normal”.

En este sentido, el catedrático (sic) Ginsburg afirma que la frase “determinados casos especiales” debería recibir una interpretación normativa, teniendo en cuenta que, en cualquier caso, el propósito de una determinada excepción será objeto de examen en el marco del segundo y tercer criterio, es decir cuando atente contra la explotación normal de la obra o cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor.

En nuestro criterio, la aplicabilidad del primer criterio de la regla de los tres pasos en el contexto de la ley colombiana, a instancias de la aplicabilidad del artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, al referirse a las limitaciones y excepciones al derecho de autor "que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros" implica en consonancia con la Constitución Nacional que la creación de limitaciones o excepciones al derecho de autor es competencia privativa del legislador, es decir que existe una reserva de ley en materia de limitaciones o excepciones al derecho de autor.

La reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley. Es una institución que impone un límite tanto al poder legislativo como al ejecutivo.

Existe reserva de ley en materia de limitaciones o excepciones al derecho de autor de manera que sólo el legislador tiene la atribución de determinar las hipótesis o causales en las cuales el titular del derecho de autor debe tolerar o permitir el uso libre y gratuito de su obra por terceras personas, en procura de dar compatibilidad al ejercicio de otros derechos también reconocidos constitucionalmente. En particular, esta reserva de ley tiene fundamento constitucional, normativo y jurisprudencial:

En primer fundamento de esta reserva de ley se encuentra en el hecho de que las limitaciones o excepciones al derecho de autor pueden ser asimiladas a la calidad de restricciones a los atributos de la propiedad privada, materia de exclusivo desarrollo legal conforme el Artículo 58 de la Constitución. En efecto, los derechos de autor son una clase de propiedad intelectual, que son una manifestación del derecho de propiedad privada (Artículo 671 del Código Civil). Como se menciona, la protección a los derechos de autor tiene arraigo en el Artículo 58 de la Constitución Política de Colombia que garantiza la propiedad privada y en el Artículo 61 de la Constitución Nacional. Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en su jurisprudencia que "el concepto amplio de "bienes" cuyo uso y goce están protegidos por la Convención, también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre esta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma" y añade "el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana". Los derechos de autor están amparados en Colombia bajo la protección del derecho humano a la propiedad reconocido en la Constitución y en el bloque constitucional por

medio de los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales Colombia hace parte.

Al igual que todo derecho de propiedad, los derechos de autor no son derechos absolutos. Estos derechos cumplen una función social y pueden ser limitados por el legislador cuando existan intereses públicos que así lo ameriten. El desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado ha dejado claro que las limitaciones a los derechos de propiedad son competencia del legislativo, así en referencia a dicho artículo 58 de la Constitución expresó: “De lo hasta aquí expuesto se desprende que la anotada norma superior prevé que el Estado garantizará el derecho a la propiedad privada con arreglo a las normas civiles y, además, exige que cualquier afectación a su uso y goce sea producto de la atención al interés público y debe provenir del Legislador” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022). Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López. Radicación 11001 03 24 000 2014 00458 00. Nulidad del artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999).

Un segundo fundamento de la reserva de ley en materia de limitaciones o excepciones al derecho de autor lo establece la Constitución Nacional en su artículo 150 el cual dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 24. “Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual”. Es el Congreso de la República el competente para expedir leyes en las que se regule el alcance y contenido de los derechos de autor y una parte fundamental de dicho régimen como lo son las limitaciones o excepciones. Además, como ya se mencionó, al ser los derechos de autor derechos de propiedad, las limitaciones o afectaciones al ejercicio de este derecho deben provenir de la rama legislativa.

La Corte Constitucional de Colombia ha reiterado que la definición de limitaciones o excepciones al derecho de autor es competencia exclusiva del legislador y las mismas están sujetas a la regla de los tres pasos mediante pronunciamientos tales como el siguiente:

“Las limitaciones a los derechos de autor: el alcance y los límites a la libertad de configuración normativa.

