



SUMARIO

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

DICTAMEN 003-2017	Reclamos interpuestos por CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., por presunto incumplimiento por parte del Gobierno de Colombia de los artículos 2, 3, 4, 32, 33 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; de los artículos 121, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500; y, de los artículos 21, 32, 39, 42 y 54 de la Decisión 351, debido a la expedición y aplicación por parte de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) de la Circular 045 de 12 de junio de 2014, la Resolución 2291 de 22 septiembre de 2014, la Circular 10 del 23 de abril de 2015 y la Resolución 1022 del 12 de junio de 2017; y, a la promulgación y aplicación de la sentencia de segunda y única instancia de 28 de marzo de 2017 dentro del expediente No. 2014-16592-06 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.....	1
--------------------------	---	---

DICTAMEN N° 003-2017

DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Reclamos interpuestos por CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., por presunto incumplimiento por parte del Gobierno de Colombia de los artículos 2, 3, 4, 32, 33 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; de los artículos 121, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500; y, de los artículos 21, 32, 39, 42 y 54 de la Decisión 351, debido a la expedición y aplicación por parte de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) de la Circular 045 de 12 de junio de 2014, la Resolución 2291 de 22 septiembre de 2014, la Circular 10 del 23 de abril de 2015 y la Resolución 1022 del 12 de junio de 2017; y, a la promulgación y aplicación de la sentencia de segunda y única instancia de 28 de marzo de 2017 dentro del expediente No. 2014-16592-06 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.

Lima, 21 de diciembre de 2017

INDICE

1. **SUMILLA**
2. **RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES)**
 - 2.1. Expediente FP/SJ/006/2017
 - 2.2. Expediente FP/SJ/007/2017
 - 2.3. Expediente FP/SJ/008/2017 (acumulados los expedientes FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/007/2017)
3. **IDENTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUPUESTAMENTE INFRACTORAS**
4. **ARGUMENTOS DE LAS PARTES Y DE DIRECTV, TELMEX Y UNE EPM**
 - 4.1. El alegado incumplimiento del artículo 39
 - 4.2. El alegado incumplimiento de los artículos 42 y 21
 - 4.3. El alegado incumplimiento del artículo 32
 - 4.4. El alegado incumplimiento del artículo 54
 - 4.5. El alegado incumplimiento de los artículos 32, 33 y 35 del TJCAN y 121, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500
 - 4.6. El alegado incumplimiento de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
5. **CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO**
 - 5.1. Sobre la competencia de la Secretaría General para conocer del presente asunto
 - 5.1.1. El servicio de televisión es un servicio público que no forma parte del Ordenamiento Jurídico Andino.
 - 5.1.2. Controversia contractual
 - 5.1.3. La fase prejudicial de la acción de incumplimiento no puede ser usada como instancia de revisión de las decisiones de jueces y entidades administrativas de carácter nacional
 - 5.1.4. La Acción de incumplimiento no tiene como objeto la tasación económica
 - 5.2. Sobre si el reclamo cumple los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623
 - 5.2.1. Identificación o descripción clara de las medidas o conductas que constituyen el presunto incumplimiento al ordenamiento comunitario
 - 5.2.2. Razones por las que se considera que las medidas constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico comunitario
 - 5.2.3. Recurrir simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional
6. **CUESTIÓN DE FONDO**
 - 6.1. Consideraciones generales
 - 6.1.1. Uso de términos (recepción, transmisión, distribución, transporte, retransmisión)
 - 6.1.2. Congreso de la República
 - 6.1.3. Corte Constitucional de Colombia
 - 6.1.4. Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)
 - 6.1.5. Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)
 - 6.1.6. Tribunal Superior del Distrito Judicial de la Sala Civil de Bogotá
 - 6.1.7. Dirección Nacional de Derecho de Autor
 - 6.1.8. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
 - 6.2. Algunos criterios de las autoridades nacionales especializadas en propiedad intelectual, de interés para el caso
 - 6.2.1. La Superintendencia de Industria y Comercio
 - 6.2.2. Dirección Nacional de Derecho de Autor
 - 6.3. Sobre el alegado incumplimiento de los artículos 21, 32, 39, 42 y 54 de la Decisión 351

- 6.3.1. El alegado incumplimiento de los artículos 39 y 42 reclamados por Caracol y RCN, y el artículo 21 reclamado por RCN.
 - 6.3.1.1. Análisis del derecho de retransmisión y de las limitaciones y excepciones a la luz de los artículos 21, 39 y 42 de la Decisión 351
 - 6.3.1.1.1. Derecho exclusivo de retransmisión
 - 6.3.1.1.2. Posibilidad soberana del Estado de establecer límites a los derechos de autor y los derechos conexos
 - 6.3.1.2. El artículo 11 de la Ley 680 de 2001
 - 6.3.1.2.1. La reserva de ley
 - 6.3.1.2.2. El origen del artículo 11 de la Ley 680 de 2001
 - 6.3.1.2.3. Análisis del artículo 11 de la Ley 680 de 2001
 - 6.3.1.3. Sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional
 - 6.3.1.3.1. Consideraciones generales de las partes
 - 6.3.1.3.2. Análisis de la sentencia C-654 del 2003
 - 6.3.1.4. Sobre las medidas reclamadas
- 6.3.2. Alegado incumplimiento del artículo 32 de la Decisión 351, reclamado por RCN
 - 6.3.2.1. Sentido del artículo 32 de la Decisión 351
 - 6.3.2.2. Aplicación del artículo 32 al caso concreto
 - 6.3.2.3. Aspectos del reclamo por incumplimiento referidos a los contratos de concesión
- 6.3.3. Alegado incumplimiento del artículo 54 de la Decisión 351
 - 6.3.3.1. Sentido del Artículo 54
- 6.4. El alegado incumplimiento de los artículos 32, 33 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y 121, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500
- 6.5. El alegado incumplimiento de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
- 7. **CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS**
- 8. **MEDIDAS APROPIADAS PARA CORREGIR EL INCUMPLIMIENTO**
- 9. **PLAZO PARA REMITIR INFORMACIÓN**

1. SUMILLA.-

- [1] La empresa CARACOL TELEVISIÓN S.A. (en adelante 'Caracol') reclama ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, el presunto incumplimiento, por parte del Gobierno de Colombia, del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante 'TCTJCA'), el artículo 127 de la Decisión 500 y los artículos 39, 42 y 54 de la Decisión 351, debido a la promulgación y aplicación de la sentencia de segunda y única instancia de 28 de marzo de 2017 dentro del expediente No. 2014-16592-06. (Expediente FP/SJ/006/2017).
- [2] La empresa Caracol reclama ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, el presunto incumplimiento, por parte del Gobierno de Colombia, de los artículos 2, 3 y 4 del TCTJCA y los artículos 39, 42 y 54 de la Decisión 351, debido a la expedición y aplicación por parte de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) de la Circular 045 de 12 de junio de 2014, la Resolución 2291 de 22 septiembre de 2014 y la Circular 10 del 23 de abril de 2015. (Expediente FP/SJ/007/2017).
- [3] La empresa RCN TELEVISIÓN S.A. (en adelante 'RCN') reclama ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, el presunto incumplimiento, por parte del Gobierno de Colombia, de los artículos 4, 32, 33 y 35 del TCTJCA; de los artículos 121, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500; y, de los artículos 21, 32, 39, 42 y 54 de la Decisión 351,

debido a la emisión de la Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, (en adelante 'TSDJB') dictada en audiencia del 22 de marzo de 2017; y a la adopción de la Resolución 1022 del 12 de junio de 2017 de la ANTV. (Expediente FP/SJ/008/2017).

- [4] 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.

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

2.1 Expediente FP/SJ/006/2017

- [5] Con fecha 6 de julio de 2017, se recibió vía electrónica por parte de la empresa Caracol, el reclamo por incumplimiento señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen.
- [6] A fin de dejar constancia de los documentos remitidos mediante correo electrónico y subidos al enlace señalado por la reclamante, mediante Nota SG/E/SJ/1296/2017 de 11 de julio de 2017, se acusó recibo de la reclamación y sus anexos, sin prejuzgar respecto de la admisión a trámite.
- [7] Mediante Nota SG/E/SJ/1304/2017 de fecha 13 de julio de 2017, 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.
- [8] Mediante Nota SG/E/SJ/1305/2017 de fecha 13 de julio de 2017, se trasladó el 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 presenten los elementos de información que estimen pertinentes.
- [9] Con fecha 31 de julio de 2017, mediante Oficio OALI – 066, la República de Colombia solicitó la prórroga del plazo para presentar su contestación; y, mediante Oficio OALI – 068, recibido electrónicamente el 1 de agosto de 2017, designó a su apoderado.
- [10] Mediante Nota SG/E/SJ/1479/2017, notificada electrónicamente el 9 de agosto de 2017, se concedió la prórroga solicitada por el Gobierno de Colombia y se reconoció al apoderado designado. Dicha prórroga fue notificada a los demás Países Miembros a través de la Nota SG/E/SJ/1480/2017 de 9 de agosto de 2017 y a la reclamante (Caracol) por medio de la Nota SG/E/SJ/1481/2017 de la misma fecha.
- [11] Con fecha 11 de agosto de 2017, se recibió electrónicamente el escrito de la empresa DIRECTV COLOMBIA LTDA (en adelante 'Directv'), por medio del cual solicitó copia del reclamo presentado por la empresa Caracol y que se le informe si la empresa RCN ha acudido a la Secretaría General de la Comunidad Andina en ejercicio de la acción de incumplimiento contra la República de Colombia.
- [12] Con fecha 31 de agosto de 2017, mediante Oficio OALI-084, el Gobierno de Colombia solicitó que se le indique si los documentos que hacen parte de los expedientes FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/007/2017 tienen el carácter de reservados o confidenciales. Lo anterior por cuanto la empresa Directv habría solicitado al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo copia de los reclamos presentados por la empresa Caracol, dentro de los expedientes antes señalados.

- [13] Mediante Nota SG/E/SJ/1737/2017 de 5 de septiembre de 2017, se acusó recibo del escrito de la empresa Directv de 11 de agosto de 2017 y, atendiendo su solicitud, se le remitió copia de los reclamos presentados por las empresas Caracol (Exp. FP/SJ/006/2017) y RCN Televisión S.A. (Exp. FP/SJ/008/2017), respectivamente.
- [14] Mediante Nota SG/E/SJ/1747/2017 de 6 de septiembre de 2017, se acusó recibo del Oficio OALI-84 y se indicó al Gobierno de Colombia que los documentos de los expedientes FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/008/2017 no han sido declarados confidenciales. Asimismo, se indicó que mediante Nota SG/E/SJ/1737/2017 se remitió copia de los expedientes antes señalados a la empresa Directv.
- [15] Mediante Notas SG/E/SJ/1788/2017 y SG/E/SJ/1799/2017, ambas de 13 de septiembre de 2017, se convocó al Gobierno de Colombia y a la empresa Caracol, respectivamente, a la reunión informativa solicitada por la reclamante, conforme lo establecido en el artículo 18 de la Decisión 623. La convocatoria fue puesta en conocimiento de los demás Países Miembros mediante Nota SG/E/SJ/1788/2017 de 13 de septiembre de 2017.
- [16] Con fecha 13 de septiembre de 2017, mediante Oficio OALI – 82, el Gobierno de Colombia presentó su contestación al reclamo interpuesto por la empresa Caracol.
- [17] Con fecha 13 de septiembre de 2017, se recibió electrónicamente el escrito de la empresa Caracol, mediante el cual acusa recibo de la Nota SG/E/SJ/1799/2017 y solicita que se le corra traslado con la contestación al reclamo.
- [18] Mediante Nota SG/E/SJ/1830/2017 de 14 de septiembre de 2017, se acusó recibo del Oficio OALI – 82 y se informó al Gobierno de Colombia que su contestación fue remitida fuera del plazo. La Nota antes referida fue puesta en conocimiento de la reclamante mediante Nota SG/E/SJ/1832/2017 de 14 de septiembre de 2017.
- [19] Mediante Nota SG/E/SJ/1870/2017 de 18 de septiembre de 2017, se acusó recibo del escrito de la empresa Caracol, de 13 de septiembre de 2017; y, se remitió copia del Oficio OALI – 82.
- [20] Con fecha 20 de septiembre de 2017, mediante Oficio OALI – 102, el Gobierno de Colombia indica el nombre de los funcionarios que asistirán a la reunión informativa a través de videoconferencia.
- [21] Con fecha 21 de septiembre de 2017, se llevó a cabo la reunión informativa, con la participación de ambas partes. En la reunión, la reclamante entregó una impresión de su presentación, mientras que el Gobierno de Colombia entregó lo propio mediante Oficio OALI-103, recibido en la misma fecha.
- [22] Mediante Notas SG/E/SJ/1919/2017 y SG/E/SJ/1920/2017, ambas de 22 de septiembre de 2017, se remitió al Gobierno de Colombia y a la reclamante copia del acta de la reunión informativa con sus anexos.

2.2 Expediente FP/SJ/007/2017

- [23] Mediante Nota SG/E/SJ/1414/2017 de 31 de julio de 2017, notificada electrónicamente el 1 de agosto del mismo año, se acusó recibo del escrito de la empresa Caracol de 21 de julio de 2017; y, en atención a la solicitud de la mencionada empresa, se desglosó la información remitida a través del enlace <https://we.tl/xIMJmfgRv4>, a fin de tramitarla como un nuevo reclamo. Así, el reclamo por incumplimiento señalado en el párrafo [2] del presente dictamen se lo tuvo por recibido con fecha 21 de julio de 2017.

-
- [24] Mediante Nota SG/E/SJ/1430/2017 de 1 de agosto de 2017, notificada en la misma fecha, se requirió a la reclamante que subsane los requisitos de admisibilidad referentes a la identificación de las medidas que constituyen el presunto incumplimiento y la declaración de no haber acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional, solicitando en consecuencia que se aclare y complete.
- [25] Con fecha 4 de agosto de 2017, la reclamante respondió el requerimiento, aclarando que las sentencias C-624 de 2003, C-1151 de 2003 y T-599 de 2016 de la Corte Constitucional de la República de Colombia no son objeto de las medidas de incumplimiento que se reclaman; y, que no se ha acudido por la misma causa ante un tribunal nacional.
- [26] Mediante Nota SG/E/SJ/1495/2017 de 11 de agosto de 2017, notificada electrónicamente en la misma fecha, 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.
- [27] Mediante Notas SG/E/SJ/1496/2017 y SG/E/SJ/1497/2017, ambas de 11 de agosto de 2017, notificadas electrónicamente en la misma fecha, se corrió traslado del reclamo al Gobierno de Colombia, otorgándole un plazo de 30 días para su contestación; y, se comunicó a los demás Países Miembros dicha reclamación a fin de que presenten los elementos de información que estimen pertinentes, respectivamente.
- [28] Con fecha 25 de agosto de 2017, la empresa Directv solicita copia del reclamo presentado por la empresa Caracol contra la República de Colombia – Autoridad Nacional de Televisión – ANTV por haber adoptado la Resolución 2291 de 2014, la Circular 045 de 2014 y la Circular 10 de 2015; y que se le informe si la empresa RCN ha acudido a la Secretaría General en ejercicio de la acción de incumplimiento contra la República de Colombia.
- [29] Con fecha 29 de agosto de 2017, por medio del Oficio OALI – 077 la República de Colombia designó a su apoderado; y, mediante Oficio OALI – 070 de la misma fecha, solicitó la prórroga del plazo para presentar su contestación.
- [30] Mediante Nota SG/E/SJ/1731/2017 de 5 de septiembre de 2017, se acusó recibo del escrito de la empresa Directv y se le informó que la empresa RCN ha acudido a este órgano supranacional en ejercicio de la acción de incumplimiento contra la República de Colombia, el cual se tramita en el expediente FP/SJ/008/2017. Asimismo, atendiendo la solicitud de la empresa antes mencionada, se le remitió copia de los reclamos presentados dentro de los expedientes FP/SJ/007/2017 y FP/SJ/008/2017.
- [31] Mediante Nota SG/E/SJ/1732/2017 de 5 de septiembre de 2017, notificada electrónicamente el 6 de septiembre de 2017, se acusó recibo de los Oficios OALI – 077 y OALI – 070; y, se le concedió al Gobierno de Colombia la prórroga solicitada. Dicha prórroga fue notificada a los demás Países Miembros a través de las Notas SG/E/SJ/1734/2017, SG/E/SJ/1735/2017 y SG/E/SJ/1736/2017; y, al reclamante por medio de la Nota SG/E/SJ/1733/2017 de la misma fecha.
- [32] Con fecha 14 de septiembre de 2017, mediante correo electrónico, la empresa Directv solicita que se le conceda *“un plazo especial para contestar los tres (3) reclamos”*, ya que tendría *“interés legítimo”* en las acciones de incumplimiento que se tramitan en los expedientes FP/SJ/006/2017, FP/SJ/007/2017, FP/SJ/008/2017.

- [33] Mediante Nota SG/E/SJ/1937/2017 de 22 de septiembre de 2017, se acusó recibo del correo electrónico señalado en el párrafo anterior; y, se indicó que el artículo 25 de la Decisión 623 faculta a las personas naturales y jurídicas la entrega de información sobre el asunto materia de la investigación en la fase prejudicial, dentro del plazo que tienen los Países Miembros para contestar el reclamo. En ese sentido, se le hizo conocer que, conforme lo establecido en el artículo 17 de la Decisión 623, el plazo para presentar información relacionada al expediente FP/SJ/006/2017 feneció el 11 de septiembre de 2017; por otro lado, con relación a los expedientes FP/SJ/007/2017 y FP/SJ/008/2017, el plazo culminaría el 10 y 11 de octubre del 2017, respectivamente.
- [34] Mediante Notas SG/E/SJ/1948/2017 y SG/E/SJ/1949/2017, ambas de 25 de septiembre de 2017, se convocó al Gobierno de Colombia y a la empresa Caracol, respectivamente, a la reunión informativa solicitada por la reclamante, conforme lo establecido en el artículo 18 de la Decisión 623. La convocatoria fue puesta en conocimiento de los demás Países Miembros mediante Nota SG/E/SJ/1950/2017 de 25 de septiembre de 2017.
- [35] Con fecha 26 de septiembre de 2017, por medio del Oficio OALI – 107 el Gobierno de Colombia solicita el cambio de la fecha de la reunión informativa para el 18 de octubre de 2017. En la misma fecha, la reclamante solicita también el cambio de la fecha de la reunión informativa.
- [36] Mediante Notas SG/E/SJ/2007/2017 y SG/E/SJ/2008/2017, ambas de 28 de septiembre de 2017, notificadas en la misma fecha, se comunica a las partes que atendiendo su solicitud, la Secretaría General establece que el 18 de octubre de 2017 se lleve a cabo la reunión informativa. Asimismo, mediante Nota SG/E/SJ/2009/2017 de la misma fecha, se informó respecto al cambio de fecha a los demás Países Miembros.
- [37] Con fecha 4 de octubre de 2017, la reclamante se refiere a la Nota SG/E/SJ/2054/2017, emitida dentro del expediente FP/SJ/008/2017, por medio de la cual, atendiendo la solicitud realizada por el Gobierno de Colombia mediante Oficio OALI-92, se acumuló los expedientes FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/008/2017 y se dejó pendiente el análisis de la acumulación del expediente FP/SJ/007/2017; y, solicita que ante una eventual acumulación del expediente FP/SJ/007/2017, se modifique la fecha de la audiencia informativa, a fin de que participen en conjunto las partes de los expedientes FP/SJ/007/2017 y FP/SJ/008/2017.
- [38] Con fecha 10 de octubre de 2017, mediante Oficio OALI – 105, el Gobierno de Colombia presentó su contestación al reclamo presentado por la empresa Caracol dentro del expediente FP/SJ/007/2017.
- [39] Con fecha 10 de octubre de 2017, se recibió electrónicamente el escrito de la empresa Directv, sin anexos, mediante el cual solicita que se le reconozca como tercero interesado dentro del expediente FP/SJ/007/2017; y, remite información sobre el asunto materia de la investigación del referido expediente.
- [40] Mediante Nota SG/E/SJ/2169/2017 de 12 de octubre de 2017, se acusó recibo del Oficio OALI – 105, que contiene la contestación al reclamo; lo anterior fue puesto en conocimiento de los demás Países Miembros mediante Nota SG/E/SJ/2170/2017.
- [41] Mediante Nota SG/E/SJ/2171/2017 de 12 de octubre de 2017, se acusó recibo del escrito de la reclamante de fecha 4 de octubre de 2017 y se le indicó que la acumulación de los expedientes FP/SJ/007/2017 y FP/SJ/008/2017 se encontraba aún en evaluación, por lo que no correspondía correrle traslado con la contestación al reclamo de este último, por no ser parte. Por lo anterior, se le indicó que tampoco era pertinente cambiar la fecha de la reunión informativa, precisándole que esta tiene como única finalidad recabar

información complementaria. Asimismo, se le remitió copia del Oficio OALI – 105, mediante el cual el Gobierno de Colombia contestó su reclamo.

- [42] Con fecha 13 de octubre de 2017, mediante Oficio OALI – 116, el Gobierno de Colombia indica el nombre de las personas que asistirán a la reunión informativa, en su representación, de manera presencial y a través de videoconferencia. Lo propio fue realizado por la empresa Caracol, mediante escrito recibido el 16 de octubre de 2017.
- [43] Con fecha 18 de octubre de 2017, se llevó a cabo la reunión informativa con la participación de las partes en la controversia.
- [44] Mediante Nota SG/E/SJ/2266/2017 de 19 de octubre de 2017, se acusó recibo del escrito enviado electrónicamente por la empresa Directv de 10 de octubre de 2017. Además, se indicó a la referida empresa que no han llegado los archivos anexos, que anunció se enviarían de manera física, por lo que no fueron considerados ya que el plazo para remitirlos feneció; y, en ese sentido, se remitió al Gobierno de Colombia lo que llegó hasta ese momento.
- [45] Mediante Nota SG/E/SJ/2267/2017 de 19 de octubre de 2017, se remitió al Gobierno de Colombia el escrito de la empresa Directv, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Decisión 623; sobre este particular se comunicó a la empresa Caracol, mediante Nota SG/E/SJ/2268/2017 de la misma fecha.
- [46] Con fecha 20 de octubre de 2017, mediante correo electrónico, el apoderado de la empresa Directv informa a la Secretaría General que los archivos anexos al escrito de 10 de octubre de 2017 fueron devueltos a Colombia; por lo que remite de manera electrónica dicha información, a fin de que se tenga también como interesados a las empresas TELMEX COLOMBIA S.A. (en adelante 'Telmex') y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. (en adelante 'UNE EPM').
- [47] Mediante Nota SG/E/SJ/2272/2017 de 20 de octubre de 2017, notificada electrónicamente en la misma fecha, la Secretaría General acusa recibo del correo de la empresa Directv y le indica que se esté a lo resuelto en la Nota SG/E/SJ/2266/2017, en el sentido de tener por no presentada la información debido a que el plazo para enviarla concluyó.

