

SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

DICTAMEN N° 001-2017	Reclamo interpuesto por CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., por presunto incumplimiento por parte del gobierno de Colombia del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 7, 8 y 10 de la Decisión 439, por negárseles a negociar libremente las condiciones de retransmisión de su señal con los sistemas de televisión por suscripción.....	1
----------------------	--	---

DICTAMEN N° 001-2017

DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Reclamo interpuesto por CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., por presunto incumplimiento por parte del gobierno de Colombia del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 7, 8 y 10 de la Decisión 439, por negárseles a negociar libremente las condiciones

I. SUMILLA.-

- [1] Las empresas CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., presentan ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, un reclamo por presunto incumplimiento, por parte del gobierno de Colombia, del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 7, 8 y 10 de la Decisión 439 al negárseles negociar libremente las condiciones de retransmisión de su señal con los sistemas de televisión por suscripción.
- [2] El presente Dictamen se emite en el marco de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y conforme a la estructura señalada en el artículo 21 de la Decisión 623.

II. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES).-

- [3] Con fecha 17 de mayo de 2016, se recibió por parte de la empresa CARACOL TELEVISIÓN S.A., el reclamo por incumplimiento señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen.



-
- [4] Mediante Nota N° SG/E/844/2016 de fecha 23 de mayo de 2016, se requirió a la reclamante para que subsanara el requisito de admisibilidad referente a la representación y mandato legal, solicitando en consecuencia, que se aclare las facultades del Tercer Representante Legal para diferir la representación legal a favor del abogado designado para la causa.
- [5] Con fecha 2 de junio de 2016, la reclamante respondió el requerimiento, aclarando, entre otras cuestiones que el Tercer Representante Legal de la sociedad CARACOL TELEVISIÓN S.A., está plenamente facultado para representarla en cualquier actuación y suscribir cualquier acto o contrato que se relacione con el objeto social o el funcionamiento de la empresa, entre ellos, otorgar poder a favor de un abogado que represente los intereses de la compañía.
- [6] Mediante Nota N° SG/E/SJ/967/2016 de fecha 9 de junio de 2016, la Secretaría General determinó, luego de la evaluación correspondiente, que la documentación presentada por la reclamante se encontraba completa y conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Decisión 623, admitió a trámite el reclamo.
- [7] Mediante Nota N° SG/E/SJ/976/2016 de fecha 9 de junio de 2016, se dispuso el traslado del reclamo al gobierno de Colombia, otorgándole un plazo de 30 días para su contestación. Asimismo, mediante la misma Nota, la Secretaría General comunicó a los demás Países Miembros dicha reclamación a fin de que presentaran los elementos de información que estimaran pertinentes.
- [8] Con fecha 13 de junio de 2016, se recibió por parte de la empresa RCN TELEVISIÓN S.A., el reclamo por incumplimiento señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen.
- [9] Con fecha 15 de junio de 2016, mediante oficio OALI – 090, el gobierno de Colombia, manifiesta que no fue posible acceder a los 26 documentos que componían el reclamo de CARACOL TELEVISIÓN S.A.
- [10] Mediante Nota N° SG/E/SJ/1035/2016 de fecha 20 de junio de 2016, la Secretaría General, luego de la evaluación correspondiente, declaró completa la reclamación presentada por la empresa RCN TELEVISIÓN S.A. y conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Decisión 623, admitió a trámite su reclamo.
- [11] Mediante Nota N° SG/E/SJ/1036/2016 de fecha 20 de junio de 2016, se dispuso el traslado del reclamo de la empresa RCN TELEVISIÓN S.A., al gobierno de Colombia, otorgándole un plazo de 30 días para su contestación. Asimismo, por medio de la Nota N° SG/E/SJ/1037/2016 de esa misma fecha, la Secretaría General comunicó a los demás Países Miembros dicha reclamación a fin de que presentaran los elementos de información que estimaran pertinentes.
- [12] Mediante Nota N° SG/E/SJ/1038/2016 de fecha 20 de junio de 2016, la Secretaría General dejó sin efecto la Nota N° SG/E/SJ/976/2016 y repuso la nota de traslado al Gobierno de Colombia notificándolo con la totalidad de anexos al reclamo recibido. Dichos actos fueron informados mediante la Nota N° SG/E/SJ/1039/2016 de esa misma fecha a los demás Países Miembros y con Nota N° SG/E/SJ/1040/2016 a las reclamantes.
- [13] En consideración a la identidad de objeto, causa y sujeto pasivo, la Secretaría General dispuso y comunicó a las reclamantes, mediante la Nota N° SG/E/SJ/1095/2016 de fecha 23 de junio de 2016, la acumulación de los procedimientos iniciados por las empresas CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., de igual forma, se puso en



conocimiento esta determinación a los demás Países Miembros por medio de la Nota N° SG/E/SJ/1096/2016 de esa misma fecha.

