

Memorias del Foro

COMUNIDAD ANDINA: LOS RETOS DE LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL



Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones

Universidad Externado de Colombia

Julio 7 de 2020

Bogotá D.C., Colombia

Universidad Externado de Colombia

Título: COMUNIDAD ANDINA: LOS RETOS DE LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL

Editado por:

Laura Daniela González Rozo

Compilado por:

Valentina Monroy Trujillo

Camila Fonseca Rivera

Santiago Rodríguez Sanmiguel

Universidad Externado de Colombia

© Universidad Externado de Colombia

Calle 12 No. 1-17 Este

Bogotá, D.C., Colombia

Teléfono: 282 60 66 Ext. 1105, 1106

esdercom@uexternado.edu.co

“El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión del (los) autor(es) y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad Externado de Colombia, ni genera su responsabilidad frente a terceros. El (los) autor(es) asume(n) la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella” Bogotá, Colombia. Julio de 2020.

CONTENIDO

APERTURA DEL EVENTO E INSTALACIÓN	4
CONFERENCIAS	5
1. 50 AÑOS DE LA COMUNIDAD ANDINA. BALANCE E INCIDENCIA EN EL DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN DE LOS PAÍSES MIEMBROS.	5
2. INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y EL ARBITRAJE	6
3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET	11
4. LIBRE COMPETENCIA, COMPETENCIA DESLEAL Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS TRANSFRONTERIZAS EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA.....	19
5. LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE TELEVISIÓN Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA UNIÓN EUROPEA.....	23
6. MUST CARRY	28
7. HOJA DE RUTA EN MATERIA DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL.....	32
8. DERECHOS DE AUTOR: EQUIDAD NECESARIA	36

APERTURA DEL EVENTO E INSTALACIÓN

- **Intervención Doctora Mónica Herrera, Directora (e) del Departamento de las Telecomunicaciones.**

La doctora Herrera, en nombre del Departamento de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia, dio la bienvenida al Webinar “Comunidad Andina: Los retos de la Transformación Digital”, indicando que el principal objetivo del evento era presentar la incidencia que ha tenido la Comunidad Andina, desde su creación con el acuerdo de Cartagena y por un periodo de 50 años de trabajo, con el fin de identificar cuáles son los desafíos que desde el punto regulatorio y normativo tiene esta organización en el entorno digital, y señaló que, a lo largo de la jornada, los panelistas analizarían el marco vigente en materia de competencia y prácticas restrictivas en el entorno transfronterizo y estudiarían los retos que tiene la Comunidad Andina respecto de los servicios de Tecnologías de la Información.

- **Intervención del Rector Juan Carlos Henao, Rector de la Universidad Externado de Colombia.**

El doctor Henao festejó los 50 años de la Comunidad Andina con su respectivo Tribunal, indicando que éste último es uno de los que mayor importancia tiene en temas económicos relacionados con regulaciones, competencia entre los países y temas transfronterizos de Latinoamérica, resaltando la relevancia de este evento y dando la bienvenida a todos los asistentes al mismo.

- **Intervención del Doctor Hernando Romero Zambrano, Presidente del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina.**

El doctor Romero manifestó su agradecimiento a la Universidad Externado de Colombia por la realización de este Webinar. Indicó que para él siempre es un honor poder ayudar y participar dando su modesta opinión y declaró abierto el evento.

CONFERENCIAS

1. 50 AÑOS DE LA COMUNIDAD ANDINA. BALANCE E INCIDENCIA EN EL DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN DE LOS PAÍSES MIEMBROS.

Ponente: Hernán Romero Zambrano, Presidente del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina.

Por solicitud del ponente, la relatoría de esta intervención no fue incluida en el presente documento.

2. INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y EL ARBITRAJE

Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El doctor Vergara Quintero hizo referencia, en primer lugar, a los mecanismos de solución de controversias y los procesos de integración, y posteriormente abordó los temas de la interpretación prejudicial, la interpretación prejudicial en el arbitraje, y algunas innovaciones que se han hecho en tiempos de pandemia en materia digital en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

- ***Los mecanismos de solución de controversias y el proceso de integración***

El Magistrado señaló que para lograr la viabilidad de los tratados, procesos o acuerdos de integración, no resulta adecuado que cada País Miembro maneje los asuntos comunitarios con un criterio jurídico distinto, especialmente aquellos asuntos de talante económico, puesto que la atomización y la dispersión puede poner en riesgo la unidad de la integración que se persigue, además del principio de la certeza jurídica que se requiere en el marco de las actividades comerciales. Así, expuso que si bien no hay integración perfecta, siempre debe establecerse un mecanismo para solucionar las controversias que se susciten.

Hacia el interior de todos los procesos de integración, existen diversas clases de mecanismos de solución de conflictos, unos denominados de autocomposición y otros denominados de heterocomposición. En los sistemas de autocomposición las partes solucionan sus controversias de una manera directa, sin la interferencia de organismos autónomos e independientes, como pueden ser los canales diplomáticos, el diálogo directo, la mediación o la conciliación. Por otra parte, en los sistemas de heterocomposición las partes no solucionan directamente sus conflictos, sino que lo hace un tercero autónomo e independiente, por ejemplo, la OMC, el GATT o los tribunales y cortes internacionales permanentes, como sucede hacia al interior de la Unión Europea y de la CAN.

En la CAN se escogió, a semejanza de la Unión Europea, el mecanismo de la heterocomposición, esto es, un tercero autónomo e independiente que resuelve el conflicto, a pesar de que haga parte de su institucionalidad, como ocurre en el caso de la Secretaría General de la CAN o el Tribunal de Justicia de este organismo. Los artículos 42 y 47 del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Creación del Tribunal establecieron un tribunal de justicia internacional como un foro exclusivo y excluyente para dirimir los conflictos hacia el interior de la subregión andina. En principio, fue llamado Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena¹, en homenaje a esa ciudad donde se celebraron las primeras conversaciones del denominado –en esa época– Pacto Andino. Después se le cambió el nombre y hoy en día se llama Tribunal de Justicia de la CAN, luego de la reforma de Cochabamba de 1996. Este Tribunal tiene 3 características esenciales: es jurisdiccional, voluntario y supranacional. Esta última característica es la más importante, dado que se trata de un órgano internacional al que los Países Miembros le transfirieron las funciones jurisdiccionales para hacer efectivo el Acuerdo de Cartagena, en virtud de la denominada soberanía compartida.

¹ El año pasado cumplió 40 años de existencia.

La supranacionalidad significa varias cosas, de ellas se destacan:

1. Que las normas supranacionales prevalecen sobre las normas internas de cada país, sin importar el orden jerárquico que se tenga en el ámbito nacional
2. Que las normas supranacionales, una vez expedidas, tienen un efecto inmediato, es decir, no requieren ni ratificaciones, ni *exequatur*, ni ningún formalismo adicional para tener vigencia plena en cada país de la Comunidad.
3. Que las sentencias del Tribunal Andino son de obligatorio cumplimiento, tanto para los Países Miembros como para las autoridades nacionales. Las facultades supranacionales también se reflejan en las competencias que se les atribuyen a los órganos de justicia de la CAN, como las acciones de nulidad, de incumplimiento, el recurso por omisión, la acción laboral, los procesos arbitrales; pero principalmente se ve reflejada en la denominada interpretación prejudicial, que obliga a los Países Miembros a seguir una única jurisprudencia.

Siempre ha sido un anhelo de los Países Andinos que exista una jurisprudencia única sobre determinados puntos del derecho, con el fin de que al ciudadano de a pie no le corresponda la aplicación de una jurisprudencia determinada dependiendo del despacho público que conozca del caso y que no se suscite una disparidad de criterios sobre el mismo tema. Esta aspiración se traduce en mecanismos de la legislación interna como la obligatoriedad del precedente, la teoría del acto aclarado, la teoría del acto claro, la extensión de jurisprudencia y el recurso de unificación de jurisprudencia, etc.

Cuando se trata de integración económica, las reglas comerciales deben ser claras y únicas, no pueden variar de un país a otro, dado que, de otra manera, el riesgo sería demasiado alto. La inestabilidad política, financiera y jurídica ahuyentan los capitales y los negocios transnacionales. La seguridad jurídica del derecho andino se consigue con la labor interpretativa de la norma comunitaria que realiza de forma única, exclusiva y armónica el Tribunal, a través de la figura de la interpretación prejudicial.

- ***La interpretación prejudicial***

La interpretación prejudicial no es una figura original del derecho comunitario andino. Se tiene como antecedente un procedimiento similar de la Comunidad Económica Europea, en el que se busca la armonización de la jurisprudencia del juez nacional con el juez supranacional; en el derecho europeo existe lo conocido como la cuestión prejudicial, mientras que en el derecho andino se considera interpretación prejudicial. El artículo 267 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece la denominada cuestión prejudicial, donde se le asigna al Tribunal Europeo la facultad de pronunciarse sobre la validez e interpretación de los actos que expidan los Países Miembros de la Unión Europea. A su vez, los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN le asignan a este Tribunal la función de interpretar, vía prejudicial, la norma comunitaria. Como se observa, es la misma figura procesal, sin perjuicio de estar organizada de manera diferente.

En este punto surge siguiente interrogante: ¿cuáles son los objetivos que buscan los mecanismos de interpretación prejudicial? El doctor Vergara Quintero indicó que tanto la cuestión como la interpretación tienen los mismos objetivos, es decir, asegurar la aplicación del derecho de manera uniforme y coherente en todos los Estados Miembros, puesto que, de otra manera, si se deja al arbitrio de los jueces nacionales la interpretación de la norma comunitaria, la atomización, el fraccionamiento

y las contradicciones podrían acabar con el proceso de integración regional que se persigue. Por ejemplo, la solución final de un caso transnacional de la Unión Europea como el de UBER no podía dejarse en manos de un juez nacional, dado que las decisiones hubiesen sido fatales, por ello, el Tribunal de Luxemburgo fue el que dirimió la controversia, indicando que UBER no era una mera aplicación tecnológica, sino que era un medio de transporte urbano, prestado por particulares no preparados para ello y que, en consecuencia, debía cumplir con los mismos requisitos de cualquier compañía de taxis.

La noción de la interpretación prejudicial en la CAN es la de un procedimiento que se realiza en el curso de un proceso judicial adelantado por el juez nacional, en el cual el Tribunal Andino interviene y expresa su concepto de carácter obligatorio sobre la forma en que debe interpretarse y aplicarse una determinada norma de derecho andino. Debe tratarse de normas del ordenamiento comunitario, es decir, la interpretación prejudicial no se refiere a una acción judicial propiamente dicha, sino que funciona como un tipo de incidente adelantado por un tribunal de un País Miembro.

En ese sentido, indicó Vergara Quintero que la interpretación prejudicial es un mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el juez supranacional, dentro de un sistema en el que se entrelazan las competencias dentro del marco del acuerdo de integración, buscando una interpretación coherente de la norma. En ese escenario no existe una estructura jerárquica supranacional, sino que la rama judicial de los Estados Miembros se convierte la vocera del derecho comunitario. Se trata entonces de competencias funcionales bien delimitadas, dado que el Tribunal Andino interpreta la norma comunitaria de una manera general, objetiva, abstracta e impersonal; al paso que el juez nacional le corresponde aplicar el derecho al caso en concreto. El Tribunal Andino no califica ni los hechos de la demanda ni las pruebas; tampoco califica o interpreta las normas nacionales ni se refiere al caso en concreto.

