



La retransmisión consentida en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica

Revisada la legislación de Estados Unidos de Norteamérica sobre retransmisión consentida se concluye lo siguiente:

- Está regulada en la Ley sobre la Competencia y la Protección del Consumidor en el campo de la Televisión de Cable, y en el Código de las Regulaciones Federales.
- Cada tres años, los canales de televisión abierta tienen que elegir si quieren adherir al régimen de “*must carry*” (retransmisión obligada) o “*may carry*” (retransmisión consentida). En caso de elegir la consentida, dichos canales entran en negociaciones con los operadores, con el objetivo de establecer las condiciones (sobre todo económicas) del contrato de retransmisión.
- Se establece pocos requisitos respecto a las negociaciones y los contratos de retransmisión, por ser contratos privados. Los contratos tienen que hacerse por escrito y especificar el alcance del consentimiento. Las negociaciones deben ser conforme reglas de negociación de buena fe. Constituye infracción a ésta buena fe todo comportamiento dirigido a hacer imposible o dificultar las negociaciones.
- Cada canal u operador que se sienta afectado por una conducta que considera una infracción a la buena fe, puede interponer una querrela ante la Comisión Federal de Comunicaciones.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	1
I. Base legal.....	2
II. Opciones de Retransmisión.....	2
a. Must carry.....	2
b. May carry.....	3
III. Retransmisión consentida.....	3
1. Procedimiento de elección de régimen y negociación.....	3
3	
2. Requisitos de negociaciones y contrato de retransmisión consentida.....	4

Introducción

El presente informe revisa la legislación de Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.) sobre la retransmisión consentida, a pedido expreso del solicitante. Además de la legislación, se investigó acerca de la gestión así como los detalles contractuales de la retransmisión consentida, no pudiéndose encontrar mayor información, debido a que la relación (contractual) entre los cable-operadores y los canales de televisión abierta es de carácter privado. Además, la importancia financiera, económica y política que tienen algunos de estos contratos aumenta la confidencialidad de los detalles de ellos. Según las fuentes disponibles, la negociación de los

contratos de retransmisión consentida en Estados Unidos es, en muchos casos, un asunto complejo, controvertido y de larga duración¹.

I. Base legal

La retransmisión consentida (*retransmission consent*) se encuentra regulada en la Ley sobre la Competencia y la Protección del Consumidor en el campo de la Televisión por Cable, 47 USC § 325 (*Cable Television Consumer Protection and Competition Act, CTCPCA*)².

La Comisión Federal de Comunicación (*Federal Communications Commission, FCC*)³ es el órgano regulador de las telecomunicaciones de los EE.UU. y como tal, le compete concretar la norma antes mencionada. Las correspondientes disposiciones de implementación, de carácter administrativo, se encuentran en el Código de las Regulaciones Federales (*Code of Federal Regulations, CFR*)⁴.

De relevancia (indirecta) para la relación entre los cable-operadores (de aquí en adelante: "operador") y otras plataformas de distribución⁵, y los operadores de televisión de libre recepción (de aquí en adelante: "canal") son, entre otras, las reglas sobre propiedad intelectual para cable operadores⁶, sobre la difusión de programas⁷, los derechos de acceso de canales⁸, sobre el derecho de acceso no discriminatorio a la programación⁹, y las reglas sobre la propiedad de la difusión y de los cables¹⁰.

II. Opciones de Retransmisión

La *CTCPA* parte del principio de prohibir a los operadores a retransmitir la señal de los canales sin contar con su autorización expresa. Su fundamento es asegurar la libre competencia del mercado. La historia legislativa demuestra que el Congreso tuvo la intención de "establecer un mercado para la disposición de los derechos de retransmitir señales. No es la intención [...] de dictar el resultado de las negociaciones subsiguientes en el mercado"¹¹.

La *CFR*, por su parte, establece dos posibles tipos de autorización, es decir, de relación de retransmisión (régimen) entre los operadores y los canales en su área de servicio: *must carry* (deber de transmitir) y *may carry* (retransmisión consentida).

a. *Must carry*

¹ Disponible, por ejemplo, en: <http://bcn.cl/918w> (Abril, 2012).

² Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/325> (Abril, 2012).