73. A pesar de la protección de los derechos de autor en los términos descritos, muchos ordenamientos jurídicos reconocen que la sociedad tiene un interés en las obras para acceder a la información, la cultura

y el conocimiento, y, además, que las obras literarias y artísticas son un patrimonio en cuya creación también contribuye la sociedad. Por lo tanto, la regulación de los derechos de autor debe buscar un equilibrio entre los derechos de los creadores de las obras y el interés de la sociedad de acceder a las mismas, razón por la que se admiten limitaciones y excepciones a los derechos de autor que buscan permitir que la sociedad, bajo ciertas condiciones, pueda beneficiarse del uso de una obra, sin que se requiera la autorización de su autor "de acuerdo con las formalidades y el tiempo previsto por el legislador". Por su parte, el numeral 24 del artículo 150 superior, le otorga la competencia al legislador para regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual. En esa medida, esta corporación considera que el régimen de protección de los derechos de autor se desenvuelve en el ámbito de la ley, y que la Constitución: "no impone criterios rígidos, ni modalidades específicas de protección, ni excluye la posibilidad de adoptar determinados sistemas, sino que deja un amplio margen de configuración legislativa sobre el particular". (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-165-23. Magistrado ponente Natalia Angel cabo).

"De tal forma las limitaciones y excepciones al derecho de autor deben ajustarse a la llamada 'regla de los tres pasos', consagrada en el artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, según la cual, éstas deben adecuarse a las siguientes características:

(i) que sean legales y taxativas (ii) que su aplicación no atente contra la normal explotación de la obra y; (iii) que con ella se evite causarle al titular del derecho de autor un perjuicio injustificado en sus legítimos derechos e intereses. (Corte Constitucional, Sentencia C-871 DE 2010)
(...)

109. En conclusión, los límites a imponer al ejercicio de los derechos de autor, en unificación con la doctrina denominada: "de los tres pasos", la cual se deriva del artículo 21 de la Decisión 351 de 1993, conforme al cual: "Las limitaciones y excepciones al derecho de autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos", deben ser (i) legales y taxativos; (ii) su aplicación no debe atentarse contra la normal explotación de la obra; (iii) ni causarle al titular del derecho

un perjuicio injustificado en sus legítimos derechos e intereses. (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-077 DE 2023. Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar).

IV.I Aplicabilidad del primer criterio por la Corte Suprema en el caso en cuestión

La Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Civil, en su sentencia de 9 de abril de 2024 dentro del proceso EGEDA COLOMBIA vs. Telmex Colombia S.A. - hoy Comcel S.A. (Magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo), ha entendido el primer criterio de la regla de los tres pasos como una exigencia de taxatividad en virtud de la cual las limitaciones o excepciones al derecho de autor se deben encontrar establecidas en una fuente jurídica. Al respecto dice la Corte en referencia al primer criterio de la regla de los tres pasos:

*“Consagrada bajo las expresiones «determinados casos especiales» o «aquellos casos» (Decisión 351 de 1993.), el primer paso alude claramente a la taxatividad, es decir, que las excepciones y limitaciones se encuentren establecidas expresamente en una fuente jurídica. Exige «que las limitaciones o excepciones prescritas en la legislación nacional estén claramente definidas y sean de aplicación y alcance estrictos» (Caso de la Organización Mundial del Comercio (OMC/WTO), WT/DS160/R, 15 de junio de 2000, en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.pdf. 37 SAM RICKETSON, BARRISTER, VICTORIAN BARTHE, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, Center for copyright studies, diciembre, 2002, p. 28.)”*

*“Busca evitar que las excepciones recaigan sobre casos generales o indeterminados y, por el contrario, sean determinados, específicos, precisos, exactos o ciertos. Esto se traduce en que la «excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida», al punto que logre «un grado suficiente de certidumbre jurídica» (EDUARDO SERRANO ALONSO, “Límites en el mundo de las comunicaciones: cable, satélite redes”, en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Xavier O’Callaghan coord., Dykinson, Madrid, 2011, p 364.)”*

*“Este primer paso tiene un doble contenido (SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, “Los derechos de explotación”, en *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, 9ª edición, p. 130.). Por*

un lado proscribire que puedan interpretarse de manera extensiva, pues deben entenderse de forma restrictiva, sin que puedan aplicarse a supuestos de hecho que no aparecen específicamente consagrados en la respectiva fuente jurídica, ni mucho menos extenderse a casos similares no contemplados en la norma; por el otro, es indispensable que el productor de fuentes normativas, como el legislador, «defina claramente los requisitos de aplicación de los límites, señalando el derecho afectado por ellos, los beneficiarios, los usos que se pueden hacer o si es necesario o no el pago de una compensación».