2.3 Expediente FP/SJ/008/2017 (acumulados los expedientes FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/007/2017)

- [48] Con fecha 17 de agosto de 2017, se recibió por parte de la empresa RCN, el reclamo por incumplimiento señalado en el párrafo [3] del presente Dictamen.
- [49] Mediante Nota SG/E/D3/1626/2017 de 24 de agosto de 2017, notificada en la misma fecha, se requirió a la reclamante que subsanara los requisitos de admisibilidad referentes a la identificación de las medidas que constituyen el presunto incumplimiento y la declaración de no haber acudido simultáneamente y por la misma causa ante un Tribunal Nacional, solicitando en consecuencia que se aclare y complete.
- [50] Con fecha 4 de septiembre de 2017, la reclamante respondió el requerimiento, aclarando, entre otras cosas, que las sentencias C-654 de 2003, C-136 de 2017 y T-599 de 2016 de la Corte Constitucional de la República de Colombia no son objeto de las medidas de incumplimiento que se reclaman; y, que no se ha acudido por la misma causa ante un tribunal nacional.

- [51] Mediante Nota SG/E/D3/1769/2017 de 11 de septiembre de 2017, 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.
- [52] Mediante Nota SG/E/D3/1771/2017 de 11 de septiembre de 2017, se dispuso el traslado del reclamo al Gobierno de Colombia, otorgándole un plazo de 30 días para su contestación. Asimismo, mediante Nota SG/E/D3/1770/2017 de la misma fecha, la Secretaría General comunicó a los demás Países Miembros dicha reclamación a fin de que presenten los elementos de información que estimaren pertinentes.
- [53] Con fecha 15 de septiembre de 2017, mediante oficio OALI – 092, el Gobierno de Colombia solicita la acumulación de los expedientes FP/SJ/006/2017, FP/SJ/007/2017 y FP/SJ/008/2017, en atención a los principios de economía procesal y de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa, descritos en el artículo 5 de la Decisión 425 y a fin de garantizar la uniformidad de los pronunciamientos de la Secretaría General.
- [54] Con fecha 20 de septiembre de 2017, mediante Oficio OALI – 100, el Gobierno de Colombia solicitó la prórroga del plazo para presentar su contestación al reclamo de la empresa RCN.
- [55] En consideración de los principios de economía procesal y de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y de racionalización de la actividad administrativa, y a fin de garantizar la uniformidad del pronunciamiento; mediante Nota SG/E/SJ/2054/2017 de 2 de octubre de 2017, la Secretaría General dispuso que el expediente FP/SJ/006/2017 se acumule al expediente FP/SJ/008/2017, continuando con las etapas y plazos de este último. Con la misma Nota se informó sobre este particular al Gobierno de Colombia y a las empresas Caracol y RCN. Asimismo, se puso en conocimiento esta determinación a los demás Países Miembros por medio de la Nota SG/E/SJ/2055/2017 de la misma fecha.
- [56] Con fecha 4 de octubre de 2017, la empresa Caracol presentó recurso de reconsideración contra la Nota SG/E/SJ/2054/2017, al amparo del artículo 37 de la Decisión 425.
- [57] Con fecha 6 de octubre de 2017, por medio del Oficio OALI – 093 la República de Colombia designó a su apoderado.
- [58] Mediante Nota SG/E/D3/2112/2017 de 10 de octubre de 2017, notificada electrónicamente el mismo día, se acusó recibo de los Oficios OALI – 093 y OALI – 100; y, se le concedió al Gobierno de Colombia la prórroga solicitada, únicamente para los efectos del expediente FP/SJ/008/2017. Dicha prórroga fue notificada a los demás Países Miembros a través de la Nota SG/E/SJ/2113/2017 de 10 de octubre de 2017; y, a la empresa RCN, reclamante del expediente FP/SJ/008/2017, por medio de la Nota SG/E/SJ/2114/2017 de la misma fecha. En cuanto a la empresa Caracol, reclamante del expediente FP/SJ/006/2017, mediante Nota SG/E/D3/2118/2017 se le puso en conocimiento de la Nota SG/E/D3/2112/2017.
- [59] Con fecha 11 de octubre de 2017, la empresa RCN solicita a la Secretaría General copia de la siguiente información del expediente FP/SJ/006/2017: i) Reclamo presentado dentro del expediente de la referencia, ii) Nota de admisión del reclamo, iii) Contestación del reclamo y iv) Información complementaria y pronunciamientos realizados con ocasión de las reuniones informativas convocadas.

- [60] Mediante Nota SG/E/SJ/2191/2017 de 12 de octubre de 2017, se acusó recibo del escrito de la empresa Caracol, de 4 de octubre de 2017 y se le indicó a la mencionada empresa que no ha lugar a su solicitud de revocatoria, por los fundamentos señalados en dicha Nota. Asimismo, se aclaró en la referida Nota que la acumulación del expediente FP/SJ/006/2017 al expediente FP/SJ/008/2017 no implica de manera alguna que las etapas procesales del primero vuelvan a surtirse, ya que su único fin es la emisión de un solo dictamen, siendo que para ello se deberá concluir con las etapas procesales del último. Se dejó sentado además que, como consecuencia de lo anterior, no corresponde correr traslado del expediente FP/SJ/008/2017 y el Oficio OALI-92 a la empresa Caracol; no obstante lo cual, se le puso a su disposición el expediente y se le remitió una copia del reclamo y del Oficio OALI-92.
- [61] Mediante Nota SG/E/SJ/2192/2017 de 12 de octubre de 2017, se remitió para conocimiento del Gobierno de Colombia y de la empresa RCN, copia de la Nota SG/E/SJ/2191/2017.
- [62] Con fecha 12 de octubre de 2017, se recibió de manera electrónica un escrito a nombre de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM, sin anexos, en el que se solicita se les reconozca como terceros interesados y se brinda información sobre la materia de investigación del expediente FP/SJ/008/2017.
- [63] En consideración de los principios de economía procesal y de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y de racionalización de la actividad administrativa, y a fin de garantizar la uniformidad del pronunciamiento; mediante Nota SG/E/SJ/2249/2017 de 20 de octubre de 2017, dirigida al Gobierno de Colombia, en seguimiento a la Nota SG/E/SJ/2054/2014, la Secretaría General dispuso que el expediente FP/SJ/007/2017 se acumule al expediente FP/SJ/008/2017, continuando con las etapas y plazos de este último. Asimismo, se dejó sentado que la acumulación es única y exclusivamente para efectos de la emisión de un solo dictamen, y no para surtir nuevamente las etapas del expediente FP/SJ/007/2017, que ya concluyeron.
- [64] Mediante Nota SG/E/SJ/2250/2017 de 20 de octubre de 2017, se puso en conocimiento de las empresas Caracol y RCN y de los demás Países Miembros, la Nota SG/E/SJ/2049/2017.
- [65] Con fecha 23 de octubre de 2016, la empresa RCN solicita a la Secretaría General copia de la siguiente información de los expedientes FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/007/2017: i) Reclamos presentados dentro de los expedientes de la referencia, ii) Notas de admisión de los reclamos, iii) Contestaciones de los reclamos y iv) Información complementaria y pronunciamientos realizados con ocasión de las reuniones informativas convocadas.
- [66] Mediante Nota SG/E/SJ/2296/2017 de 23 de octubre de 2017, se acusó recibo del escrito de la empresa Directv de 12 de octubre de 2017 y se indicó que se tendrá en cuenta la información únicamente de la empresa antes mencionada. Asimismo, se dejó constancia que hasta esa fecha no llegaba la documentación física, que se indicó en el escrito que sería enviada. Sobre lo anterior se hizo conocer a las empresas Caracol y RCN mediante Nota SG/E/SJ/2306/2017 de 23 de octubre de 2017.
- [67] Mediante Nota SG/E/SJ/2302/2017 de 23 de octubre de 2017, se remitió al Gobierno de Colombia copia del escrito de la empresa Directv de 12 de octubre de 2017, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Decisión 623.

-
- [68] Mediante Nota SG/E/SJ/2298/2017 de 23 de octubre de 2017, se remitió a la empresa RCN, copia de la información solicitada en sus escritos de 11 y 23 de octubre de 2017, que se refieren a los expedientes FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/007/2017.
- [69] Con fecha 25 de octubre de 2017, la empresa RCN confirma la recepción de la Nota SG/E/SJ/2306/2017 y solicita copia de la información remitida por la empresa Directv, el 12 de octubre de 2017.
- [70] Con fecha 25 de octubre de 2017, se recibió el escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM, en el que se solicita que se tenga en cuenta los certificados de existencia y representación legal, así como el poder otorgado a su abogado, a fin de que se les considere como terceros interesados.
- [71] Mediante Notas SG/E/SJ/2342/2017 y SG/E/SJ/2343/2017, ambas de 25 de octubre de 2017, se convocó al Gobierno de Colombia y a la empresa RCN, respectivamente, a la reunión informativa solicitada por la reclamante del expediente FP/SJ/008/2017, conforme lo establecido en el artículo 18 de la Decisión 623. La convocatoria fue puesta en conocimiento de la empresa Caracol y de los demás Países Miembros mediante Nota SG/E/SJ/2344/2017 de 25 de octubre de 2017.
- [72] Mediante Nota SG/E/SJ/2346/2017 de 25 de octubre de 2017, en atención a su solicitud, se remitió a la empresa RCN copia de la información enviada por la empresa Directv, en su escrito de 12 de octubre de 2017.
- [73] Mediante Nota SG/E/SJ/2375/2017 de 27 de octubre de 2017, la Secretaría General, en referencia al escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM de 25 de octubre de 2017, dispuso que se tenga presente la información remitida dentro del expediente FP/SJ/008/2017, ya que el plazo para entrega de información sobre el asunto materia de la investigación no había concluido. Asimismo, aclara a las empresas que la información se la recibe al amparo de lo establecido en el artículo 25 de la Decisión 623, sin que se otorgue ninguna calidad a los remitentes, por no estar previsto en la Decisión antes señalada.
- [74] Mediante Nota SG/E/SJ/2376/2017 de 27 de octubre de 2017, se remitió al Gobierno de Colombia copia del escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM de 25 de octubre de 2017, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Decisión 623.
- [75] Con fecha 27 de octubre de 2017, la empresa RCN confirma la recepción de la convocatoria a reunión informativa e informa a la Secretaría General la nómina de representantes que asistirán a la sede de este órgano comunitario.
- [76] Con fecha 27 de octubre de 2017, la empresa Caracol acusa recibo de la Nota SG/E/SJ/2344/2017 de 25 de octubre de 2017 y solicita participar en la reunión informativa, por ser parte de los expedientes FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/007/2017.
- [77] Con fecha 30 de octubre de 2017, por medio de los Oficios OALI-122 y OALI-123, el apoderado del Gobierno de Colombia sustituye su poder a otro funcionario del Ministerio de Comercio Industria y Turismo (en adelante 'Mincit') y solicita que la reunión informativa sea reprogramada para el 21 de noviembre de 2017.
- [78] Mediante Nota SG/E/SJ/2411/2017 de 31 de octubre de 2017, la Secretaría General responde al escrito de la empresa Caracol de 27 de octubre de 2017, indicándole que la reunión informativa convocada tiene por único objetivo recabar información complementaria respecto del reclamo presentado en el expediente FP/SJ/008/2017 y que sus pedidos de reunión ya fueron atendidos en su momento dentro de los expedientes

FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/007/2017. Asimismo, se aclaró a la empresa que no se ha otorgado ninguna calidad a las empresas Directv, Telmex y UNE EPM, quienes tampoco han sido convocadas; y, que ya no se recibirá información referente a los expedientes FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/007/2017, por haber concluido el plazo para esto. Por lo antes señalado, se desestimó la solicitud de Caracol.

- [79] Mediante Nota SG/E/SJ/2412/2017 de 31 de octubre de 2017, se remitió copia de la Nota SG/E/SJ/2411/2017 al Gobierno de Colombia y a la empresa RCN, para su conocimiento.
- [80] Mediante Nota SG/E/SJ/2413/2017 de 31 de octubre de 2017, la Secretaría General de la Comunidad Andina, en relación con los Oficios OALI-122 y OALI-123, reprogramó la fecha de la reunión informativa para el día 21 de noviembre de 2017. Asimismo, reconoció al apoderado de la República de Colombia designado dentro del procedimiento. Sobre este particular, se puso en conocimiento de la empresa RCN mediante Nota SG/E/SJ/2414/2017 de 31 de octubre de 2017; y, a los demás Países Miembros y a la empresa Caracol, mediante Nota SG/E/SJ/2415/2017 de la misma fecha.
- [81] Con fecha 10 de noviembre de 2017, mediante Oficio OALI – 121, el Gobierno de Colombia presentó su contestación al reclamo presentado por la empresa RCN dentro del expediente FP/SJ/008/2017.
- [82] Con fecha 10 de noviembre de 2017, se recibió electrónicamente el escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM, con anexos, mediante el cual solicitan que se les reconozca como terceros interesados dentro de los expedientes acumulados, FP/SJ/006/2017, FP/SJ/007/2017 y FP/SJ/008/2017; y, remite información sobre los expedientes acumulados FP/SJ/006/2017, FP/SJ/007/2017 y FP/SJ/008/2017. Los documentos fueron recibidos también de manera física con fecha 17 de noviembre de 2017.
- [83] Mediante Nota SG/E/SJ/2512/2017 de 13 de noviembre de 2017, se acusó recibo del Oficio OALI – 121, que contiene la contestación al reclamo. Esta fue puesta en conocimiento de la empresa RCN mediante Nota SG/E/SJ/2514/2017 de 13 de noviembre de 2017; y, de los demás Países Miembros mediante Nota SG/E/SJ/2513/2017 de la misma fecha.
- [84] Con fecha 14 de noviembre de 2017, el apoderado de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM remite por correo electrónico copia de la guía aérea por la que se envió la documentación física, que fue recibida en la Secretaría General de manera electrónica el 10 de noviembre del mismo año.
- [85] Mediante Nota SG/E/SJ/2545/2017 de 17 de noviembre de 2017, se acusó recibo del escrito enviado electrónicamente y de manera física por las empresas Directv, Telmex y UNE EPM de 10 de octubre de 2017; y, del correo electrónico de 14 de noviembre de 2017. Al respecto, se indicó a las referidas empresas que la información se la recibe al amparo del artículo 25 de la Decisión 623, por lo que no se les otorga ninguna calidad en el procedimiento; y, que únicamente se considerará la información que se refiera a la materia de investigación del expediente FP/SJ/008/2017, ya que el plazo para entregar información respecto a los expedientes FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/007/2017 concluyó.
- [86] Mediante Nota SG/E/SJ/2544/2017 de 17 de noviembre de 2017, se remitió al Gobierno de Colombia el escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM.
- [87] Con fecha 17 de noviembre de 2017, por medio del Oficio OLAI-130 el Gobierno de Colombia acreditó a los funcionarios que asistirán a la reunión informativa, de manera presencial y mediante videoconferencia.

- [88] Con fecha 21 de noviembre de 2017, se llevó a cabo la reunión informativa con la participación del Gobierno de Colombia y de la empresa RCN.

3. IDENTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUPUESTAMENTE INFRACTORAS

- [89] Se señala que el Gobierno de Colombia a través de la 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;
- iii) Circular N° 10 de 23 de abril de 2015; y,
- iv) Resolución 1022 del 12 de junio de 2017

- [90] Se señala además que la República de Colombia a través del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dictó sentencia de segunda y única instancia dentro del expediente No. 2014-16592-06, la cual fue anunciada en la audiencia del 22 de marzo de 2017 y proferida de manera escrita el 28 de marzo de 2017.

- [91] De conformidad con lo alegado, mediante dichos actos el Gobierno de Colombia habría obligado a las empresas de televisión de señal abierta (reclamantes) a permitir la retransmisión de su señal a las empresas de televisión de señal cerrada (sistemas por suscripción), sin posibilidad de negarse por motivos económicos.

4. ARGUMENTOS DE LAS PARTES Y DE DIRECTV, TELMEX Y UNE EPM

4.1. El alegado incumplimiento del artículo 39

- [92] Caracol señaló que la Circular 00045 de 2014, la Resolución No. 2291 de 2014 y la Circular 10 de 2015 promulgadas por la ANTV, además de la sentencia del TSDJB,¹ objetos del presente reclamo, vulneran los derechos conexos de los organismos de radiodifusión (en adelante 'OR') de televisión de señal abierta, al impedir que estos puedan negociar, cobrar y/o exigir una compensación económica por la retransmisión de su señal por los sistemas de televisión por suscripción. Con ello se desconoce el derecho exclusivo que le permite a los OR disponer del bien jurídico tutelado (emisión de señales de televisión), controlar la explotación de esas señales, y obtener una retribución o beneficio económico con esa actividad legítima.

- [93] En sentido similar se pronunció RCN cuando mencionó que, en la sentencia del TSDJB este tribunal acuñó su propia interpretación del artículo 11 de la Ley 680 dándole un alcance incompatible con lo dicho por el TJCA y con el criterio jurídico de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante 'SIC'), pues no se reconoce a los OR de televisión abierta la potestad de impedir que un operador de televisión cerrada retransmita su señal. Ello desconocería el derecho que otorga a los OR el ordenamiento jurídico comunitario, de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento. Este derecho exclusivo no podía ser abolido con base en la interpretación de una sentencia judicial acerca de una supuesta excepción establecida en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001.²

- [94] Sobre este punto el Gobierno de Colombia señaló que la Sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional era clara al manifestar que los operadores de televisión por suscripción deben transmitir a sus usuarios la programación que ofrecen los canales

¹ Véanse los escritos de reclamo de Caracol, del 6 de julio de 2017, p.16 y 19; y del 21 de julio de 2017, p. 9.

² Véase escrito de reclamo de RCN, del 17 de agosto de 2017, p. 19 y 20.

colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por dicho concepto, ello pues la referida Corte consideró que la titularidad de la actividad de la televisión es de naturaleza pública y que debe primar el interés público a efectos de garantizar el pluralismo informativo.³

[95] Al respecto Directv, Telmex y UNE EPM manifestaron que *“la ANTV adoptó la Circular 045 y la Resolución 2291 de 2014 con el propósito de garantizar los derechos fundamentales a la información y al pluralismo informativo de los suscriptores de los servicios de televisión por suscripción, por cuanto la reclamación o cambio de conducta por parte de Caracol y de RCN de obtener una remuneración por la retransmisión de su señal abierta por parte de los operadores de televisión por suscripción, afectaba dichos derechos fundamentales de los usuarios”*.⁴

[96] Caracol además sostuvo que la sentencia de competencia desleal emitida por el TSDJB, prohíbe a los OR de señal de televisión abierta ejercer su derecho de retransmisión al dejarlos en una situación de inferior protección que la dada en la norma comunitaria andina. Esa sentencia señaló que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 imponía a los OR la obligación de ofrecer su señal (en inglés llamada *‘must offer’*), que es la obligación que tienen los concesionarios de televisión abierta de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de televisión por suscripción sin costo o pago alguno. Sostiene el reclamante que ello conculca el derecho de autorizar o prohibir, negociar, cobrar y percibir contraprestación económica; elementos esenciales del derecho conexo patrimonial.⁵

[97] Agrega Caracol que lo propio ocurre con la Circular 0045 de la ANTV, al ordenar como medida cautelar *“la disposición de sus señales en sus diferentes configuraciones (analógica y digital HD) para su transmisión a través de la televisión por suscripción”*; también con la Resolución No. 2291 de la ANTV por medio de la cual se ordenó a los OR *“no negar su consentimiento previo y expreso, por razón al pago de derechos económicos, para la transmisión por los sistemas de televisión por suscripción de su señal principal (...)”*; y, asimismo, con la Circular 10 de la ANTV al señalar que los OR *“no podrán negar su consentimiento previo y expreso por motivos económicos para entregar los contenidos de la señal principal (...)”*.⁶

[98] En relación con la obligación del *must offer* RCN -en posición concordante con Caracol-, ha señalado que el texto del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 es claro en los siguientes puntos: (i) no impone la retransmisión de la señal, sino una carga a los operadores de televisión de suscripción de garantizar a sus suscriptores la recepción de la señal abierta; (ii) no impone a los operadores de televisión abierta la carga de entregar su señal para ser retransmitida, ni deroga su derecho exclusivo a autorizar o prohibir la retransmisión de su señal; (iii) no impone la carga a los operadores de televisión abierta de entregar en forma gratuita su señal a los operadores de televisión por suscripción.⁷

[99] Sobre el deber de *must carry* y *must offer* Colombia ha señalado que la Corte Constitucional afirmó que, si bien la obligación del *must carry* implica evidentemente una limitación al ejercicio de la libertad económica, dicha obligación busca también un fin legítimo que se justifica en la prevalencia del interés general, del pluralismo informativo y de los derechos de los ciudadanos suscriptores. Así, frente a la discusión planteada, la Corte realizó un test de proporcionalidad en el cual concluyó que las limitaciones a la

³ Véase escrito de contestación de la República de Colombia, del 10 de noviembre de 2017, p. 18 y 19.

⁴ Véase escrito presentado por Directv, Telmex y UNE EPM, el 12 de octubre de 2017, p.41.

⁵ Véase escrito de reclamo de Caracol, del 6 de julio de 2017, p. 17.

⁶ Véase escrito de reclamo de Caracol, del 21 de julio de 2017, p.9.

⁷ Véase escrito de reclamo de RCN, del 17 de agosto de 2017, p. 22.

libertad económica de los suscriptores no son mayores que el beneficio que se pretende obtener y, por ende, resolvió a favor del interés general.⁸

[100] A propósito del deber de *must carry*, Directv, Telmex y UNE EMP han mencionado que *“(...) consiste en que la retransmisión de señal abierta de televisión se debe hacer por los operadores de servicios de televisión por suscripción sin cobrar cargo alguno a los usuarios o abonados, es decir, deben incorporarlos a las llamadas ‘parrillas’ de canales sin recibir pago alguno. Ello con el propósito superior del interés general, que en este caso consiste en la garantía para el usuario de acceder a la señal de dichos canales que podría recibir gratuitamente por otros medios...En dicho esquema, los operadores de servicios de televisión por suscripción no reciben compensación económica de sus usuarios...”*.⁹

[101] Agregó RCN que la sentencia del TSDJB no tuvo en cuenta que la propia Corte Constitucional delimitó textualmente la decisión del caso objeto de la Sentencia T-599 de 2016, específicamente, a los derechos culturales vinculados a la señal pública de un canal regional, del caso específico propio de esta acción, cuyos extremos son operadores privados. Señala que incluso la propia corte relativizó los alcances de su Sentencia T-599 de 2016, reconocimiento que otro podría ser el tratamiento, frente al caso de los canales privados de televisión cuando mencionó: *“(...) los canales de televisión abierta comercial del orden nacional tienen una orientación y objeto distinto al de los canales regionales, por lo que el alcance de las reglas del must carry-must offer puede ser diferente...”*.¹⁰

[102] RCN señaló además que la Resolución No.1022 de la ANTV también desconoció el derecho exclusivo de los titulares de derechos conexos pues excedió manifiestamente el mandato de la Corte Constitucional relacionado a reglamentar el artículo 11 de la Ley 680 únicamente en lo referido a los canales regionales de televisión abierta, y pasó a regular de manera integral la distribución, sin costo o pago alguno, de la totalidad de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional y regional, desmantelándolos de la posibilidad de la normal explotación de las correspondientes emisiones.¹¹

[103] Sobre este punto el Gobierno de Colombia ha señalado que, aunque en la parte resolutive de la Sentencia T-599 de 2016 la Corte Constitucional ordenó a la ANTV reglamentar el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, en lo relacionado con la obligación de transporte de la señal de los canales regionales de televisión abierta, resultaba evidente que las consideraciones previas de la Corte Constitucional se circunscriben a todo tipo de televisión abierta.¹²

4.2. El alegado incumplimiento de los artículos 42 y 21

[104] Caracol sostuvo que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no constituye una limitación o excepción a los derechos conexos previstos en la Decisión 351, por las siguientes razones:¹³

- (i) El texto de la norma no se ajusta a ninguno de los casos especiales señalados en el primer párrafo del artículo 15 de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (en adelante la ‘Convención de Roma’), y en los

⁸ Véase escrito de contestación de la República de Colombia, del 10 de noviembre de 2017, p. 39.