- ***Arbitraje e interpretación prejudicial***

Con respecto al arbitraje y la interpretación prejudicial, hace unos años los tribunales de arbitramento, así como las autoridades administrativas de los Países Miembros no tenían la facultad para solicitar interpretaciones prejudiciales. En algunas épocas este Tribunal internacional sostuvo interpretaciones netamente exegéticas y restringidas, como diría el Doctor Alzate Abondano. Esto se manifestó en una sentencia del 25 de abril de 1989, donde se señaló que las interpretaciones prejudiciales estaban destinadas exclusivamente a los jueces nacionales, mas no a otro tipo de autoridades del Pacto Andino –como se llamaba en ese entonces–. Esto cambió en Sentencia del 19 de diciembre de 1993, donde el Tribunal comenzó a modificar esa perspectiva, admitiendo la interpretación prejudicial destinada a autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales. Se incluyó así a la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (SENADI) y al Servicio Nacional de Propiedad Intelectual de Bolivia (SENAPI).

La ampliación del concepto del juez nacional para el arbitraje empieza con el caso 003-2010, donde se incluyeron los árbitros como facultados para solicitar la interpretación prejudicial. Este caso inició a causa de unos contratos de acceso y uso de redes de telefonía que implicaban el análisis del derecho comunitario, en dichos contratos se originó una controversia jurídica que llegó al conocimiento de un tribunal arbitral que profirió el laudo respectivo. Ulteriormente, al considerarse que se había omitido la aplicación del derecho andino en materia de interconexión eléctrica, una de las partes -la ETB- formuló en el trámite de un recurso de anulación una petición para que se solicitara al Tribunal Andino la

interpretación prejudicial que había omitido. El Consejo de Estado emitió el fallo negando la anulación de los laudos y denegando la solicitud de interpretación del Tribunal Andino. Ante este panorama, la ETB, después de agotar la vía prejudicial en la Secretaría de la CAN, formuló una demanda de acción de incumplimiento, solicitando la declaratoria de incumplimiento de la República de Colombia a través del Consejo de Estado, al haber desconocido la obligación de solicitar la interpretación prejudicial. A su vez, el Tribunal Andino accedió a las pretensiones de la demandante por no haber solicitado el Consejo de Estado la interpretación prejudicial para decidir la acusación contra los laudos arbitrales. En consecuencia, se dispuso que Colombia debía adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia del Tribunal.

A renglón seguido, el Consejo de Estado dejó sin efectos su propia sentencia, además de declarar la nulidad de los laudos arbitrales, pues omitió solicitar la interpretación prejudicial. De esta manera, el Consejo de Estado actuó como vocero de la normativa comunitaria, ordenándole al tribunal arbitral que antes de decidir de nuevo la controversia jurídica que se había planteado, le solicitara al Tribunal Andino la interpretación prejudicial. De tal manera que, a raíz de este caso, el concepto de juez nacional del artículo 33 del Tratado de Creación abarca, sin duda alguna, a los árbitros cuando actúan como jueces en derecho. Así las cosas, la falta de interpretación prejudicial no solo genera una causal de nulidad, sino que también coloca en entredicho la responsabilidad del País Miembro donde se emite la decisión por incumplimiento de la normativa comunitaria.

Dentro de esta perspectiva, el Tribunal Andino abandonó el criterio organicista que se había mantenido por décadas, para así acoger el criterio funcional: es la función ejercida la que determina quién debe ser entendido como juez nacional. El Tribunal Andino, haciendo una amplia interpretación consideró que juez nacional son aquellas autoridades que deciden en derecho; no solo aquellos órganos pertenecientes a la rama judicial, sino todos aquellos que fallen en derecho. Si las decisiones de algunas autoridades hacen tránsito a cosa juzgada, no podrían estas ser excluidas del ordenamiento comunitarios. Por ende, el Tribunal Andino ha concluido que los árbitros cumplen con funciones judiciales.

Para concluir esta parte, puede decirse que la interpretación prejudicial garantiza la seguridad jurídica y la certeza para los ciudadanos comunitarios, los comerciantes, los inversionistas, con una interpretación uniforme y permanente hacia el interior de cada País Miembro de la CAN. La omisión de la interpretación prejudicial de los tribunales arbitrales constituye causal de anulación del laudo y genera responsabilidad internacional del País Miembro. En caso de duda del Tribunal Arbitral, si se requiere o no se requiere, por no tener precisión de si está involucrada la normatividad comunitaria, la duda debe resolverse a favor de la interpretación prejudicial y el Tribunal Andino decidirá si es procedente o no. En virtud del principio de la celeridad de los tribunales de arbitramento, se presenta un gran desafío para el Tribunal Andino, para emitir prontamente las interpretaciones que son requeridas por estos órganos y por las demás autoridades judiciales de los Países Miembros.

- ***Transformaciones digitales del Tribunal de Justicia de la CAN***

En épocas de transformaciones digitales, el Tribunal Andino ha adoptado algunas medidas a nivel interno para facilitar el trabajo mediante el uso de la tecnología:

1. Las solicitudes de interpretación prejudicial y los anexos, la copia de la demanda y la contestación y las pruebas adelantadas ante los Países Miembros, deben ser remitidas a través de correo electrónico, previo escaneo, fotos, o cualquier asunto tecnológico pertinente.
2. De todo lo enviado por el solicitante, la secretaria del Tribunal anexa dichos documentos con una constancia de recibido y conforma un archivo digital, es decir, hace una hoja de recibido y una carpeta digital, que en Colombia se conoce como expediente digital. Dando cumplimiento al artículo 23 del reglamento interno del Tribunal Andino, el sorteo o el reparto de las causas que lleguen se hace mediante videoconferencia, para que todas las personas puedan tener tranquilidad en cuestiones de transparencia. Cualquier persona puede participar de la videoconferencia.
3. Una vez las causas son asignadas a la magistratura conforme al sorteo realizado, todos los expedientes digitales de solicitud de interpretaciones se trabajan internamente mediante archivos digitales que son subidos a la nube, herramientas que permiten almacenar, acceder a los datos y acceder a los programas de internet; esto facilita el acceso a la información necesaria para la construcción de la interpretación prejudicial, la implementación de un trabajo simultáneo por parte de los funcionarios de las diferentes magistraturas, el intercambio de opiniones y una interpretación más rápida y oportuna entre todos los despachos. Igualmente, hacia el interior de esta Corte Internacional, se desarrollan las salas virtuales, donde se les facilita a los magistrados intervenir y votar por medio de los diferentes medios telemáticos, lo cual hace más viable el intercambio de conceptos para obtener las versiones finales de la providencia judicial respectiva.

Así, concluye el doctor Vergara Quintero, en tiempos digitales se presenta como un reto para el Tribunal el realizar sus interpretaciones prejudiciales en todos los procesos, especialmente en la justicia arbitral, caracterizada por ser una justicia rápida y ágil.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET

Ponente: Hugo Gómez Apac – Magistrado Principal por la Republica del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El doctor Gómez Apac desarrolló en su conferencia lo referido a la responsabilidad de los proveedores de servicios intermediarios de internet (*Internet Service Providers-ISP*) y la manera en que estos asumen o no la responsabilidad de lo que hagan sus usuarios.

En primer lugar, el Magistrado planteó el siguiente interrogante: ¿Quiénes califican como proveedores de servicios (intermediarios) de internet (ISP)? Para responder mencionó que haría una clasificación de 4 tipos de ISP, clasificación que ayudaría a entender a lo largo de la exposición sobre las responsabilidades que tiene cada uno de ellos:

- Proveedor de mera transmisión en una red de comunicaciones: por ejemplo, el Internet Access Providers, que es el que da el acceso al servicio de internet, el que brinda este servicio. Por ello, en esta categoría se encuentran agentes que simplemente hacen esa mera transmisión automática de la data o información.
- Proveedor de servicios de memoria temporal (*caching*): son aquellos que hacen una copia temporal para lograr una conexión más rápida a los sitios de internet, por ejemplo, Google, que tiene su servicio caché.
- Proveedor de servicios de enlace o motores de búsqueda (*linking*): Es el caso de Google y Yahoo.
- Proveedor de alojamiento de datos (*hosting*): hay muchas modalidades de proveedores de alojamiento de datos, y de ellos el Magistrado Gómez destacó a los proveedores de redes sociales, como Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, pues en ellos iba a centrar su exposición.

El Magistrado Gómez señaló que dentro de esta categoría de prestadores de servicios de alojamiento de datos (*hosting*), hay uno en particular que se denomina “prestador de servicios que permite compartir contenidos en línea”. Este prestador es una modalidad especial de proveedor de servicios de alojamiento. La Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de abril de 2019, que trata sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, lo ha definido como “el prestador de un servicio de la Sociedad de la Información cuyo único fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras y otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos”. Este podría ser el caso de YouTube, red social que podría clasificarse dentro de esta categoría. Por otra parte, la norma expresamente dice que no entrarían en esta categoría, por ejemplo, las enciclopedias en línea sin fines lucrativos como es el caso de Wikipedia.

Una vez relacionados los cuatro tipos de proveedores de servicios (intermediarios) de internet, el conferencista dio paso al análisis de los actos ilícitos cometidos por los usuarios del ISP, es decir, por los destinatarios del servicio. Indicó que esta discusión se da porque son estos usuarios los que cargan o descargan material objeto de infracción, por ejemplo, son quienes descargan películas, canciones o libros sin la autorización del titular del derecho de autor, sin pagarle la correspondiente remuneración, sin haber obtenido una licencia y, por lo tanto, hacen la descarga de manera ilegal, o, por el contrario, son usuarios que cargan en las plataformas o páginas web, chats, foros, redes sociales, etcétera,

textos, fotografías, videos e imágenes que igualmente están violando derechos de autor, por no tener autorización o licencia del titular del derecho, o por no pagar la remuneración correspondiente para utilizar tales derechos de propiedad intelectual.

Siendo esta la situación ¿por qué se habla de imputar algún tipo de responsabilidad a estos ISP? Explicó el Magistrado Gómez que esto se debe a varios factores. En primer lugar, porque hay una dificultad de “atrapar” o exigir responsabilidad a los usuarios, ya que estos pueden estar ubicados en otro país, utilizar plataformas ubicadas en otros Estados y en el supuesto de que estén en el mismo país, puede ser muy difícil de ubicarlos, pues simplemente pueden cargar esa información ilegal desde cualquier lugar como una cabina de internet o un teléfono que tenga internet prepago. Además, en el supuesto de que se llegara a identificar y encontrar al individuo infractor, tampoco se sabe si podrían afrontar una demanda por daños y perjuicios, lo que dejaría en impunidad la situación, en perjuicio de los titulares de derechos de autor.

Por lo anterior, para proteger a los titulares de derechos de autor que están siendo vulnerados y perjudicados por estas cargas o descargas ilegales, se empezó a pensar en atribuir algún tipo de responsabilidad a los ISP, viéndola como una responsabilidad como tercero o responsabilidad solidaria, especialmente porque estos ISP son los intermediarios entre los usuarios que cargan o descargan el material objeto de infracción y el público receptor. Así que, si bien estos ISP no cometen directamente la infracción, son los que han proveído la plataforma a través de la cual sus usuarios están cometiendo las violaciones a los derechos de autor y derechos conexos.

En ese sentido, es preciso preguntarse si los ISP son responsables por los contenidos que cargan o descargan sus usuarios sin la autorización de los titulares de derechos de autor (o derechos conexos): ¿Los ISP son policías que tienen que estar vigilando todo lo que hacen sus usuarios?

Para el Magistrado Gómez la respuesta es negativa. En la legislación comparada que él ha revisado no se atribuye a los ISP ese nivel de responsabilidad. Ellos no son policías que tenga que vigilar todo lo que hacen sus usuarios. Por ejemplo, en el caso de Facebook, sería costosísimo e imposible técnicamente que se vigilara cada texto, fotografía, etcétera, que se sube a la plataforma. Por ello, se considera que el ISP no es un editor de la información que sus usuarios cargan, pues si lo fuera, sí sería responsable por ser cómplice, pero no es el caso. Estas plataformas o redes sociales no se convierten automáticamente en una suerte de editores y, en consecuencia, no pueden tener ese nivel de responsabilidad de ser policías y no se pueden convertir en censuradores de sus usuarios.