“En suma, el primer paso del test consiste en que: Cualquier excepción que se haga conforme a esta disposición debe definirse claramente y debería ser limitado en su alcance...(SAM RICKETSON, BARRISTER, VICTORIAN BARTHE, The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions, Ob. Cit., p. 31.”

Una vez hechas estas consideraciones, sobre el caso particular de la reclamada aplicabilidad de la norma que consagra en Colombia el must carry como una limitación o excepción al derecho de autor (pretensión apalancada en las palabras de la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003 en donde se dijo que el must carry debe cumplirse sin que los operadores de televisión por suscripción “tengan que cancelar derechos por este concepto”), la Corte desestimó que se estructurara una limitación o excepción al derecho de autor que cumpliera el primer criterio de la regla de los tres pasos, en sus palabras, al dar cuenta que la pretendida limitación o excepción no surge del tenor claro de la norma (en la que se debería especificar puntualmente el alcance de la supuesta limitación o excepción) sino de un ejercicio interpretativo de la misma del cual surge una supuesta limitación o excepción cuyos alcances resultarían ser completamente imprecisos. Dice la Corte Suprema:

Es evidente que, por sí solo, del artículo 11 de la ley 680 de 2001 no se desprende un límite a los derechos de autor que satisfaga los parámetros de la regla de los tres pasos. Esa norma se limitó a imponer a los operadores de televisión por suscripción el deber de garantizarle a sus usuarios ciertos canales de televisión colombianos, sin señalar los derechos afectados ni la improcedencia de remunerar por la retransmisión. De la norma y su contexto, es claro que los beneficiarios del deber de transporte o must-carry son los usuarios de la televisión cerrada, titulares de los derechos a la pluralidad informativa. Explicado de otra manera, el must - carry no es un beneficio para los operadores de televisión por suscripción, sino para sus usuarios.

En segundo lugar, es cierto que la sentencia C-654 de 2003 dice expresamente que el must-carry debe cumplirse sin que los operadores de televisión por suscripción como Comcel «ten[gan] que cancelar derechos por este concepto». No obstante, esa expresión no satisface la regla de los tres pasos porque, además de que no se evidencia que se hubiera tenido en cuenta por la Corte Constitucional, no supera cada uno de ellos.

La expresión de no «tener que cancelar derechos por este concepto» contenida en la sentencia C 654 de 2003 no supera el primer paso consistente en la especificidad, determinación, precisión, exactitud y certeza de las excepciones, de tal manera que exista un suficiente grado de certeza sobre ellas. Recuérdese que esta exigencia se refiere a la taxatividad, donde se defina claramente y sin ambigüedades los derechos afectados, pues no puede aplicarse de manera general, amplia y extensiva, sino específica, concreta y restrictiva.

Esto es así porque la Corte Constitucional hizo referencia general e imprecisa a los derechos, sin que de sus consideraciones pueda inferirse que se refería a los derechos de autor, menos al de comunicación pública de obras audiovisuales y cinematográficas.

V. SEGUNDO CRITERIO: LAS LIMITACIONES O EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR NO DEBEN AFECTAR LA EXPLOTACIÓN NORMAL DE LA OBRA

Se considera que una limitación o excepción de un derecho de autor o conexo en la legislación nacional llega a atentar contra la explotación normal de la obra o producción, si las utilizaciones, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derechos sobre la obra (es decir, el derecho de autor) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su Interpretación Prejudicial 146-IP-2015, tuvo oportunidad de referirse al segundo criterio de la regla de los tres pasos manifestando:

“Deberá interpretarse que la frase “explotación normal” incluye “además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos

importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica". En consecuencia, las excepciones previstas en la legislación nacional que no entren en competencia económica (en el presente o en el futuro) con los usos no exentos no deberían oponerse a la segunda condición del mencionado artículo 9.2." "En la Interpretación Prejudicial emitida en el Proceso 34-IP-2014, este Tribunal, sustentó que el Grupo Especial de la OMC abordó expresamente esta cuestión de la manera siguiente, al interpretar la misma frase ("no atenten contra la explotación normal de la obra") presente en el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC: "... a nuestro parecer, no toda utilización de una obra, que en principio está comprendida en el alcance de los derechos exclusivos y entraña utilidades comerciales, atenta necesariamente contra la explotación normal de dicha obra. Si este fuera el caso, apenas habría excepciones o limitaciones que pudieran cumplir con la segunda condición y el Artículo 13 resultaría sin sentido, puesto que la explotación normal equivaldría al pleno uso de los derechos exclusivos".