³ Sitio web de la FCC disponible en: <http://www.fcc.gov/> (Abril, 2012).

⁴ Además, se señala que un proyecto de Ley llamado "*Next Generation Television Marketplace Act of 2011*" está actualmente en trámite, encontrándose en debate en el Senado. Su posible entrada en vigencia está prevista por 2014. Más información disponible en: <http://bcn.cl/919b> (Abril, 2012).

⁵ La transmisión por satélite no forma parte del presente informe.

⁶ *Copyright Act of 1976* (17 U.S.C. §§ 111, 119, y 122).

⁷ Sección 616 del *Communications Act*

⁸ Sección 612 del *Communications Act*

⁹ Sección 628 del *Communications Act*

¹⁰ Sección 613f del *Communications Act*

¹¹ Más información disponible en: <http://bcn.cl/919h> (Abril, 2012).

Si bien no es el objeto de este trabajo, se puede señalar que el régimen de *must carry* significa que un operador está obligado a incluir el canal en cuestión en su “parrilla” o “grilla” de canales. Por su parte, el canal no está autorizado a pedir o recibir una compensación¹².

La Ley determina el número de espacios que tienen que reservarse para los canales que optan por *must carry*¹³:

- Un operador con una grilla de 12 ó menos canales tiene que reservar hasta tres espacios para canales locales comerciales, y al menos un espacio para un canal local educacional no comercial.
- Los operadores que tienen más de 12 canales en su grilla, deben reservar al menos un tercio de su capacidad para canales locales comerciales.
- Los operadores que tienen entre 13 y 36 canales tienen que reservar (además) entre uno y tres canales locales no comerciales educacionales.
- Los operadores con más de 36 canales están obligados a incluir todos los canales locales no comerciales educacionales que así desean.

A los canales que eligen *must carry*, los operadores les deben asignar, si así lo desean, el mismo número de canal que aquel de la transmisión sobre aire.

b. May carry

El régimen de *may carry* es la retransmisión consentida propiamente tal. Significa que un operador puede, sin estar obligado, incluir un canal en su grilla. Tanto el operador como el canal son libres de elegir si quieren entrar en relación contractual o no. Esta opción abre al canal¹⁴ la posibilidad de negociar condiciones económicas con el operador por la inclusión de su señal, puesto que pueden incluir una contraprestación, la que no es obligatoria. Dicha retribución, generalmente, es en dinero, tiempo de publicidad, u otro beneficio¹⁵.

III. Retransmisión consentida

1. Procedimiento de elección de régimen y negociación

Cada tres años, los canales¹⁶ tienen que elegir a cual régimen quieren adherir. Por primera vez, se hizo la elección a fines de 1993 y la última en 2011. Antes de que termine el periodo de elección, los canales tienen que publicar una lista de todas sus elecciones hechas, y enviar por correo la decisión respectiva a cada uno de los operadores en su mercado. En caso de no informar en tiempo a los operadores, se presume que el canal optó por el *must carry*.

¹² Salvo en casos especiales, disponible en: <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/47/76/60> (Abril, 2012).

¹³ Más información disponible en: <http://bcn.cl/91b1> (Abril, 2012).

¹⁴ En la práctica, muchos los canales locales que están afiliados a una red de transmisión local y que han elegido la opción *may carry*, han cedido el derecho de negociar los términos de la retransmisión consentida a la red.

¹⁵ Disponible en: <http://bcn.cl/91b5> o en <http://bcn.cl/91ba> (Abril, 2012).

¹⁶ Los canales locales comerciales pueden elegir entre *must* y *may carry*; los canales no comerciales solo pueden optar por *may carry*.

Luego del periodo de elección, empieza el periodo de negociación entre los operadores y los canales que han elegido la opción “*may carry*”. Si las partes no llegan a un acuerdo en tiempo, pueden acordar extender el acuerdo existente, lo cual significa que los operadores continúan incluyendo el canal en su grilla durante las negociaciones. Si no llegan a ningún acuerdo, el operador tiene que sacar el canal de su grilla.

Los contratos de retransmisión exclusivos están prohibidos, esto es, ningún canal puede celebrar un contrato de exclusividad con un operador, excluyendo a los otros operadores¹⁷. Esta regla tiene que ser confirmada periódicamente por el Congreso. Según las fuentes disponibles, la vigencia actual es hasta fines del 2014¹⁸.