⁹ Véase escrito presentado por Directv, Telmex y UNE EPM, el 12 de octubre de 2017, p.3.

¹⁰ Véase escrito de reclamo de RCN, del 17 de agosto de 2017, p. 24 y 56.

¹¹ *Ibíd.*, pg. 58.

¹² Véase escrito de contestación de la República de Colombia, del 10 de noviembre de 2017, p. 26.

¹³ Véase escrito de reclamo de Caracol, del 6 de julio de 2017, p.30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36.

artículos 21 y 22 de la Decisión 351. Las limitaciones y excepciones respecto de los derechos de los OR están taxativamente prescritas por el legislador, las mismas que comparten varios elementos en común, marcando un patrón general para determinar qué se puede considerar como una limitación o excepción a los derechos conexos, especialmente a los reconocidos a los OR. Hizo referencia al artículo 42 de la Decisión 351 y al artículo 15 de la Convención de Roma, enfatizando que una limitación y excepción al derecho de los OR debe surgir en la legislación nacional previo cumplimiento de la regla de los tres criterios, es decir, que se trate de una situación excepcional, que no afecte la normal explotación de la obra y que no cause perjuicio injustificado al titular de los derechos. Indicó que este no es el caso del artículo 11 de la Ley 680 del 2001¹⁴ y que la libertad legislativa de crear excepciones y limitaciones es restringida.¹⁵

- (ii) El texto del artículo 11 referido no otorga de manera clara y expresa permiso de retransmisión de la señal abierta a los operadores de televisión por suscripción.
- (iii) El texto de ese artículo no limita los derechos patrimoniales de los OR justificando tal límite en aras del derecho a la información.
- (iv) El texto de ese artículo no le impone directa o tácitamente a los OR la obligación de entregar su señal sin autorización ni costo; ni impide que ellos puedan solicitar la autorización y pago por la retransmisión de su señal. Tampoco les impide negociar ni percibir retribución económica por la retransmisión de los operadores de televisión por suscripción. La única obligación impuesta está en cabeza de los operadores de televisión por suscripción, para que estos garanticen, de cualquier forma y sin costo alguno a los suscriptores, la recepción de los canales colombianos de televisión abierta nacional dentro de sus sistemas de televisión cerrada.¹⁶
- (v) En el trámite legislativo del artículo 11 de la Ley 680 del 2001 la obligación de recepción de la señal de televisión abierta no se contempló ni como una obligación para los OR, ni como una limitación o excepción a sus derechos conexos.
- (vi) El texto del artículo 11 de la Ley 680 del 2001 no impone la retransmisión como único medio posible para garantizar la recepción de las señales abiertas de televisión a los suscriptores de televisión cerrada. Existen otros mecanismos técnicos por medio de los cuales los operadores de televisión por suscripción pueden garantizar dicha recepción cumpliendo con la obligación del artículo 11 en cuestión sin afectar los derechos conexos de los OR.¹⁷ Recordó que el suscriptor puede acceder a la señal abierta sin necesidad de suscribir un contrato con un operador de televisión por suscripción, considerando que la señal radiodifundida es libre y gratuita.¹⁸
- (vii) La Dirección Nacional de Derechos de Autor (en adelante 'DNDA') el 17 de enero del 2014 señaló que el artículo 11 referido no es una limitación o excepción al derecho de autor.¹⁹

¹⁴ Véanse los escritos de reclamo de Caracol del 6 de julio de 2017, p. 23, 25 y 26; y del 21 de julio de 2017 p. 13 y 14.

¹⁵ Véase el escrito de reclamo de Caracol del 6 de julio de 2017, p.25.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 22.

¹⁷ Véanse los escritos de reclamo de Caracol del 6 de julio de 2017, p. 39; y del 21 de julio de 2017, p. 19.

¹⁸ Véase escrito de reclamo de Caracol, del 6 de julio de 2017, p. 18, 19, 20 y 21.

¹⁹ Véase escrito de reclamo de Caracol, del 21 de julio del 2017, p. 13 y 14.

- (viii) El artículo 24 del Acuerdo No. 2 de 2012 de ANTV (posterior a la Ley 680), dejó claro que los operadores de televisión por suscripción, si incluyeran en su oferta de televisión por cable los canales de señal abierta colombianos, debían respetar los derechos de autor y conexos de sus titulares.
- (ix) Para que exista una limitación o excepción a los derechos de autor y derechos conexos en Colombia, debe tenerse en cuenta que, en caso de contradicción con una norma supranacional, prevalecerá esta última. Así, el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no puede convertirse en una limitación o excepción a los derechos conexos de autor a partir de la opinión de una autoridad judicial, pues no es el juez el llamado a calificar dicha norma como tal, siendo el legislador andino o nacional el único facultado para imponer o establecer límites explícitos a los derechos patrimoniales conexos.²⁰
- (x) Del texto del artículo 11 comentado no cabe concluir que la palabra *recepción* sea sinónimo de *retransmisión*.²¹
- (xi) El derecho comunitario andino es supranacional y preferente y, por tanto, las decisiones de la Corte Constitucional no pueden desconocerlo bajo la justificación de cumplir su norma interna.²²

[105] RCN, en coincidencia con los argumentos esgrimidos por Caracol en los puntos (ii) y (iii), señaló que la Corte Constitucional no indicó que la entrega de la señal para su supuesta retransmisión fuese gratuita, ni tampoco indicó que fuese un elemento normativo propio del texto del artículo 11 de la Ley 680. La Corte tampoco pretendió interpretar la disposición en el sentido de introducir una limitación al ordenamiento jurídico andino.²³ El TSDJB, al despojar a los derechos conexos de su elemento pecuniario, los anula y transforma en una entidad jurídica diferente.²⁴

[106] Asimismo, en relación al punto (ix) de Caracol, RCN manifestó que el artículo 42 de la Decisión 351 no permite establecer limitaciones ni excepciones a los derechos conexos de los OR por vía de una sentencia, pues esta carece de fuerza legal. La Comisión del Acuerdo de Cartagena, en su momento, estableció en dicho artículo 42 que cualquier limitación que se pretenda establecer en los Países Miembros relativa a los derechos conexos debe tener como fuente la ley y no una sentencia, o un reglamento, u otra o disposición sin fuerza legal.²⁵

[107] En relación al establecimiento de limitaciones y excepciones, el Gobierno de Colombia ha manifestado que, de conformidad con los artículos constitucionales tales como el 20, 75, 333 y 365; el Estado se encuentra facultado para establecer condiciones y restricciones a quienes fuesen OR y que dichas limitaciones están dadas en función de los objetivos que persigue tal intervención.²⁶ Asimismo, las sentencias de la Corte Constitucional tienen carácter de cosa juzgada constitucional, lo cual, a su vez, implica que tienen efectos *erga omnes*, son obligatorias para todos los casos futuros y vinculan a todos los operadores

²⁰ Véase escrito de reclamo de Caracol, del 6 de julio del 2017, p. 27 y 33.

²¹ Véanse los escritos de reclamo de Caracol del 6 de julio de 2017, p. 30; y del 21 de julio de 2017, p.15 y 16.

²² Véase los escritos de reclamo de Caracol, del 21 de julio, p. 17 y 18; y del 6 de julio de 2017, p.42 y 43.

²³ Véase escrito de reclamo de RCN, del 17 de agosto de 2017, p. 23.

²⁴ *Ibíd.*, p. 45.

²⁵ Véase escrito de reclamo de RCN, del 17 de agosto de 2017, p. 26.

²⁶ Véase escrito de contestación de la República de Colombia, del 10 de noviembre de 2017, p. 19 y 20.

jurídicos. Su parte resolutive es siempre obligatoria y su parte considerativa²⁷ lo es en la medida que guarde relación directa con la decisión.²⁸

[108] Agregó que la Corte Constitucional en la *ratio decidendi* de varias de sus sentencias ha señalado de manera expresa que, tratándose de las señales de televisión abierta de carácter nacional y regional “(...) el legislador ordenó que los operadores de televisión por suscripción su transporte a través de las distintas plataformas sin costo alguno para el usuario. Ese transporte, como lo señaló la Corte, lejos de afectar a los operadores comporta beneficios significativos pues transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto”.²⁹

[109] Asimismo, en lo referido al artículo 42, Directv, Telmex y UNE EPM han señalado que “(...) la limitación a los derechos conexos, de acuerdo con el artículo 42 de la Decisión 351, puede ser adoptada por los Países Miembros a través de su propia normativa interna, siempre y cuando la misma tenga como propósito la protección de los derechos humanos, en este caso, la protección de los derechos fundamentales a la información y a la pluralidad informativa, como lo explicó claramente la Corte Constitucional en la citada sentencia C-654 de 2003”.³⁰

[110] En lo referido a los contratos de concesión celebrados con el Estado colombiano para el uso del espectro electromagnético, Caracol sostuvo que estos no contienen limitación alguna similar a la establecida en las disposiciones dictadas por la ANTV, ni tampoco imponen la obligación de autorizar la retransmisión de la señal concesionada de forma gratuita a los operadores de televisión cerrada. Los operadores de televisión por suscripción tienen la obligación de garantizar a sus suscriptores la ‘recepción’ de las señales de televisión abierta, mas no la ‘recepción para la distribución o retransmisión’. Agrega que no ha aceptado por vía de ese contrato de concesión las condiciones de los actos administrativos reclamados.

[111] En sentido similar se pronunció RCN en la reunión informativa del 21 de noviembre del año en curso cuando a la pregunta de la Secretaría General (“RCN ha prorrogado su contrato en el 2009 y ya existía la sentencia de la Corte Constitucional C-654. En ese sentido ¿cómo no entender esta como parte del ordenamiento jurídico a respetar, obligación que consta en el contrato de prórroga?”) respondió que de una lectura al artículo 11 no es posible determinar consecuencias directas para los OR en tanto que tal artículo no había sido analizado por la Corte Constitucional desde la perspectiva de los derechos de los radiodifusores. RCN agregó que la celebración de contratos debe respetar el principio de legalidad y las normas comunitarias, no estando los contratos diseñados para derogar a las normas de la Comunidad Andina.

[112] Sobre este punto el Gobierno de Colombia ha manifestado que en los contratos de concesión queda claramente establecido que el derecho de los OR asume el talante de un derecho público subjetivo, lo que significa que, pese a que este derecho está radicado en cabeza de un particular, su ejercicio adquiere una connotación especial como quiera que lleva consigo el ejercicio de la función administrativa. De allí que sea patente que frente a ellos debe primar el interés general.³¹ En este sentido, los intereses de los OR de

²⁷ Sobre la parte motiva de la sentencia, la República de Colombia ha señalado en la página 34 de su escrito de contestación del 10 de noviembre de 2017, que a través de abundante jurisprudencia constitucional se ha ratificado la obligatoriedad de la parte motiva de las sentencias en la medida que se considera que su contenido es determinante para adoptar la decisión final y constituye la *ratio decidendi* del respectivo fallo.

²⁸ Véase escrito de contestación de la República de Colombia, del 10 de noviembre de 2017, p. 34 y 35.

²⁹ *Ibíd.*, p. 19 y 20.

³⁰ Véase escrito presentado por Directv, Telmex y UNE EPM, el 12 de octubre de 2017, p.30 y 31.

³¹ Véase escrito de contestación de la República de Colombia, del 10 de noviembre de 2017, p. 47.

televisión abierta deben ceder frente al interés general, motivo por el cual el legislador colombiano consideró apropiado limitar, a través del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, el derecho de autorizar o prohibir la retransmisión de sus señales.³²

[113] En relación a los contratos de concesión, Directv, Telmex y UNE EPM refirieron que el Mincit manifestó que Caracol y RCN se obligaron, dentro del contrato de concesión, a permitir la retransmisión de la señal de televisión por parte de los operadores de televisión por suscripción, a fin de garantizar la protección del derecho fundamental a la información y a la pluralidad informativa.³³

[114] Adicionalmente, en relación al hecho de no haber solicitado anteriormente que los operadores de televisión por suscripción le pidan autorización y le compensen, y haber dejado que retransmitieran su señal, Caracol señaló que ello no constituye una renuncia a su derecho exclusivo de retransmisión consagrado en el artículo 39, apartado a), de la Decisión 351, ya que tolerar una conducta no significa renunciar al derecho, salvo que la ley expresamente así lo señale.³⁴

4.3. El alegado incumplimiento del artículo 32

[115] RCN mencionó que la sentencia del TSDJB infringe el artículo 32 de la Decisión 351 pues en la práctica se traduce en la posibilidad de imponer una licencia obligatoria que excede los límites permitidos por el Convenio de Berna o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor.³⁵

[116] En relación a la Resolución No. 1022, RCN indicó que, con el pretexto de reglamentar una norma legal cuyos alcances se malinterpretan, la referida resolución no solo desconoció el derecho exclusivo de los OR de autorizar o prohibir la retransmisión de sus señales, sino que dismanteló la posibilidad de la normal explotación de estas vulnerando así el artículo 32, con ello se desconocen los límites permitidos por la Convención de Berna al establecer licencias legales u obligatorias al derecho de autor o conexos.³⁶

[117] Sobre este punto el Gobierno de Colombia manifestó que el artículo 32 de la Decisión 351 se refiere solo a las licencias legales u obligatorias que las legislaciones de los Países Miembros pudieran establecer respecto de las obras. Consideró que ese artículo no se ocupa de los derechos conexos, entre ellos, el derecho de retransmisión de las señales de los organismos de radiodifusión.³⁷

[118] Por su parte Directv, Telmex y UNE EPM, en relación al artículo 32 señalaron que el referido artículo *“consagra la posibilidad de que las legislaciones internas de los Países Miembros puedan otorgar licencias legales u obligatorias que limiten el derecho de autor o el derecho patrimonial de autor. Es en ese sentido que la sentencia 225-IP-2015 consagra como excepción a la protección de los derechos conexos del literal a) del artículo 39 el otorgamiento de tales licencias obligatorias o legales, las cuales deben ser reguladas por la normativa nacional”*.³⁸

4.4. El alegado incumplimiento del artículo 54

³² Ibid., p. 51.

³³ Véase escrito presentado por Directv, Telmex y UNE EPM, el 12 de octubre de 2017, p.36.

³⁴ Véase los escritos de reclamo de Caracol, del 21 de julio de 2017, p.24; y del 6 de julio de 2017, p.43.

³⁵ Véase escrito de reclamo de RCN del 17 de agosto de 2017, p. 34.

³⁶ Ibid., p. 58 y 59.

³⁷ Véase escrito de contestación de la República de Colombia, del 10 de noviembre de 2017, p. 54

³⁸ Véase escrito presentado por Directv, Telmex y UNE EPM, el 12 de octubre de 2017, p.42.

- [119] Las reclamantes alegan que las disposiciones de la ANTV y la sentencia del TSDJB, materia del presente reclamo, vulneran el artículo 54 de la Decisión 351 al imponer una medida que desnaturaliza el derecho de exclusiva de los OR, dispuesto en el artículo 39.
- [120] Sobre este punto Caracol ha manifestado que la Circular 00045 del 2014, la Resolución No. 2291 del 2014, y Circular 10 del 2015; de ANTV, desconocen la obligación de no hacer consagrada en el artículo 54 de la Decisión 351. Ese desconocimiento se manifiesta en la declaración de ANTV en el sentido de que los OR “(...) *no podrán negar el consentimiento previo y expreso para que los operadores de televisión cerrada incluyan en su oferta de programación las señales que emiten las radiodifusoras, por razón al pago de derechos económicos por ese concepto (...)*”.³⁹
- [121] En relación a la Sentencia del TSDJB, RCN manifestó lo siguiente: “(...) *el Juez nacional está autorizando el uso de una prestación protegida por los derechos conexos, a pesar de que el titular de la misma no lo hubiere hecho, en transgresión a la clara prohibición señalada en la norma comunitaria en cuestión*”.⁴⁰ Por su parte Caracol, en relación a la misma sentencia precisó: “(...) *y sin exigir retribución económica alguna, permitan la retransmisión de su señal de televisión abierta tanto estándar y en alta definición HD a través del servicio de televisión por suscripción (...)*”.⁴¹
- [122] Sobre la Resolución No. 1022 de 2017 de la ANTV, RCN señaló que esta “*violó la prohibición del artículo 54 de la Decisión 351 de 1993 al autorizar la utilización de las emisiones de radiodifusión sin contar con la autorización expresa previa del titular del derecho*”.⁴²
- [123] El Gobierno de Colombia, por su parte, sostiene que ni la ANTV ni el TSDJB vulneraron el artículo 54 porque “*existe una limitación al derecho de retransmisión de los operadores de televisión de señales abiertas de nivel nacional, regional y local*”. Por tal motivo, ninguno de los actos reclamados amparan un uso ilegítimo, solo efectivizan una limitación.⁴³
- [124] Sobre la posible vulneración del artículo 54, Directv, Telmex y UNE EPM han señalado que “(...) *en el caso presente la ANTV no ha incurrido en incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, pues no es cierto que está imponiendo a Caracol una medida que condiciona la utilización de las señales abiertas de propiedad de los OR en Colombia...según la cual, limita y restringe el libre ejercicio del derecho exclusivo de autorizar protegido en el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993 y no limitado por los casos especiales referidos en el artículo 42 de la misma norma*”.⁴⁴ Agregaron que, por medio de las medidas acusadas la ANTV está exhortando a los concesionarios de canales de televisión abierta como Caracol a que no suspendan la retransmisión de la señal HD, por cuanto con ello se estaría afectando el interés general de los usuarios para acceder a la señal abierta de dicho canal de televisión, al derecho a la información, y al pluralismo informativo.⁴⁵

4.5. El alegado incumplimiento de los artículos 32, 33 y 35 del TJCAN y 121, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500

³⁹ Véase escrito de reclamo de Caracol, del 21 de julio de 2017, p.14.

⁴⁰ Véase escrito de reclamo de RCN del 17 de agosto de 2017, p.34.

⁴¹ Véase escrito de reclamo de Caracol, del 21 de julio de 2017, p.42.

⁴² Véase escrito de reclamo de RCN del 17 de agosto de 2017, p.59.

⁴³ Véase escrito de respuesta de la República de Colombia, del 10 de noviembre del 2017, p. 81.

⁴⁴ Véase escrito presentado por Directv, Telmex y UNE EPM, el 12 de octubre de 2017, p.52.

⁴⁵ Ibíd.

[125] Los alegados incumplimientos a los artículos 32, 33 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121, 123, 124, 127 y 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se refieren en específico a la sentencia de segunda y única instancia del TSDJB, Sala Civil, expediente No. 2014-16592-06, anunciada en la audiencia del 22 de marzo de 2017 y proferida de manera escrita el 28 de marzo de 2017. Al respecto, en los siguientes párrafos se exponen las razones en las que las reclamantes basan sus alegatos respecto del incumplimiento por parte del Gobierno de Colombia a las normas antes citadas.

[126] En el expediente FP/SJ/006/2017, Caracol cita en su reclamo el siguiente fragmento de la sentencia:

“Finalmente, en cuanto a la interpretación dada por la Delegatura de la Superintendencia respecto al Concepto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Sala no comparte la apreciación expuesta en el fallo cuando se afirma que el ‘artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no representa una excepción o limitación a los derechos conexos’ (minuto 23:35 ej.), pues en realidad es todo lo contrario, de acuerdo a lo indicado por la Corte Constitucional en la jurisprudencia ya citada, esto es, que la mencionada disposición les impuso a los concesionarios de televisión abierta y a los operadores de televisión por suscripción el deber de transporte de la señal, mientras los segundos tienen el deber de entregarla, que comprende la obligación de transmitir las señales de televisión abierta a través de sus redes, a los primeros les impuso del (sic) deber de ofrecer, que consiste en la obligación de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de suscripción sin costo alguno.’ (Subrayado en gris y negrilla fuera de texto).

‘(...) en razón a que como quedó demostrado el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 impuso una limitación a los derechos conexos y de autor que tienen los organismos de radiodifusión de autorizar y prohibir la retransmisión de su señal, permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de suscripción sin costo alguno.’ (Subrayado en gris y negrilla fuera de texto)”⁴⁶ (El énfasis es propio del texto del reclamante).

[127] Adicionalmente, cita el siguiente párrafo:

“32.3.- En el caso de autos, como se ha reiterado en el transcurso de esta providencia el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 impuso a los concesionarios de televisión abierta la obligación de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de suscripción sin costo alguno – deber de ofrecer-, con los que se cumple el primer requisito, pues está claro que CARACOL Y RCN demandadas en reconvención pretender cobrar una suma a TELMEX COLOMBIA S.A. por autorizar que sus señales sean retransmitidas por éste, es evidente a inminente la intención de materializar, de realizar un acto prohibido por la ley.’ (Subrayado en gris y negrilla fuera de texto)

(...)

‘(...) de igual modo, como quiera que se demostró que las demandadas en reconvención CARACOL y RCN TELEVISIÓN incurrieron en la conducta de violación de normas al pretender exigir a TELMEX COLOMBIA una retribución económica para autorizar la retransmisión de su señal de televisión abierta en alta definición HD, en abierto desconocimiento de lo establecido en el artículo 11 de la

⁴⁶ Véase reclamo presentado por CARACOL TELEVISIÓN S.A. dentro del expediente FP/SJ/006/2017, p. 5

Ley 680 de 2001, de lo razonado por la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003 y la Resolución 2291 de 2014 de la ANTV, se revocará parcialmente el numeral 4º y en su integridad el 5º de la sentencia en alusión y se condenará en costas de ambas instancias a CARACOL y RCN TELEVISIÓN, en tanto de la demanda principal como en la de reconvención. (Subrayado en gris fuera de texto)”⁴⁷ (El énfasis es propio del texto del reclamante).

[128] Con base en los párrafos antes citados, Caracol alega:

“El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil (...) incumplió el artículo 127 de la Decisión Andina 500 de 2001, al no acoger la interpretación prejudicial que este mismo despacho judicial solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 225-IP-2015 (...) desconociendo su contenido en las sentencias objeto de incumplimiento y decidiendo en contravía de la misma, al señalar lo siguiente:

(...)

En razón a ello, la República de Colombia actuando a través del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.S., Sala Civil, no cumplió su obligación de velar por el cumplimiento tanto de la interpretación prejudicial en comento, omitiendo por completo las recomendaciones establecidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como de las disposiciones consagradas en el ordenamiento jurídico andino, al emitir un fallo contrario.