"El Grupo Especial prosiguió afirmando lo siguiente: "Consideramos que una excepción o limitación de un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal de la obra (es decir, el derecho de autor o más bien todo el conjunto de derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor), si las utilidades, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de la obra (es decir, el derecho de autor) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables".

El concepto de "normal explotación de la obra" alude a las formas de uso de la obra que habitualmente se comercializan o se explotan económicamente para permitir recibir ingresos económicos a los titulares de derecho de autor. Cada obra tiene sus propios canales de comercialización o modelos de negocio a través de los cuales se obtiene ingresos económicos para autores y titulares de derechos. De esta forma, la limitación o excepción al derecho de autor, para poder satisfacer este segundo criterio, no puede tornar en libres y gratuitos los usos por los cuales habitualmente se cobra y son la principal fuente de ingresos económicos, pudiendo existir otros usos sobre los que no existe cobro o dicho cobra es excepcional y marginal, de manera que bien puede ser sacrificado en

aras del interés público y los derechos de terceros consagrándolo como una limitación o excepción al derecho de autor.

V.I. Aplicabilidad del segundo criterio por la Corte Suprema en el caso en cuestión.

La Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Civil, en su sentencia de 9 de abril de 2024 dentro del proceso EGEDA COLOMBIA vs. Telmex Colombia S.A. -hoy Comcel S.A. (Magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo), entiende el segundo de los criterios de la regla de los tres pasos de la siguiente manera:

“Consagrada para que la excepción o limitación «no atente contra la normal explotación de la obra» (Coinciden los Convenios de Berna y ADPIC, así como la decisión 351 de 1993. 43 SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, “Los derechos de explotación”, en Manual de propiedad intelectual, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, 9ª edición, p. 130.)

“Este paso del test busca evitar que los límites a los derechos de autor compitan con todas las formas en que sus titulares consiguen valor económico gracias a su derecho. También persigue evitar que comportamientos abusivos en el uso de las obras queden impunes y priven al sujeto protegido de ganancias sustanciales, sin mayores consecuencias.

“Para agotar este paso, es necesario indagar cada caso en particular y contrastarlo con el derecho exclusivo que esté en juego (44 Caso de la Organización Mundial del Comercio (OMC/WTO), WT/DS160/R, 15 de junio de 2000, en https://www.wto.org/spanish/tratop_dispu_s/160r-00.pdf.)

“Autorizada doctrina señala que el segundo paso debe interpretarse en el siguiente sentido:

“Para determinar cuál es la explotación normal de una obra, se debe tener en cuenta no sólo a los usos existentes, sino también potenciales, de una obra de la que el propietario de los derechos de autor puede obtener beneficios económicos.

“No todos los usos potenciales de la obra deben considerarse dentro del alcance de explotación normal, sino aquellos que pueden considerarse de importancia considerable o práctica.

“Las excepciones actuales y futuras no entrarán en conflicto con la normal explotación de una obra por el simple hecho que impliquen usos que de otro modo traerían provecho comercial para el autor: el escrutinio consiste en determinar si las excepciones compiten o no económicamente con el autor. Posiblemente este sea el tema con la salvedad de que no deberían hacerlo en ninguna medida apreciable.

“En ese orden, una excepción no necesariamente permanece dentro del alcance de la segunda condición de permanentemente. La normal explotación es un concepto dinámico, siendo posible que una excepción entre en conflicto con la explotación normal de una obra a medida que cambien la tecnología y sus formas de uso. En otras palabras, sería un error considerar el artículo 9(2) [del Convenio de Berna] como una cláusula de derechos adquiridos que consagra inmunidad permanente a una excepción en virtud de disposiciones nacionales. Del mismo modo, es posible que surjan nuevas limitaciones o excepciones que encajen dentro del segundo paso.