No obstante, sí es posible imputarles algún tipo de responsabilidad a los ISP, pero esta tiene que ser subjetiva, lo que significa encontrar un nivel de conocimiento del acto ilícito cometido por el usuario del servicio, lo que quiere decir que se empieza a atribuir responsabilidad al ISP desde el momento en que este tiene algún nivel de conocimiento del ilícito. Esta toma de conocimiento la han planteado diferentes escenarios legislativos.

- *Estados Unidos de América – Digital Millenium Copyright Act – DMCA (1998):*

El conferencista se centró en la sección 512, donde se establecen los supuestos de exención de responsabilidad (por infracciones a la propiedad intelectual) de los ISP. La DMCA tiene una aproximación vertical porque se centra en eximir de responsabilidad a los ISP únicamente por infracciones a los derechos de propiedad intelectual, pues hay otras normas en Estados Unidos que

abordan la responsabilidad en escenarios distintos a la propiedad intelectual. En este punto, este escenario se diferencia de la normativa europea, como se verá posteriormente.

La DMCA en esta Sección 512 plantea cuatro supuestos para limitar la responsabilidad de los ISP, son situaciones denominadas *safe harbors* o puertos seguros –que tienen que ver un poco con la clasificación planteada al inicio–, relacionados con la diferenciación de exención de responsabilidad por categoría de ISP. Así, esta Sección plantea:

1. Proveedor de mera transmisión, enrutamiento o suministro de conexión material, o almacenamiento transitorio del material en el curso de la transmisión (*mere conduit*) que es de mera transmisión de la información de la data.
2. Proveedor de almacenamiento temporal, llevado a cabo mediante un proceso automático (*caching*).
3. Proveedor de almacenamiento, a petición del usuario, del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el ISP (*hosting*).
4. Proveedor de instrumentos de localización de información –motores de búsquedas– (*linking*).

El doctor Gómez se centró en el tercero. Indicó que, sobre el *hosting*, lo que dice el DMCA es que el ISP no será considerado responsable si:

- A. Conocimiento:
 - No tiene conocimiento real (*actual knowledge*) de que el material o una actividad que utiliza el material en el sistema o la red constituye infracción.
 - En ausencia de tal conocimiento real, no tiene un conocimiento aparente (*aware*) de los hechos o circunstancias de los cuales es evidente la actividad infractora; o
 - Al obtener tal conocimiento real (*knowledge*) o conocimiento aparente (*awareness*), actúa rápidamente para eliminar o deshabilitar el acceso al material.
- B. El ISP no recibe un beneficio financiero directamente atribuible a la actividad infractora, caso en el cual el ISP tendría el derecho y la capacidad de controlar tal actividad; y
- C. Tras la notificación de la infracción denunciada, procede rápidamente a eliminar o deshabilitar el acceso al material que se denuncia como objeto de infracción o de la actividad infractora.

Entonces, en la DCMA el ISP es considerado responsable cuando tiene conocimiento real de los actos ilícitos que está cometiendo el usuario y, en ese caso, tiene que proceder inmediatamente a retirar el material que el usuario colgó en su plataforma. También se menciona en el nivel cognitivo el conocimiento aparente de los hechos o circunstancias en los cuales es evidente la actividad infractora. La imputación de responsabilidad entonces es de carácter subjetivo y tiene que ver con un conocimiento real actual o un aparente conocimiento. Esa norma establece un test de bandera roja o *red flag test* que está vinculado a la categoría del conocimiento aparente o *awareness*, en virtud de la cual es el ISP quien tiene la carga de probar que no conocía los hechos o circunstancias que revelan la ilicitud de la información y, además, la norma detalla un proceso de *notice and take down*, a partir del cual el titular del derecho de autor afectado notifica al ISP, identificándose y señalando cuál es el material que aparece en las plataformas que es constitutivo de una infracción a sus derechos, y lo que hace el ISP es proceder a remover la información, poniendo en conocimiento de todo al usuario, y si éste considera que tiene un derecho y que la acusación es incorrecta, puede plantear una contra-

notificación y el ISP le correrá traslado de eso al presunto titular del derecho, de tal manera que se puede ver que hay un procedimiento tanto para notificar como para remover la información que exonera de responsabilidad al ISP. Así, el ISP no tiene que estar vigilando, pero basta que aparezca un presunto titular de un derecho quejándose y notificando al ISP correctamente, para que este pueda buscar en su data y deba cumplir con el procedimiento ya mencionado.

- *Los acuerdos de libre comercio de Estados Unidos de América con Colombia y Perú:*

En estos acuerdos hay un capítulo sobre propiedad intelectual, dentro del cual hay una mención específica a las limitaciones de responsabilidad de los ISP. Esta norma recoge esos 4 escenarios de *safe-harbors* previstos en la DMCA.

- *Unión Europea Directiva 2000/31/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 08 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (directiva sobre el comercio electrónico):*

Esta directiva plantea unos supuestos de exención de responsabilidad (por cualquier tipo de infracción) de los ISP. No obstante, a diferencia de la DMCA que tiene una aproximación vertical, la directiva europea tiene una aproximación horizontal porque tales supuestos están previstos para cualquier tipo de infracción, no solamente a los derechos de autor sino también ciberdelincuencia, pornografía infantil en línea, tráfico de datos personales, etcétera.

La directiva europea plantea sólo tres escenarios de *safe-harbor*: para el proveedor de mera transmisión (art. 12), para el proveedor de memoria tampón *-caching-* (art. 13) y para el proveedor de alojamiento de datos *-hosting-* (art. 14). No hay un artículo que aborde específicamente al *linking* o proveedores de enlaces o motores de búsqueda.

El doctor Gómez Apac se centró en el artículo 14 de esta Directiva europea, relacionada con el *hosting*, es decir, el almacenamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio. Indicó que esta dice algo parecido al DCMA, pues señala que el ISP no será considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

- A. El ISP no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o que,
- B. En cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el ISP actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

En primer lugar, uno puede apreciar que esta línea de imputación de responsabilidad es subjetiva, a partir del conocimiento efectivo de la actividad que está cometiendo ese usuario. Si el ISP no tiene conocimiento de que, por ejemplo, el usuario está cargando unos videos ilícitos o atribuyéndose una autoría de la que carece, o tampoco tiene conocimiento de hechos o circunstancias que revelan el carácter ilícito de la actividad, no es responsable. Por el contrario, si toma conocimiento efectivo de los hechos que revelan la ilicitud, tiene el deber de remover o retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible; esto, sin perjuicio de que un tribunal o autoridad administrativa pueda exigir al ISP poner fin a la infracción o impedirla.

La regla general establecida en esta directiva, similar a la que está en la DMCA, es que los ISP no tienen la obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. Esto quiere decir que no son policías de lo que están haciendo sus usuarios.

Esta Directiva, en el artículo 15, consagra que los Estados pueden obligar a los ISP a comunicar con prontitud a las autoridades competentes las presuntas actividades ilícitas llevadas a cabo por los destinatarios de su servicio, o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de estas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento. Mientras que la DMCA tenía este proceso detallado de notificación y retiro de la información, no hay eso en la Directiva, en el entendido de que correspondía ya a los Países Miembros de la Unión Europea desarrollar ese mecanismo, a través del cual va a proceder al retiro de la información.

- *Los acuerdos de libre comercio suscritos con la Unión Europea, TLC Perú – Unión Europea (Marzo 2013), TLC Colombia – Unión Europea (Agosto 2013) y TLC Ecuador – Unión Europea (enero 2017):*

Estos acuerdos también regulan las limitaciones de responsabilidad de los ISP, contemplando tres escenarios de *safe-harbor* que estaban previstos en la Directiva europea del año 2000 (la *mere conduit*, el *caching* y el *hosting*). Estos mismos se replican en los acuerdos de TLC suscritos con la Unión Europea y con relación al *hosting* o alojamiento de datos; la única diferencia es que se utiliza el término de no tener “conocimiento real” en vez de “conocimiento efectivo”.

Colombia y Perú han suscrito TLC con Estados Unidos; en estos se ha incorporado, en los capítulos referidos a la propiedad intelectual, un mecanismo de exoneración de responsabilidad de los ISP similar al que está en la DMCA del año 1998, que tiene que ver con la mera transmisión, el *hosting*, el *linking* y el *caching*. En cambio, tratándose de la Unión Europea en los TLC que Perú, Colombia y Ecuador ya han suscrito y están vigentes, lo que se ha hecho es replicar el esquema de limitación de responsabilidad de los ISP que está en esta Directiva de comercio electrónico de la Unión Europea del año 2000.

Esta Directiva del año 2000 no establece un procedimiento detallado de notificación y retiro, sino que lo delega a los países. A manera de ejemplo, en el caso de España, con la Ley 34 del año 2002, que es la ley de servicios de Sociedad de la Información y de comercio electrónico, se establecen unos supuestos de exención de responsabilidad de los ISP y cuatro escenarios de *safe – harbors* que son: i) para los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14), ii) para los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios –*caching*– (art. 15), iii) para los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos –*hosting*– (art. 16); y iv) para los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda –*linking*– (art. 17).

En este contexto, el *hosting* se ubica en un escenario muy particular: señala la norma española que los ISP que albergan datos proporcionados por el destinatario de su servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

- A. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- B. Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Así, nuevamente se evidencia que la imputabilidad de responsabilidad subjetiva surge a partir del conocimiento de la infracción que estarían cometiendo los usuarios de la ISP.

En opinión del doctor Gómez, la gran diferencia en la norma española, que dota de mucha seguridad la actuación de los ISP, es que explica que se entenderá que el ISP tiene conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retiro o que se imposibilite el acceso a los mismos; o cuando se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el ISP conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los ISP apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. Tanto en la Directiva del año 2000 como la estadounidense de 1998 esta notificación podía venir simplemente de un presunto titular del derecho y eso sería suficiente para afirmar que el ISP tendría conocimiento real o efectivo de la presunta infracción. Entonces, en el caso español la diferencia es que no se entenderá que el ISP tiene conocimiento real con la simple notificación del presunto titular, sino cuando lo hace la autoridad competente.

- *La Unión Europea expidió el año pasado la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/21/CE.*

Esta directiva aborda esa especial modalidad de proveedor de alojamiento de datos denominado “prestador de servicios para compartir contenidos en línea”, como podría ser YouTube. Su artículo 17 hace referencia a los usos de contenidos protegidos por parte de estos prestadores de servicios, indicando, por una parte, que este tipo de ISP realizan un acto de comunicación cuando ofrecen al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones que hayan sido cargadas por sus usuarios; por otra parte, señala que el ISP tiene que obtener una autorización de los titulares de derechos mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público, o de poner a su disposición, obras u otras prestaciones. De esta manera, aquí el ISP tiene en su cabeza el deber de obtener una autorización de los titulares de los derechos de autor o de sus representantes, lo que evidentemente implica que tengan que negociar con las entidades de gestión colectiva; también señala esta Directiva –solamente para esta sub-modalidad de *hosting*– que cuando el ISP sea responsable de actos de comunicación o de puesta a disposición al público, no se aplicará el *safe-harbor* previsto en el art 14.1 de la Directiva 2000/31/CE.

Adicionalmente, esta directiva establece que en caso de que no se conceda autorización, el ISP será responsable de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a disposición de este, de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestre que:

- A. Ha hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y
- B. Ha hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria (una suerte de *safe-harbor* especial), y, en cualquier caso

- C. Ha actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de los derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro (*notice-and-stay-down*) de conformidad con la letra B.

Se resalta del literal B, donde está esa especie de *safe-harbor* especial, que el ISP, para eximirse de responsabilidad, tiene que haber hecho también su mayor esfuerzo por obtener un programa informático que de manera automática le permita hacer ese seguimiento. Expuso Gómez Apac que esto no significa que se convierta en policía, porque eso sería demasiado costoso, pero sí que haya hecho los mayores esfuerzos para evitar que sus usuarios carguen contenidos ilegales en sus plataformas.