*Adicionalmente, después de una equivocada interpretación de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana respecto del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, las cuales en ningún momento afirman que dicha normativa es una limitación o excepción a los derechos conexos de autor, pondera dicha interpretación jurisprudencial, colocándola en una posición superior a las recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a pesar de estar obligado a acoger dicha interpretación prejudicial, obligación que no cumplió.”*⁴⁸ (El énfasis es propio del texto de la reclamante)

[129] Finalmente, con motivo de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, Caracol reiteró su alegato respecto de que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se apartó de la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante ‘TJCA’). Al respecto, señaló que el TSDJB no adopta y desconoce la interpretación prejudicial del TJCA, que es de obligatorio cumplimiento, al emitir su decisión judicial, aun a sabiendas de estar contrariando el ordenamiento jurídico comunitario andino.⁴⁹

[130] Asimismo, agregó que la medida reclamada deja sin efecto un derecho conexo de autor en el ordenamiento jurídico comunitario (el derecho de retransmisión) en ese sentido, se habría afectado el legítimo derecho de exclusiva de Caracol, de autorizar el uso y prohibir la explotación de su señal de televisión, sin justificación. Recalcó que el TSDJB no adoptó la interpretación prejudicial 225-IP-2015, por cuanto su fallo y argumentos a lo largo de la sentencia son contrarios a lo señalado en la mencionada interpretación.⁵⁰

[131] Por su parte, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, la empresa RCN señala:

⁴⁷ Véase reclamo presentado por CARACOL TELEVISIÓN S.A. dentro del expediente FP/SJ/006/2017, p. 6

⁴⁸ Ibid., p. 43 y 45

⁴⁹ Resumen de la presentación de la empresa CARACOL TELEVISIÓN, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/006/2017.

⁵⁰ Ibidem.

*“(...) la República de Colombia incumplió las obligaciones establecidas en los artículos 32, 33 y 35 del Tratado del Tribunal, de los cuales se desprenden las siguientes obligaciones para los jueces nacionales de los Países Miembros en materia de la Interpretación Prejudicial: 1) **no usurpar** la facultad exclusiva del juez comunitario de interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino (artículo 32); 2) **solicitar**, de manera obligatoria la interpretación prejudicial en los procesos judiciales nacionales en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en el derecho interno (artículo 33); y, 3) adoptar en sus sentencias la interpretación del Tribunal (artículo 35).*

En el mismo sentido, al dictarse la Sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá (en adelante Juez nacional) la República de Colombia también incumplió el ordenamiento jurídico andino como consecuencia del desconocimiento de lo establecido en los artículos 121, 123, 127 de la Decisión 500 de 2001, en los cuales se corroboran las referidas obligaciones de los jueces de los Países Miembros de no interpretar normas de dicho ordenamiento, solicitar obligatoriamente la interpretación cuando su sentencia sea de última instancia, y no incumplir su obligación de incorporar en su sentencia la interpretación prejudicial que dicte el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante Juez comunitario, o TJCAN)

Como consecuencia de los incumplimientos mencionados, que se presentaron con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, y cuyo alcance explicaremos en este reclamo, con base en lo establecido en el artículo 128 de la Decisión 500, nuestra representada RCN TELEVISIÓN hace uso el derecho de acudir ante el TJCAN e inicialmente ante la Secretaría General, en ejercicio de la acción de incumplimiento, ‘cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.’ (Artículo 128 del Estatuto del Tribunal).

En la sentencia nacional objeto de la presente solicitud, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá:

- (1) No adoptó, como era su obligación, la interpretación prejudicial 225-IP-2015 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCAN-, del 23 de junio de 2016, en directa y flagrante violación del artículo 35 del Tratado de Creación del TJCAN (...) Esta obligación (...) es reiterada en el artículo 127 de la Decisión 500 de junio de 2001.*
- (2) Revocó la sentencia del juez especializado de primera instancia (...) la cual sí cumplió la obligación (...) de adoptar en su sentencia la interpretación prejudicial (...)*
- (3) Como resultado de la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en violación del artículo 35 del Tratado de Creación del TJCAN y 127 de la Decisión 500 de 2001, se presentó, adicionalmente, una manifiesta vulneración de derechos sustantivos e incuestionables que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina otorga a los organismos de radiodifusión de los Países Miembros (...)*
- (4) Al emitir su sentencia el Juez nacional no tuvo en cuenta que según el Exhorto 002 librado el 7 de abril de 2015 el Tribunal solo había solicitado al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ‘la interpretación prejudicial del artículo 39 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena’, y que el juez comunitario, al expedir la Interpretación 225-IP-2015 había señalado, expresamente, que las ‘Normas a ser*

interpretadas' se referían únicamente al literal a) del mencionado artículo 39, y que, de oficio, interpretaría el artículo 56.

No obstante, el Tribunal Superior de Bogotá, cuya providencia no era susceptible de recursos en el derecho interno, no solo no incorporó en su sentencia lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en cuanto a la interpretación del artículo 39 de la Decisión 351, sino que se extendió en su providencia a materias expresamente reguladas por otras normas comunitarias de la Decisión 351 las que, evidentemente, requerían de la interpretación del TJCAN. En esta forma, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá omitió su deber de solicitar la interpretación prejudicial de los artículos referidos de la Decisión 351 de la CAN para decidir sobre el caso concreto (...) con lo cual vulneró, tanto por omisión (al abstenerse de la obligación de consultar), como por acción (al haber suplantado al Tribunal comunitario en su función de interpretar las normas andinas para asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros) el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

(5) *Al no hacer la consulta obligatoria sobre estas normas, el Juez nacional vulneró de forma ilegal, derechos indiscutibles que el ordenamiento jurídico andino ha otorgado (...)*⁵¹

[132] Asimismo, con motivo de la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, RCN reiteró que el juez dejó de lado la interpretación prejudicial del TJCA, desconociendo la preeminencia de las normas comunitarias⁵²; y, no hizo las consultas prejudiciales que correspondían.⁵³

[133] Sobre esto último, RCN agregó que los artículos 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establecen que la Interpretación prejudicial es una atribución privativa del TJCA, por lo que ningún juez nacional puede tomarse esa atribución e interpretar el contenido y alcance de las normas del Ordenamiento jurídico comunitario. Por lo anterior, el juez nacional tiene la obligación de solicitar la interpretación en todos los procesos en que la sentencia no fuere susceptible de recursos en el derecho interno, conforme lo manda el artículo 33 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.⁵⁴

[134] A lo anterior, añade que la consulta era obligatoria aún cuanto el consultante estimara que las normas andinas sobre excepciones y limitaciones a los Derechos Conexos eran claras y que por lo tanto no requerían de la interpretación del Juez Comunitario.⁵⁵ Además, indica que no puede alegarse como excusa para no solicitar la interpretación prejudicial, el que las partes, en sede de instancia, no las hubieren invocado explícitamente, ya que esto sería contrario al principio *iura novit curia*.⁵⁶

[135] En el caso del expediente FP/SJ/006/2017, la contestación al reclamo por parte del Gobierno de Colombia fue remitida de manera extemporánea.⁵⁷ En cuanto al expediente

⁵¹ Véase reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. dentro del expediente FP/SJ/008/2017, p. 3 a la 5

⁵² Véase Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Véase documento titulado "Comentarios a la contestación al reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. a la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento", parte del Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, páginas 28 a la 30.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 28 a la 30

⁵⁶ *Ibid.*, p. 34

⁵⁷ Esto se dejó sentado dentro del procedimiento mediante Nota SG/E/SJ/1830/2017 de 14 de septiembre de 2017, notificada en la misma fecha.

FP/SJ/007/2017, no es parte de su materia de investigación el posible incumplimiento de los artículos señalados en el título de este apartado.

[136] No obstante lo anterior, con motivo de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, el Gobierno de Colombia alegó que el TSDJB sí adoptó la Interpretación prejudicial 225-IP-2015⁵⁸, señalando que esto constaría a folios 18, 19 y 27 de la sentencia; y, remite a la página 11 de la citada Interpretación prejudicial.

[137] En lo que se refiere al expediente FP/SJ/008/2017, en específico a los artículos 32 del TCTJCA y 121 de la Decisión 500, la reclamada señala:

“El reclamante no adujo las razones por las cuales considera que la conducta del TSDJB, incumplió con los citados artículos (32 y 121), con lo cual vulneran los derechos al debido proceso y la defensa. Eso por cuanto para la República de Colombia es imposible construir un argumento en su defensa sin conocer las razones por las cuales, en opinión del reclamante, fueron desconocidos los citados artículos. Esta situación se constituye en un incumplimiento al artículo 14 e) de la Decisión 623.⁵⁹

(...)

*Por un lado, es pertinente advertir que, aun cuando no fueron señaladas las razones por las cuales se considera que la República de Colombia **usurpó** las funciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA), es evidente que el TSDJB **no se abrogó la competencia de interpretar por vía prejudicial los artículos 21, 32, 42 y 54 de la Decisión 351**. Por lo tanto, resulta imposible la ocurrencia de la supuesta violación a los artículos 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 de la Decisión 500.*

Por otra lado, parecería que el reclamante pretende incrementar, de manera poco técnica, la cantidad de artículos comunitarios que pudieren resultar desconocidos a partir de una supuesta omisión del TSDJB, a saber: si en el proceso adelantado por el TSDJB se debieron aplicar o fueron controvertidos los artículos 21, 32, 42 y 54 de la Decisión Andina 351.

*Es evidente que una omisión, en el sentido de no solicitar interpretación prejudicial, vulnera los artículos 33 (del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) y 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). Pero no por ese hecho podría llegar a concluirse que una autoridad nacional **interpretó por vía prejudicial** la norma comunitaria objeto de la omisión.”*

⁶⁰

[138] Respecto a los demás artículos señalados por RCN como incumplidos por el Gobierno de Colombia en este apartado, la reclamada alega: 1) en el proceso de competencia desleal no se controvirtieron ni debieron aplicarse los artículos 21, 32, 42 o 54 de la Decisión 351⁶¹; 2) el TSDJB sí adoptó la interpretación prejudicial 225-IP-2015⁶²; y, 3) el TSDJB no

⁵⁸ Véase Oficio OALI-103 de 21 de septiembre de 2017, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/006/2017, p. 3, 4, 8 y 9

⁵⁹ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 3.

⁶⁰ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 4.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 51 a 56

⁶² *Ibíd.*, p. 56 y 57

creó una limitación al derecho conexo de autorizar o prohibir la retransmisión de señales⁶³.

[139] Como fundamento del primer alegato, el Gobierno de Colombia señala:

*“(...) la República de Colombia considera que, para el caso bajo estudio, el TSDJB no tenía el deber de solicitar la interpretación prejudicial de los artículos 21 y 42 de la Decisión Andina 351, en tanto la limitación que invocó el TSDJB ha sido consagrada por el Congreso y su alcance definido por la Corte Constitucional de la República de Colombia. Por lo tanto, al invocar dicha limitación legalmente establecida, no le correspondía al TSDJB determinar si dicha limitación cumple o no con la regla de los tres pasos.”*⁶⁴

“(...) el artículo 32 de la Decisión Andina limita su alcance a las licencias legales u obligatorias que las legislaciones de los Países Miembros puedan establecer respecto de las obras, nada dice respecto de los objetos de protección de los derechos conexos entre ellos las señales de los organismos de radiodifusión.

*Acorde con el acervo probatorio arrimado al proceso, es evidente que el artículo 32 no fue invocado por las partes y tampoco es una norma que el juez nacional debió aplicar para fallar el asunto, motivo por el cual el TSDJB no está obligado a solicitar su interpretación prejudicial.”*⁶⁵ (El énfasis es propio del texto de la reclamada)

“(...) ha sido la Corte Constitucional de Colombia (entidad que cuenta con la facultad para interpretar el alcance de las leyes de este país) quien al interpretar el alcance de la Ley 680 de 2001, limitó el derecho de los operadores de televisión abierta de carácter nacional y regional. El TSDJB no hizo otra cosa que obedecer el fallo de la Corte so pena de incurrir en desacato.

*Dicho lo anterior, es evidente que el TSCJB no autorizó la utilización de la señal de RCN Televisión. El TSDJB dio aplicación a la limitación consagrada por el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, el cual ha sido interpretado por la Corte Constitucional (...)*⁶⁶

*“De conformidad con el acervo probatorio arrimado al proceso, es evidente que el artículo 54 no fue invocado por las partes y tampoco es una norma que el juez nacional debió aplicar para fallar el asunto, motivo por el cual el TSDJB no estaba obligado a solicitar su interpretación prejudicial.”*⁶⁷

[140] Respecto al segundo alegato, el Gobierno de Colombia indica:

*“Es evidente que en su interpretación prejudicial, el TJCAN contempla la posibilidad de aplicar limitaciones al ejercicio de los derechos de autor, lo cual, a partir de una interpretación sistemática del artículo 42 de la misma Decisión 315 (sic), incluye la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos de los organismos de radiodifusión.”*⁶⁸

“En conclusión, el TSDJB reconoce el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus señales en cabeza de la reclamante, pero también, en el

⁶³ Ibid., p. 57 a 59

⁶⁴ Ibid., p. 53

⁶⁵ Ibid., p. 54 y 55

⁶⁶ Ibid., p. 55

⁶⁷ Ibid., p. 55 y 56

⁶⁸ Ibid., p. 56

marco de la interpretación 255-IP-2015, encuentra que conforme la legislación andina, los Países Miembros cuentan con la posibilidad de limitar dicho derecho. Tal y como lo consagra la citada interpretación prejudicial al señalar ‘sin embargo de lo cual, la propia norma comunitaria, enuncia las limitaciones y excepciones del derecho de autor, que dependerá de cada caso en particular para saber si se aplican o no las mismas.’

Dado lo anterior es claro que el TSDJB sí adoptó la interpretación prejudicial 255-IP-2015 en su sentencia del 22 de marzo de 2017.”⁶⁹

[141]Para al tercer alegato, la reclamada:

“(…) se reitera que el TSDJB no hizo otra cosa que aplicar el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, cuyo alcance ha sido interpretado por la Corte Constitucional al indicar que ‘el legislador ordenó a los operador (sic) de televisión por suscripción su transporte a través de las distintas plataformas (cableada, satelital, análoga, digital, etc.) sin costo alguno para el usuario. Ese transporte, como lo señaló la Corte, lejos de afectar a los operadores comporta beneficios significativos, pues transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto.’

(…)

Para la República de Colombia es evidente que el TSDJB no cuenta con la facultad de establecer nuevas limitaciones al ejercicio de los derechos conexos. Acorde con la actual regulación, esta es una competencia exclusiva del legislativo.

(…)

Así las cosas, tal como es posible verificar en las Sentencia C-654 de 2003 y T-599 de 2016, ha sido la Corte Constitucional de Colombia quien al interpretar el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, señaló que los operadores de televisión por suscripción cuentan con ‘la posibilidad de retransmitir a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto.’

(…)

El TSDJB es solo un operador jurídico de la norma que establece una limitación, y no cuenta con la capacidad legal de crear limitaciones, por lo tanto dicho Tribunal no pudo desconocer los artículos 21, 32 y 42 y 54 de la Decisión Andina 351.”⁷⁰ (El énfasis es propio del texto de la reclamada)

[142]En el mismo expediente, con ocasión de la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, el gobierno de Colombia indicó que la interpretación del TJCA estable que el Derecho de retransmisión puede ser limitado.⁷¹ Además, que conforme el artículo 121 del Estatuto del TJCA, la competencia para establecer limitaciones es del poder legislativo.⁷²

[143]Finalmente, mediante escrito de 10 de noviembre de 2017, las empresas Directv, Telmex y UNE EPM entregaron información respecto al asunto materia de investigación del

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 57

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 57 a la 59

⁷¹ Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

⁷² *Ibidem.*

expediente FP/SJ/008/2017. Sobre los asuntos de este acápite, las mencionadas empresas informaron:

“13.11. No hay incumplimiento del Tribunal Superior de las obligaciones relacionadas con el trámite de la interpretación prejudicial, por cuanto dicha autoridad sí incorporó a su sentencia la interpretación prejudicial 225-IP-2015

(...)

13.11.3 Respecto al cargo de que el Tribunal Superior no adoptó la sentencia 225-IP-2016 (sic), se encuentra plenamente establecido que el Tribunal Superior no incurrió en el incumplimiento que le pretende imputar RCN, por cuanto fue el propio Tribunal Superior quien decretó de oficio y tramitó la interpretación prejudicial del TJCA. (...)”⁷³

“13.11.4.1 Nótese que el reproche de RCN al Tribunal Superior consiste en que éste revocó la sentencia de primera instancia de la SIC. Este hecho no puede ser objeto de la acción de incumplimiento, por cuanto la jurisdicción andina no puede convertirse en una nueva instancia para el análisis del caso en concreto, como lo pretende RCN, a quien junto con CARACOL, le fue desfavorable la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior.

(...)

13.11.4.4 Nótese que fueron CARACOL y RCN quienes delimitaron el pleito: Circunscribieron las pretensiones por competencia desleal a una supuesta violación del artículo 39 de la Decisión 351. Y el Tribunal Superior decretó y tramitó la interpretación prejudicial del artículo 39 de la Decisión 351 invocada por CARACOL y RCN.

Y ahora, como la sentencia impugnada por CARACOL y RCN (...) alegan que el Tribunal Superior incurrió en incumplimiento al no haber solicitado la interpretación prejudicial de otras normas de la Decisión 351 ¡¡¡¡

13.11.4.5 Nadie puede alegar en su beneficio su propia culpa. Si CARACOL y RCN alegaron que se incurrió en prácticas de competencia desleal y una de las conductas fue una supuesta violación del artículo 39 de la Decisión 351, ahora no pueden alegar que el Tribunal Superior no decretó la interpretación prejudicial de otras normas que no consideró que debían ser objeto de pronunciamiento por parte del TJCA.

Inclusive, este último tampoco lo consideró así, por cuanto de oficio únicamente decretó la interpretación prejudicial del artículo 56 de la Decisión 351. Nada más.”⁷⁴

“13.11.6.2. En efecto, las Reclamantes vuelven a insistir que el Tribunal Superior no tomó en consideración las normas de la Decisión 351 sobre derechos conexos, pero olvidan convenientemente que fueron CARACOL y RCN quienes enmarcaron el proceso dentro de la acción de competencia desleal e invocaron únicamente el artículo 39 de la Decisión 351 como una de las normas, además de las nacionales, que evidenciaron las supuestas conductas desleales en que a su juicio incurrieron las demandadas en dicho proceso.

⁷³ Véase escrito de las empresas DIRECTV COLOMBIA LTDA, TELMEX COLOMBIA S.A. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. de 10 de noviembre de 2017, p. 88 a la 90

⁷⁴ Ibíd., p. 93 y 94

(...)

13.11.6.5 El Tribunal Superior decretó la interpretación prejudicial del artículo 39 de la Decisión 351 de acuerdo con las pretensiones y el marco que CARACOL y RCN plantearon en su demanda de competencia desleal, como era su deber hacerlo e incorporó a su fallo la sentencia 225-IP-2015, con lo cual cumplió cabalmente las normas del Tratado de Creación del TJCA y de la Decisión 500 sobre la interpretación prejudicial.

Por lo anterior, no puede ser de recibo, y más bien de ser motivo de llamado de atención a las Reclamantes CARACOL y RCN, que se pretenda la declaratoria de incumplimiento del Tribunal Superior por no haber decretado la interpretación prejudicial de los artículos 21, 32, 42 y 54 de la Decisión 351, la misma que tampoco fue decretada de oficio por el TJCA quien únicamente estimó que debía emitir su concepto respecto a los artículos 39 y 56 de dicha Decisión⁷⁵ (El énfasis es propio del texto que se cita)

4.6. El alegado incumplimiento de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

[144] En relación con el expediente FP/SJ/006/2017, CARACOL alega que la República de Colombia incumple el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al emitir actos (sentencia de segunda y única instancia del TSDJB, Sala Civil, expediente No. 2014-16592-06) contrarios a lo dispuesto en los artículos 39, 42 y 54 de la Decisión 351 de 1993.⁷⁶

[145] En relación con el expediente FP/SJ/007/2017, Caracol alega que la República de Colombia incumple los artículos 2, 3 y 4 del TCTJCA al emitir actos (Circular 045 de 12 de junio de 2014, la Resolución 2291 de 22 septiembre de 2014 y la Circular 10 del 23 de abril de 2015) contrarios a lo dispuesto en los artículos 39, 42 y 54 de la Decisión Andina 351 de 1993.⁷⁷

[146] En relación con el expediente FP/SJ/008/2017, RCN alega que la República de Colombia incumple el artículo 4 del TCTJCA al emitir la Sentencia del TSDJB de 28 de marzo de 2017, que desconoce lo dispuesto en los artículos 32, 33 y 35 del Tratado del Tribunal, los artículos 121, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500; y, vulnera los derechos otorgados a los organismos de radiodifusión regulados en los artículos 21, 32, 42 y 54 de la Decisión 351, además del artículo 39 de la misma decisión, en materia de derechos conexos a los de autor.⁷⁸ Asimismo, se señala que se incumple el artículo 4 del TCTJCA al emitir la Resolución 1022 de 12 de junio de 2017, que contiene disposiciones contrarias a los artículos 21, 32, 39, 42 y 54 de la Decisión 351.⁷⁹

[147] En el caso del expediente FP/SJ/006/2017, la contestación al reclamo fue presentada de manera extemporánea. En cuanto al expediente FP/SJ/007/2017, en la contestación el gobierno de Colombia no hace referencia a los alegatos de Caracol respecto a la vulneración de los artículos 2, 3 y 4 del TCTJCA, sin embargo solicita que se declaren infundadas todas y cada una de las pretensiones del reclamo.⁸⁰

⁷⁵ Ibid., p. 101 y 102

⁷⁶ Véase reclamo presentado por Caracol dentro del expediente FP/SJ/006/2017, p. 46

⁷⁷ Ibid., p. 24

⁷⁸ Véase reclamo presentado por RCN dentro del expediente FP/SJ/008/2017, p. 1 a la 5

⁷⁹ Ibid., p. 55 al 61

⁸⁰ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017), p. 46

[148] En este último expediente, el 10 de octubre de 2017, Directv entregó información sobre el asunto materia de la investigación en la fase prejudicial. Respecto a los artículos de este apartado, la empresa en mención indica que la ANTV no incumplió sus obligaciones de hacer por cuanto a través de las medidas reclamadas se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 680.⁸¹

[149] En cuanto a la obligación de no hacer, Directv señala que la ANTV no la incumplió, ya que el artículo 11 de la Ley 680, en las que se basan las medidas reclamadas, coexisten armónicamente con las normas comunitarias bajo el principio de “*complemento indispensable*”, ya que no existe ninguna disposición que regule en concreto lo relacionado a la retransmisión de la señal abierta de televisión; y, en específico, que impida la aplicación del *Must Carry* en las condiciones establecidas por la legislación colombiana y pactadas en el Contrato de Concesión de Caracol y sus prórrogas.⁸²

[150] Por lo anterior, Directv concluye que el “*Reclamo de CARACOL debe ser desestimado por la SGCA por cuanto no se vulneran los artículos 39, 42 y 54 de la Decisión 351, y por lo mismo, tampoco se vulneran los artículos 2, 3, y 4 del Tratado de Creación del TJCA.*”⁸³