- [14] Con fecha 28 de junio de 2016, por medio de comunicación OALI – 096 la República de Colombia designó a su apoderado, y mediante Oficio OALI – 097 de la misma fecha, solicitó la prórroga del plazo para presentar su contestación, la que le fue concedida el 01 de julio de 2016 mediante la Nota N° SG/E/SJ/1150/2016. Dicha prórroga fue notificada a los demás Países Miembros a través de la Nota N° SG/E/SJ/1151/2016 y a las reclamantes por medio de la Nota N° SG/E/SJ/1152/2016 de la misma fecha.
- [15] Con fecha 17 de agosto de 2016, mediante Comunicación OALI – 118, el gobierno de Colombia presentó su contestación a los reclamos interpuestos, la cual fue puesta en conocimiento de las reclamantes el 22 de agosto de 2016 mediante la Nota N° SG/E/SJ/1515/2016 y a los demás Países Miembros mediante la Nota N° SG/E/SJ/1517/2016.
- [16] Con fecha 24 de agosto de 2016, CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., presentaron un escrito adicional con base en la contestación remitida por la República de Colombia.
- [17] Con fecha 25 de agosto de 2016, se llevó a cabo la reunión informativa con la participación de las partes en la controversia.

III. IDENTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUPUESTAMENTE INFRACTORAS

- [18] Se señala que el gobierno de Colombia a través de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) profirió los siguientes actos administrativos:
 - i) Circular N° 0045 de 12 de junio de 2014;
 - ii) Resolución N° 2291 de 22 de septiembre de 2014; y,
 - iii) Circular N° 10 de 23 de abril de 2015.
- [19] De conformidad con lo alegado, mediante dichos actos el gobierno de Colombia obligó a las reclamantes a distribuir la señal de los canales de televisión abierta a los sistemas por suscripción, sin posibilidad de negarse a prestar el servicio por motivos económicos.

IV. RELACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECLAMO Y DE LA CONTESTACIÓN

Argumentos de las Reclamantes:

- [20] Señalan que los instrumentos relacionados en el punto anterior les otorgan un trato menos favorable, diferenciado e inequitativo, en sus calidades de distribuidores mayoristas de canales colombianos y de concesionarios de espacios radioeléctricos nacionales, ya que estas normas les prohíben negociar plenamente las condiciones de retransmisión de la señal con los distribuidores minoristas de contenidos colombianos, derecho que sí conservan las compañías mayoristas de canales que no son concesionarias en Colombia.
- [21] Destacan que los servicios de televisión y audiovisuales, al ser servicios que se prestan dentro de la subregión, se rigen por los principios y normas establecidos en el Marco General contenido en la Decisión 439 y por ende es un asunto de competencia de la CAN, Indican, asimismo, que los distribuidores mayoristas sin importar su nacionalidad o

su señal (abierta o cerrada), guardan identidad técnica y comercial en la prestación del servicio cuando su señal es entregada para la retransmisión a los sistemas por suscripción.

- [22] Indican, interpretando los principios de No Discriminación y de Nación Más Favorecida que existe incumplimiento puesto que el gobierno de Colombia confiere un trato más favorable a los canales mayoristas (extranjeros o miembros de la CAN) no concesionarios de espacios radioeléctricos del país (Colombia), cuando participan dentro del mercado de distribución por suscripción, quedando en ventaja sin justa causa frente a los mayoristas concesionarios, pues a estos últimos, es a los únicos que se les impone restricciones a la negociación de las condiciones de retransmisión, impidiéndoles recibir compensación económica por sus servicios, vulnerando el artículo 7 de la Decisión 439.
- [23] Aluden que se quebranta el artículo 8 de la Decisión 439, respecto al principio de Trato Nacional dentro del Marco General del Programa de Liberalización Comercial, al desconocer un trato igualitario y equitativo a todos los mayoristas en las condiciones de negociación de retransmisión de sus señales. Además, agregan que dicho principio, si bien, generalmente se aplica al tratamiento favorable de los extranjeros con respecto a las ventajas de los propios nacionales, este también es aplicable en sentido inverso estando ante un mismo servicio, pues el principio se presenta entre prestadores de servicios y servicios iguales o similares dado que comparten el mismo consumidor, prestan señales iguales, compiten por audiencia y compensación económica.
- [24] Explican que el gobierno de Colombia vulnera el artículo 10 de la Decisión 439, en vista a que adopta nuevas medidas a través de sus actos administrativos diferentes a las ya liberalizadas con la Decisión 510, amparándolas en el derecho a la información y pluralismo informativo de los suscriptores colombianos, excepción que no se encuentra en la lista taxativa del artículo 11 de la Decisión 439, quebrantando el principio de Trato Nacional y el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA, toda vez que los actos administrativos emitidos por la ANTV faltan a la obligación de no adoptar medidas que contraríen las normas comunitarias.
- [25] Señalan que las medidas de la ANTV les causan perjuicios, puesto que las obliga a entregar su señal principal digital en forma gratuita y sin posibilidad de negociar económicamente su justa remuneración, esto es, entregar un producto o servicio que agrega valor sin compensación alguna, por esta razón, estiman que se han causado daños económicos desde el 12 de junio de 2014 (emisión de la primera Circular N° 00045) al mes de febrero de 2016.
- [26] En su segundo escrito precisan que si bien el servicio de radio difusión se realiza por virtud de un contrato estatal, el servicio que ofrecen como distribuidores mayoristas de canales (DCM) a los distribuidores minoristas de contenido (DTCM) para que su señal sea transmitida por sistemas de suscripción, no se da por dicho contrato. En tal virtud la reclamación presentada no es de tipo contractual sino contra los actos administrativos emitidos por el gobierno de Colombia, más aun cuando el mencionado contrato supone acatar disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico andino.
- [27] Asimismo precisan que no existe pleito pendiente que impida a la Secretaría General conocer el caso y emitir un Dictamen, por cuanto la controversia que se dirime en Colombia se refiere a una situación de competencia desleal, por violación de los derechos de autor y conexos entre dos agentes dentro del mercado de señal de televisión