Esta Directiva de 2019 también dispone que el ISP no tiene esa obligación general de supervisión; sin embargo, como tiene que hacer estos mayores esfuerzos para garantizar que sus usuarios no van a cargar contenidos ilegales, se espera, no que el ISP realice una inspección manual (una por una) de posibles infracciones al derecho de autor, lo que sería complicado, muy costoso y difícil, sino que realice una inspección automatizada a través de un programa o software que, de manera automática, busque dentro de la plataforma si algún usuario está violando los derechos de autor, y así se plasmaría el mayor esfuerzo del que habla la norma. Aquí se habla de la posibilidad de que aparezcan estos software de “censura algorítmica preventiva”, es decir, que lo que van a hacer es automático, por ejemplo: escuchar algunos segundos de una canción o del video colgado para verificar si son copia o no de una obra protegida y, en el supuesto de que sean idénticos a esa obra, van a ser automáticamente descartados y eliminados de la plataforma; sin embargo, esto no es 100% infalible, es decir, puede haber situaciones en las cuales ni siquiera ese algoritmo va a poder detectar si hay plagio o violación a derechos de autor.

Ahora bien, cabe preguntarse frente a lo expuesto: ¿qué dice el derecho comunitario andino?

El Magistrado Gómez recordó que el doctor Romero mencionó como parte de las normas que conforman el derecho comunitario andino la decisión 351 del Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos de 1993, época en la cual no existían muchos de los servicios mencionados –como las redes sociales–. No obstante, agregó el señor Gómez, esta norma ha tenido el acierto de regular supuestos de manera general. Así, su artículo 54, que dice que “ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable”.

Si se piensa en el ISP como la persona natural o jurídica que presta su apoyo para la utilización, ahí evidentemente va a tener una responsabilidad solidaria. Las palabras claves acá son “*prestar su apoyo*”, lo que significa que hubo un nivel de conocimiento real o efectivo, o incluso aparente, de esos hechos o circunstancias de la infracción cometida por el usuario, y no se hizo nada al respecto. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no ha interpretado aún este artículo en el sentido de verificar la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet, ni de determinar en qué medida ese término “*prestar apoyo*” significa un nivel de conocimiento para que tenga responsabilidad el ISP por las cargas o descargas de contenidos ilegales que hacen sus usuarios. Sin embargo, es posible

que en el futuro el Tribunal tenga la oportunidad de realizar dicha interpretación y resolver los problemas propios de este entorno digital.

Una situación que ejemplifica la problemática del entorno digital sería la siguiente: Juan notifica a Facebook que Mario ha colgado en su muro una fotografía respecto de la cual Juan alega tener el derecho de autor. ¿Qué debería hacer Facebook? ¿Quién es el titular de una fotografía? Esto es difícil de determinar. A diferencia de una película, video o canción donde un software fácilmente determina si es copia de un original, entonces, ¿cómo puede Facebook saber quién es el titular del derecho? Esto podría ser respondido dependiendo del modelo que se aplique: en el marco del DMCA, lo que tendría que ocurrir es que Facebook le diga a Mario que va a retirar la fotografía debido a la notificación de Juan, pero Mario podría hacer una contra-notificación y decirle a Facebook que él es titular y adjuntar las correspondientes pruebas, con lo cual Facebook tendría que notificar a las autoridades competentes. Por otro lado, en el caso de la norma española, Facebook tendría que esperar a que Juan denuncie a Mario ante la autoridad competente y que sea esta quien le diga que retire la fotografía si el titular es Juan o, por el contrario, que no la retire porque el titular del derecho es Mario.

Para concluir, se preguntó al doctor Gómez Apac: ¿qué modelo se debería seguir para delimitar la responsabilidad de los ISP? Para solucionar este interrogante, estableció una especie de parámetros para una eventual propuesta de responsabilidad de los ISP, esquema que absorbe tanto lo que dice la norma estadounidense como la norma europea, de tal manera que no habría ninguna especie de incumplimiento de normas con relación a los compromisos asumidos por los países. Estos parámetros son:

Primero: Si el ISP es notificado por la autoridad competente de que un usuario suyo está cometiendo una presunta infracción, el ISP debe proceder de inmediato a acatar el mandato de la autoridad, retirando de su plataforma la página web, enlace o información materia de la presunta infracción.

Segundo: Si el ISP es notificado, no por la autoridad competente, sino por el presunto titular del derecho afectado o su representante, el ISP tiene 2 opciones:

- A. Si la alerta del presunto afectado contiene fundamentos que doten de verosimilitud a la denuncia en cuanto a la existencia de una presunta infracción, el ISP debe retirar de su plataforma la página web, enlace o información materia de la presunta infracción.
- B. Si la alerta del presunto afectado no resulta convincente o persuasiva, de modo que el ISP tiene dudas razonables sobre la existencia de la presunta infracción, como en el ejemplo de la fotografía en Facebook, el ISP debe comunicar el asunto a la autoridad competente.

4. LIBRE COMPETENCIA, COMPETENCIA DESLEAL Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS TRANSFRONTERIZAS EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Ponente: Luis Diez Canseco. Expresidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – Consultor privado.

La presentación del doctor Diez Canseco se dividió en los siguientes temas: Libre competencia, represión de la competencia desleal (publicidad), derecho de la competencia en el marco de los procesos de integración –efectos transfronterizos–, competencia y economía digital, y finalmente, algunas sugerencias en los asuntos mencionados.

Libre competencia

El derecho de la competencia busca que se proteja el proceso competitivo, para evitar que los agentes económicos lo distorsionen o lo perjudiquen, tanto a nivel nacional como a nivel supranacional, en el marco del proceso de integración andino. La Decisión 608 regula de manera imperfecta el tema de la libre competencia en el contexto de la CAN.

La Unión Europea –la cual es referente de la CAN–, desde sus antecedentes, como la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, tiene unas políticas de competencia de carácter instrumental, que buscan poder avanzar con el proceso de integración europeo. Por otro lado y muy cercano al proceso competitivo, se encuentra la protección al consumidor, en tanto este verá que se ofrecen mejores ofertas sobre la base de mejor tecnología en precios, calidad, etcétera. Sobre este particular, al nivel de la CAN no existe una normativa. No se puede olvidar que la integración andina tiene como objetivo, al igual que la europea, mejorar el nivel de vida de los habitantes de la subregión. Como es un proceso económico, los habitantes se explican como consumidores. Entonces, en el marco de los competidores, hay una normativa imperfecta y en el marco de los consumidores no hay normativa.

¿Cuál es el beneficio de la competencia? Se reducen los precios con eventos como el Black Friday, aumenta la calidad de los productos con las innovaciones tecnológicas, hay mayor oferta, entre otras ventajas. En el derecho de la competencia existen dos controles:

1. *Ex ante*: Es el control de funciones y concentraciones. Hay países como Colombia y Ecuador que tienen esta figura. Otro tema de esta modalidad de control –que no ha sido tratado por la normativa andina– son las ayudas de Estado, las cuales han sido aplicadas por la Unión Europea, a efectos de proteger el proceso de integración europeo y las empresas oriundas de este continente. Desafortunadamente, este tema ni siquiera ha sido objeto de debate en la CAN.
2. *Ex post*: Se deja que el mercado funcione libremente y que las actividades se lleven a cabo. La autoridad nacional y comunitaria analiza las prácticas de manera posterior, en casos como el del abuso de la posición de dominio, ciertos acuerdos verticales (algunos pueden ser beneficiosos en virtud de la regla de la razón) y los acuerdos horizontales que en todo el mundo han sido considerados como prácticas restrictivas absolutas. La normativa andina sobre estos temas es muy parecida a la que protegen entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, o la Autoridad de Control del Poder del Mercado de

Ecuador. Tanto la normatividad interna de los Países Miembros como la normatividad comunitaria están armonizadas.

Debe resaltarse, con respecto a las prácticas anticompetitivas, no se prohíbe la posición de dominio sino el abuso de ella. En los acuerdos, los que se prohíben por sí mismos son los horizontales, presentándose estos en casos referentes a las tecnologías de la información, subsidios cruzados, entre otros. Por otro lado, hay prácticas consideradas como relativamente prohibidas –los acuerdos verticales–, donde se aplica lo conocido como la regla de la razón, mediante la cual se identifica si una conducta va o no en contra del derecho de la competencia.

Por otra parte, las fusiones y concentraciones son un tema que se ha debatido en muchos de los países del mundo. Hoy en día, cada vez se opta más por tener estructuras de fusiones más sólidas. de acuerdo con las recomendaciones de la OCDE, la UNCTAD y otros organismos, en el marco de la pandemia, más que nunca, debe revisarse el tema de las fusiones y las concentraciones, para evitar que los mercados puedan verse concentrados. Hay argumentos a favor y en contra de este punto, que en su momento la CAN deberá analizar, dado que no hay normas específicas sobre este tema, el cual suele tener un alcance transfronterizo.

Competencia desleal

Tanto Perú, Colombia y Ecuador tienen normativas casi idénticas en materia de competencia desleal, inspiradas específicamente en el modelo español, el cual se estructura en una cláusula general que prohíbe todas las prácticas de competencia desleal y, a su vez, tiene prácticas que son consideradas desleales, como en el caso de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual (protección reforzada), la protección residual que se da a través de los casos de denigración, la explotación de la reputación ajena, entre otras, y las conductas subsidiarias como la inducción a la infracción contractual. Lo que llama la atención es que no hay norma andina al respecto, empero, la normativa local es bastante parecida.

Políticas de competencia ¿fenómeno doméstico o supranacional?

Hoy en día este fenómeno se considera supranacional. Esto es así dado que tanto en el Mercado Común Centroamericano (MCCA), la CAN, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Comunidad del Caribe (CARICOM) estos procesos se ven cada vez con mayor frecuencia. Es claramente la CAN la que tiene la delantera y tiene más consolidado de desarrollo de la materia.

Esto, junto a los temas de competencia que están vinculados con los de tecnología, van siendo incorporados de alguna manera en el marco de los TLC, pues todos estos incluyen disposiciones sobre la libre competencia. Estos tendrían que ser debatidos de alguna manera en el marco de eventuales reformas sobre el particular a nivel de la Secretaría General y de los comités expertos, donde se tendría que armonizar el proceso de integración con la normativa de libre competencia y, a su vez, estos con los grandes tratados internacionales y los tratados de libre comercio que los Países Andinos han suscrito con terceros países. En todo caso, hay una armonización no normativa a través de los acuerdos de cooperación que se han generado entre las agencias latinoamericanas de competencia y que se han ido perfilando de manera espontánea, empero, en opinión de Diez Canseco, debería institucionalizarse a efectos de evitar problemas. Por ejemplo: un país A tiene una forma de ver el tema de cooperación e información privilegiada y el país B lo ve de otra manera. Ahí comienza a haber

problemas de asimetrías que no benefician ni a los empresarios, ni a los consumidores, ni al propio sistema.

Tanto la CAN como CARICOM son las únicas que más o menos han desarrollado esquemas normativos sustentados en la supranacionalidad, según sus Tratados Constitutivos o normas equivalentes. Entre estas dos instituciones, la CAN le lleva mucha ventaja. Por otro lado, MERCOSUR posee una estructura intergubernamental, careciendo de un orden supranacional. Asimismo, el Mercado Común Centroamericano está avanzando en el proceso de contar con una regulación regional en la materia, sin embargo, cabe destacar que Guatemala no tiene ni siquiera normas de libre competencia y eso ha impedido que se desarrolle la materia.