*“Para la evaluación del segundo paso no son relevantes únicamente las cuestiones económicas. También son relevantes aspectos jurídicos de índole no económica; es decir, se debe determinar si el uso sobre el que recae el escrutinio del segundo paso debe ser controlado por el titular de los derechos de autor, o si existe otro interés en juego que justifique lo contrario. A la luz de las otras excepciones permitidas por el Convenio [de Berna], tal interés debe ser público y no meramente privado (SAM RICKETSON, BARRISTER, VICTORIAN BARTHE, *The three...*, Ob. Cit., 2002, p. 37.)”*

“Este paso «parece reflejar el aspecto empírico o cuantitativo de la connotación de “normal”, en el sentido de “regular, usual, típico u ordinario”». Siendo una «manera de evaluar la constatación normativa de la explotación normal consiste en examinar, además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica», lo que implica que «se presumiría que las excepciones o limitaciones no atentan contra la explotación normal de las obras si se limitan a un campo o grado de aplicación que no suponga competencia económica con los usos no exentos» (Caso de la Organización Mundial

del Comercio (OMC/WTO), WT/DS160/R, 15 de junio de 2000, en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.pdf. 47 MARTIN SENFTLEBEN, Copyright..., Ob. Cit., p. 210 y ss.)”

En este orden de ideas, la Corte Suprema pasa a descartar que el must carry constituya una limitación o excepción al derecho de autor que satisfaga el requisito de no afectar la explotación normal de las obras audiovisuales. Su análisis es el siguiente:

La frase no «tener que cancelar derechos por este concepto» contenida en la sentencia C 654 de 2003 tampoco supera el segundo paso que consiste en no afectar la normal explotación de la obra. Si esta exigencia impide explotaciones que consiste en evitar privar al titular de ingresos notable consideración económica o práctica, el monto de la condena impuesta en la sentencia impugnada revela que el monto del que se privaría a los representados por Egeda, es una razón de peso para considerar que la comunicación pública de obras por retransmisión sí afectaría su normal explotación, sin que pueda objetarse que el must-carry busca garantizar la pluralidad informativa de los suscriptores, pues para ello el legislador optó por consagrar un deber de transporte a cargo de los operadores de televisión cerrada.

En nuestra opinión, al respecto de la cuestión de la pretendida aplicación del must carry como una limitación o excepción al derecho de autor debería tenerse en cuenta que la pretendida limitación o excepción recae precisamente sobre el contenido de los canales colombianos (no extranjeros) de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal. Nótese al respecto que los titulares de derechos de autor y derechos conexos colombianos, fundamentalmente basan sus cobros y remuneraciones en el sector de la televisión, respecto de lo que corresponde al uso de sus obras y producciones protegidas en los canales de televisión nacionales, pues es mucho mayor el uso de obras y producciones nacionales dentro de los canales colombianos que en los canales extranjeros.

En el caso de los productores audiovisuales afiliados a EGEDA COLOMBIA, puede decirse que derivan “normalmente” un ingreso económico derivado del pago de sus regalías por la retransmisión de sus contenidos audiovisuales por parte de los operadores del servicio de televisión por suscripción. En efecto, a la fecha los operadores de televisión Tigo UNE, Movistar TV, ETB entre muchos otros se encuentran debidamente licenciados por EGEDA COLOMBIA, de manera que los operadores de televisión

por suscripción que no pagan estos derechos son una relativa minoría, una excepción a la regla.

En el campo de la música, tanto SAYCO como ACINPRO derivan regularmente ingresos por el cobro de la comunicación pública en su parrilla de programación (la cual incluye la retransmisión de los canales nacionales, regionales y locales de televisión abierta). SAYCO, por ejemplo, tiene en su manual de tarifas un cobro destinado a los operadores de televisión por suscripción que asciende al tres punto setenta y cinco por ciento (3.75%) de los Ingresos brutos operacionales provenientes de cuotas de abonados por el servicio y publicidad referidos en la declaración de industria y comercio. En el caso de ACINPRO, la tarifa que corresponde a la televisión por suscripción es el 0.0099% salarios mínimos mensuales legales vigentes por suscriptor o abonado mensualmente.

En nuestro criterio, los titulares de derecho de autor y conexos en Colombia si derivan "normalmente" o "regularmente" un ingreso por la comunicación pública (retransmisión) de sus obras y producciones en la televisión por suscripción. Exonerar del pago por tales conceptos a los operadores de televisión de esta modalidad entra en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de sus derechos sobre la obra y/o producción protegida y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables, situación que riñe abiertamente con el segundo criterio de la regla de los tres pasos.