2. Requisitos de negociaciones y contrato de retransmisión consentida

La legislación establece pocos requisitos respecto al contrato de retransmisión y a las negociaciones, ya que se trata de contratos privados.

Tomando en consideración lo anterior, en todo caso, el *CFR* dispone que los contratos de retransmisión consentida tienen que hacerse por escrito y tienen que especificar el alcance del consentimiento, sea para toda la señal o por parte de ella¹⁹.

En 2000, por mandato del Congreso, la FCC definió reglas más detalladas de negociación, estableciendo que los operadores tienen que negociar de buena fe los términos y condiciones de los contratos de retransmisión consentida.

Los siguientes comportamientos se consideran – automáticamente- una infracción al deber de negociar de buena fe²⁰:

- La negativa de una de las partes a negociar;
- La negativa de una de las partes a designar un representante con poder de representación y que lo acordado sea vinculante para la parte;
- La negativa de una de las partes de encontrarse y negociar contratos de retransmisión consentida a horas y lugares razonables, o el actuar de manera que retrase de manera irrazonable las negociaciones;
- Que una de las partes realice una única propuesta de contrato²¹;
- La omisión de una de las partes de responder a una propuesta de contrato de retransmisión consentida, incluyendo la negativa de dar razones por el rechazo de tal propuesta;
- La ejecución de una de las partes de un acuerdo que impida lograr acuerdos con otros operadores ;
- La negativa de una de las parte de ejecutar un contrato de retransmisión consentida en forma escrita.

¹⁷ No obstante, la CFR contiene algunas reglas de exclusividad respecto de cierto tipo de programas. Entre ellas se encuentra la el derecho a no duplicación: bajo ciertas circunstancias, los canales pueden exigir la exclusividad de transmisión de ciertos programas o eventos. También queda restringida la transmisión de ciertos eventos deportivos. 47 CFR 76 F, disponible en: <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/47/76/subpart-F> (Abril, 2012).

¹⁸ Disponible en: http://www.fqs.org/sec-filings/120322/MEDIACOM-LLC_10-K/. La misma confirmación periódica se aplica a las reglas sobre la negociación de buena fe, las que, según la fuente citada, también están todavía vigentes (Abril, 2012).

¹⁹ 47 CFR 76.64, disponible en: <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/47/76/64> (Abril, 2012).

²⁰ Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/47/76/65> (Abril, 2012).

²¹ El texto original del CRF en esta parte señala: “*Refusal by a Negotiating Entity to put forth more than a single, unilateral proposal;*”. La que se propone es la interpretación más acertada de esta oración.

No se considera infracción al deber de negociar de buena fe si un canal o un operador propone o acuerda con sus contrapartes contratos de retransmisión consentida con contenido materialmente diferente (términos y condiciones distintos, en particular los precios), si las diferencias se deben a consideraciones de libre competencia en el mercado. Si a pesar de haber negociado respetando las reglas y procesos establecidos, no se produce acuerdo, no es indicio de falta de buena fe²².

No obstante los estándares mencionados, una de las partes puede siempre demostrar, con base en la totalidad de las circunstancias de un contrato de retransmisión consentida, que la otra parte cometió una infracción al deber de negociar de buena fe.

Cada canal u operador que se siente afectado por una conducta que considera una infracción a la buena fe puede iniciar un procedimiento de arbitraje (*adjudicatory proceeding*) ante la FCC, para lograr la ejecución de las normas de negociación de buena fe. La carga de la prueba corresponde a la parte que inicia el procedimiento (demandante). El *CFR* especifica el procedimiento a seguir²³.

Finalmente la FCC puede imponer multas. La multa por retransmitir un canal sin autorización sería en la actualidad, según las fuentes disponibles²⁴, de 7.500 dólares²⁵ por día.

²² Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/47/76/65> (Abril, 2012).

²³ 47 CRF 76.7, disponible en: <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/47/76/7> (Abril, 2012).

²⁴ Más información disponible en: <http://www.commlawcenter.com/> (Abril, 2012).

²⁵ US\$ 7.500 corresponden a \$3.628.500. Disponible en: (www.oanda.com) (Abril, 2012).