Se concluye entonces que el derecho de la competencia no sólo tiene que verse a nivel nacional, sino también internacional. Esto se debe a que existe una interrelación entre las economías a nivel global y a que, como consecuencia de la crisis del COVID, lo que va a pasar probablemente es que los procesos de integración comiencen a consolidarse de una manera muchísimo mayor, para evitar los desbalances que se han evidenciado a nivel de un comercio prácticamente unilateral de un país hacia el resto y con las teorías de la dominancia que están siendo revisadas.

En materia de libre competencia hay algunos ejemplos de legislación comunitaria como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que contiene normas específicas de defensa de la libre competencia e incluye una prohibición de acuerdos y del abuso de la posición dominante en el mercado. Con posterioridad, se adoptó un régimen especial sobre control de fusiones y concentraciones. También se encuentra la Decisión 608 que contiene normas para la protección y promoción de la libre competencia de la Comunidad Andina, pero esta es parcial, ya que no tiene el tema de control de fusiones y concentraciones que debería hacerse en esa dirección.

¿Cuál es la importancia que tiene el derecho de la competencia en la CAN? Hay varias instituciones que tienen que ver con esto y que deberían comenzar a trabajar para avanzar en el perfeccionamiento de esta normativa. Para ello, el doctor Luis Canseco explicó la siguiente agenda:

- La Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA), que tienen una labor de iniciativa legislativa, está trabajando en esa dirección y promoviendo debates reales a nivel de los organismos técnicos en esta temática.
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) está viendo casos en esta materia.
- La legislación: La Decisión 608, normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.
- Existen disposiciones (restringidas) sobre competencia desleal en el marco de la Decisión 486, que, en opinión de Luis Diez, deberían ser objeto de un análisis sobre la base de lo que está pasando a nivel mundial por la pandemia.

El tema de la normativa de libre competencia en la CAN se remonta a un caso de 1997, este es un antecedente que no avanzó y fue declarado inadmisibles. Así se fue avanzando poco a poco en el asunto con diferentes debates que llevaron a que en este momento en la Secretaría General y el Tribunal de Justicia se debatan casos relacionados.

Respecto al derecho de la competencia en el marco del sector de telecomunicaciones y, específicamente, en el entorno digital, debe decirse que este es un mercado con grandes

particularidades, donde hay una gran agresividad, dinamismo para posicionarse en el mercado y una acelerada masificación. Por esto, es probablemente uno de los mercados más dinámicos que existe y es sobre el cual se debe poner una particular atención en la temática de competencia. Este mercado promueve y mejora las herramientas comerciales y regulatorias, incluso es la razón de la transformación digital en este contexto de crisis en muchos de nuestros países. Colombia y el gobierno digital ya habían generado avances importantes. En el caso peruano este era un tema que estaba en la agenda pero de forma marginada y, como consecuencia de la crisis, se ha tenido que avanzar en la transformación digital de una forma rapidísima.

Finalmente, Diez Canseco presentó un conjunto de ideas sobre cómo se compite en este mercado, invitando a analizarlas, y señalando que es una persona que cree en el proceso de integración, cuyo objetivo es el mejoramiento sostenido del nivel de vida de los habitantes. Estas ideas son:

1. Hay que avanzar con la reforma de la Decisión 608, pero tomando en consideración particularmente el tema de la libre competencia en el entorno digital, pues hay muchísimas preocupaciones a nivel europeo en el campo de ciertos operadores de internet y ciertas aplicaciones por la posición de dominio que están teniendo, por ello se hace muy importante que este tema sea visto de una manera uniforme.
2. Hay que trabajar en la dinamización del mercado de la telefonía móvil: el *roaming* o planes tarifarios transfronterizos adoptados unilateralmente.
3. Dinamizar la competencia por suscriptores a través de la parrilla como un mecanismo de competencia a nivel nacional, teniendo en cuenta que cada vez hay más posibilidades de televisión paga a nivel transfronterizo (excepción reglas del *Must Carry* que tendrá que ser más clarificado siguiendo las decisiones que cada país tome de manera soberana, considerando que acá hay un tema clarísimo de acceso a la información y libertad de expresión).
4. Se puede prescindir de los suscriptores y apuntar a la captación de publicidad como fuente de ingreso masivo, aunque se está viendo, cada día más, que la internet está haciendo que haya menos publicidad en la televisión paga, y en este punto surge toda la temática que se tiene que analizar de la publicidad transfronteriza.
5. Se debe ver una armonización de la normativa sobre competencia desleal y para ello hay que plantearse la siguiente pregunta: ¿se mantiene siempre dentro de la Decisión 486 o se amplía el horizonte y se establece una norma especial, como en algún momento lo propuso el Tribunal Andino en el año 2014 y como la Unión Europea lo tiene?
6. Temas como la publicidad por internet, las redes sociales, el tema de los *influencers*, el ISP y las aplicaciones.
7. Protección al consumidor en el entorno digital, por las compras online, responsabilidades, etcétera.
8. Piratería en internet.
9. Protección de datos personales, punto en el que los países de la CAN tienen normas similares, siguiendo el modelo europeo, como consecuencia de los TLC.

5. LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE TELEVISIÓN Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA UNIÓN EUROPEA.

Ponente: Luis Berenguer. Ex miembro del Parlamento Europeo. Experto en Derecho Comunitario Europeo y de las Telecomunicaciones de España. Consultor independiente.

La intervención doctor Berenguer se refirió a la liberalización del comercio dentro del mercado de las telecomunicaciones y en particular en la televisión, analizando concretamente la figura del *must carry* en el seno de la Unión Europea y en las legislaciones de unos de sus países.

En el mercado de la televisión hay dos tipos operadores: Por un lado, están los operadores de televisión en abierto y, por otro, los operadores de plataformas por suscripción o plataformas por pago.

¿Qué es el *must carry*?

El fenómeno del *must carry* significa que la televisión en abierto puede, legalmente o de manera convencional, facilitar a los operadores de plataformas por suscripción los canales para que los emitan a través de la parrilla.

El objetivo fundamental del *must carry* es principalmente incentivar la competencia y garantizar el pluralismo informativo, en la medida en que quienes ven la televisión a través de una plataforma tienen acceso a más canales de televisión, lo que permite el acceso a más opiniones sobre diferentes materias, facilitando el pluralismo informativo.

Must carry* y *must offer

En buena medida, el fenómeno del *must carry* se relaciona con el fenómeno del *must offer*. El *must carry* significa que las plataformas de pago están obligadas a emitir en su parrilla la programación de las televisiones en abierto y tienen una contraprestación que es el *must offer*, es decir que, también de forma legal o convencional, las televisiones en abierto tienen la obligación de ceder su señal a las plataformas para que la emitan. Así, en cierta medida las obligaciones de *must carry* y *must offer* se encuentran relacionadas, pues no tiene sentido que haya un *must carry* si no haya un *must offer*. En este punto surge problema que se estudiará después: si esta cesión tiene derecho a una contraprestación y, en caso de tener derecho a una contraprestación, ¿a favor de quién se daría?

Evidentemente, la imposición de estos fenómenos debe responder a intereses públicos. Esto significa que, en una buena medida, es una limitación a la libertad de empresa porque a unas plataformas se les limita emitir una señal de un tercero y a los que tienen que ceder su señal se les obliga a hacerlo para que un tercero la explote.

Como se dijo, para limitar la libertad de empresa e imponer estas obligaciones son necesarias razones de interés público. Por ejemplo, en España predomina esta regulación para garantizar el pluralismo informativo. En otros países como Colombia, donde la señal por tierra no llega a todos los rincones de la República, mediante este mecanismo las televisiones en abierto pueden llegar a través de las plataformas a lugares a donde no puede llegar la señal terrestre.

Fuentes de Derecho de la Unión Europea

En la Unión Europea tenemos como fuentes el derecho originario, que son los tratados, y el derecho derivado, que es el reglamento directamente aplicable, las directivas o normas de armonización o las normas que se denominan *soft law* –que son decisiones, dictámenes o recomendaciones–.

Esto se debe a que el servicio de la telecomunicación constituye un servicio de interés general, lo cual constituye la modernización del decimonónico concepto de servicio público: por este se entienden todas aquellas actividades económicas a las que el libre juego del mercado por sí solo no puede llegar o puede llegar de forma deficiente; precisamente porque el interés público se basa en que esos servicios lleguen al conjunto de la ciudadanía, es por lo que se imponen obligaciones de servicio público que tienen que estar basado en un criterio de interés general.

La televisión es considerada como un servicio de interés general y, por lo tanto, se le pueden imponer obligaciones de servicio público, es decir, se le pueden imponer a los operadores de televisión que hagan determinados programas o que transfieran su señal para que otros operadores puedan utilizarlos.

¿Cuáles son principios que se rigen en el servicio público de la televisión?

- Principio de libertad de empresa, que se puede limitar en servicio de interés general o servicio público.
- Principio de la protección cultural. La Unión Europea fundamentalmente se preocupa por lo que llamamos la protección de la cultura, esto quiere decir que la televisión debe procurar un porcentaje más o menos importante de contenidos, para fomentar principalmente la cultura europea.
- Principio de del pluralismo informativo, en la medida en que haya más televisión abiertas a la plataforma abierta.
- Principio de la cobertura territorial. Aunque en Europa no tenga gran incidencia, la televisión debe llegar hasta el último rincón de cada uno de los países y, si no llega por dificultades geográficas, a través de las antenas se puede establecer, o de pueden imponer otras obligaciones para que por medio de otros mecanismos le llegue la televisión hasta el último rincón de la geografía.

Liberalización del sector de las Telecomunicaciones

El *must carry* surge en el marco de la liberalización del sector de las telecomunicaciones, y de la televisión en concreto, y en un contexto de intensificación de la competencia, dado de que si hubiese un solo operador emisor de la televisión esto no se justificaría.

Regulación del *Must Carry*

El *must carry* está regulado en tres directivas expedidas en los años 2002, 2009 y 2018. Las tres establecen la obligación de los Estados Miembros de transponer su contenido para la adecuación a su derecho nacional. El objetivo principal es satisfacer objetivos de interés general expresamente definidos por los Estados Miembros, al igual que fomentar la diversidad cultural y el pluralismo informativo.

Características del principio de libertad de empresa

Como todas las limitaciones al principio de libertad de empresa debe tener determinadas características:

- La limitación ha de ser necesaria, ya que si no lo es, no se puede imponer.
- Debe ser proporcionada y proporcional a los objetivos que persigue.
- Esta limitación tiene que ser transparente, previamente definida y establecida por el Estado Miembro.
- Debe de ser razonable y, en todo caso, en la medida en que los mercados cambian constantemente tiene que estar sometida a una revisión periódica.

Marco según el artículo 31 de la Directiva del Servicio Universal

Es claro que el artículo 31 de la Directiva del Servicio Universal establece las obligaciones de conformidad con los principios que se han dicho anteriormente. Las limitaciones a la libertad de empresa se interpondrán únicamente en los casos en que sean necesarias para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos, y deberán ser proporcionales, transparentes y objeto de revisión periódica.

El numeral 2 del artículo 31 establece la posibilidad de que los Estados Miembros determinen una remuneración apropiada y que, en todo caso, se tiene que velar por que esta sea proporcionada y transparente. Esta remuneración deja abierta la posibilidad de que el Estado Miembro establezca si las operaciones derivadas del *must carry* conllevarán o no una retribución a favor de los operadores de plataforma por suscripción. En concreto, la Directiva del 2018 (Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas) establece dos alternativas: i) la primera es que si la legislación nacional prevé una remuneración a favor del operador de plataformas por suscripción, deberá fijar igualmente la metodología para regularla. No puede el operador de plataforma determinar libremente una cantidad que pueda resultar abusiva, y ii) si no prevé una remuneración, las partes (emisoras en abierto y plataformas) podrán fijarlo libremente pero siempre a favor del operador de plataformas por suscripción.