[151] Finalmente, en lo que respecta al expediente FP/SJ/008/2017, el Gobierno de Colombia no se refiere a los alegatos de RCN respecto a la vulneración del artículo 4 del TCTJCA, sin embargo, solicita que se dictamine que no ha incurrido en incumplimiento de los mencionados artículos.⁸⁴ Por otro lado, las empresas Directv, Telmex y UNE EPM indican que el Gobierno de Colombia, en específico el TSDJB al adoptar la sentencia del 22 de marzo de 2017, no incurrió en incumplimiento del artículo 4 del TCTJCA.⁸⁵

5 CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO.-

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

5.1.1. El servicio de televisión es un servicio público que no forma parte del Ordenamiento Jurídico Andino

[152] El Gobierno de Colombia, en las reuniones informativas de 18 de octubre de 2017 y de 21 de noviembre de 2017, señaló que la televisión es un servicio público, cuyo objetivo es ser un medio para transmitir la cultura e información a los ciudadanos, conforme a la Ley de Televisión. En ese sentido, al ser un servicio público se encuentra sometido a los controles del Estado de Colombia, en específico de la ANTV, a fin de proteger el pluralismo informativo.⁸⁶ Agregó que el derecho a la información prevalece sobre un derecho privado.⁸⁷

[153] Por su parte, la empresa Directv señaló que el servicio de televisión no forma parte del ordenamiento jurídico andino por razones de soberanía de los Países Miembros.⁸⁸ Al respecto, cita el auto del TJCA, de 3 de octubre de 2017, emitido dentro de los procesos

⁸¹ Véase escrito de la empresa Directv de 10 de octubre de 2017, p. 52

⁸² *Ibíd.*, p. 53

⁸³ *Ibíd.*, p. 64

⁸⁴ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 88

⁸⁵ Véase escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM de 10 de noviembre de 2017, p. 88

⁸⁶ Véase Acta de la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/007/2017 y Acta de la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

⁸⁷ Véase Acta de la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

⁸⁸ Véase escrito de la empresa Directv de 10 de octubre de 2017, p. 8 al 11; y, escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM de 10 de Noviembre de 2017, p. 20 y 21.

acumulados 01-AI-2016 y 02-AI-2016, en el que el dicho tribunal habría declarado fundada la excepción previa de falta de jurisdicción y de competencia, por cuanto en la prestación del servicio de televisión no se está en presencia de alguno de los cuatro (4) modos de prestación de servicios.⁸⁹

[154] Agrega que por expresa disposición del artículo 3 de la Decisión 462, el servicio de televisión no forma parte del ordenamiento jurídico andino, por lo que, por sustracción de materia, no cabe la acción de incumplimiento andina⁹⁰. Subsidiariamente señala que no se vulnera la Decisión 351, por cuanto el servicio de televisión está excluido expresamente del ordenamiento jurídico andino, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Decisión 462: *“La presente Decisión abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto las servicios de radiodifusión sonora y televisión.”*⁹¹

[155] Por lo anterior, observa que la Secretaría General no tiene competencia para pronunciarse acerca del reclamo de Caracol.⁹² Adicionalmente señala que la Corte Constitucional de Colombia habría precisado que *“cuando los particulares asumen la prestación del servicio público de televisión no se está en el campo de la libertad económica y de la libre competencia sino en el de la función pública”*.⁹³

[156] En sentido contrario, en la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, Caracol señaló que no es cierto que se esté protegiendo el servicio público, ya que no se tienen en cuenta las nuevas realidades del negocio audiovisual.⁹⁴

[157] Por su parte, en la reunión informativa del 21 de noviembre de 2017, RCN indicó que en su reclamo no se está alegando el incumplimiento de obligaciones emanadas de la Decisión 462 de 1999. Además, en ninguna de las disposiciones de la Decisión 462 se derogaron o dejaron sin efectos los derechos consagrados en la Decisión 351.⁹⁵

[158] Explica que la Decisión 462 tiene un objetivo muy específico, que es fomentar el proceso de liberalización progresiva del comercio de los servicios públicos de telecomunicaciones a fin de alcanzar la creación de un Mercado Común Andino de servicios. En cambio, la Decisión 351 se enmarca en el proceso de armonización de políticas para el logro del desarrollo de la Subregión y en la protección a los autores en la Comunidad Andina así como los Derechos Conexos contenidos en el Capítulo X de la misma Decisión.⁹⁶

Análisis de la SGCAN

[159] La Secretaría General observa que el artículo 3 de la Decisión 462 se refiere únicamente al alcance de dicha norma comunitaria y no de las demás normas comunitarias como la Decisión 351, por lo que no tiene ninguna incidencia en esta última. Asimismo, se

⁸⁹ Véase escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM de 10 de Noviembre de 2017, p. 10, 11 y 24.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 22 al 24

⁹¹ Véase escrito de la empresa Directv de 10 de octubre de 2017, p. 64

⁹² *Ibíd.*, p. 11 y 12

⁹³ Véase escrito de la empresa Direct de 10 de octubre de 2017, p. 19; y, escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM de 10 de noviembre de 2017, p. 25

⁹⁴ Véase Acta de la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/007/2017.

⁹⁵ Véase documento titulado “Comentarios a la contestación al reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. a la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento”, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, páginas 37 y 38.

⁹⁶ Véase documento titulado “Comentarios a la contestación al reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. a la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento”, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, p. 37 y 38

observa que la presente controversia no versa sobre el incumplimiento de disposición alguna de la mencionada Decisión sino sobre el alegado incumplimiento de las disposiciones de la Decisión 351, del Tratado de Creación del TJCA y del Estatuto del TJCA. Lo anterior se dejó establecido en las Notas de traslado de los reclamos SG/E/SJ/1305/2017, SG/E/SJ/1496 y SG/E/D3/1771/2017, de 13 de julio, 11 de agosto y 11 de septiembre de 2017, respectivamente.

[160] Sin perjuicio de lo anterior, hay que considerar que aún si el tema versara sobre un asunto no regulado, de incidir o tener un efecto en normas comunitarias, la Secretaría General sería igualmente competente para analizar este aspecto, no obstante ello, este órgano comunitario deberá analizar cada caso en concreto. 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 estos.

[161] Dicho esto, la evaluación de los actos y conductas 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.

[162] Con base en lo señalado, se confirma la competencia de la Secretaría General para conocer de los reclamos presentados por Caracol y RCN, objeto de este dictamen.

5.1.2. Controversia contractual

[163] El Gobierno de Colombia alegó que Caracol pretende acudir a la Comunidad Andina con el fin de solucionar una controversia de tipo contractual. Así, en la reunión informativa del expediente FP/SJ/006/2017 señaló que el reclamante, en el contrato de concesión, aceptó incorporar normas de orden público colombiano, entre ellas el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, que garantizan el libre acceso y circulación de información y el pluralismo informativo.⁹⁷

[164] Asimismo, en la contestación del reclamo del expediente FP/SJ/007/2017, la reclamada alegó:

*"En este mismo sentido, el reclamante era consciente que en los términos descritos por el artículo 334 de la Constitución Política, el Estado colombiano cuenta con la facultada (sic) legal y constitucionalmente reconocida de intervenir en los servicios públicos, con el fin de racionalizar la economía y de este modo propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes."*⁹⁸

"De lo anterior se desprende, que la reclamación sobre la supuesta afectación de los derechos de Caracol es eminentemente contractual, y que el contrato prevé el equilibrio y forma de remuneración en su condición de operador de televisión abierta."

En ese orden de ideas, el sistema andino en su fase prejudicial o judicial no se diseñó para conocer de posibles reclamaciones contractuales de particulares contra el Estado. Por esta razón, la República de Colombia considera que la Secretaría

⁹⁷ Véase Oficio OALI-103 de 21 de septiembre de 2017, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/006/2017, p. 9 al 11

⁹⁸ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017), p. 4

General de la Comunidad Andina (en adelante SGCAN) no es competente para conocer este conflicto.”⁹⁹

“Es cuestionable que ante las autoridades de la Comunidad Andina el reclamante utilice una norma comunitaria (art. 39 de la Decisión 351), para tratar de desconocer las obligaciones contractuales, legales y los principios constitucionales (muchos de ellos incluidos por tratados internacionales) que irradian el ordenamiento jurídico colombiano y que él asumió para con el Estado, desde hace más de una década (1997)”¹⁰⁰

“(…) la Secretaría de la Comunidad Andina observará que al celebrar el contrato de concesión y su respectiva prórroga, el reclamado está autorizando la retransmisión de sus emisiones por parte de los Operadores de Televisión por Suscripción.

Lo anterior se infiere de manera clara del actuar de Caracol Televisión, durante toda la ejecución del contrato estatal celebrado y luego prorrogado con la Comisión nacional de Televisión. En efecto, el contrato de concesión, se ha venido ejecutando de manera pacífica entre los distintos operadores en cuanto a la obligación establecida en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001; es decir, por más de 12 años el reclamante permitió la retransmisión de sus señales.”¹⁰¹

“Si el reclamante consideraba que el contrato de concesión, violaba su derecho de autorizar o prohibir la retransmisión, bien podría en ejercicio de su autonomía privada abstenerse de prorrogar el término del contrato. Pero no fue así, firmó un otrosí al contrato y actualmente se encuentra prestando el servicio de televisión en esas condiciones.”¹⁰²

[165] En referencia al expediente FP/SJ/008/2017, el Gobierno de Colombia alegó que al suscribir el contrato de concesión y su respectiva prórroga, RCN está autorizando la retransmisión de sus emisiones por parte de los Operadores de Televisión por Suscripción.¹⁰³ Asimismo, indica que lo anterior se concluye de que el reclamante permitió la retransmisión de sus señales por más de doce años, además de que la autorización de la retransmisión concedida por el reclamante encuentra asidero en la cláusula primera del contrato de concesión.¹⁰⁴

[166] En ese sentido la reclamada señala que *“los reclamantes al celebrar los contratos de concesión con el Estado colombiano consintieron en la retransmisión de sus señales a través de la televisión por suscripción.”¹⁰⁵* Además, indica que si el reclamante consideraba que el contrato de concesión, violaba su derecho de autorizar o prohibir la retransmisión, bien podrían en ejercicio de su autonomía privada, abstenerse de prorrogar el término del contrato; cuestión que no fue así, por lo que actualmente se encuentra prestando el servicio de televisión en esas condiciones.¹⁰⁶

[167] En la reunión informativa del 21 de noviembre de 2017, el Gobierno de Colombia reiteró lo anterior; y señala que si bien el reclamo no hace alusión al contrato de concesión, la

⁹⁹ Ibid., p. 6

¹⁰⁰ Ibid., p. 25

¹⁰¹ Ibid., p. 42

¹⁰² Ibid., p. 44

¹⁰³ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 81

¹⁰⁴ Ibid., p. 82

¹⁰⁵ Ibid., p. 83

¹⁰⁶ Ibidem.

cláusula cuarta del Otrosí establece los principios en los que se rige el contrato, entre los que resalta la preeminencia del interés público sobre el interés privado.¹⁰⁷

[168] En ese orden de ideas, el Gobierno de Colombia alega que *“la reclamación sobre la supuesta afectación de los derechos de Caracol (SIC) es eminentemente contractual, y que el contrato prevé el equilibrio y forma de remuneración en su condición de operador de televisión abierta.”*¹⁰⁸ Además alegó que el sistema andino en su fase prejudicial o judicial no se diseñó para conocer de posibles reclamaciones contractuales de particulares contra el Estado; por lo que la SGCAN no sería competente para conocer de este conflicto.¹⁰⁹

[169] Por lo anterior, el Gobierno de Colombia solicita que se inadmita los reclamo de los expedientes FP/SJ/007/2017 y FP/SJ/008/2017, por cuanto las reclamaciones sobre la supuesta afectación de los derechos de Caracol y RCN son eminentemente contractuales, y el contrato de concesión prevé el equilibrio y forma de remuneración en su condición de operadores de televisión abierta. En ese sentido, el gobierno de Colombia considera que la Secretaría General de la Comunidad Andina no sería competente para conocer de ese conflicto, ya que el sistema andino en su fase prejudicial o judicial no se diseñó para conocer las posibles reclamaciones contractuales de particulares contra el Estado.¹¹⁰

[170] En el mismo sentido de la reclamada, en la información proporcionada por Directv¹¹¹ el 10 de octubre de 2017 y en el escrito conjunto de Directv, Telmex y UNE EPM¹¹² de 10 de noviembre del mismo año, se indica que en los contratos de concesión sí se da una autorización previa y expresa al concesionario para que autorice la retransmisión de la señal abierta de televisión por parte de los operadores de servicios de televisión por suscripción.

[171] Estas últimas agregan que existe un sinnúmero de actos propios tales como: *“los contratos de concesión y los casi veinte (20) años que han transcurrido sin que se hubiera considerado que existió tal incumplimiento del ordenamiento jurídico andino”*, que avalarían que las reclamantes habrían autorizado la retransmisión.¹¹³

[172] En sentido contrario, en la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, Caracol señaló que no existe una controversia contractual, en tanto que el contrato de concesión no se ha incumplido y este no limita ni crea excepciones al derecho de retransmisión a través de los sistemas de televisión cerrada; además, el objeto del incumplimiento es la interpretación equivocada del derecho conexo de autor hecha por el TSDJB con base en una obligación legal exclusiva de los Operadores de Televisión Cerrada.¹¹⁴ Con motivo de la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, expediente FP/SJ/007/2017, Caracol reitera que no se trata de una controversia contractual.¹¹⁵

[173] Por su parte, en la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, la empresa RCN señaló que en su reclamo no se alega incumplimiento del contrato de concesión con el

¹⁰⁷ Véase Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

¹⁰⁸ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 85

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017), p. 45 y escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 88

¹¹¹ Véase escrito de la empresa Directv de 10 de octubre de 2017, p. 64

¹¹² Véase escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM de 10 de noviembre de 2017, p. 29

¹¹³ *Ibid.*, p. 73 y 75

¹¹⁴ Véase resumen de la presentación de la empresa Caracol, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/006/2017.

¹¹⁵ Véase Acta de la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/007/2017.

Estado colombiano, ni el reclamo implica desconocer obligaciones contractuales, ni se cuestiona la capacidad del Estado para intervenir por mandato de ley en los servicios públicos.¹¹⁶ Por lo anterior, observa que no se trata de una controversia contractual.¹¹⁷

[174] En cuanto al alegato de la aceptación tácita de la retransmisión, Caracol indica que el consentimiento o autorización tácita en el tiempo, no configura renuncia del derecho y, mucho menos, mala fe. Asimismo, señala que un derecho otorgado por ley no se pierde por no usarse.¹¹⁸ Agrega que se intenta interpretar el sentido de la cláusula primera del Contrato de concesión y Otrosí de forma acomodada.¹¹⁹

[175] Por su parte, RCN agrega que no existe ninguna referencia en el contrato de concesión ni en su prórroga, en el que se indique que renuncia al ejercicio de los Derechos Conexos que se le confieren en la legislación supranacional para efectos de la retransmisión de sus emisiones.¹²⁰ Además que ningún contrato puede concebirse como instrumento jurídico propio para derogar o abolir garantías y derechos en materia de Derechos Conexos, contenidas en disposiciones amparadas por un Tratado internacional como el de la Comunidad Andina.¹²¹

[176] Asimismo, indica que al expedirse la Ley 680 de 2001 se encontraban vigentes en Colombia las disposiciones del Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Decisión 351, por lo que la interpretación del artículo 11 de la citada Ley no podría vulnerar las reglas y los estándares que establece el ordenamiento jurídico comunitario.¹²²

Análisis de la SGCAN

[177] La Secretaría General observa que la presente controversia no versa sobre los contratos de concesión de las reclamantes Caracol y RCN, sino sobre el alegado incumplimiento de las disposiciones de la Decisión 351, del TCTJCA y del Estatuto del TJCA. Lo anterior se dejó establecido en las Notas de traslado de los reclamos SG/E/SJ/1305/2017, SG/E/SJ/1496 y SG/E/D3/1771/2017, de 13 de julio, 11 de agosto y 11 de septiembre de 2017, respectivamente.

[178] Bajo estas consideraciones, se trata aquí de determinar la conformidad de las conductas reclamadas con el ordenamiento jurídico comunitario y no de evaluar la relación contractual existente entre el Gobierno colombiano y las reclamantes.

[179] Con base en lo señalado, se desestima el alegato del Gobierno de Colombia, confirmando la competencia de la Secretaría General para conocer los reclamos presentados.

¹¹⁶ Véase documento titulado “Comentarios a la contestación al reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. a la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento”, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, p. 22

¹¹⁷ Véase Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

¹¹⁸ Véase Acta de la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/007/2017.

¹¹⁹ Véase Resumen de la presentación de la empresa Caracol, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/006/2017.

¹²⁰ Véase Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

¹²¹ Véase documento titulado “Comentarios a la contestación al reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. a la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento”, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, p. 24 y 25

¹²² Véase documento titulado “Comentarios a la contestación al reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. a la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento”, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, p. 23

5.1.3. La fase prejudicial de la acción de incumplimiento no puede ser usada como instancia de revisión de las decisiones de jueces y entidades administrativas de carácter nacional

- [180] En la reunión informativa del expediente FP/SJ/006/2017, el Gobierno de Colombia señaló que la Secretaría General no es una tercera instancia y citó los Dictámenes 003-2010 y 008-2015 de la SGCAN y el Proceso 02-AI-2008 del TJCA.¹²³ En el expediente FP/SJ/008/2017 el gobierno de Colombia señaló que *“RCN Televisión, pretende hacer uso de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento a modo de ‘tercera instancia’ o instancia de revisión, con el propósito de lograr que el mecanismo de resolución de diferencias andino falle a su favor una controversia que en el ámbito nacional ha sido contraria a sus intereses.”*¹²⁴
- [181] Además, recuerda a la SGCAN que los Países Miembros no han cedido sus competencias soberanas a las instituciones comunitarias para que se pronuncien acerca de un litigio que corresponde resolver a los jueces nacionales en determinado caso concreto.¹²⁵ En ese sentido, en la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, el gobierno de Colombia agregó que ni RCN ni Caracol han acudido al Consejo de Estado; cuestión que debió hacerse, ya que ese Órgano es el competente para dirimir.¹²⁶ Por lo anterior, solicita a la Secretaría General que analice el reclamo con el cuidado que el asunto amerita, garantizándose la independencia de los jueces nacionales.¹²⁷
- [182] Por su parte, las empresas Directv, Telmex y UNE EPM observan que ni la SGCAN ni el TJCA pueden actuar como tribunal de instancia que revise la decisión judicial del TSDJB. Como sustento de lo mencionado citan el Dictamen 07-2012.¹²⁸
- [183] En sentido contrario, en la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, Caracol señaló que en efecto la acción de incumplimiento no es una tercera instancia ni ese es su objeto; no obstante, los jueces nacionales no pueden desconocer el derecho andino, ni mucho menos interpretarlo o separarse de las interpretaciones prejudiciales del TJCA en sus decisiones judiciales.¹²⁹
- [184] Por su parte, en la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, RCN indica que los dictámenes de la SGCAN no se consideran fallos, ya que únicamente son opiniones calificadas.¹³⁰ Agrega que es erróneo considerar que se hace uso de la fase prejudicial a modo de tercera instancia, no solo porque esta es inexistente en el Derecho Comunitario sino porque es inconcebible atribuirle a los dictámenes de la Secretaría General el

¹²³ Véase Oficio OALI-103 de 21 de septiembre de 2017, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/006/2017, p. 1 al 3.

¹²⁴ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 5

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 5 al 7

¹²⁶ Véase Acta de la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

¹²⁷ Véase Oficio OALI-103 de 21 de septiembre de 2017, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/006/2017, p. 1 al 3; y, escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 5 al 7

¹²⁸ Véase escrito de las empresas Directv, Telmex y UNE EPM de 10 de Noviembre de 2017, p. 103 a 106.

¹²⁹ Véase Resumen de la presentación de la empresa Caracol, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/006/2017.

¹³⁰ Véase Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

carácter de una “*fallo a favor*”.¹³¹ Además, se está desconociendo que el dictamen es un requisito de procedibilidad de la acción de incumplimiento.¹³²

[185] Asimismo, RCN señaló que no se puede pretender que se acuda primero a los tribunales nacionales; por lo que observa la interpretación que realiza el gobierno de Colombia sobre la acción de incumplimiento y el artículo 31 del TCTJCA.¹³³

[186] Concluye señalando que RCN no ha pretendido, ni pretende que los órganos comunitarios en esta acción de incumplimiento se constituyan en una instancia revisora de actos jurisdiccionales internos. Además, recalca que no se ha acudido simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31 del TCTJCA, en observancia del artículo 25 del mismo Tratado, como consta del juramento presentado como condición para la admisión del reclamo.¹³⁴

Análisis de la SGCAN

[187] La Secretaría General observa que está reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario y la jurisprudencia andina que una sentencia 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*”.¹³⁵ (El énfasis nos corresponde).

[188] 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.

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

¹³¹ Véase documento titulado “Comentarios a la contestación al reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. a la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento”, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, p. 25.

¹³² *Ibíd.*, p. 26.

¹³³ Véase Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

¹³⁴ Véase documento titulado “Comentarios a la contestación al reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. a la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento”, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, p. 27.

¹³⁵ 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.

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.”¹³⁶ (El énfasis nos corresponde)

[189] 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 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.” (El énfasis nos corresponde).

[190] La Secretaría General considera necesario aclarar que la fase prejudicial de la acción de incumplimiento no es una tercera instancia de las sentencias dictadas por los tribunales nacionales; ya que su único fin es emitir un dictamen (*opinión calificada*), respecto del cumplimiento o no del ordenamiento jurídico comunitario y no propiamente sobre la materia de la litis de la sentencia nacional.

[191] En otro tema, se observa que no es un requisito de admisibilidad de la acción de incumplimiento el agotamiento de todas las vías nacionales; por lo que no es necesario que las reclamantes acudan previamente al Consejo de Estado de la República de Colombia. Por otro lado, el artículo 25 del TCTJCA excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31 del mismo Tratado, por la misma causa; en el mismo sentido, el artículo 14 de la Decisión 623 establece como requisito de admisibilidad de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento la declaración juramentada de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional.

[192] Con base en lo señalado, se desestima el alegato del Gobierno de Colombia, confirmando la competencia de la Secretaría General para conocer de los reclamos presentados.

5.1.4. La acción de incumplimiento no tiene como objeto la tasación económica de una supuesta afectación o daño causado

¹³⁶ 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.