cerrada, mientras que la controversia ante el Órgano Comunitario, se fundamenta en como la República de Colombia, mediante la expedición de tres actos administrativos, confiere trato discriminatorio a las reclamantes y viola la Decisión 439.

- [28] Por otra parte, destacan la aplicabilidad de los principios de Nación Más Favorecida (NMF) y Trato Nacional (TN) los que a su juicio no pueden verse en un sentido limitado pues su fundamento es evitar la discriminación causada por un País Miembro dentro del proceso de liberación de servicios de la subregión y son aplicables cuando el mismo país que adopta la medida afecta el mercado de servicios en su propio territorio. Agregan que han acreditado suficientemente la afectación de sus derechos, destacando que están legitimadas para reclamar en virtud de se trata de medidas que contravienen una norma comunitaria, habiendo probado el daño inferido con su sola expedición.

Argumentos de la Reclamada:

- [29] Manifiesta que la SGCAN no es la entidad competente para desatar una controversia de tipo contractual propia del ámbito doméstico. En este sentido, argumenta que para la ley colombiana la televisión es un servicio público en cabeza del Estado, cuya titularidad puede ser delegada a particulares mediante concesión, motivo por el cual, las reclamantes cuando obtuvieron una autorización con el fin de hacer uso del espectro electromagnético, eran conscientes de la facultad estatal para intervenir en este servicio en aras de racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes.
- [30] Expresa que las reclamantes se encuentran bajo las condiciones del contrato de concesión, documento en el que tuvieron la posibilidad de estipular sus formas y que ahora se encuentran obligadas a prestar un servicio público de interés general, a pagar una contraprestación a la República de Colombia y a asegurar que las señales que se emitan sean accesibles a toda la población colombiana. Además, tienen el compromiso de incorporar normas de orden público que garanticen el libre acceso y circulación de la información, así como del pluralismo informativo, entre las que se encuentran los actos administrativos demandados.
- [31] Comenta que las reclamantes no reunieron la totalidad de los requisitos descritos por el inciso final del artículo 14 de la Decisión 623, por cuanto acudieron por la misma causa ante la SGCAN y ante la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de Tribunal Nacional, autoridad donde cursa el Proceso 14-116592 por una demanda de competencia desleal motivada en la retrasmisión de las señales de las reclamantes hacen los operadores de TV por suscripción. Asimismo, no acreditaron la afectación de sus derechos, toda vez que no soportan que los perjuicios causados sean producto del incumplimiento de los artículos 7, 8, y 10 de la Decisión 439, acción que tampoco es posible dado que los actos administrativos no tienen ninguna relación con esta norma comunitaria.
- [32] Señalan que las normas emitidas por la ANTV encuentran fundamento jurídico en la ley 680 de 2001 que garantiza la difusión de las señales de televisión abierta, y conmina a los operadores de televisión por suscripción a asegurar gratuitamente, la recepción de tales señales buscando la efectividad del acceso a la información indispensable para la formación de una opinión pública. Por tanto, los actos administrativos tienen respaldo legal.
- [33] Sostiene que solamente un ciudadano de otro país miembro o un país miembro están legitimados para reclamar a Colombia una presunta vulneración de compromisos de la Nación Más Favorecida, Trato Nacional o Consolidación descritos en la Decisión 439. Por esta razón queda vedada la posibilidad a las reclamantes de acreditar el quebrantamiento



de tales principios, pues conforme al aspecto subjetivo, es claro que no son prestadores de servicios de otros países miembros de la CAN, y en el aspecto objetivo, el objeto de la Decisión 439, no es el de regular comercio de servicios entre los Países Miembros individualmente considerados y sus respectivos nacionales, sino el comercio intrasubregional. Además no se observa la existencia del elemento, beneficio, ventaja, inmunidad que Colombia estuviera otorgando a otro país o a otro País Miembro en el sentido de la Nación Más Favorecida ni del Trato Nacional.