Es decir que, una conclusión en el campo de la remuneración a nivel comunitario es que se deja la libertad a los Estados Miembros, los cuales la pueden fijar por norma legal o bien dejar la posibilidad que se establezca de forma convencional, pero, en todo caso, solamente se prevé una remuneración a favor del operador de plataforma por suscripción, en la medida que es el operador el que obtendrá beneficio. Esta ventaja es menor que la que obtiene el operador de televisión en abierto, y la razón es que el operador de televisión en abierto se financia por publicidad y ésta se determina en virtud de la audiencia, y si los televidentes pueden ver la televisión en abierto, no solamente a través de las torres de la señal terrestre sino también a través de los distintos medios –ya sea cable o satélite de las plataformas por suscripción–, tendrán más televidentes y podrán cobrar por su publicidad.

Planteamiento del Tribunal de Justicia Europeo

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en cuestiones judiciales, decisiones y sentencias frente a la materia:

- I) La primera que hace referencia a la Ley Belga de 1995.
- II) La segunda hace referencia a una Sentencia de 22 de diciembre de 2008 del Tribunal de justicia de la Unión Europea, en ella se aclara la obligación de *must carry* existente en Alemania y se impone la obligación a los operadores de redes por cable al ser el medio de retransmisión más utilizado, que permite llegar a un mayor número de usuarios de este servicio público. Determina además que el hecho de que los canales comunitarios ya estuviesen siendo retransmitidos a través de la televisión digital terrestre no implica que la imposición del *must carry* y del *must offer* en la legislación alemana sea desproporcionada o desmedida, y señala que, en todo caso, la fijación de la retribución o el sistema de retribución corresponde a legislación del Estado Miembro.
- III) En Decisión del 13 de marzo de 2012 de la legislación belga se señala la importancia de justificar la utilización de la figura del *must carry* para la restricción de la libre prestación de servicios y de la libertad de libre empresa, que debe respetar el principio de transparencia, debiendo determinarse adecuadamente las cadenas de televisión beneficiarias de esa obligación.

España

Establece la obligación de transmisión en abierto, que es un servicio público, por lo cual debe ser accesible a los usuarios de la plataforma por suscripción con independencia del operador que se ha contratado, y estipula que las partes pueden pactar una retribución por las obligaciones derivadas del *must carry* y del *must offer*, excepto para la televisión pública estatal. Señala que los operadores de plataformas deben emitir la televisión pública estatal sin ninguna retribución.

En el caso de España, en tres ocasiones se ha consultado la autoridad de competencia, la cual tiene unas obligaciones como contestar las preguntas que se hacen sobre las respectivas regulaciones. El gobierno de Navarra realizó una consulta sobre la obligación de *must carry*, y se dijo que la obligación del *must carry* no obligaba a ninguna retribución a favor de las televisiones en abierto siempre y cuando la relación fuere lineal, es decir, no manipulada.

Francia

En Francia no se ha regulado el tema de si se debe o no remunerar, asunto que, según la Directiva, se debe establecer por los Estados Miembros. En Francia no se establece ninguna retribución en favor de ninguna de las partes, lo cual es el principio general de la Unión Europea.

Alemania

La regulación de Alemania establece que la competencia para configurar el tema del *must carry* corresponde a cada territorio o cada Estado, es decir, que no existen normas específicas que determinen una regulación correlativa del *must offer*. Se impone la obligación de *must carry* a todos los operadores de plataforma mediante pago que supere determinado número de suscriptores, y son retribuidos los emisores de plataformas de suscripción por los operadores de televisión en abierto.

Conclusiones

En conclusión, la mayoría de las jurisdicciones considera que la televisión tiene naturaleza de servicio público, por ello, la concesión de un título para poder emitir lleva aparejada una serie de obligaciones, entre las cuales está garantizar la cobertura nacional del servicio. Es por ello que, la obligación de *must carry* debe proteger intereses públicos como el pluralismo informativo y la garantía del acceso y cobertura total del servicio. La obligación del *must carry* debe ser necesaria y proporcional al objetivo perseguido, la obligación de *must offer* es consustancial a la obligación de *must carry*. Por último, para el doctor Berenguer, tanto los operadores de televisión en abierto como las plataformas por suscripción asumen obligaciones, pero también asumen beneficios, tales como ampliar su cobertura y la ampliación de su parrilla que favorece el pluralismo informativo.

La Corte Constitucional colombiana ha declarado la validez de la obligación de *must carry* al considerar que, si bien implicaba una limitación a la libertad económica de los operadores de plataformas por suscripción, generaba beneficios para ambas partes, existiendo un equilibrio entre las cargas y beneficios derivados de esa obligación, sin necesidad de contraprestación económica a favor de ninguno de los operadores. Para Berenguer, en este punto cabe preguntarse: si legalmente no se establece contraprestación económica alguna ¿es posible exigirla con base en derechos de propiedad intelectual? La obligación de *must carry* conlleva la cesión de los derechos de propiedad intelectual a las plataformas por suscripción de los que puedan ser titulares de los operadores de televisión en abierto, los derechos conexos de autor deben ceder frente a las políticas públicas de protección del interés general. Indicó el conferencista que sería desproporcionado exigir tal contraprestación a las plataformas por suscripción en la medida que solamente transmiten dichas señales en cumplimiento de una obligación legal.

6. MUST CARRY

Ponente: Ernesto Orozco. Comisionado de la Sala de Contenidos Audiovisuales de Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC–.

En esta conferencia se analizó la evolución del *must carry* en el mercado de Estados Unidos y el tratamiento que le dio la FCC en eventos muy puntuales, también se estudió el actual estado del arte en Latinoamérica y parte de Europa.

Evolución del mercado del *Must Carry* en Estados Unidos

Hace 70 años nació la industria del cable en EE. UU. como un mecanismo para suplir la necesidad de habitantes de zonas alejadas, que no tenían acceso a la televisión en abierto, mediante el acceso a una antena comunitaria.

Con el cable surgió el porte o *carrier* de estos canales de televisión abierta por parte de una industria independiente de televisión en abierto, la cual hasta los años 60's se constituyó sólo como antena comunitaria. Después, en los años 70's, surgieron los servidores de antena de televisión de pago a nivel de EE. UU. y, posteriormente, a nivel mundial. En el 2012, con más de 800 sistemas en los EE. UU. y con una penetración del 93%, se vio cómo el estado del mercado se balanceaba gracias a una oferta de televisión de pago cerrada, que permitía lograr los objetivos de pluralismo informativo y acceso a la información a través del porte de los canales de televisión abierta.

Hoy, como se ha establecido en la Unión Europea, con la multiplicidad de plataformas, se puede determinar que no es tan importante el concepto de *must carry*. Esto se evidencia, por ejemplo, en que en el mercado de EE. UU., en los últimos 10 años, las plataformas de provisión de video por internet tienen casi 3 veces la cantidad de suscriptores de la televisión por cable y televisión satelital.

¿Cómo organiza Estados Unidos de América su regulación de telecomunicaciones?

La materia se desarrolla en el título 47 del Código Federal de Regulación, un título compuesto por 5 volúmenes, de los cuales de la parte 0 -199 esta asignada a la Comisión Federal de Telecomunicaciones y hasta la parte 600 a diferentes autoridades que tienen que ver con diferentes servicios de telecomunicaciones. Esta legislación se fue construyendo por medio de diferentes actos: i) Telegrafía de 1860, ii) Radio en 1912, iii) 1927, y iv) La ley vigente de 1934, que es la ley de regulaciones de telecomunicaciones de los Estados Unidos. Sólo es hasta el año 1984 la FCC aborda una regulación específica y se expide la Ley de 1894, que es la ley de Telecomunicaciones, modificada en el año 1992 por una regulación de los derechos del consumidor.

En 1934 se creó la FCC, que anteriormente era una federación de radio, pero a partir de este año comprendió todos los servicios de telecomunicaciones. Además, en esa fecha se introdujeron los conceptos de interés público, conveniencia e interés social que darían lugar a los conceptos de *must offer*, *must offer* y consentimiento de transmisión. A este acto se trasladó un concepto del 1927, en el que se prohibió retransmisión de programas de radio –o parte de ellos– sin autorización expresa del organismo de origen, posteriormente, esta regulación se hizo extensiva a las emisiones de televisión.

Luego, en 1960 y en 1970, el Tribunal sostuvo que la retransmisión por cable de señales de transmisión no constituía una “ejecución” bajo la Ley de derechos de autor y, por lo tanto, no requería el pago de regalías ni el consentimiento de los propietarios.

El surgimiento de los servicios de TV por cable planteó un problema regulatorio, debido a que el acto 1934 no abordó las transmisiones de televisión por cable y no otorgó jurisdicción a la FCC sobre ellas. Por esta razón, y por considerar los servicios de cable existentes en la década de los 50’s como minoritarios, la FCC no los reguló.

En la Década de los 60’s se llevaron al Congreso al menos dos proyectos de ley que no prosperaron. Estos buscaban incluir la televisión por cable en la jurisdicción de la FCC. Sin embargo, con el despliegue de los servidores de cable a ciudades y áreas metropolitanas, la FCC empezó a considerar medidas regulatorias y de evoluciones de competencia entre ambos servicios. En el año 66 se establecieron las reglas CATV a los servicios que recibían las señales por cable.

Finalmente, la Ley de 1984 el Congreso de EE. UU. modificó la Ley de Telecomunicaciones del 34 y adoptó unas políticas nuevas de comunicaciones para el servicio de televisión por cable, tales como políticas de propiedad, uso de canales, disposiciones, renovación de franquicias y tarifas para promover la competencia en esta industria.

Entre 1992 y 1996, se introdujeron dos actos para promover el mercado y el pluralismo, y se incluyeron los términos de *must carry* y de retransmisión consentida. Se organizó también el título de telecomunicaciones, en donde se regularía todo lo relacionado con servicios de cable o de multitransmisión de video. En esta parte entraron a definirse todos los conceptos, obligaciones de las partes, el concepto de consentimiento, la forma de compensación económica por el porte de estas señales y el porte de señales de disposición nacional.

Esta reglamentación introdujo el concepto de retransmisión o autorización para la retransmisión, que se refiere a las obligaciones que tienen los operadores de cable de contar necesariamente con la autorización del *broadcaster* para distribuir sus canales y/o programas a sus suscriptores. La Ley de Comunicaciones prohibió a los operadores de retransmisión abierta –en adelante MVPD– retransmitir señales de televisión y redifusión sin obtener primero el consentimiento de la emisora, además, esta norma incluyó el concepto de *must carry*, donde la refiere como la obligación impuesta a un MVPD de incluir en su oferta ciertos canales locales de televisión.

En esta legislación, cuando el *broadcaster* invoca sus derechos de *must carry*, puede escoger el canal de distribución, pero no puede exigir una compensación al MVPD. Aunque el *retransmission consent* y el *must carry* son distintos y funcionan por separado, están relacionados porque las radiodifusiones comerciales deben elegir una vez cada tres años sistema por sistema, ya sea para obtener el transporte o continuar el transporte eligiendo entre *must carry* o consentimiento de retransmisión. En Estados Unidos hay diferentes obligaciones que se establecen en función del tamaño del operador de cable.

Esta oferta obligatoria o *must offer* se puede definir como la obligación en espejo de la obligación de *must carry* y es la obligación impuesta al *broadcaster* de poner a la disposición de los operadores de cable la distribución de su señal. En países como Colombia, en donde aplica el *must offer*, se considera casi como una excepción a la aplicación al derecho conexo de autor de los MVPD.

Unión Europea

El concepto de *must carry* tiene el objetivo de proteger a los organismos de MVPD de la posición de mercado de los distribuidores u operadores de servicios de plataforma de televisión de pago, también busca el equilibrio de poder en los mercados audiovisuales.

En algunos Países Miembros no se aplica esta obligación del *must carry* para la mayoría de los canales. Cabe recordar que la U.E. le deja una libertad de regulación a cada Estado frente al particular.