[193] El Gobierno de Colombia indica que en el numeral IX del reclamo de la empresa Caracol, este presenta lo que considera la “tasación económica de la afectación”.¹³⁷ Al respecto, señala que esta argumentación únicamente podría ser considerada a efectos del reconocimiento de un derecho subjetivo que la reclamante alega como presuntamente vulnerado¹³⁸, pero no para adelantar un pronunciamiento sobre temas relacionados con el presunto daño o afectación. En ese sentido, solicita a la Secretaría General que rechace de plano esta argumentación por ser un asunto ajeno a la fase prejudicial de la acción de incumplimiento¹³⁹; y, deje en claro en el dictamen que este asunto está por fuera del objeto de análisis que adelanta.¹⁴⁰ Agregó además, en la reunión informativa del 21 de septiembre de 2017, que no se ha causado un perjuicio injustificado al interés legítimo de Caracol.¹⁴¹

[194] Por su parte, la empresa Directv, en su escrito de 10 de octubre de 2017, indica que la acción de incumplimiento andina no es el mecanismo para obtener una declaración de perjuicios y mucho menos es un instrumento de tasación económica de una supuesta afectación o daño causado.¹⁴² Agrega que para obtener una condena contra la ANTV, Caracol debió acudir a la acción de controversias contractuales prevista en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, en el marco del contrato de concesión.¹⁴³

[195] Asimismo, Directv, Telmex y UNE EPM en su escrito de 10 de noviembre de 2017 indican que la SGCAN no tiene jurisdicción ni competencia para pronunciarse sobre las pretensiones indemnizatorias o de condena como las que plantean las reclamantes en sus diferentes reclamos.¹⁴⁴

Análisis de la SGCAN

[196] La Secretaría General observa que en los reclamos presentados por Caracol, el 6 y 21 de julio de 2017 (FP/SJ/006/2017 y FP/SJ/007/2017) consta como pretensión que se “*ORDENE*” a la República de Colombia a resarcir los daños y perjuicios que el incumplimiento haya causado a las reclamantes. Asimismo, en la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, Caracol señala como propuesta de compromiso para la República de Colombia, que se indemnicen los perjuicios causados a los reclamantes desde junio de 2014.¹⁴⁵

[197] Sobre este particular, se considera que de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Decisión 623, en concordancia con los artículo 24 y 25 del TCTJCA, la fase prejudicial de la acción de incumplimiento culmina con la emisión de un “*dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídicos de la Comunidad Andina que hubieren sido identificadas en el reclamo.*” Ahora bien, es necesario aclarar que los dictámenes de la SGCAN no tienen la fuerza de una sentencia, por no haber sido emitidas por un órgano jurisdiccional, ni tampoco de una Resolución de la Secretaría General; lo que es más, el TJCA ha

¹³⁷ Véase Acta de la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/007/2017.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017), p. 44

¹⁴¹ Véase Oficio OALI-103 de 21 de septiembre de 2017, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/006/2017, p. 6

¹⁴² Véase escrito de la empresa Directv de 10 de octubre de 2017, p. 65 al 67

¹⁴³ *Ibid.*, p. 66

¹⁴⁴ Véase escrito de las empresas Directv, Telmex. y UNE EPM de 10 de Noviembre de 2017, p. 15 al 20.

¹⁴⁵ Véase Resumen de la presentación de la empresa Caracol, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de septiembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/006/2017.

señalado que el dictamen únicamente tiene la característica de un acto intermedio o acto preparatorio.¹⁴⁶

“En esencia, desde el punto de vista sustancial, tales dictámenes, emitidos dentro del procedimiento establecido para adelantar la acción de incumplimiento, no son otra cosa que opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial.

Aunque no obligan ni son vinculantes con respecto a la decisión del juez comunitario, deben ser emitidos como una obligación de la Secretaría General y como un requisito sin el cual, la acción, por lo general, no puede ser establecida.”¹⁴⁷
(El énfasis nos corresponde)

[198] A mayor abundamiento, cabe señalar que el artículo 110 de la Decisión 500, en concordancia con los artículos 30 del TCTJCA, establece que la sentencia de incumplimiento del TJCA es un título legal y suficiente para que se pueda solicitar a los jueces nacionales competentes la indemnización de los daños y perjuicios que correspondiere. En ese sentido, el ordenamiento jurídico andino solo ha conferido a las sentencias del TJCA la calidad de un instrumento legal para que ante instancias nacionales se soliciten la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios.

[199] Por lo anterior, se acoge el alegato de la República de Colombia y se desestiman las pretensiones de Caracol respecto a que en el presente dictamen se evalúe y ordene a la República de Colombia la indemnización a las reclamantes, ya que la Secretaría General no es competente para pronunciarse sobre eventuales indemnizaciones.

5.2. Sobre sí el reclamo cumple los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623:

5.2.1. Identificación o descripción clara de las medidas o conductas que constituyen el presunto incumplimiento al ordenamiento comunitario

[200] El Gobierno de Colombia indica que la Circular 045 de 2014 no podría implicar un incumplimiento al artículo 39 de la Decisión 351, toda vez que dicho acto administrativo era una medida transitoria que a la fecha ya no se encuentra vigente.¹⁴⁸ Explica que la Circular en mención estuvo vigente hasta la emisión de la Resolución 2291 de 22 de septiembre de 2014, la cual también es objeto del reclamo de Caracol¹⁴⁹, y que por lo tanto ha perdido su fuerza ejecutoria.

[201] Con motivo de la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, ante la pregunta realizada por la Secretaría General, el gobierno de Colombia señaló que la Circular 045 se entendió derogada con la expedición de la Resolución 2291.¹⁵⁰ La Circular tenía una vigencia temporal que con efecto de la expedición de la mencionada Resolución desapareció su sustento, dando lugar a la figura del decaimiento de la norma.¹⁵¹

[202] Por lo anterior, la reclamada señala que ante la ausencia de objeto de la denuncia, de conformidad con el artículo 61 de la Decisión 500, no procede su interposición. En ese

¹⁴⁶ Proceso 03-AN-2006 de 7 de marzo de 2017, publicado en la GOAC 1496 de 14 de mayo de 2006, p. 8

¹⁴⁷ Ibid., p. 7

¹⁴⁸ Véase Acta de la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/007/2017.

¹⁴⁹ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017), p. 8

¹⁵⁰ Véase Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

¹⁵¹ Ibidem.

sentido, solicita a la Secretaría General que declare infundada la reclamación en relación con este extremo del reclamo¹⁵² e inadmita el reclamo en contra de dicho acto administrativo.¹⁵³

Análisis de la SGCAN

[203] La Secretaría General encuentra que la Circular 045 de 12 de junio de 2014 era una medida provisional, vigente hasta que la ANTV resolviera la actuación administrativa iniciada mediante Resolución 1612 de 5 de mayo de 2014. Esto último ocurrió con la emisión de la Resolución 2291 de 22 de septiembre de 2014, que también es objeto del presente dictamen.

[204] Conforme lo anterior, al no encontrarse en vigencia la Circular 045 de 12 de junio de 2014, carece de objeto que la Secretaría General se pronuncie sobre este extremo.

5.2.2. Razones por las que se considera que las medidas constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico comunitario

[205] El Gobierno de Colombia, en relación con el expediente FP/SJ/008/2017, alega que RCN no acreditó las razones por las cuales considera que el fallo del 22 de marzo de 2017 es contrario a los artículos 32 del TCTJCA y 121 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“El reclamante no adujo las razones por las cuales considera que la conducta del TSDJB, incumplió con los citados artículos (32 y 121), con lo cual vulneran los derechos al debido proceso y la defensa. Eso por cuanto para la República de Colombia es imposible construir un argumento en su defensa sin conocer las razones por las cuales, en opinión del reclamante, fueron desconocidos los citados artículos. Esta situación se constituye en un incumplimiento al artículo 14 e) de la Decisión 623.”¹⁵⁴

[206] Además, cita el Dictamen 04-2011, en el que la Secretaría General resaltó la importancia de los literales c), d), y e) del artículo 14 de la Decisión 623; y, solicita que se inadmita el reclamo en el sentido del supuesto incumplimiento de los artículos 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 de la Decisión 500. Subsidiariamente, solicita que se dictamine que la República de Colombia no incumple lo dispuesto por los artículos 32 y 121, antes citados.

[207] En sentido contrario, con ocasión de la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, RCN señala que las razones de sus alegatos se encuentran en las páginas 4, 5, 69 y 70 de su reclamo.¹⁵⁵

Análisis de la SGCAN

[208] La Secretaría General encuentra que las razones del supuesto incumplimiento por parte del Gobierno de Colombia de las disposiciones contenidas en los artículos 32 del TCTJCA y 121 del Estatuto del TJCA sí constan en el reclamo presentado por RCN, en

¹⁵² Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017), p. 8

¹⁵³ Ibid., p. 45

¹⁵⁴ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 3

¹⁵⁵ Véase documento titulado “Comentarios a la contestación al reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. a la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento”, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, p. 28 a la 30.

específico en las páginas 4, 5, 69 y 70. En las Notas SG/E/D3/1626/2017 y SG/E/D3/1769/2017, de 24 de agosto y 11 de septiembre de 2017, respectivamente, la Secretaría General acreditó el cumplimiento de este requisito. Por lo anterior, se desestima el alegato del Gobierno de Colombia y se ratifica lo indicado en las notas antes citadas.

5.2.3. Recurrir simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional

[209] El Gobierno de Colombia indica que “(...) desde el pasado 15 de abril de 2016 se tramita ante el Consejo de Estado de Colombia una demanda de nulidad simple en contra de los artículos primero y segundo de la Resolución 2291 de 2014.”¹⁵⁶ Con motivo de la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, el gobierno de Colombia volvió a referirse al asunto e indicó que la Secretaría General debería abstenerse de pronunciarse sobre esa Resolución.¹⁵⁷

[210] La reclamada alega que esto debería ser así, ya que en la reforma de la demanda antes señalada se incorporó como causal de nulidad la violación de la Decisión 351, por lo que en su entender el sentido del fallo impacta directamente en la acción de incumplimiento que se adelantó en el expediente FP/SJ/007/2017.¹⁵⁸

[211] En lo que concierne al expediente FP/SJ/008/2017, la reclamada señala que es consciente que parte del objeto de ese expediente es la Resolución 1022 de 2017 (no la Resolución 2291 de 2014); sin embargo indica que esa resolución, al igual que la Resolución 2291 de 2014, limitan el derecho de los operadores de televisión.¹⁵⁹ Por lo anterior, solicita a la Secretaría General que declare que existe una actuación ante un tribunal nacional y, por lo tanto, también se abstenga de adelantar ese procedimiento para evitar determinaciones contradictorias.¹⁶⁰

[212] Adicionalmente, la reclamada aclara que si bien no existe identidad de partes, ya que la acción ante el Consejo de Estado fue propuesta por otra persona diferente a Caracol¹⁶¹ y RCN¹⁶², es necesario que se consideren sus efectos.¹⁶³

[213] Por su parte, Caracol alega que no existe acción judicial pendiente en el Consejo de Estado y que tampoco puede alegarse que la acción de nulidad intentada por otras empresas convierta al reclamo en una tercera instancia.¹⁶⁴

Análisis de la SGCAN

[214] La Secretaría General encuentra que, revisada la Prueba No. 2 de la Contestación al reclamo de la empresa Caracol de fecha 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017) y el Anexo 6 de la Contestación al reclamo de la empresa RCN de fecha 10 de noviembre de

¹⁵⁶ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017) y página 86 del escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 6

¹⁵⁷ Véase Acta de la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/007/2017.

¹⁵⁸ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017), p. 7; y, escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 87

¹⁵⁹ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 87

¹⁶⁰ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017), p. 7; y escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 87

¹⁶¹ Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de octubre de 2017 (FP/SJ/007/2017), p. 6

¹⁶² Véase escrito de contestación del Gobierno de Colombia de 10 de noviembre de 2017 (FP/SJ/008/2017), p. 86

¹⁶³ Acta de la reunión informativa de 18 de octubre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/007/2017.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

2017 (FP/SJ/008/2017), entre la acción de nulidad radicada con el expediente 2015-00391-00 del Consejo de Estado de Colombia y el presente expediente de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento no existe identidad en los sujetos accionantes, ni el objeto de la pretensión, ni la causa ni el interés jurídico a ser tutelado.

[215] Así, en el proceso referido por el Gobierno de Colombia consta como actor el señor Danilo Mauricio Vergara Ospina y como demandado la ANTV; el objeto de la pretensión es que se declare la nulidad de los artículos primero y segundo de la Resolución 2291 del 22 de septiembre de 2014; en cuanto a la causa, es la violación del artículo 2 de la Constitución Política de la República de Colombia, el 13 de la Ley 182 de 1995 y el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009; finalmente, el bien jurídico tutelado es el derecho constitucional a la participación ciudadana en la emisión de actos administrativos con carácter general. De lo anterior se observa que no existe ninguna identidad con los reclamos que se analiza en este dictamen.

[216] Adicionalmente, una vez verificada la página de consulta de procesos del Consejo de Estado de Colombia, se observa que la reforma de la demanda, a la que hace alusión el Gobierno de Colombia, fue rechazada por extemporánea.

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

6. CUESTIÓN DE FONDO

6.1. Consideraciones Generales

6.1.1. Uso de términos (recepción, transmisión, distribución, transporte, retransmisión)

[218] Con la finalidad de mejor entender la fundamentación del uso de los términos acuñados por las diversas autoridades colombianas referentes a la transmisión, distribución, recepción, retransmisión, etc.; el presente dictamen presenta un resumen de la evolución de los referidos términos en relación con las autoridades colombianas que hicieron uso de los mismos.

6.1.2. Congreso de la República

[219] El Congreso de la República emitió la Ley 680, la cual, en el artículo 11 materia del presente reclamo, señala lo siguiente:

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. (El énfasis nos corresponde).

[220] Como se aprecia de una lectura a dicho artículo, el legislador marcó la obligación a cargo de los operadores de televisión por suscripción, de garantizar a los suscriptores la *recepción* de los canales colombianos. No obstante ello, dicha norma menciona además que la *transmisión* de canales locales estará condicionada a la capacidad técnica del operador.

6.1.3. Corte Constitucional de Colombia

[221] La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-654 del 5 de agosto de 2003, al resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 11 de la Ley 680, hace uso del término '*recepción*' al explicar que "(...) la televisión por suscripción (...) está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la **recepción**".¹⁶⁵ Asimismo, al analizar el caso en concreto señala que "(...) El artículo 11 de la Ley 680 de 2001, bajo revisión, impone a los operadores de televisión por suscripción el deber de garantizar, sin costo alguno para los suscriptores, la **recepción** de los canales colombianos de televisión abierta...".¹⁶⁶ Continúa con el uso del término '*recepción*' al hablar de la intención que el legislador tuvo al dictar la referida norma, tal y como se aprecia a continuación: "(...) La finalidad buscada por el legislador al disponer en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 que los operadores de televisión por suscripción tienen el deber de garantizar, sin costo alguno para los suscriptores, la **recepción** de los canales de televisión abierta..."¹⁶⁷ y cuando analiza que "(...) resulta adecuado imponerle a los operadores de dicho servicio el deber de garantizarles a sus suscriptores la **recepción** de los canales de la televisión abierta".¹⁶⁸

[222] Sin embargo, la Corte Constitucional migra del término '*recepción*' al término '*transmisión*' (y derivados) sin que medie una explicación al respecto que permita identificar con claridad el por qué de la migración de un término a otro. Así, a partir de la página 18 de la Sentencia C-654, se usa el término '*transmisión*' (y derivados) tal y como se aprecia a continuación: "(...) Puede afirmarse, incluso, que lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto **transmiten** a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto"¹⁶⁹, y cuando dice que "(...) la norma acusada condiciona la **transmisión** de los canales locales de televisión abierta..."¹⁷⁰ y, finalmente vuelve a mencionar este término al señalar que: "(...) la medida bajo análisis tampoco puede ser entendida como una forma de confiscación, pues es evidente que la obligación impuesta a los operadores de la televisión por suscripción de **transmitir** los canales de la televisión abierta no acarrea el absoluto despojo, sin compensación alguna..."¹⁷¹

[223] Como se aprecia, la Corte Constitucional hace uso de los términos '*recepción*' y '*transmisión*' sin justificar el por qué de la utilización de uno y otro en diversas partes de su sentencia. Esta Corte tampoco realiza una clara definición de los referidos términos.

6.1.4. Autoridad Nacional de Televisión

[224] Como pasaremos a explicar a continuación, tanto en las resoluciones como en las actas emitidas por la ANTV, dicha autoridad ha procedido a utilizar, de manera indistinta, diversos términos sin que en ninguno de los documentos oficiales emitidos por dicha autoridad exista una clara explicación que fundamente el uso aleatorio de dichos términos.

[225] Así se tiene que en la Resolución No. 2291 del 22 de setiembre de 2014, la ANTV, en el punto 3.4, referido a la garantía de recepción de señales abiertas sin costo alguno, señaló lo siguiente: "(...) la obligación dada por ley se refiere a garantizar que los suscriptores,

¹⁶⁵ Sentencia C-654., p. 15

¹⁶⁶ Ídem.

¹⁶⁷ Íbid., p. 17

¹⁶⁸ Íbid., p. 18

¹⁶⁹ Ídem.

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ Ídem.

sin costo alguno, cuenten con la **recepción** de los canales colombianos de televisión abierta “.¹⁷² Continúa la ANTV con el uso del término ‘*recepción*’ cuando al explicar la finalidad constitucional de la obligación de garantía de recepción de las señales abiertas en las sistemas de televisión cerrada, refiere lo siguiente: “(...) es pertinente ahora profundizar en el análisis de la finalidad que cumple la obligación de garantía de **recepción** de señales conforme con las consideraciones jurisprudenciales dados por la Corte Constitucional en Sentencia C-654 de 2003...”¹⁷³ En ese mismo orden de ideas, en la página 37 de la referida resolución se menciona que: “(...) La finalidad es que los operadores de televisión por suscripción garanticen la **recepción** de la televisión abierta, sin costo para el usuario, y con ello el derecho al pluralismo informativo”¹⁷⁴

[226] Si bien hasta ahora la ANTV había sido consecuente con el uso del término ‘*recepción*’; en la página 38 de la referida Resolución No. 2291 se verifica que esta hace un uso indistinto de los términos ‘*recepción*’ y ‘*transmisión*’. Así, dicha entidad señaló lo siguiente: “(...) la Corte declara exequible el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 ... porque la carga para los operadores de televisión por suscripción de garantizar la **recepción** de la televisión abierta, en cuanto **transmiten** a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta...”¹⁷⁵

[227] Haciendo uso del término ‘*transmisión*’, la precitada resolución señaló, también, lo siguiente: “(...) En este contexto así definido, es claro para la ANTV que el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001... debe realizarse con la **transmisión** de los contenidos... Luego entonces, considera esta Autoridad que deberán los concesionarios del servicio de televisión abierta radiodifundida permitir a los concesionarios y licenciatarios de televisión cerrada la **transmisión** de cualquiera de sus señales...”¹⁷⁶

[228] En la Circular No. 045 del 12 de junio de 2014, la ANTV mencionó, en relación a la **transmisión**, lo siguiente: “(...) A los operadores del servicio de televisión abierta privada nacional, para que ... garanticen la disposición de sus señales en sus diferentes configuraciones (analógica y digital HD) para su **transmisión** a través de la televisión por suscripción”¹⁷⁷ y “(...) A los operadores del servicio de televisión por suscripción, para que ... garanticen la **transmisión** de las señales abiertas nacionales en sus diferentes configuraciones (analógica y digital HD)...”¹⁷⁸

[229] En el punto 4) de la Resolución No. 2291, referido a las conclusiones, la ANTV nuevamente menciona el término ‘*transmisión*’ pero esta vez lo hace relacionándolo al término ‘*distribución*’, tal y como se aprecia a continuación: 2(...) esta obligación se debe cumplir con la **transmisión y distribución** por su sistema de los contenidos del canal... y cuando ocurra el apagón analógico, dicha obligación se debe cumplir sólo con la **transmisión** del canal principal digital”¹⁷⁹

[230] En la misma Resolución No. 2291 se vuelve a abordar el término ‘*distribución*’ para resolver sobre un punto que antes había sido tratado bajo los términos ‘*transmisión*’ y ‘*recepción*’. Así se tiene que en el artículo primero de la parte resolutive de la referida resolución se ordena a los operadores de televisión cerrada a “(...) **distribuir** la señal de los canales de televisión abierta, en los términos del artículo 11 de la Ley 680 de 2001

¹⁷² Resolución 2291, p. 34

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 35

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 37

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 38

¹⁷⁶ *Ibíd.*, p. 50

¹⁷⁷ Circular 45, p. 1

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 1

¹⁷⁹ Resolución 2291. p. 70

». ¹⁸⁰ El artículo resolutivo segundo regresa al término '*transmisión*' al señalar que "(...) no podrán negar su consentimiento previo y expreso a los operadores de televisión cerrada para la **transmisión** de la señal que dichos radiodifusores escojan con el fin de dar cumplimiento a la obligación de que trata el artículo primero de esta resolución". ¹⁸¹

[231] Finalmente, en la Resolución No. 1022 del 12 de junio de 2017 (la resolución más actual de todas las analizadas), se verifica que la ANTV fundamenta su parte resolutive haciendo uso del término '*distribución*' y ya no hace uso de los términos '*recepción*' o '*transmisión*' como había sido su práctica en el pasado. Así se aprecia, en su parte resolutive, lo siguiente: "(...) los operadores de televisión por suscripción deberán **distribuir** sin costo alguno a sus suscriptores la señal de los canales principales de la totalidad de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional y regional... La **distribución** de la señal de los concesionarios de televisión local estará condicionada a la capacidad técnica del operador de televisión cerrada ...en todo caso los operadores de televisión por suscripción deberán **distribuir** la señal de los canales de televisión abierta". ¹⁸²

[232] Como conclusión puede señalarse que la ANTV migra del uso de un término a otro en sus diversos documentos, sin que medie entre ellos justificación o explicación alguna que precise el significado y alcance de cada uno de estos términos.