- [34] Agrega que la obligación de Trato Nacional, en ningún momento se refiere a un trato igualitario y equitativo entre los prestadores de servicios o servicios sean extranjeros o nacionales, sino que pretende equiparar las condiciones en las que compiten los prestadores de servicios o servicios extranjeros frente a nacionales.
- [35] Aduce que el principio de Consolidación del Status Quo, se predica respecto del comercio de servicios que un prestador de servicios de un País Miembro adelante en Colombia, quedando eliminada la posibilidad para que un nacional colombiano reclame su incumplimiento por parte de Colombia.

I. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS.-

1.- Sobre las cuestiones de procedimiento.-

a) Sobre la competencia de la Secretaría General para conocer del presente asunto:

- [36] Para el gobierno de Colombia la Secretaría General no es competente para conocer del presente caso por cuanto la controversia es generada por los actos administrativos emitidos por la ANTV exclusivamente relacionados al ámbito doméstico colombiano que regula los contratos con el Estado, tema que no está cobijado por la normativa andina, siendo que tales actos administrativos no tienen relación ni versan sobre la aplicación de la Decisión 439.
- [37] Sobre el particular, cabe señalar que está reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario y la jurisprudencia andina que una conducta administrativa pueda ser materia de incumplimiento, pues éste se verifica respecto de cualquier medida, *“sea legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámese leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias, que puedan obstaculizar la aplicación de ordenamiento jurídico andino”*.¹
- [38] En este sentido el Tribunal de Justicia ha señalado que:

“(...) el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario (...); y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 03-AI-97. Sentencia de 8 de diciembre de 1998 publicada en la GOAC No. 422 del 30 de marzo de 1999 (énfasis añadido).



*Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean legislativas, judiciales, ejecutivas, **administrativas** o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general **actos de la administración**, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.*

Las obligaciones previstas en el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo.²

- [39] De otra parte, la Secretaría General entiende también que la presente controversia no versa sobre la concesión de señales de televisión, sino sobre las condiciones (discriminatorias o no) de la prestación de un servicio en el mercado, materia que se encuentra regulada a nivel comunitario y que confiere competencia a la Secretaría General. Sin perjuicio de ello hay que considerar que aún si el tema versara sobre un asunto no regulado, de incidir éste en el cumplimiento de normas comunitarias, la Secretaría General sería igualmente competente para analizar este aspecto.

Nota: De la misma manera, si bien un País Miembro tiene soberanía legislativa y regulatoria para dictar medidas que garanticen el libre acceso y circulación de la información, la difusión de las señales de televisión abierta y el pluralismo informativo; dichas medidas tienen que estar en armonía con los compromisos asumidos en el marco de la Comunidad Andina, no pudiendo contraponerse a éstos.

- [40] Dicho esto, la evaluación de los actos administrativos de un País Miembro frente a un reclamado incumplimiento del ordenamiento jurídico andino se asume con especial prudencia y una particular conciencia del ámbito de acción que la normativa comunitaria reconoce a los Países Miembros.
- [41] Bajo estas consideraciones, se trata aquí de determinar la conformidad de la conducta reclamada con el ordenamiento jurídico comunitario y no de evaluar la relación contractual existente entre el gobierno colombiano y las reclamadas.
- [42] Se tiene presente, además, que la fase prejudicial debe cumplirse como condición previa para el acceso, por cualquiera de las Partes, a la Acción de Incumplimiento ante el Tribunal Andino, siendo necesario agotarla conforme lo ha señalado el mismo Tribunal, por ejemplo, en el Proceso N° 114-AI-2004, cuando indica que:

“(...) en el caso de que sean los particulares quienes acudan ante el Tribunal en virtud del artículo 25 de su Tratado de Creación, el procedimiento administrativo previo que debe ser agotado ante la Secretaría General abarca las gestiones conducentes que realice dicho

² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 6-IP-1993. Interpretación Prejudicial del 25 de febrero de 1994 publicada en la GOAC No. 150 del 25 de marzo de 1994. (Énfasis añadido).

órgano para subsanar el posible incumplimiento denunciado dentro de un plazo que no podrá exceder de sesenta días, y habiendo o no respuesta respecto a la investigación en curso, la emisión del dictamen motivado dentro de los quince días siguientes. Por tanto, los supuestos para que los particulares interpongan la correspondiente acción por el posible incumplimiento de un País Miembro, serían que el dictamen haya sido de incumplimiento y la Secretaría General no intentare la acción ante el Tribunal dentro de los sesenta y cinco días siguientes a su emisión, o que hayan transcurrido setenta y cinco días sin que la Secretaría General emita su dictamen, o que el dictamen sea de cumplimiento." (subrayado fuera de texto).