Distribución de señales en Las Américas

En los Estados Unidos hay aplicación del *must carry*, no hay una aplicación del *must offer*, pero sí hay una aplicación de consentimiento de retransmisión. En Colombia se aplica el concepto de *must carry* en virtud del artículo 11 de la Ley 680, se aplica el concepto de *must offer* vía de decisiones judiciales y, aparentemente, no hay aplicación del concepto de consentimiento de retransmisión. Chile y Canadá aplican las reglas del *must carry* y *must offer* de la misma manera que lo hace Estados Unidos. En Chile, en el caso de la televisión abierta, el consentimiento de retransmisión se hace previo acuerdo de compensación mediante acuerdo comercial. En Brasil exclusivamente se hace el acuerdo solamente para canales digitales. En Colombia, de acuerdo con los fallos judiciales, los dos principales canales no pueden rechazar la retransmisión. En Argentina no existe el concepto de consentimiento de retransmisión.

El *must carry* en Latinoamérica

En Colombia, si los operadores de televisión de pago llegan al menos un canal nacional en HD digital, deben usar la misma tecnología para otro canal nacional, aunque no se diferencia la obligación entre señales analógicas y digitales.

***Must offer* en Las Américas**

Existe la obligación de *must offer* en Brasil, Colombia y México, y no se encuentra en Chile, Argentina, Canadá ni Estados Unidos.

Caso Colombiano

- ***Evolución legal y regulatoria en Colombia***

- I) Decreto 666 de 1985, por el cual se dictó la reglamentación para la prestación del servicio de televisión por suscripción.
- II) El Acuerdo 6 de 1996 expedido por la Comisión Nacional de Televisión, que estableció en el literal g) del artículo 21 la obligación de las comunidades organizadas de distribuir a sus asociados las señales de los canales colombianos de televisión abierta que se sintonicen en él, obligación esta que fue incorporada igualmente en la reglamentación posterior de la televisión comunitaria, y específicamente en el artículo 5 del Acuerdo 6 de 1999 y el artículo 16 del Acuerdo de 2006.
- III) El Acuerdo 6 de 1999. Éste, en su artículo 5, refiere: “De la operación del servicio. El operador de televisión comunitaria sin ánimo de lucro podrá recibir y distribuir señales incidentales de

televisión, la programación de los canales de operación privada, pública y los canales regionales. Podrá también distribuir un número determinado de señales codificadas, en los términos señalados en la ley”.

- IV) La Ley 680 de 2001. Esta norma vuelve a dar connotación legal a esta previsión en su artículo 11, que en su tenor literal señala: “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”. Esta norma fue objeto de control constitucional y la Corte, mediante la sentencia C-654 de 2003, vio que la medida estaba ajustada a garantizar la pluralidad del ejercicio informativo.
- V) El Acuerdo 9 de 2006. El artículo 16 de esta norma dispone: “Las comunidades organizadas de licencia única para prestar el servicio de televisión sin ánimo de lucro podrán en cualquier momento distribuir las señales incidentales de televisión que se capten vía satélite en territorio colombiano, la programación de los canales abiertos nacionales de operación pública y privada, de los canales regionales y de los canales abiertos locales con y sin ánimo de lucro y transmitir su programación propia de acuerdo con la propuesta presentada para el efecto y aprobada por la CNTV”.
- VI) Leyes 1143 y 1166 de 2007. En estas disposiciones se aprueba el acuerdo de promoción comercial entre Colombia y Estado Unidos y se ratifica que sólo las personas jurídicas constituidas en Colombia pueden prestar el servicio de televisión por suscripción, y que éstas deben poner el servicio (sin cobro adicional) de retransmisión.

- **Antecedentes Jurisprudenciales**

- I) Sentencia C-454 de 2003: No violación a la libre competencia, pluralismo informativo, manifiesta que los MPVD no requieren pagar por la distribución de la programación.
- II) Sentencia C-1151 de 2003: Mismo sentido de la sentencia C-454 de 2003.
- III) Sentencia T-599. De 2016: extiende el *Must Carry*, de canales regionales, a todo el territorio nacional.
- IV) Sentencia EGEDA - Telmex: Desestima las pretensiones de la demandante por excepción al derecho de autor.
- V) Proceso CAN: demanda de canales privados.

7. HOJA DE RUTA EN MATERIA DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL

Ponente: Jorge Hernando Pedraza - Secretario General De La Comunidad Andina.

El doctor Pedraza indicó que el contexto actual ocasionado por la crisis de la pandemia ha acelerado la transformación digital y la transformación de la economía mundial hacia una economía digital, ratificando que las TIC están contribuyendo a la generación de sistemas innovadores y modernos, evidenciando la transversalidad del sector: no hay nada que en la vida ocurra –y menos ahora– que no esté incidido por las TIC y las telecomunicaciones.

La transformación digital es el proceso continuo, disruptivo, estratégico y de cambio cultural que se sustenta en el progreso de las tecnologías digitales, la sistematización y el análisis de datos, para generar efectos económicos, sociales y actitudinales. El reto que enfrentan los Países Miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) es disponer del pleno acceso de los ciudadanos andinos a las TIC, pues el proceso de digitalización permite reducir las brechas económicas, sociales y digitales. Además, facilita el mejoramiento de los servicios productivos hacia la reducción de costos de transacción y de producción, permite la promoción de economías de escala, contribuye a transparentar operaciones y procesos, así como también facilita la inserción de los productos en cadenas regionales de valor.

Si bien hay iniciativas en los países de la Comunidad Andina, en las cifras globales se observa que hay un bajo nivel de desarrollo digital en la región y que la brecha que separa a América Latina y el Caribe de los países desarrollados es todavía significativa. El ecosistema digital de América Latina, medido de acuerdo CON EL banco de desarrollo de América Latina y el Caribe cuyos componentes son la conectividad, la digitalización de los hogares, industrias digitales, infraestructura, ha crecido en una tasa anual del 6.83%, no obstante, se presenta un índice promedio de conectividad a internet del 54.42% de la población de América Latina, cifra baja en comparación con el 77% de los países de la OCDE. Esto evidencia que aún hay una brecha que hay que ir mitigando, para lograr un desarrollo equitativo de acceso a la tecnología.

El desafío entonces es acelerar el desarrollo del ecosistema digital en la región andina, articulando sinergias entre los países que hacen parte de la integración. Esta se constituye como una oportunidad para aprovechar la coyuntura actual de la pandemia COVID-19, al poder acelerar los procesos de transformación digital en la región, fortaleciendo y potenciando los esfuerzos nacionales hacia una digitalización regional que invite a enfrentar crisis y generar mayores tecnologías disruptivas con el diseño y la puesta en marcha de una estrategia subregional, asunto que está en la Agenda Digital Andina que se impulsa desde la Secretaría General en todos los ámbitos de acción del organismo. Así, se busca desde este organismo orientar de forma estratégica los retos que Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú afrontan para poder alcanzar la transformación digital y poder mejorar la conectividad y digitalización a través del uso de las TIC, para cumplir con el mandato fundacional de mejorar la calidad de vida de 111 millones de ciudadanos.

¿Cuáles son los beneficios de esta estrategia en materia digital?

La Agenda Digital Andina permite el trabajo conjunto entre los Países Miembros en lo relacionado con la armonización normativa, que facilita el desarrollo de una infraestructura para la innovación y para la creación de un mercado digital más integrado.

¿Qué acciones ha adelantado la Comunidad Andina para la transformación digital?

En primer lugar, se vienen adelantando acciones relacionadas con la transformación digital, como: el pasado 18 de febrero de 2020, los países aprobaron la Decisión 854 de obligatorio e inmediato cumplimiento, que establece una reducción gradual y progresiva en las tarifas de *roaming* internacional entre los Países Miembros para los usuarios pospago, para los servicios de datos móviles de voz y envío de mensajes de texto.

Por otra parte, la CAN con el Satélite Andino el SES-10, lanzado en el año 2017, que permite a los Países Miembros contar con servicios sin costo para actividades gubernamentales sin fines comerciales como salud, seguridad nacional, vigilancia de frontera, lucha contra la minería ilegal, el narcotráfico, entre otros. En materia de aduanas y facilitación del comercio, hay varios aspectos que se han desarrollado y que son parte de la transformación digital, como la ventanilla única del comercio exterior (VUCE). Actualmente se está buscando que los países puedan compartir sus experiencias y avances de los trabajos organizados para la interoperabilidad de las VUCES, puesto que existe la necesidad de trabajar en la implementación de plataformas digitales que interconecten a todas las aduanas y faciliten el intercambio de información.

Adicionalmente, la firma digital es una de las herramientas que permitirá garantizar el intercambio de información. En tal sentido, la Secretaría propone la elaboración de un acuerdo de reconocimiento mutuo que facilite tanto a los operadores de comercio, como a las aduanas, el establecimiento de procedimientos validadores rápidos. También hay un sistema informático de tránsito internacional aduanero llamado Cintia, Bolivia y Perú lo implementaron y ello permite la transmisión electrónica facilite los procesos aduaneros de tránsito internacional; se propone que estos países puedan mostrar sus resultados para que también naturalmente Colombia y Ecuador puedan asumirlos.

De otro lado, en el campo aduanero está en marcha el plan piloto de interoperabilidad de intercambio de datos de la declaración andina de valor y se tiene previsto hacer pruebas iniciales este mismo año. Asimismo, se está generando un Documento Único Aduanero (DUA).

Adicionalmente, en aspectos que tienen que ver con calidad de obstáculos técnicos al comercio, la Secretaría propone varios asuntos, por ejemplo, hay un sistema de información de reglamentos técnicos que es el SIRT. En el año 2019 se implementó la nueva versión que permite el envío masivo de correos a las partes interesadas en la aplicación de los reglamentos que adoptan los Países Miembros. A nivel comunitario, esta plataforma resulta ser más interactiva con los usuarios suscriptores y los puntos de contacto de notificación de los Países Miembros, de tal manera que es un instrumento importantísimo porque permite que cualquier interesado pueda en cualquier momento conocer con antelación las medidas de los obstáculos técnicos de comercio que adoptará el país.

Por otro lado, tenemos en el aspecto fitosanitario (sanidad), relacionado con la generación de medidas como la reciente Resolución 2093 de procedimientos armonizados de certificación fitosanitaria para la exportación, que incluye la posibilidad de emitir y recibir certificados electrónicos en el ámbito comunitario y toma en cuenta las experiencias de los Países Miembros en esta materia, en concordancia con las convenciones internacionales sobre esta materia.

Además, la Secretaría está trabajando en implementar una política con trazabilidad de todas las actividades que generan las personas, principalmente en el desarrollo de temas como la seguridad vial, la minería ilegal, la tecno-medicina, etcétera

Uno de los objetivos de la Secretaría es redoblar los esfuerzos para lograr la banda ancha en la CAN. Actualmente, con la crisis, se convirtió en una necesidad declararla un servicio público esencial con acceso al servicio universal.

Finalmente, al interior de la institución hay una política de cero papel, firmas electrónicas en todos los documentos oficiales, modernización de las plataformas de comunicación interna y el relanzamiento de la página web de la CAN.

¿Qué acciones de transformación digital se han desarrollado en medio de la pandemia?