6.1.5. Superintendencia de Industria y Comercio

[233] En el fallo del 1 de septiembre de 2016, la SIC señaló lo siguiente: "(...) Lo anterior significa que ningún tercero, incluyendo a las empresas demandadas, puede **retransmitir** las emisiones de televisión de los canales Caracol y RCN en formato análogo o digital sin contar con la autorización previa y expresa de los demandantes...". ¹⁸³ Continúa mencionando que la obligación de los cableoperadores es la de «(...) garantizar...la **recepción** de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional». ¹⁸⁴

[234] Resulta importante precisar que la SIC, en el referido fallo, sí realiza una explicación respecto de la diferencia existente entre los términos '*recepción*' y '*retransmisión*', concluyendo que el artículo 11 de la Ley 680 de 2003 no establece la obligación de **retransmitir** las señales de los organismos de radiodifusión de señal abierta. Así nos explica lo siguiente: "(...) independientemente del propósito con el que los operadores de televisión por suscripción realicen la **retransmisión** de los canales nacionales, lo cierto es que se estaría afectando la facultad legal que tienen los operadores de televisión abierta de explotar sus canales abiertos en los servicios de televisión por cable, más aún cuando los operadores de televisión por suscripción pueden, a través de distintos mecanismos técnicos, por ejemplo el selector conmutable, garantizar que sus usuarios accedan a la televisión abierta, sin incurrir en la retransmisión de las emisiones Caracol y RCN". ¹⁸⁵ Agrega que "(...) la norma no impuso en cabeza de los cableoperadores que la obligación deba ser cumplida mediante la **retransmisión** de dichos canales a través de sus propias redes" ¹⁸⁶ y que "(...) no es una obligación de los demandados **retransmitir** la señal a través de sus redes, la obligación es garantizar que los suscriptores la reciban". ¹⁸⁷

6.1.6. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

¹⁸⁰ Ibid., p. 71

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Resolución 1022. p. 10

¹⁸³ Fallo SIC. p. 50

¹⁸⁴ Ibid., p. 51

¹⁸⁵ Ibid., p. 18

¹⁸⁶ Ibid., p. 58

¹⁸⁷ Ibid., p. 71

[235] En la sentencia de competencia desleal y reconvención emitida el 28 de marzo de 2017, el TSDJB, Sala Civil hace uso de cuatro denominaciones distintas ('recepción', 'transmisión', 'retransmisión' y 'transporte'), sin que para ello medie explicación alguna. Así se aprecia que para referirse al término '*recepción*' señala lo siguiente: "(...) en Colombia la ley impuso a los operadores de televisión por suscripción la obligación de garantizar a sus suscriptores la **recepción**, sin costo alguno, de los canales de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen...".¹⁸⁸

[236] Asimismo se refiere a '*transmisión*' y '*retransmisión*' de la siguiente manera: «(...) El artículo 11 de la Ley 680... les impone el deber de entregar "must carry", que es la obligación a cargo de los operadores de televisión cerrada de **transmitir** las señales de la televisión abierta por medio de sus redes y, a su vez, les impone a las radiodifusoras el deber de ofrecer "must offer"... de permitir que sus señales sean **retransmitidas** a través de los sistemas de televisión por suscripción sin costo alguno»¹⁸⁹ y en la parte resolutive cuando menciona «(...) En consecuencia se ORDENA a Caracol y RCN Televisión que en firme esta decisión y sin exigir retribución económica alguna, permitan la **retransmisión** de su señal de televisión abierta tanto estándar y en alta definición HD a través del servicio de televisión por suscripción de que es responsable Telmex Colombia S.A.». ¹⁹⁰

[237] Finalmente, hace mención al término '*transporte*' cuando precisa lo siguiente: "(...) El legislador ordenó a los operadores de televisión por suscripción su **transporte** a través de las distintas plataformas..."¹⁹¹ y "(...) los **deberes de transporte** de la señal de televisión abierta son compatibles con la Carta". ¹⁹²

[238] En conclusión, el TSDJB tampoco realiza una clara diferenciación de las razones del uso aleatorio de los términos.

6.1.7. Dirección Nacional de Derecho de Autor

[239] Sobre el uso de los términos '*recepción*', '*retransmisión*' y '*distribución*', la DNDA ha realizado una clara explicación de lo que debe ser entendido por cada uno de ellos. Así, su informe, en relación a dichos términos, refiere lo siguiente: «(...) Los conceptos de **recepción** y **distribución** de señales tienen, en material de derecho de autor, un alcance diferente. El Glosario de la OMPI entiende la **recepción** directa desde un satélite por el público en general como la "**recepción** de señales portadoras de programas desde un satélite sin la mediación de una estación terrestre que transforme las señales emitidas en ondas radioeléctricas susceptibles de ser recibidas por el público; en estos casos, la transformación se hace por el propio satélite de radiodifusión directa". Por su parte, la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3, establece que la **retransmisión** es la "remisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos, o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica, u otro procedimiento análogo". En esa medida, el concepto de **recepción** implica apenas la posibilidad para percibir las señales sin la mediación de una estación terrestre que transforme dicha señal, mientras que la **retransmisión** es la capacidad de remitir al público en general, o a una parte de él, las señales portadoras de programas... Hecha esta diferencia, es importante anotar que los organismos de radiodifusión tienen derecho

¹⁸⁸ Sentencia TSDJB. p. 31

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 34

¹⁹⁰ *Ibíd.*, p. 53

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 37

¹⁹² *Ibíd.*, p. 38

exclusivo sobre la **retransmisión** de sus señales y no sobre la **recepción** de las mismas». ¹⁹³

6.1.8. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

[240]Únicamente a manera ilustrativa el presente dictamen ha considerado incorporar en el presente análisis lo relativo al uso de los términos '**retransmisión**' y '**redistribución**' que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina hace en el Proceso 225-IP-2015 del 23 de junio de 2016. Así, sobre dichos términos el TJCA señaló lo siguiente:

- “(...) la **retransmisión** no autorizada de señales supone asimismo la **redistribución** de emisiones sin el consentimiento expreso o el conocimiento del titular de los derechos”. ¹⁹⁴
- “(...) La **retransmisión** no autorizada de señales supone la **redistribución** de señales emitidas (tanto abiertas como de pago) sin el consentimiento expreso del titular de los derechos o del organismo de radiodifusión, y, en la mayoría de los casos, sin su conocimiento. La **retransmisión** de señales de radiodifusión se realiza casi siempre con fines comerciales...La **retransmisión** ilegal de señales de radiodifusión generalmente se lleva a cabo por operadores o distribuidores de televisión de pago ya existentes que quieren evitar pagar el acceso a determinados tipos de contenido o no se les permite el acceso al contenido debido a la legislación nacional vigente”. ¹⁹⁵
- “(...) Existen dos formas de **retransmisión** no autorizada: la **redistribución** de señales completas de otros operadores de radio-televisión y la **redistribución** de determinados contenidos a través de actividades registradas o no registradas de televisión de pago” ¹⁹⁶

6.2. Algunos criterios de las autoridades nacionales especializadas en propiedad intelectual, de interés para el caso

6.2.1. La Superintendencia de Industria y Comercio

[241]El 1 de septiembre de 2016, dentro del proceso de competencia desleal con radicado número 2014-116592 acumulado al radicado 2014-116587, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, llevó a cabo la audiencia de fallo entre los canales y cableoperadores respecto del procedimiento de competencia desleal (y reconvención) iniciado por los OR, llegando a las conclusiones que a continuación se detallan:

- *RCN y Caracol son titulares de derechos conexos sobre las emisiones de sus canales de televisión*

¹⁹³ Informe Dirección Nacional de Derecho de Autor. p. 5

¹⁹⁴ Proceso 225-IP-2015 del TJCA. p. 8

¹⁹⁵ Ídem.

¹⁹⁶ Íbid., p. 9

[242] La SIC señaló que no cabe duda alguna respecto de que RCN y Caracol son organismos de radiodifusión que, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 3 de la Decisión 351 se definen como las empresas de radio o televisión que transmiten programas al público.¹⁹⁷

[243] En concordancia con lo anterior, y de conformidad con las normas internacionales, comunitarias y nacionales aplicables, los OR tienen establecido a su favor diferentes derechos conexos, entre los que se destaca con especial relevancia para el presente asunto la facultad exclusiva de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones,¹⁹⁸ lo que significa que ningún tercero puede retransmitir las emisiones de televisión de los canales Caracol y RCN en formato análogo o digital sin contar con la autorización previa y expresa de estos. Ello a menos que quien decida hacerlo se encuentre amparado en un limitación o excepción que por ministerio de la ley le autorice a retransmitir las referidas emisiones de televisión sin los permisos correspondientes.¹⁹⁹

[244] Agrega que, Caracol y RCN -en su calidad de titulares de derechos exclusivos sobre sus emisiones de televisión- además de tener la facultad de autorizar la retransmisión de sus emisiones, cuentan con la facultad de cobrar una remuneración como contraprestación a los beneficiarios de dicha licencia.²⁰⁰

[245] La SIC destacó también lo resuelto por el TJCA respecto de la pregunta ‘si algún particular en Colombia está exceptuado de cumplir con la Decisión 351 de la CAN, especialmente si alguien está exceptuado de la obligación de obtener autorización previa de los OR para retransmitir sus emisiones por cualquier medio o procedimiento’. El TJCA respondió lo siguiente:

*«(...) La respuesta a esta pregunta, a esta inquietud, es que ninguna persona natural o jurídica están exentas de cumplir con la normatividad de contenido en la Decisión 351 y para retransmitir una obra protegida por el derecho de autor, requerirán de la autorización de su titular o de quien lo represente, sin embargo de lo cual la propia norma comunitaria, enuncia las limitaciones del derecho de autor que dependerá de cada caso en particular para saber si se aplican o no las mismas».*²⁰¹

➤ *El artículo 11 de la Ley 680, no debe ser considerado como una excepción o limitación de los derechos conexos*

[246] En lo referido a este punto, la SIC señaló: “(...) **de un análisis literal del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, se advierte que allí no se contempla una limitación o excepción a ningún derecho conexo de los organismos de radiodifusión**, sino, por el contrario, una obligación en cabeza de los cableoperadores, entre ellos los aquí demandados, de, repito, garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional”.²⁰² (El énfasis nos corresponde).

[247] Continúa diciendo “Al respecto, nótese que cuando el legislador ha consagrado limitaciones y excepciones en materia de derechos de autor o de derechos conexos, lo ha hecho de manera expresa y sin dejar espacio a interpretaciones de que se está en

¹⁹⁷ Acta de la Audiencia de Fallo, Canales vs. Cableoperadores del 1 de setiembre de 2016, Exp. 14-116592 emitido por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, p. 49.

¹⁹⁸ Ídem.

¹⁹⁹ Íbid., p. 50

²⁰⁰ Íbid., p. 55 y 56

²⁰¹ Íbid., p. 60

²⁰² Íbid., p. 50 y 51

presencia de una verdadera regulación que contiene excepciones o limitaciones a los derechos de autor o a los derechos conexos”.²⁰³ Agrega que el legislador lo ha señalado de manera expresa y contundente a efecto de dejar claro al intérprete de que se está en presencia de una verdadera excepción.²⁰⁴

[248]Dicho lo anterior, la SIC aclara que las excepciones y limitaciones referidas a derechos de autor y derechos conexos no solo pueden ser emitidas en normas específicas de la materia, sino que las mismas pueden ser incorporadas en cualquier otro texto normativo no necesariamente referido a propiedad intelectual. Menciona, por ejemplo, el caso de la Ley 1680 de 2013, por la cual se establecen limitaciones y excepciones para garantizar el acceso a información de personas ciegas y con baja visión.²⁰⁵

[249]Además, teniendo en cuenta las reglas de la hermenéutica y el tenor del artículo 27 del Código Civil que establece que cuando el tenor de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu; si el tenor del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no consagra una excepción o limitación al derecho conexo, resulta infundado alegar que de su lectura se interpreta la existencia de una limitación o excepción al mismo.²⁰⁶

[250]A manera ejemplificativa, la SIC se refirió a los casos de Chile y México en los cuales a través de sus legislaciones (artículo 15 quater de la Ley 20750 y artículo 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, respectivamente), señalan clara y expresamente que los OR de televisión abierta están obligados a permitir que los concesionarios de televisión por suscripción retransmitan su señal de forma gratuita. Es decir en esos países sí se consagra expresamente una verdadera imitación o excepción a los derechos conexos.²⁰⁷

[251]Por todas las consideraciones expuestas, la SIC concluyó en lo siguiente: “(...) **para el Despacho no es de recibo sostener que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 que obliga a los operadores de televisión por suscripción a garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión, contiene una excepción o limitación a los derechos conexos**, solo porque así lo han interpretado los demandados. La interpretación que estos le dan al alcance de ese artículo de la ley, o a ese artículo 11 de la Ley 680 de 2001, es su opinión, que no tienen mérito para sostener que materialmente allí está consagrado una excepción o limitación al derecho conexo de los demandantes y en general de todos los organismos de radiodifusión de Colombia”.²⁰⁸

➤ *El contenido del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no supera la regla del triple criterio (tres pasos)*

[252]Aun cuando ha quedado previamente establecido que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no es una limitación o excepción al derecho conexo, la SIC realizó, en gracia de discusión, el examen de la regla de los tres pasos a fin de determinar si el referido artículo 11 supera o no dicha regla.

[253]Al respecto la SIC señala que la regla de los tres pasos se encuentra establecida en los siguientes cuerpos legales: (i) el artículo 92 del Convenio de Berna, (ii) el artículo 13 del

²⁰³ Ibid., p. 51

²⁰⁴ Ibid., p. 52

²⁰⁵ Ídem.

²⁰⁶ Ibid., p. 53

²⁰⁷ Ibid., p. 61. Se pueden ver las citadas disposiciones en

http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=418931 y en

https://www.ucol.mx/content/cms/13/file/federal/LEY_FED_DE_TELECOMUNICACIONES.pdf

²⁰⁸ Ibid., p. 53

Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante 'Adpic'), (iii) el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor; y, (iv) el artículo 21 de la Decisión 351.²⁰⁹

[254] Agrega que, la regla de los tres pasos consiste en que para que una ley interna pueda establecer válidamente una limitación o excepción a los derechos de autor o derechos conexos, tiene que necesariamente cumplir con los siguientes criterios: (i) que se refieran a casos especiales; (ii) que no atenten contra la normal explotación de la obra; (iii) que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho.²¹⁰

[255] Sobre el primer punto, la SIC señaló que "(...) el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no es un caso especial relacionado con una limitación a los derechos patrimoniales conexos con los demandantes... La mencionada disposición consagra una obligación para los operadores de televisión por suscripción de garantizar sin costo alguno que sus suscriptores reciban la señal de los canales colombianos de televisión abierta...pero en ninguna parte establece que para cumplir dicha obligación, los cableoperadores estén exentos de solicitar autorización de los organismos de radiodifusión o que se encuentren habilitados para desconocer los derechos patrimoniales conexos que tienen los demandantes Caracol y RCN, sobre la emisión de sus canales de televisión".²¹¹ Adicionalmente, refirió que debe tenerse en consideración lo dispuesto por el artículo 24 del Acuerdo 2 de 2012.²¹² Por estas razones, el primer criterio no habría sido superado.

[256] En relación al segundo criterio, la SIC refirió que, en un escenario de explotación habitual de las emisiones de televisión abierta, es la retransmisión que realizan los operadores de televisión por cable. Agrega que la relevancia de estos canales en el mercado de la televisión colombiana es ciertamente importante, al punto que los usuarios de televisión por suscripción demandan la presencia de canales nacionales en las parrillas que les son ofertadas, tal y como lo estableció el estudio realizado por el Centro Nacional de Consultoría.²¹³

[257] Siendo así las cosas, la SIC refiere que, independientemente del propósito con el que los operadores de televisión por suscripción realicen la retransmisión de los canales nacionales, lo cierto es que se estaría afectando la facultad legal que tienen los operadores de televisión abierta de explotar sus canales abiertos en los servicios de televisión por cable, más aún cuando los operadores de televisión por suscripción pueden, a través de distintos mecanismos técnicos, por ejemplo el selector conmutable, garantizar que sus usuarios accedan a la televisión abierta sin incurrir en la retransmisión

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 54

²¹⁰ *Ibíd.*, p. 51

²¹¹ *Ibíd.*, p. 54

²¹² *Artículo 24 del Acuerdo 2 de 2012.* Distribución de la señal abierta radiodifundida de los canales colombianos por parte de los operadores de televisión cerrada, sin costo alguno a sus usuarios. Los concesionarios y licenciarios de televisión cerrada deberán incluir en su oferta de programación sin costo alguno a sus suscriptores y asociados, el canal principal digital de los concesionarios colombianos nacionales, regionales y locales que se radiodifundan en el ámbito de cubrimiento de televisión cerrada. La distribución del canal principal digital de los licenciarios de televisión local estará condicionada a la capacidad técnica del operador de televisión cerrada. En el evento de que los operadores de televisión cerrada incluyan en su oferta de programación la señal de dichos canales colombianos nacionales, regionales y locales, para efectos de dicha distribución deberán contar con el consentimiento previo y expreso por parte del respectivo concesionario de televisión abierta, así como con el consentimiento previo y expreso que corresponda para efectos de distribución de contenidos protegidos por el derecho de autor cuando sea necesario.

²¹³ Acta de la Audiencia de Fallo, *Canales vs. Cableoperadores* del 1 de septiembre de 2016, Exp. 14-116592 emitido por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, p. 55

de las emisiones Caracol y RCN.²¹⁴ Por las razones expuestas, el segundo criterio, tampoco habría sido superado

[258] Finalmente, en razón al tercer criterio, la SIC resolvió que “(...) si se aceptara que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 es una limitación a los derechos conexos, se les causaría un perjuicio injustificado a los canales, materializado en que se les privaría de su facultad de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones, aún (sic) cuando la ley lo previo (sic) de esa manera, pues si el legislador o el regulador hubiesen querido que esta fuera una limitación a los derechos conexos, así lo habría establecido expresamente y no lo hizo». ²¹⁵

[259] Sobre la fundamentación basada en que la justificación al perjuicio se encontraría dada por el interés general, en procurar el pluralismo informativo en la población colombiana y en la proporcionalidad de la medida por el costo social y por la no afectación de la supervivencia económica de Caracol y RCN, la SIC se pronunció en el sentido de desestimar dichas afirmaciones considerando que, si bien su Despacho no discute que el derecho a la información y al pluralismo informativo como una de sus acepciones deba ser garantizado por el Estado, no obstante, para hacerlo en el caso particular de la transmisión de los canales abiertos, no es imperativo ni necesario desconocer los derechos conexos, pues existen mecanismos técnicos que permiten la recepción de las señales de televisión abierta por los usuarios de televisión por suscripción, sin que resulte necesario que los cableoperadores tengan que realizar la retransmisión de las emisiones. ²¹⁶

[260] Para mayor claridad, la SIC concluye en lo siguiente: “(...) la obligación prevista en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, puede cumplirse por los demandados con o sin la retransmisión de la emisión de los canales abiertos, con lo cual no es necesario limitar los derechos de los demandantes y de ningún otro titular que pudiera haberse involucrado. En segundo lugar, la limitación no sería proporcional... pues existiendo mecanismos técnicos para que los canales abiertos lleguen a los suscriptores de televisión cerrada, limitar los derechos de los operadores de televisión abierta para dicho propósito resultaría ser una medida ciertamente exagerada y perjudicial para los operadores de televisión abierta”. ²¹⁷

[261] En conclusión, a decir de la SIC, el tercer criterio de la regla de los tres pasos, tampoco se cumple. Por ende y, así las cosas, el contenido del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no supera la regla de los tres pasos.

➤ *El artículo 11 de la Ley 680 de 2001, impone una obligación a los cableoperadores de televisión por suscripción y no a los canales colombianos de televisión abierta*

[262] Sobre dicho punto la SIC manifestó lo siguiente: “(...) el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, en realidad lo que hace es imponer una obligación a cargo de los cableoperadores de televisión por suscripción, consistente en que estos deben garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los cables colombianos de televisión abierta, en este caso que los suscriptores del servicio reciban los canales Caracol y RCN”. ²¹⁸

²¹⁴ Ibid., p. 55

²¹⁵ Ibid., p. 56

²¹⁶ Ibid., p. 56 y 57

²¹⁷ Ibid., p. 57

²¹⁸ Ídem.

[263] Añade que la norma en cita en ningún momento impuso en cabeza de los cableoperadores que la obligación deba ser cumplida mediante la retransmisión de dichos canales a través de sus propias redes. A decir de la SIC, la obligación que establece la norma puede ser satisfecha de diferentes formas, como, por ejemplo: retransmitiendo la señal de los canales abiertos nacionales a través de sus redes, para lo cual deberán contar con las respectivas autorizaciones de los titulares de derechos conexos, ya sea a título gratuito o a título oneroso. Otra forma viable se configura instalando un selector conmutable en cada lugar donde prestar el servicio pues dicho selector permite que el televidente reciba ambas señales, la abierta y la cerrada y de esa manera, el cable operador evitaría la retransmisión de los canales a través de sus redes sin necesidad de conseguir la autorización. Finalmente, podría utilizar el cableoperador cualquier medio que resulte idóneo para cumplir con dicha obligación que le impone la norma pues no la misma no le exige cómo debe cumplirla, menos aún que deban hacerlo a través de la retransmisión.²¹⁹

[264] Dicho de otra manera, la retransmisión de las emisiones de los canales de RCN y Caracol, es tan solo una de las formas, pero no la única en la que los cableoperadores pueden cumplir con la obligación de garantizar la recepción de los canales colombianos de televisión abierta.²²⁰ Agrega la SIC que, si los cableoperadores optan por retransmitir, deberán hacerlo con apego a las normas internacionales, comunitarias y nacionales que les imponen la obligación de contar con la autorización previa y expresa de los OR.²²¹

[265] Continúa con el análisis del referido punto sustentando que el marco de razonamiento en el cual basa su decisión se encuentra refrendado por lo dicho por la DNDA, en el cual se señaló expresamente que so pretexto de cumplimiento del artículo 11 de la Ley 680, los operadores de televisión por suscripción no pueden desconocer los derechos que ejercen los OR sobre sus emisiones protegidas al amparo del artículo 39 de la Decisión 351, disposición que es de aplicación directa y preferente sobre las normas nacionales.²²²

[266] Sobre lo anterior, la SIC destacó como ejemplo el artículo 33 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 4 de la Ley 680 de 2001, en virtud de la cual se impone a los operadores de TV abierta nacional, regional y local, la obligación de incluir en su parrilla de programación un porcentaje que oscila entre el 50% y el 70% de producciones nacionales en determinados horarios. Amparados en esa obligación, los canales de televisión no podrían desconocer los derechos de los autores, artistas y demás titulares, cuyas obras o prestaciones artísticas son explotadas en las producciones nacionales, sosteniendo que la explotación de dichos bienes intelectuales se hace en cumplimiento de un deber legal, pues no se trata de una excepción o limitación al derecho de autor o los derechos conexos, sino de una obligación puesta por la ley, como sucede en el caso del artículo 11 de la Ley 680 de 2001.²²³

[267] En lo referido a la Sentencia C-654 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia, la SIC refiere que esta fue dada en razón a la revisión del artículo 11 de la Ley 680 en relación al artículo 333 de la Constitución Política, porque la norma acusada establecía -supuestamente- una condición inexplicable que riñe con el concepto de libertad de empresa, pues por la acción del Estado se habría generado una ventaja competitiva a favor de los operadores y de los concesionarios de espacios de televisión abierta, haciendo más gravosa la condición del negocio de televisión por suscripción.²²⁴

²¹⁹ *Ibíd.*, p. 58

²²⁰ *Ídem.*

²²¹ *Ídem.*

²²² *Ibíd.*, p. 59

²²³ *Ibíd.*, p. 59

²²⁴ *Ibíd.*, p. 66 y 67

[268]Dicho esto, la SIC hace la precisión respecto de que dicha sentencia fue emitida en el marco de controversia señalado en el párrafo anterior, pues la acusación se dirigió a combatir la obligación impuesta a los operadores de televisión por suscripción y nada con relación a los derechos conexos, pues en esa ocasión no se analizó, ni se resolvió, ni se consideró, si los operadores de televisión por suscripción requieren –o no-, autorización de los titulares de la señal de televisión abierta para su retransmisión pues, repetimos, la sentencia se limitó a considerar si la carga impuesta por el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 es desproporcionada bajo la luz del artículo 333 de la Constitución Política.²²⁵