- [43] Con base en lo señalado, se desestima el alegato del gobierno de Colombia, confirmando la competencia de la Secretaría General para conocer del reclamo presentado.

b) Sobre sí el reclamo cumple los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623:

b.1) Legitimidad activa de las reclamantes: Afectación de sus derechos

- [44] Se objeta el que las reclamantes hayan acreditado su condición de persona jurídica afectada en sus derechos, por cuanto si bien presentaron cifras, resultado de una serie de fórmulas a partir de las cuales cuantifican un supuesto perjuicio económico, no acreditan que dicho perjuicio sea producto del incumplimiento de los artículos 7, 8 y 10 de la Decisión 439.
- [45] La Secretaría General concurre en la necesidad de que las personas privadas cuando son reclamantes, acrediten su legitimidad activa para actuar, conforme lo requieren los artículos 13 y 14 de la Decisión 623. Tales artículos en sus partes pertinentes establecen lo siguiente:

“Artículo 13.- De conformidad con lo previsto en los artículos 24 y 25 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando un País Miembro o una persona natural o jurídica afectada en sus derechos considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, formulará por escrito su reclamo.

Artículo 14.- El reclamo formulado por un País Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos deberá contener: (...)
(destacado fuera de texto).

- [46] Dicha legitimidad queda acreditada, conforme a las normas citadas, cuando el reclamante prueba que la medida reclamada (no la normativa invocada como mal señala Colombia) afecta sus derechos. El concepto de “afectación en sus derechos” es reiterado también en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (codificado mediante Decisión 472), que constituye la base legal de la presente acción, el cual dispone:

“Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa” (destacado fuera de texto).

[47] Respecto a qué debe entenderse como “afectación de sus derechos” la doctrina administrativista clásica distingue tres niveles:

- (i) El simple interés para presentar una acción: Es el interés común de todos los habitantes. En este caso, bastaría la identificación, existencia y debida representación de la accionante. Este criterio de legitimación activa no se encuentra contemplado en la normativa comunitaria que regula la acción de incumplimiento.
- (ii) El interés legítimo o calificado: No se trata de que el recurrente deba tener un interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pero sí uno subjetivo en el sentido de presentar alguna afectación a su órbita de intereses o situación jurídica, diferenciándose así del mero interés general. La persona que ejerce la acción se encuentra de esta manera comprendida en la órbita de incidencia del acto reclamado, pudiendo ser su interés de carácter o potencial, patrimonial o moral.
- (iii) La afectación en sus derechos: Se refiere, por una parte, a la necesaria identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación y al deber de éste de demostrar la afectación de un interés de tipo personal, actual, inmediato y directo. Se trata en suma de la defensa de su propio derecho subjetivo que se ve lesionado por el acto reclamado.

[48] Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto de la legitimación para la interposición de reclamos en acción de incumplimiento por parte de particulares, ha señalado lo siguiente:

“[D]e conformidad con la disposición prevista en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, la posibilidad de ejercer la acción de incumplimiento corresponde a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento del País Miembro demandado. Ello significa que la legitimación para ejercer la acción de incumplimiento exige la existencia de una relación de identidad entre el titular del derecho subjetivo y el de la acción, de modo que ésta sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de aquél.

[A] diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inejecución de la prestación debida, por parte del País Miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden normativo infringido, y, a diferencia de la acción de nulidad, a obtener, en las condiciones previstas en el artículo 30 del

Tratado de Creación del Tribunal, la reparación de la lesión y, por esta vía, la satisfacción de su derecho.

(...)”

- [49] Dejando establecido que no son de recibo para este Organismo Internacional las indicaciones por parte de actores privados de un pretendido interés general y difuso en el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, como fundamento para iniciar una acción de incumplimiento – en este caso las reclamantes alegan la afectación en sus derechos y agregan en su segundo escrito un interés general y difuso; es menester precisar que, a diferencia de lo que señala el gobierno de Colombia, el estándar probatorio requerido en este caso, no se entiende con relación a la norma presuntamente violada sino a la conducta presuntamente disconforme con dicha norma.
- [50] Con estas precisiones, la Secretaría General observa que en el presente caso existe identidad entre las accionantes y los supuestos afectados, siendo que la misma recaería en la órbita de sus propios negocios y patrimonio. De esta suerte las reclamantes presentan una serie de cifras y cálculos, con base en distintas metodologías, mediante los cuales estiman un perjuicio económico concreto imputado a los actos administrativos reclamados.
- [51] Teniendo presente que el mero interés o del interés general, abstracto o difuso, no resulta suficiente para activar un procedimiento de incumplimiento ante la Secretaría General y habiéndose acreditado en este caso que las reclamantes son titulares de un derecho o condición jurídica que le es atribuible y verificándose que asimismo se ha vinculado la posible afectación de dicha condición jurídica a la conducta reclamada del País Miembro, se advierte la presencia de los elementos atributivos de la legitimación activa de las reclamantes. En tal virtud, se desestima lo alegado por el gobierno de Colombia, confirmándose lo señalado por la Secretaría General en sus comunicaciones de apertura de investigación N°SG/E/SJ/967/2016 de 9 de junio de 2016 y SG/E/SJ/1035/2016 de 20 de junio de 2016.
- [52] Cabe anotar que la reclamada no negado que las medidas por ella adoptadas incidan en la condición jurídica de las reclamantes afectándolas, siendo más bien que de acuerdo con lo alegado por ambas partes, lo que se presenta es una discrepancia sobre el grado de tal afectación y sobre su justificación y procedencia.