- La CAN rápidamente insertó algunos preceptos y políticas que se vienen incrementando desde el inicio de la emergencia. La Decisión 856, que determina condiciones para la emisión y recepción de certificados de origen digital, permite la emisión de certificados bajo las modalidades diferentes a las tradicionales.
- Están vigentes unas medidas de prevención sanitaria que permiten a los países transmitir por vía electrónica, mediante correo, los documentos soporte para el tránsito aduanero comunitario, como medida de prevención sanitaria ante la pandemia del Covid-19.
- Se generó un protocolo para evitar el riesgo de contagio en las zonas rurales. Este es el producto de un trabajo hecho con el OIRSA de Centroamérica y CBP y se puso a disposición de gobiernos centrales, regionales y municipales por medios digitales únicamente.
- Se han desarrollado modelos de capacitación virtual para las MiPymes, ya que estas representan el 90% de las empresas de la CAN y el 60% del empleo deriva de ellas.
- Se instaló el programa de prácticas profesionales en una octava edición, suspendido hacía 5 años, y ahora reactivado para que se pueda realizar de manera virtual.
- Se ha dado un intercambio de información permanente entre grupos, comités de trabajo de los diferentes ámbitos de acción todo a través de plataformas digitales.

De forma posterior a la pandemia, que no sabemos cuándo ocurra, se trabajará en la reactivación, diversificación y recuperación de mercados en exportaciones a través del *e-commerce* y de las ruedas de negocios virtuales. Se impulsará la construcción de caminos de cadenas regionales y el fomento de investigación y desarrollo tecnológico para la acelerar la digitalización y la automatización de todos los procesos productivos y activar el transporte fronterizo.

Reflexiones finales

Es evidente la masificación del uso del internet, la intensificación y el crecimiento de la *big data*, del tratamiento de datos, de nuevos poderes, la competencia y omnipresencia algorítmica. Durante todos los eventos surgidos durante la pandemia se escuchan posturas, juicios y especulaciones, pero todo esto lleva a notar que cambió el sistema educativo, la forma de trabajo, y eso lleva a preguntarse cómo serán los nuevos modelos económicos en los países.

En medio del aislamiento preventivo han prevalecido los medios de comunicación y las nuevas tecnologías, ¿Qué sería de la humanidad hoy sin el desarrollo tecnológico que hoy tenemos?

Probablemente sería más devastador. Actualmente existe la posibilidad de hacer un rastreo de geolocalización, prevención colectiva del COVID, ubicación de personas ahora que se están reactivando los aeropuertos y centros comerciales incluso mediante reconocimiento facial, también hay reconocimiento de temperatura a través de sensores.

Trayendo a colación el caso que ocurrió en Colombia con la gobernación de Antioquia que, en búsqueda de ejercer la política eficaz de control, hizo un convenio con Google para el manejo de la data de los ciudadanos. Entonces nace otra interrogante ¿bajo el precepto de la salud se está entregando la intimidad y la privacidad de las personas?

8. DERECHOS DE AUTOR: EQUIDAD NECESARIA

Ponente: Teresa Hoyos – Consultora independiente en temas TIC

La doctora Hoyos señaló que la Comunidad Andina, en el sector de las telecomunicaciones, viene fortaleciendo de forma importante la integración regional en aspectos como la protección de los usuarios, el libre comercio y la eliminación gradual de *roaming* internacional. Frente a esta última medida, indicó que la industria ha discutido la necesidad de esta norma, argumentando que la dinámica competitiva propia del mercado y el auge de plataformas digitales como por ejemplo WhatsApp se han encargado de llevar tarifas a nivel competitivo. Adicionalmente, señaló que los Estados Miembros han solicitado aplazar su entrada en vigencia hasta el año 2021, dado que no es posible tener movilidad por la restricción que se tiene. Frente a todos estos retos en los procesos regulatorios en un entorno de telecomunicaciones, es necesario contar con un análisis de esos impactos normativos y fortalecer esos mecanismos de participación para que realmente todos los interesados puedan hacer parte de los procesos.

Quienes vienen de la industria de TIC y llegan a los temas de derecho de autor, se encuentran con un panorama difícil de entender, porque claramente la dinámica es diferente en la forma como adquiere uno los bienes y servicios en este sector. En este punto surge el siguiente interrogante: ¿Cómo está regulado en el marco andino esta normatividad? Debe verse la Decisión 351 de 1993, que establece el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos.

La primera reflexión que surge dentro de este panorama del derecho comunitario es preguntar si las decisiones que hoy se encuentran están adecuadas a los retos tecnológicos, si necesitan revisión o actualización, esto porque hay definiciones como copia, reproducción, fonograma, organismo de radio difusión, acto de retransmisión, sistema análogo, etcétera, que no es que no existan, pero han tenido una evolución y dinámica diferente. En consecuencia, Hoyos considera que se debe revisar si es necesario adecuar el marco normativo y acudir al origen técnico de los conceptos según la decisión dada por la entidad competente (UIT), e invitó a que cuando se apliquen esas definiciones, no se vean aisladas de conceptos técnicos.

¿Cuál ha sido el panorama en Colombia en la aplicación de este artículo 11 de la Ley 680 de 2001 frente a los derechos de autor?

Este artículo en el año 2001 fue cuestionado por los organismos de radiodifusión de su época y las sentencias C-654 y C-1151 de 2003 de la Corte Constitucional, garantizando el derecho a la información, cultura y educación, determina que, bajo un ejercicio de proporcionalidad, esta norma es exequible y que es una obligación para los operadores garantizar la recepción de esas señales. En el año 2016 una sentencia de tutela (T-599 de 2016) ordenó a los operadores de radiodifusión por suscripción incorporar las señales regionales, independientemente de si prestaban o no el servicio en esa región. Hoyos consideró que esa decisión fue acertada, pues protegía los derechos fundamentales como la información, y permitía la prevalencia del interés general sobre unos intereses particulares.

Pese a un panorama pacífico por más de 15 años, en el año 2012 aproximadamente los organismos de radiodifusión adelantaron las primeras acciones buscando el reconocimiento patrimonial por sus derechos conexos de negociar, cobrar y/o exigir una compensación económica por la emisión de sus señales de televisión abierta. Igualmente, unos años después, aparece la Sociedad De Gestión

Colectiva EGEDA, reclamando el derecho patrimonial de los autores de las obras audiovisuales respecto de estas señales abiertas.

Podría considerarse que la discusión a nivel nacional quedó zanjada con el pronunciamiento de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá, del 28 de marzo de 2017, donde señaló que es claro que el artículo 11 de la Ley 680 estableció una excepción a los derechos conexos y de autor, tal como lo prevé el artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, pero, en opinión de la Dra. Teresa Hoyos, realmente esto no es cierto, pues si bien frente a las reclamaciones iniciales que se dieron hay una sentencia, en la CAN se está revisando el tema. Además, expuso que, desde su punto de vista, hay una inseguridad jurídica en Colombia porque hay unos jueces que consideran que efectivamente hay que hacer un reconocimiento patrimonial y otros que consideran que es una excepción.

¿Cuáles son las acciones ante la Comunidad Andina que se vienen desarrollando?

Los organismos de radiodifusión no comparten la decisión adoptada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá y adelantaron ante el Tribunal de Justicia de la CAN la acción de incumplimiento en contra de la República de Colombia, proceso que todavía se encuentra en desarrollo.

A propósito de este último, señaló Hoyos frente al Dictamen 003 de diciembre de 2017, que la Secretaría General de la Comunidad dispuso que en la actualidad los actos judiciales y gubernativos de la República de Colombia, que han sido cuestionados por los reclamantes, se encuentran vigentes en el país y surten efectos legales mientras no sean revocados o sustituidos. Con respecto al derecho exclusivo de retransmisión de los O. R., actualmente opera una excepción que ha sido determinada como tal soberanamente por las autoridades judiciales y administrativas de Colombia. Adicionalmente, señaló que aunque el establecimiento de esa excepción por la República de Colombia haya sido cuestionada legalmente por los reclamantes, al encontrarse por el momento formalmente vigente en Colombia como una “excepción” al acto de retransmisión de las emisiones, no sería necesario en este país contar con una autorización expresa del titular del derecho o de su representante para retransmitir esas emisiones.

De conformidad con lo anterior, podría pensarse que si la Secretaría de la CAN hizo esos pronunciamientos, estaría atendiendo las mismas disposiciones de la Comunidad Andina que establecen, tanto en el artículo 21 de la Decisión andina 351 como el 42, la posibilidad de que los Estados Miembros, de forma autónoma, establezcan las limitaciones y excepciones tanto a los derechos conexos como a los derechos de autor.

En consecuencia, un acto de retransmisión de las emisiones de televisión abierta por los operadores de televisión por suscripción, al estar amparado por esa suerte de excepción legal, no requeriría una autorización previa de los O. R. titulares del derecho. Al no ser necesaria tal autorización, la realización de acto sin esta no constituiría legalmente una infracción, y tampoco lo sería una eventual autorización o apoyo que prestaran las autoridades estatales para realizar tal acto.

Pese a lo mencionado, para Hoyos lo que sorprende de este Dictamen es que concluye que Colombia habría incumplido la normatividad andina respecto de los artículos 21, 39 y 42 de la Decisión 351, los artículos 127 y 128 de la Decisión 500 y los artículos 4 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por: i) la emisión por la Autoridad Nacional de Televisión de la

Resolución 2291 del 22 de septiembre de 2014, de la circular N°10 del 23 de abril de 2015 y de la Resolución 1022 del 12 de junio de 2017 contrarían esas decisiones andinas; y ii) haber aplicado la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá del 28 de marzo de 2017.

Bajo este escenario, la Secretaría recomendó corregir el incumplimiento dictaminado, así como derogar las disposiciones de los actos administrativos citados. En cuanto a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, recomendó velar porque sea revisada.

Colombia contestó a este dictamen, así como el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en febrero del año 2018 remitió comunicación al Secretario General de la CAN, señalando que:

- Los dictámenes de la Secretaría General son opiniones técnicas que no forman parte del ordenamiento jurídico comunitario andino, del que trata el tratado de creación del Tribunal de la Comunidad Andina, conforme a lo ha indicado a nivel jurisprudencial el mismo tribunal y, por tanto, los mismos no obligan ni son vinculantes.
- En el dictamen se hizo un ejercicio de interpretación del derecho nacional colombiano que no es aceptable, desconociendo las facultades de la Corte Constitucional de Colombia para interpretar el alcance del artículo 11 de la Ley 680.
- Llama la atención que el Dictamen abandone el criterio que en esta materia ha sido su posición constante, según el cual los reclamos contra decisiones judiciales son un asunto bastante delicado que exige prestar especial atención para no inmiscuirse en las competencias soberanas de los Estados. Interpretar una sentencia nacional, de facto, se está convirtiendo en una tercera instancia (de naturaleza no judicial). Para Colombia este tipo de actuaciones atentan contra la certeza jurídica, principio que debe ser conservado y respetado por los Países Miembros y las instituciones comunitarias.

¿Cuál es la dinámica actual frente a otros gestores titulares de derechos?

Se han dado múltiples discusiones entre los prestadores de servicios de televisión por suscripción y los gestores. Si bien no se discute la existencia del derecho ni la independencia de los mismos, en panoramas donde hay seis Sociedades de Gestión Colectiva (EGEDA, SAYCO, DASC, REDES, ACTORES Y ACINPRO), todas con un derecho legítimo, unidas con otros gestores de los radiodifusores más unos gestores colectivos e individuales (como CARACOL, RCN, ACODEM, PROMUSICA, etc.), la dinámica de los derechos de autor necesita una equidad para que cada uno pueda, dentro del ecosistema, tener derecho a lo que le compete.

Es un escenario en donde no se conoce ni se ha incorporado lo que es el derecho de autor y su impacto, donde se desconocen las decisiones adoptadas por Colombia en cumplimiento de la normatividad andina, además hay una falta de claridad en la fijación de la tarifa.

Para finalizar, concluyó Hoyos que las posibles soluciones que pueden aplicarse, es la generación de mesas de concertación donde se pueda definir una política pública de propiedad intelectual, que genere tranquilidad al ecosistema, con unos criterios claros para la fijación de una tarifa, para definir inclusive una ventanilla única para generar un pago con tranquilidad. También propuso unificar, en una sola entidad, todos los temas de propiedad intelectual para que pueda darse un mejor manejo del tema en el país.