VI. TERCER CRITERIO: LAS LIMITACIONES O EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR NO DEBEN CAUSAR PERJUICIOS INJUSTIFICADOS A LOS LEGITIMOS INTERESES DE LOS TITULARES DE DERECHOS

La ha mencionado en varias oportunidades este tercer requisito de la regla de los tres pasos como una exigencia de proporcionalidad o razonabilidad que debe existir en términos económicos respecto del impacto que significa la aplicación de la limitación o excepción dentro del monto global de ingresos económicos que puede percibir el autor o titular de derechos por la explotación de su obra.

No obstante, también existen pronunciamientos de jurisprudencia en los que este requisito no necesariamente se enfoca en la proporcionalidad de

un daño u otro detrimento económico sino que también abarca dentro del concepto de “intereses legítimos del autor” (con exclusión de los intereses que puede tener un titular derivativo de los derechos) otros intereses como lo son el respecto e integridad de sus derechos morales. Como ejemplo de estos pronunciamientos está la sentencia del TJCAN en la interpretación prejudicial 248 IP 2014,

VI.I Aplicabilidad del tercer criterio por la Corte Suprema en el caso en cuestión

La Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Civil, en su sentencia de 9 de abril de 2024 dentro del proceso EGEDA COLOMBIA vs. Telmex Colombia S.A. -hoy Comcel S.A. (Magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo) se pronunció al respecto del tercer criterio de la regla de los tres pasos de la siguiente forma:

Este paso se consagra bajo la expresión que «no caus[e] perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular» (Coinciden el Convenio de Berna, ADPIC y la decisión 351 de 1993) y se cumple indagando sobre los intereses que están en juego: los de los titulares de derechos de propiedad intelectual y los de los beneficiarios de los límites. Si los derechos de usuarios de obras y prestaciones pesan más que los de los titulares de propiedad intelectual... se deberá permitir el límite, aunque cause algún tipo de perjuicio a estos, sin exigir el pago de remuneración... Si ambos tipos de derechos están equilibrados, deberá permitirse el límite y el eventual perjuicio quedaría justificado mediante el pago de una compensación... Y si los derechos de propiedad intelectual pesan más que los de los usuarios, entonces debería prohibirse el límite porque, de lo contrario, afectaría a los intereses legítimos de los titulares de derechos... Al llegar a este tercer paso es cuando procede valorar ... la justificación de los límites (SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA, “Los derechos de explotación”, en Manual de propiedad intelectual, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, 9ª edición, p. 130 y 131. 50 SAM RICKETSON, BARRISTER, VICTORIAN BARTHE, The three..., Ob. Cit., p. 41). La doctrina señala que debe entenderse en el siguiente sentido:

El tercer paso solamente es aplicable cuando se hubieren cumplido los dos anteriores.

Los “intereses legítimos del autor” incluyen tanto los patrimoniales como los morales del autor y causahabientes. Esto implica consideraciones jurídicas respecto de los mismos.

El perjuicio o afectación de estos intereses por el uso puede ser sustancial o material, pero no debe ser “irrazonable” en el sentido de ser desproporcionado. Esto implica que se pueden evitar “perjuicios irrazonables” mediante la imposición de condiciones sobre el uso, incluido el requisito de pagar remuneración.

La legitimidad de los intereses se refiere «al carácter lícito en una perspectiva jurídica positivista, pero también tiene una connotación de legitimidad en una perspectiva más normativa, en el contexto de exigir la protección de intereses que se justifican habida cuenta de los objetivos de protección de los derechos exclusivos». En cuanto a la razonabilidad de la excepción «el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares de derechos llega a un nivel injustificado si una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del derecho de autor» ((Caso de la Organización Mundial del Comercio (OMC/WTO), WT/DS160/R, 15 de junio de 2000, en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.pdf)

En acápite posterior, la Corte Suprema pasa a descartar que el must carry constituya una limitación o excepción al derecho de autor que satisfaga el requisito de no causar perjuicio injustificado a los titulares de derechos de autor sobre obras audiovisuales. Su análisis es el siguiente:

Finalmente, la frase no «tener que cancelar derechos por este concepto» mucho menos supera el tercer paso de no perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho de comunicación pública. Sobre este punto Comcel planteó un dilema que no existe porque -se insiste- el must-carry contribuye al pluralismo informativo de los suscriptores por ser un deber impuesto a los operadores de televisión por suscripción quienes, además, deben obtener las autorizaciones para comunicar de manera pública las obras audiovisuales o cinematográficas, so pena de transgredir los derechos de autor y verse compelidos a indemnizar a los sujetos afectados.