b.2) Recurrir simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional

- [53] El gobierno de Colombia indica que el reclamo no ha cumplido con la condición de no acudir simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional, por cuanto actualmente se encuentra en trámite una demanda por competencia desleal interpuesta por las reclamantes ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual se centra en determinar si cuando la ley ordena a los operadores del servicio público de televisión por suscripción retrasmitir la señal de los operadores del servicio público de televisión abierta, se desconocen los derechos de éstos últimos.
- [54] Afirma que los efectos de la decisión que tome la Superintendencia de Industria y Comercio pudieran yuxtaponerse, concurrir u oponerse a una posible determinación tomada en la instancia andina.
- [55] Por su parte, las reclamantes manifiestan que resulta improcedente citar la controversia que se desarrolla ante la Superintendencia de Industria y Comercio por actos de

competencia desleal, dado que los efectos y alcances de ambas controversias son diferentes no siendo posible tal yuxtaposición. Agrega que el objeto de la acción por competencia desleal está referido a la violación de derechos de autor y conexos establecidos en la Decisión 351, mientras que la acción ante la Secretaría General tiene como objeto determinar el eventual tratamiento discriminatorio.

- [56] La Secretaría General encuentra que el procedimiento que se cursó ante la Superintendencia de Industria y Comercio en efecto fue uno por competencia desleal interpuesto por las reclamantes que ha concluido ordenando a las empresas prestadoras del servicio de televisión por suscripción abstenerse de retransmitir la señal de los canales CARACOL TV y RCN TV, tanto análoga como de alta definición (HD), sin contar con la autorización de CARACOL TV o RCN TV". La Secretaría General también conoce que dicha sentencia ha sido apelada ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.
- [57] El caso que nos convoca, por su parte, versa sobre un supuesto incumplimiento del gobierno de Colombia del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de los artículos 7, 8 y 10 de la Decisión 439. Las reclamantes consideran que los servicios que prestan están siendo tratados en forma discriminatoria respecto de los servicios que prestan los extranjeros, dado que se les niega la posibilidad de negociar de manera libre las condiciones de retransmisión de su señal con los sistemas de televisión por suscripción.
- [58] Cabe recordar que en una acción previa interpuesta por las mismas empresas reclamantes se consideró que la identidad de la causa se debía analizar en términos funcionales, es decir, atendiendo a los alcances y efectos de la acción promovida en sede nacional. En esa línea se determinó en aquella oportunidad que si bien era cierto que los procedimientos ante la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia no necesariamente dejarían sin efecto la Resolución 2291 del 2014 de la ANTV, el hecho de haber reclamado ante la instancia andina la supuesta infracción de las normas comunitarias sobre derechos de autor por la supuesta ausencia de la autorización del titular para la retransmisión de su señal; coincidía con el hecho de que la consideración de los derechos de autor supuestamente infringidos formaban parte del bagaje de alegatos jurídicos sometidos al análisis de la SIC, siendo conocido que desde el punto de vista conceptual y práctico una eventual infracción a la propiedad intelectual puede ser causa eficiente de una determinación en materia de competencia desleal. En tal sentido, se determinó que dicha coincidencia y conexión parcial, imponían en la Secretaría General un deber de prudencia determinándose así que no se cumplía el requisito previsto en el párrafo final del artículo 14 de la Decisión 623, dejando a salvo el derecho de las reclamantes a presentar una nueva reclamación, una vez superada la incompatibilidad, si a su juicio el incumplimiento continuara³.
- [59] A partir de lo señalado, si bien en el presente caso existe identidad en los sujetos accionantes y coincidencia en cuanto a la *causa pretendi*, no se encuentra identidad en cuanto al *petitum*, el objeto de la causa y el interés jurídico a ser tutelado, en las respectivas acciones. En efecto, en tanto que en la acción interna se debatió si la ausencia de autorización de sus titulares para la retransmisión de su señal abierta califica o no como una conducta anticompetitiva por parte de los operadores de televisión

³ Cfr: la Nota N° SG/E/1774/2015 del 30 de setiembre de 2015, en el expediente N° 020-FP-2015 relativo al Reclamo presentado por Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. contra la República de Colombia, por presunto incumplimiento de la normativa comunitaria andina en materia de Derechos de Autor (derechos de retransmisión).

cerrada, concluyendo la SIC en la necesidad de requerir dicha autorización (pretensión similar a la alegada en la instancia comunitaria por vía de la protección del derecho de autor); en este caso no se discute la necesidad de tal autorización del titular sino la posible existencia de un trato distinto más favorable conferido a los extranjeros, siendo que la cuestión a determinar es si dicho trato diferenciado se da en efecto y si el mismo califica como discriminatorio a la luz del ordenamiento jurídico comunitario.

[60] Por lo expuesto, se desestima el alegato de la reclamada en este punto.

2.- Sobre la cuestión de Fondo:

a) El alegado incumplimiento de los artículos 7, 8 y 10 de la Decisión 439

[61] Como se ha señalado en el punto anterior, frente a un alegato de discriminación, corresponde que la Secretaría General verifique si se presenta una diferencia de trato y si dicha diferencia califica como discriminatorio a la luz del ordenamiento jurídico comunitario alegado por las reclamantes. A tenor de lo señalado por éstas, dicha supuesta discriminación se presentaría en la regulación de la negociación de las condiciones de retransmisión de la señal de televisión.

[62] Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha definido “servicio” como aquello que “(...) *no es susceptible de ser transportado o almacenado, y que no por ello deja de tener importancia y pueda ser objeto de comercio, así por ejemplo la electricidad, telecomunicaciones, internet etc., son servicios perfectamente factibles de ser prestados por un comerciante y adquiridos por un consumidor*” (Proceso 255-IP-2013, publicado en la G.O.A.C. N° 2367 del 22 de julio de 2014).

[63] Siendo imprescindible su regulación para asegurar la integración de los mercados andinos, el Marco General de la Decisión 439, estableció una serie de principios para la liberalización de su comercio. Entre dichos principios se encuentran, el Trato Nacional, la Nación Más Favorecida y la consolidación del status quo.

[64] En ese marco, los precitados artículos disponen:

Artículo 7.- Cada País Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el concedido a los servicios y prestadores de servicios similares de cualquier otro país, miembro o no de la Comunidad Andina (el subrayado es nuestro).

Artículo 8.- Cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General (el subrayado es nuestro).

Artículo 10.- Los Países Miembros se comprometen a no establecer nuevas medidas que incrementen el grado de disconformidad o que incumplan los compromisos contenidos en los artículos 6 y 8 del presente Marco General, a partir de la entrada en vigencia del mismo. Este compromiso abarcará todas las medidas adoptadas por los Países Miembros que afecten al comercio de servicios, tanto las provenientes del sector público, central, regional o local, como las provenientes de aquellas entidades delegadas para ello (el subrayado es nuestro).

- [65] La Secretaría General ha sostenido reiteradamente que el principio de no discriminación expresado en los estándares de trato nacional y nación más favorecida es transversal a todas las relaciones jurídicas comunitarias y así lo ha validado el Tribunal andino, por ejemplo, en su sentencia de fecha 01 de febrero de 2002 emitida en el Proceso 14-AN-2001, publicada en la G.O.A.C N° 773 de 18 de marzo de 2002 en donde reconoció la importancia de no discriminar como un principio primordial del comercio Internacional, siendo el Trato Nacional un principio que informa el proceso de integración subregional.
- [66] Sin perjuicio de ello y como se colige de la simple lectura de la normativa citada, los principios referidos, en el caso de los servicios, actúan por comparación entre el trato conferido por un País Miembro en su propio territorio, al servicio o al prestador del servicio de otro país miembro distinto al propio vis a vis el conferido bien a los servicios o prestadores de servicios de su propio país o de terceros países. Bajo ese entendimiento, no está considerada en este ámbito, la comparación de trato entre servicios y prestadores de servicios en el mismo territorio de un País Miembro que es la pretensión sobre la que versa la reclamación de las actoras. Nótese además que tanto para el Trato Nacional como para la Nación más Favorecida, la normativa sobre servicios no exige ni se refiere a que los Países Miembros no deban otorgar un trato menos favorable a los servicios que presten sus nacionales frente a los servicios similares que presten los extranjeros en su propio territorio.
- [67] En el campo de los bienes, el Tribunal andino considera el mismo entendimiento sobre la medición del trato discriminatorio y, en ese sentido, ha sostenido lo siguiente:

“Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio concierne a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales ... En consecuencia ... los productos originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional y no discriminatorio, no sólo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes, sino ‘en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior’ según el lenguaje de la OMC y del G-3...(proceso 3-AI-97, publicado en la G.O.A.C. N° 422 de 30 de marzo de 1999).