Así las cosas, de la mirada conjunta del artículo 11 de la ley 680 de 2001 y de la sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional no se desprende un límite o excepción al derecho de comunicación pública por retransmisión de obras audiovisuales y cinematográficas que respete la regla de los tres pasos.

(...)

Así las cosas, la Sala concluye que el deber de transporte o must-carry previsto en el artículo 11 de la ley 680 de 2001, interpretado a la luz

de la sentencia C-654 de 2003, es, en realidad, un deber a cargo de los operadores de televisión por suscripción que beneficia del pluralismo informativo a sus suscriptores y no constituye un límite o excepción al derecho de comunicación pública por retransmisión de obras audiovisuales y cinematográficas reclamado por Egeda.

Ese deber de transporte o must-carry no se observa contrario al orden justo, la libertad económica o carente de proporcionalidad, como sin mayor desarrollo lo calificó Comcel, pues tiene sentido en la medida de que debe ser cumplido por los operadores de televisión cerrada con el fin de garantizar los objetivos que se han señalado, para lo cual deben procurar las autorizaciones de los productores de las obras audiovisuales y cinematográficas que retransmiten, so pena de incurrir en responsabilidad civil extracontractual por infracción del derecho de autor de comunicación pública.

Obsérvese que la Sala no está haciendo a un lado la vigencia del artículo 11 de la ley 680 de 2001, ni mucho menos de la sentencia C-546 de 2003 para darle prevalencia a otras disposiciones, sino que está haciendo una interpretación conjunta y sistemática de esas fuentes para concluir que no consagran un límite o excepción al derecho de autor de comunicación pública.

Con estos argumentos la Corte Suprema descarta que la pretendida aplicación de una limitación o excepción al derecho de autor basada en el must carry pueda considerarse que no causa perjuicios injustificados a los legítimos intereses de los titulares de derechos.

Como se viene mencionando, este tercer criterio alude al impacto económico que significaría para los titulares de derechos la consagración de esta limitación o excepción. En materia de este impacto económico consideramos al respecto que la aplicación irrestricta de una supuesta limitación o excepción como la que pretende el demandado, tornaría en acto libre y gratuito la retransmisión de cualquier contenido protegido por el derecho de autor y los derechos conexos por parte de los operadores del servicio de televisión por suscripción, no solamente de las obras audiovisuales, involucrando también a otros titulares de derechos que gestionan su derecho de comunicación pública a través de sociedades de gestión colectiva tales como:

- Los autores, compositores y editores titulares de derechos de autor sobre las obras musicales representados por SAYCO;

- Los productores fonográficos y artistas intérpretes o ejecutantes, titulares de derechos conexos en materia de la música, representados por ACINPRO;
- Los productores audiovisuales titulares de derecho de autor representados por EGEDA COLOMBIA;
- Los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales representados, titulares de derechos conexos, representados por ACTORES SOCIEDAD COLOMBIANA DE GESTION;
- Los directores de audiovisual (cine y televisión) representados por la sociedad DASC;
- Los guionistas de audiovisual representados por la sociedad de gestión colectiva REDES.

Pretender aplicar una limitación o excepción que afectaría los ingresos económicos de tan diversos sectores de titulares de derechos de autor y conexos resulta ser, también en términos económicos, desmedido o desproporcionado.

VII. CONCLUSIONES

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Civil, en su sentencia de 9 de abril de 2024 dentro del proceso EGEDA COLOMBIA vs. Telmex Colombia S.A. -hoy Comcel S.A. (Magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo), constituye sin lugar a dudas un importante avance en la jurisprudencia colombiana en materia de derecho de autor, no solamente porque acoge la viabilidad de ejercicio del derecho de autor respecto de la retransmisión de los contenidos de programación retransmitidos de los canales de televisión abierta, sino porque constituye un acertado y detallado ejemplo del análisis que conduce a aplicar la regla de los tres pasos frente a la discutida existencia de una limitación o excepción invocada por el demandado.

Si bien queda claro en el fallo en comento que el Artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no puede ser asumido como una limitación o excepción por ser contrario a la regla de los tres pasos, no obstante, podrían agregarse muchas otras razones adicionales a las consideradas por la Corte para descartar esta posibilidad.