- [68] A los efectos del principio de Nación más Favorecida en materia de bienes, de manera similar ha señalado que *“El hecho de que un país de la Comunidad no extienda, entonces, a las importaciones de bienes originarios de los otros Países Miembros el mismo tratamiento más favorable que aplique a terceros países, constituye, en principio, un rompimiento del compromiso de trato igualitario y favorable establecido en el Artículo 155 del Acuerdo de Cartagena” (Proceso 53-AI-1999).*”
- [69] Por cuanto no fueron proporcionadas, la Secretaría General no ha tenido a la vista pruebas que acrediten la diferencia de trato acusada, lo que resulta suficiente para desestimar el alegato presentado, siendo innecesario analizar si dicha diferencia resultaba discriminatoria a la luz del ordenamiento jurídico comunitario.
- [70] Sin perjuicio de ello, se deriva de lo señalado que los casos de discriminación reversa en materia de servicios (como se conoce en doctrina al trato discriminatorio entre nacionales o entre un nacional y un extranjero en su mismo país), en tanto no afecten el intercambio de servicios en la subregión, esto es, que sus efectos se circunscriban al propio territorio

nacional, son una cuestión que corresponde resolver a la legislación nacional, conforme a sus principios constitucionales y legales internos.

- [71] En ese orden de ideas, este organismo debe concurrir con lo señalado por el gobierno de Colombia en el sentido que la protección por trato nacional, nación más favorecida y consolidación del status quo que consagran las normas alegadas en este procedimiento por las reclamantes sólo son invocables por un prestador de servicios de otro país miembro o por un país miembro, no siendo tal el caso de las reclamantes a quienes dichos principios comunitarios no les son aplicables.
- [72] En virtud de lo expuesto, se determina que no hay incumplimiento por parte del gobierno de Colombia de lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Decisión 439.
- [73] Por añadidura y como quiera que se menciona en la reclamación, el artículo 10 de la Decisión 439 impone a los Países Miembros una obligación de no hacer, de la cual se deriva que los Países Miembros deben acatar las normas comunitarias no sólo de hecho, sino también de derecho. En el presente caso, dado que no se ha de mostrado que las medidas analizadas vulneren los artículos 7 y 8 de la Decisión 439, corresponde también determinar que no existe incumplimiento del artículo 10 del mismo cuerpo normativo.

b) Sobre el alegado incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

- [74] El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone lo siguiente:

“Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

- [75] Como bien ha señalado el Tribunal andino, esta disposición impone a los Países Miembros tanto una obligación de hacer como de no hacer de las cuales se deriva que el acatamiento del derecho comunitario debe producirse no sólo de hecho, sino también de derecho.
- [76] Así en la sentencia del Proceso 16-AI-2000 (*Proceso 16-AI-2000, de 24 de noviembre de 2000, Secretaría General contra Colombia, publicada en la G.O.A.C. N° 639 de 9 de febrero de 2001*) ha señalado con relación al precitado artículo que:

“Una simple lectura del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal permite deducir que son dos los principios fundamentales del derecho comunitario que por él se tutelan: el de su aplicación directa y el de su preeminencia. Por el primero se entiende la capacidad jurídica de la norma comunitaria para generar derechos y obligaciones que los ciudadanos de cada País puedan exigir ante sus tribunales nacionales. Por el de la preeminencia, que se deriva de la aplicación directa, se comprende la virtud que tiene la norma comunitaria de ser imperativa y de primar sobre la de derecho interno.

Estos principios o características del derecho comunitario se materializan en el artículo 4° del tratado (sic) Fundacional cuando su texto impone a los países que integran la



Comunidad Andina las dos obligaciones básicas de “hacer” y de “no hacer” a que él se refiere.

Por la primera de las obligaciones citadas, los Países Miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas –sean de tipo **legislativo**, judicial, ejecutivo, administrativo, o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda deben abstenerse de adoptar toda medida, o de asumir cualquier conducta que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento. Por lo demás, lo dicho abarca también los niveles regionales y descentralizados del estado (sic) y, por supuesto, a los particulares nacionales de dichos Estados, quienes también son sujetos de tal ordenamiento en las materias que lo conforman.

Debe precisarse, así mismo, que las obligaciones previstas en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1° del mismo Tratado. De donde se concluye que bien sea que se trate de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por los organismo (sic) y funcionarios de la Comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros”. (El énfasis es nuestro)

- [77] Como quiera que se ha determinado que no se evidencia que la reclamada haya incumplido los artículos 7, 8 y 10 de la Decisión 439, corresponde también determinar que no existe incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

II. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS

- [78] En el ámbito de lo solicitado y con base en lo expuesto, el análisis efectuado y lo obrante en el expediente, se dictamina que la República de Colombia mediante la emisión de los Actos Administrativos i) Circular 0045 de 12 de junio de 2014; ii) Resolución No. 2291 de 22 de septiembre de 2014; y, iii); Circular No. 10 de 23 de abril de 2015, no incumple lo dispuesto en los artículos 7, 8 y 10 de la Decisión 439 ni el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

- [79] Se dispone en consecuencia, el archivo del expediente.

Walker San Miguel Rodríguez
Secretario General