Si las limitaciones o excepciones son taxativas y de interpretación restrictiva, debe atenderse al significado exacto de los términos con lo que ellas se consagran. Así es como el artículo 11 referido no otorga de manera clara y expresa permiso de retransmisión de las obras audiovisuales que son contenidos de la programación. En lugar de “obras” se refiere a “canales” los que se definen en el DRAE como “Cada una de las bandas de frecuencia en que puede emitir una estación de televisión y radio.” El texto de ese artículo no le impone directa o tácitamente a los PRODUCTORES AUDIOVISUALES la obligación permitir su retransmisión sin autorización ni costo; ni impide que ellos puedan solicitar la autorización y pago por la retransmisión de su señal. La única obligación impuesta está en cabeza de los operadores de televisión por suscripción.

En el sentido literal e interpretación restrictiva de la norma en comento, no se establece expresamente que los operadores tengan derecho de retransmitir. Del texto del artículo 11 comentado no cabe concluir que la palabra recepción’ sea sinónimo de ‘retransmisión.’ Si bien establece una obligación a cargo de los operadores de televisión por suscripción no se desprende del citado artículo, ni mucho menos se establece expresamente, que los operadores de televisión por suscripción tengan el derecho de retransmitir las emisiones de los organismos de radiodifusión de señal abierta, ni mucho menos de los contenidos de programación (obras audiovisuales) de dichas señales o canales. En otras palabras, la obligación establecida en el referido artículo 11 citado, no hace referencia alguna a la retransmisión de las emisiones de los canales de televisión abierta ni de las obras audiovisuales que conforman su programación.

La recepción de los canales podría brindarse o garantizarse por otros medios, no necesariamente a través de la retransmisión. Es diferente el acto de garantizar a los suscriptores de televisión por suscripción la recepción de las señales de televisión abierta y, de otra parte, el acto de retransmitir una emisión de televisión abierta a través de la televisión por suscripción. Realizar el primer acto mencionado no requiere necesariamente realizar el segundo. En efecto, la recepción de las señales de televisión abierta por los televidentes colombianos puede asegurarse por vías distintas a la retransmisión de esas señales a través del cable.

Por otra parte, la norma en comento se refiere literalmente a “canales” (sinónimo de señales) no a los “contenidos”. El texto del artículo 11 referido no otorga de manera clara y expresa permiso de retransmisión de las obras audiovisuales que son contenidos de la programación. Se refiere a “canales” los

que se definen en el DRAE como "Cada una de las bandas de frecuencia en que puede emitir una estación de televisión y radio."

Finalmente, puede tenerse en cuenta también que el derecho comunitario andino es supranacional y preferente y, por tanto, las decisiones de la Corte Constitucional no pueden desconocerlo bajo la justificación de cumplir su norma interna. En consecuencia, para que exista una limitación o excepción a los derechos de autor y derechos conexos en Colombia, debe tenerse en cuenta que, en caso de contradicción con una norma supranacional, prevalecerá esta última. Así, el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no puede convertirse en una limitación o excepción a los derechos de autor a partir de la opinión de una interpretación judicial, pues no es el juez el llamado a calificar dicha norma como tal, siendo el legislador andino o nacional el único facultado para imponer o establecer límites explícitos a los derechos patrimoniales de autor.

Si bien los anteriores planteamientos, u otros muchos no mencionados, no fueron tenidos en cuenta en las consideraciones de la Corte Suprema en el fallo en comento, la discusión futura de estos temas en el contexto colombiano seguramente ya tomará como precedente definitivo y línea jurisprudencial reiterada la inexistencia de una limitación o excepción al derecho de autor basada en la norma que consagra en Colombia la obligación del *must carry*, respecto de lo cual este fallo sienta sólida jurisprudencia para ser tenida en cuenta en casos futuros.

Por otra parte, la discusión sobre los criterios de aplicabilidad de la regla de los tres pasos seguramente volverá a ser materia de análisis y discusión en otros casos futuros dentro de la jurisprudencia nacional y andina. Esta dinámica es propia de una materia en la que se trazan los términos de equilibrio entre el derecho de autor y otros derechos individuales y colectivos, dinámica que evoluciona y se replantea permanentemente con el transcurso del tiempo y la evolución tecnológica en materia de formas de comercialización y acceso a las obras.