[269]En relación a la Sentencia C-1151 del 2 de diciembre de 2003, la SIC señala que en dicho proceso se resolvieron las acusaciones de inconstitucionalidad en contra del mismo artículo 11 de la Ley 680, por, supuestamente violar el artículo 333 de la Constitución, porque la norma acusada al imponer a los operadores de televisión por suscripción la obligación de garantizar a sus suscriptores la recepción de los canales de televisión abierta sin costo alguno, genera ventajas competitivas e injustas a favor del operador de los canales de televisión abierta, interfiriendo así en la relación de libre y leal competencia que debe existir entre los agentes del negocio televisivo. En este punto la SIC nuevamente se pronunció en el sentido de que “la acusación se dirigió a combatir únicamente la obligación impuesta a los operadores de televisión por suscripción de garantizar sin costo alguno a los suscriptores, la recepción de los canales colombianos de televisión abierta...así las cosas, en ninguno de los pronunciamientos judiciales señalados anteriormente, se analizó el punto central de este litigio que tiene que ver con que si se requiere o no la autorización de los demandantes para la retransmisión de sus canales Caracol y RCN y los alcances del artículo 11 de la Ley 680, es decir, si constituye o no una limitación o excepción a ese derecho conexo, exclusivo de los demandantes sobre sus emisiones de televisión”.²²⁶

[270]Finalmente, en lo referido al análisis previo realizado por la SIC en la Sentencia 5 del 2010, en la cual se concluyó que existe una obligación legal de retransmitir sin que ello genere un pago a los titulares de la señal abierta de televisión, esta realizó las siguientes precisiones: (i) los supuestos de hecho de dicho caso eran distintos; (ii) dentro de esa sentencia se determinó que los operadores de televisión por suscripción están obligados a transmitir la señal de televisión abierta por sus redes sin costo alguno de forma ininterrumpida, decidiéndose que en dicho caso no existía una finalidad concurrencial y desestimando las pretensiones.²²⁷

[271]La SIC aclaró que se aparta de esas consideraciones por los siguientes motivos:

-La motivación de la providencia partió del supuesto equivocado de que el mandato establecido en el artículo 11 de la Ley 680 impone a los cableoperadores la obligación de retransmitir a sus usuarios de forma ininterrumpida la programación de los canales colombianos de televisión abierta por la misma red mediante la cual se prestan sus servicios por suscripción. Sin embargo, la norma que consagra el mandato no expresa en ningún momento eso, por el contrario, la garantía de recepción de la señal abierta de los canales nacionales, según la lectura de la norma, podría realizarse por cualquier otro mecanismo y no solo a través de la retransmisión de sus redes como erróneamente se interpretó en la providencia.²²⁸

-Si se hace un análisis juicioso de los supuestos fácticos que dieron lugar a dicha demanda y a dicha sentencia, se observa que los derechos conexos que se

²²⁵ Ibid., p. 68

²²⁶ Ibid., p. 68 y 69

²²⁷ Ibid., p. 70

²²⁸ Ídem.

pretendieron proteger son los referentes a la señal que transmitió los derechos deportivos, lo cual es diferente a la señal que emiten los canales nacionales, pues es la señal de los canales de televisión abierta la que se pretende retransmitir sin autorización y sobre esta es la que se establece la obligación de recepción en cabeza de los operadores de televisión por suscripción, es decir, hay una identidad entre la señal que se pretende retransmitir y sobre la cual recae la obligación de garantizar su recepción, a diferencia de los hechos que dieron lugar a la Sentencia 5 del 2010.²²⁹

- Para el momento en el que se profirió la providencia 5, todavía no existía la regulación vigente sobre el servicio público de la TV abierta radiodifundida digital terrestre o TDT, contenida en el Acuerdo 2 de 2012, el cual consagró en su artículo 24 que en el evento en que los operadores de TV por suscripción incluyan las señales de los canales colombianos nacionales, deberán contar con el consentimiento previo y expreso por parte del respectivo concesionario de TV abierta.²³⁰
- No es una obligación de los demandados retransmitir la señal a través de sus redes, la obligación es garantizar que los suscriptores la reciban.²³¹
- Por último, la Sentencia 5 se limitó al análisis de la configuración del acto desleal de prohibición general, contenido en el artículo séptimo de la Ley 256 de 1996, porque supuestamente los cableoperadores demandados en esa ocasión tomaron la señal del aire para retransmitirla, a diferencia de lo que se discute en esta sentencia materia de análisis.²³²

➤ *Es obligación de los cableoperadores de televisión por suscripción instalar un selector conmutable de conformidad con el numeral cuarto del anexo técnico del Acuerdo 10 de 2006*

[272] En relación a este punto, la SIC se pronunció señalando que el anexo técnico del Acuerdo 10 de 2006 proferido por la Comisión Nacional de Televisión (ahora ANTV), señala expresamente que el concesionario del servicio debe asegurarse de que el estándar y protocolo de transmisión seleccionados, no restringirán de ninguna manera la recepción de señales de TV analógica y/o digital terrestre radiodifundidas por parte del aparato receptor del suscriptor.²³³

[273] En ese sentido, el punto cuarto del mencionado anexo dispone que los cableoperadores deben proveer un selector conmutable a la entrada del receptor del usuario con el fin de que se pueda conectar directamente a la antena de recepción de los canales de televisión terrestre radiodifundida.²³⁴

[274] Para mejor explicar este punto, la SIC diferenció los siguientes dos conceptos:

- (i) Sistema de televisión abierta: referido a la señal recibida de forma gratuita y por todos los colombianos con la simple instalación de una antena que captura del aire de la señal que emiten los canales abiertos, tanto analógica como digital, y que en los hogares colombianos es redistribuida a través de un sistema que lleva la señal hasta el televisor en donde se conecta un puerto de entrada de

²²⁹ Ibid., p. 70 y 71

²³⁰ Ibid., p. 71

²³¹ Ídem.

²³² Ídem.

²³³ Ibid., p. 74

²³⁴ Ídem.

televisión abierta. Esta señal se encuentra disponible las 24 horas de manera gratuita.²³⁵

- (ii) Sistema de televisión por suscripción: al cual solo tienen acceso los clientes de los operadores de televisión por suscripción cerrada. La señal de esta TV no es radiodifundida a través del aire, sino que llega a los hogares por cable. En cada uno de estos hogares se distribuye igualmente a través de un cable²³⁶.

[275] En ambos casos, el selector conmutable tiene la función de unir ambas señales y transmitir las al televisor, de ese modo, si la señal de televisión por cable es suspendida por cualquier motivo, los televidentes contarían con la señal abierta de los canales nacionales.²³⁷ Agregó además que el control remoto no es suficiente para acceder a la televisión digital, pues a pesar de que el televisor cuente con la posibilidad técnica de recibir la señal de televisión abierta radiodifundida, si el televisor no está conectado a la señal radiodifundida, los usuarios no obtienen el servicio.²³⁸

[276] Finalmente, agrega la SIC, que «(...) el problema no es si los usuarios tienen la opción o no de recibir la señal, sino que hay que llegar con un medio físico al televisor para garantizarle el acceso a la señal de televisión digital. Medio físico que se posibilita en la medida en que sea instalado un selector conmutable».²³⁹

[277] Por las razones expuestas, la SIC concluyó en que los cableoperadores de televisión por suscripción tienen la obligación de instalar un selector conmutable de conformidad con el numeral cuarto del anexo técnico del Acuerdo 10 de 2006.

6.2.2. Dirección Nacional de Derecho de Autor

[278] El 17 de enero de 2014 la Dirección Nacional de Derecho de Autor (en adelante la 'DNDA'), emitió el informe referido a la retransmisión de emisiones en el cual, entre otros puntos, llegó a las conclusiones que a continuación se detallan y para efectos prácticos de este Dictamen, serán explicadas en los propios términos de la DNDA:

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

[279] Colombia es miembro de la Comunidad Andina en virtud del Acuerdo de Cartagena, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 y aprobado por el Congreso mediante la Ley 8ª de 1973. En ese sentido, a fin de lograr el desarrollo de los procesos de integración regional, las naciones pertenecientes a la CAN, estructuraron un sistema normativo capaz de garantizar la efectiva realización del proyecto de integración.²⁴⁰

[280] Desde el campo jurídico, la DNDA resaltó que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (en adelante el 'Camre') o de la Comisión de la CAN, se caracterizan por dos cualidades específicas: (i) su aplicación es directa e inmediata, es decir, que esta clase de normas surten efectos al interior de cualquier de las naciones de la CAN, sin que para ello resulte necesario la existencia de una norma expedida por el legislador interno que autorice la entrada en vigencia de las disposiciones

²³⁵ Ibid., p. 75

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Ibid., p. 76

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Informe de la DNDA, p. 1

supranacionales ni un control previo de constitucionalidad; (ii) su aplicación es preminente, es decir, que cuando exista contradicción entre una norma comunitaria y una ley nacional, se preferirá la primera y será la norma supranacional la llamada a surtir efectos jurídicos.²⁴¹

[281] Asimismo, agrega la DNDA, la aplicación directa y preferente del ordenamiento comunitario es un asunto expresamente aceptado por la jurisprudencia nacional, tal y como se aprecia en las sentencias C-231 del 15 de mayo de 1997 y C-155 del 28 de abril de 1998 de la Corte Constitucional.²⁴²

[282] En este orden de ideas, la DNDA concluyó señalando que “(...) cuando una norma interna entra en contradicción total o parcial respecto de una norma del ordenamiento andino, no es que aquella pierda su vigencia, pues en sentido estricto no se presenta el fenómeno de la derogación, sino que la misma se encuentra suspendida mientras su contenido normativo no se amolde a lo dispuesto en la legislación comunitaria que, como hemos visto, es de aplicación preferente”.²⁴³

➤ *Los organismos de radiodifusión tienen un derecho exclusivo sobre la retransmisión de sus señales y no sobre la recepción de la misma*

[283] Los derechos conexos están dirigidos a proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. En Colombia, el reconocimiento a estos tres titulares se da por virtud de la Ley 23 de 1982, la Decisión 351 de 1993, la Ley 1403 de 2010, la Convención de Roma de 1961, el Adpic y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (Toief).²⁴⁴

[284] En concreto, el artículo 39.a de la Decisión 351 otorga a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento; norma que permite evidenciar que para la retransmisión de sus emisiones radiodifundidas, es necesario solicitar la autorización previa y expresa al titular de la emisión a fin de efectuar su retransmisión.²⁴⁵

[285] En relación a los conceptos de ‘recepción’ y ‘retransmisión’ de señales, la DNDA ha referido que, en materia de derecho de autor, tienen un alcance diferente²⁴⁶. Así, para el concepto referido a ‘recepción directa desde un satélite por el público en general’, ha ocupado la definición contenida en el Glosario de la OMPI, la cual señala que se entenderá como “(...) la recepción de señales portadoras de programas desde un satélite sin la mediación de una estación terrestres que transforme las señales emitidas en ondas radioeléctricas susceptibles de ser recibidas por el público; en estos casos, la transformación se hace por el propio satélite de radiodifusión directa”.²⁴⁷

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

²⁴¹ Ibid., p. 2

²⁴² Ibid., p. 3

²⁴³ Ibid., p. 4

²⁴⁴ Ídem.

²⁴⁵ Artículos 177 de la Ley 23 de 1982, 39 de la Decisión 351, 13 de la Ley 1520 de 2012, 13 de la Convención de Roma y 14 de Adpic.

²⁴⁶ Informe de la DNDA, p. 5.

²⁴⁷ Boytha, Gyorgy. Glosario OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Publicado por la OMPI en el año 1980, voz 77, p. 78

[287] Concluye la DNDA que, en esa medida, el concepto de recepción implica apenas la posibilidad para percibir las señales sin la mediación de una estación terrestre que transforme dicha señal, mientras que la retransmisión es la capacidad de reemitir al público en general, o a una parte de él, las señales portadoras de programas.²⁴⁸

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

[288] De acuerdo a lo señalado por la DNDA, las limitaciones al derecho conexo “(...) son figuras legales de carácter taxativo por medio de las cuales se busca un equilibrio entre una efectiva y razonable protección del derecho patrimonial de los organismos de radiodifusión, como titulares de derechos conexos, por una parte y del interés público a la información, la educación y el acceso a la cultura por otra. De tal manera, las limitaciones comprenden la facultad para que el usuario pueda utilizar la emisión lícitamente, sin autorización de sus titulares”.²⁴⁹

[289] Agrega además que las limitaciones y excepciones a los derechos conexos concedidos a los organismos de radiodifusión se encuentran consagradas principalmente en el artículo 178 de la Ley 23 de 1982.

- *Es incorrecto entender que el artículo 22.k) de la Decisión 351 es una limitación o excepción al derecho conexo de los organismos de radiodifusión*

[290] Sobre este punto la DNDA refiere que el artículo 22 de la Decisión 351 consagra de manera taxativa ciertas limitaciones al derecho de autor. En concreto, el artículo 22.k en mención establece lo siguiente:

Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: (...)

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

[291] En referencia a dicho artículo, la DNDA ha señalado que este no debe entenderse como una limitación a los derechos conexos de los OR, sino únicamente a los derechos de autor pues se hace clara referencia a los términos ‘autorización de autor’ y al ‘uso de una obra’, mas no se hace referencia alguna a las autorizaciones de los OR o a la utilización de una emisión.²⁵⁰

[292] En ese mismo orden de ideas agrega la DNDA: “(...) la disposición en comento no establece una limitación a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, pues se restringe a establecer una limitación sobre las obras, siempre que se cumplan todos los presupuestos antes señalados... En razón de lo anterior **no le es admisible a los operadores de televisión por suscripción que, amparados en el literal k del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, desconozcan el derecho ejercido por los**

²⁴⁸ Informe de la DNDA, p. 5

²⁴⁹ Ibid., p. 6

²⁵⁰ Ídem.

organismos de radiodifusión sobre las emisiones que realizan en canales de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal".²⁵¹ (El énfasis nos corresponde).

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

[293] La Sentencia C-654 de la Corte Constitucional de Colombia resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 11 de la Ley 608 de 2001 declarando la exequibilidad simple del mencionado artículo, previo análisis del bien público del espectro electromagnético y la constitucionalidad de la carga impuesta a los operadores del servicio por suscripción.

[294] En la referida sentencia, la Corte Constitucional señaló que la disposición normativa garantiza el derecho fundamental a la información y pluralismo informativo, en la medida en que los usuarios pueden acceder a información de carácter nacional, lo cual contribuye a la formación de una opinión pública libre. Asimismo, recordó el carácter relativo del derecho a la información, resaltando que este no es absoluto ni que puede alegarse la garantía de su pleno disfrute como argumento para desconocer otros derechos.²⁵²

[295] Agrega la DNDA que la Corte Constitucional, en dicha sentencia, destacó que "(...) la finalidad del artículo 11 de la Ley 680, al imponer una carga a los operadores de televisión de garantizar la recepción **(que es diferente de la retransmisión)** de la señal de canales de televisión abierta, es el de garantizar el derecho al pluralismo informativo que le asiste a toda la comunidad".²⁵³

[296] En ese sentido, la DNDA concluye en que resulta claramente comprensible que la intención de la Corte Constitucional para distinguir los conceptos de emisión, transmisión y recepción, en los apartes en los cuales explica su relación con el espectro electromagnético; para posteriormente, al referirse específicamente al artículo 11 de la Ley 680, hacerlo en la esfera del concepto de recepción de la señal (diferente a la retransmisión), y a partir de allí, analizar la carga que tienen los operadores de la televisión por suscripción, asegurando así, a decir de la Corte Constitucional, que la carga impuesta sea idónea para asegurar el derecho al pluralismo informativo.²⁵⁴

[297] Así pues, en criterio de la DNDA "(...) debe entenderse que en el cumplimiento de tal obligación por parte de los operadores de televisión por suscripción; es decir, cuando garantizas a sus suscriptores la recepción **(que es diferente de la retransmisión)** de los canales de televisión abierta, resulta aplicable lo señalado por la Corte Constitucional, en el sentido que *"no se debe cancelar derechos por este concepto"*, pues, como ha quedado señalado, los organismos de radiodifusión no cuentan con la facultad para autorizar o prohibir la recepción **(que es diferente a la retransmisión)** de sus emisiones".²⁵⁵

[298] Habiendo dicho esto, la DNDA concluye en su informe que no es posible que los operadores de televisión por suscripción desconozcan los derechos que ejercen los OR sobre las emisiones que realizan en canales de televisión abierta de carácter nacional,

²⁵¹ Ibid., p. 7

²⁵² Ibid., p. 8

²⁵³ Ídem.

²⁵⁴ Ídem.

²⁵⁵ Ibid., p. 9

regional y municipal, y que, en ese entendido, se descarta que el deber descrito en el artículo 11 de la Ley 680 o lo consagrado en el anexo técnico del Acuerdo 10 de la CNT, pueda entenderse como una limitación al derecho de los OR.

[299] En ese sentido, la DNDA es enfática en señalar que **los operadores de televisión por suscripción que pretendan realizar la retransmisión (que es diferente a la recepción) de las emisiones que realizan los OR en canales de televisión abierta, deben contar con autorización previa y expresa del titular de la emisión.**

6.3. Sobre el alegado incumplimiento de los artículos 21, 32, 39, 42 y 54 de la Decisión 351

6.3.1. El alegado incumplimiento de los artículos 39 y 42 reclamados por Caracol y RCN, y el artículo 21 reclamado por RCN.

[300] El eje principal de los reclamos en este punto es el desconocimiento del contenido patrimonial del derecho conexo exclusivo de retransmisión de los OR de señal de televisión abierta, establecido en el artículo 39, apartado a), de la Decisión 351; debido al establecimiento de un límite creado por la República de Colombia sin cumplir los requisitos previstos en la norma andina; con ocasión de la expedición y aplicación de la sentencia de segunda y última instancia, por parte del TSDJB del 28 de marzo del 2017. Caracol adiciona la expedición y aplicación de la Circular 00045 del 2014, de la Resolución No. 2291 de 2014 y de la Circular No. 10 de 2015 -todas emitidas por la ANTV-, por su parte RCN incluyó la Resolución No. 1022 de 2017 de la ANTV.

[301] En relación a los artículos reclamados, el Gobierno de Colombia manifestó en su contestación que la Sentencia C-654, la cual tiene carácter de cosa juzgada y, por ende, efectos *erga omnes*, señala claramente que los operadores de televisión por suscripción deben transmitir a sus usuarios los canales regionales y nacionales de televisión abierta, sin tener que cancelar derechos por dicho concepto. Agrega que la titularidad de la actividad de la televisión, de acuerdo a lo estipulado en la normativa nacional y en los contratos de concesión firmados, es de naturaleza pública y, por lo tanto, a través del establecimiento de limitaciones y excepciones los gobiernos nacionales se aseguran de hacer primar el interés público y garantizar el pluralismo informativo.

[302] Directv, Telmex y UNE EPM, se han manifestado de manera similar al señalar que existe un propósito de interés general del Estado de proteger los derechos humanos. Dicha protección se alcanza a través del establecimiento de limitaciones a los derechos conexos en las normativas internas de cada país. Agregan que esto quedó claramente establecido en los contratos de concesión firmados por las reclamantes.

[303] A continuación, se reproducen los artículos de la Decisión 351 y las partes pertinentes de las medidas reclamadas:

[304] Los artículos 39, apartado a) y 42 del Capítulo X 'De los derechos conexos', y el artículo 21 del Capítulo VII 'De las limitaciones y excepciones' de la Decisión 351, disponen lo siguiente:

Artículo 39.- Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

*a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;
[...]*

Artículo 42.- *En los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los Países Miembros podrán establecer límites a los derechos reconocidos en el presente Capítulo.*

Artículo 21.- *Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.*

[305] Las medidas reclamadas por las partes señalan:

- ***Circular No. 00045 del 12 de junio de 2014, de ANTV, reclamada por Caracol***

La Circular 00045 del 12 de junio de 2014 emitida por la ANTV no será materia de análisis en el presente dictamen, ello en razón de que la misma ha sido derogada. Cabe precisar que dicha circular fue una medida transitoria dictada interinamente hasta que se resolviera la actuación administrativa 1612 del 5 de mayo de 2014, lo cual ocurrió a través de la Resolución No. 2291 del 22 de septiembre de 2014, emitida por la ANTV, también objeto de este reclamo.

- ***Resolución No. 2291 del 22 de septiembre de 2014, de ANTV; reclamada por Caracol***

[306] En la parte resolutive, en lo pertinente al presente reclamo, esta medida menciona lo siguiente:

ARTÍCULO SEGUNDO: “(...) conforme con la interpretación de la H. Corte Constitucional contenida en la sentencia C-654 de 2003, los radiodifusores, **so pretexto de la cancelación de derechos económicos, no podrán negar su consentimiento previo y expreso** a los operadores de televisión cerrada para la **transmisión de la señal que dichos radiodifusores escojan con el fin de dar cumplimiento a la obligación de que trata el artículo primero de esta resolución**”. (El énfasis nos corresponde).²⁵⁶

[307] Para resolver en tal sentido, la ANTV, consideró, entre otros aspectos, los siguientes:

Que el punto central de esta actuación administrativa es “*analizar el asunto relativo a la garantía de recepción de las señales de televisión abierta en los sistemas de televisión por suscripción (...)*”, entre otras razones por “*Las distintas interpretaciones y entendimiento de que del artículo 11 de la ley 680 del 2001 vienen realizando los distintos operadores y concesionarios del servicio de televisión (...)*”, siendo la ANTV la entidad con competencias para hacerlo.²⁵⁷

²⁵⁶ Véase Resolución No. 2291, ANTV, p. 71. Al respecto:

“ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR a los operadores de televisión cerrada distribuir la señal de los canales de televisión abierta, en los términos del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 conforme con la declaratoria de exequibilidad que de tal norma realizó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003, con el fin de garantizar los derechos constitucionales a la información y al pluralismo informativo. El acceso a estos canales no tendrá costo para los suscriptores”.

²⁵⁷ Véase Resolución No. 2291, ANTV, p. 25 y 28.

- [308] Recuerda la ANTV que la Corte Constitucional en su Sentencia C-634 del 2011 estableció que las autoridades administrativas deben tener en cuenta de manera preferente las decisiones de dicha Corte.²⁵⁸
- [309] La ANTV refiere el análisis que hace la Corte Constitucional en la Sentencia C-654 sobre la libertad económica, e indica que es bajo ese contexto que la referida Corte reconoce la libertad económica pero aclara que *“dicha libertad puede ser delimitada por la ley cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”*.²⁵⁹
- [310] La ANTV refirió que la Corte, para declarar la exequibilidad en su sentencia C-654, consideró, entre otros aspectos, que la finalidad es que los operadores de televisión por suscripción garanticen la recepción de la televisión abierta.²⁶⁰
- [311] La ANTV sostuvo que la sentencia C-654 hacía tránsito a cosa juzgada absoluta. En cuanto a sus efectos se debía considerar que *“(...) Solo la parte resolutive es obligatoria con efecto general. La parte motiva constituye criterio auxiliar para la aplicación de normas”,* y *“(...) De la parte motiva tiene fuerza vinculante los conceptos que guarden relación estrecha y directa con la parte resolutive”,* concluyendo que en el caso en cuestión la razón de la decisión de la Sentencia C-654 es de obligatorio cumplimiento para la ANTV.²⁶¹
- [312] Es la Resolución No. 2291 la que refiriendo lo señalado por los canales privados, hace mención por primera vez al derecho conexo de retransmisión²⁶² pues señala las definiciones y los artículos 39 y 54 de la Decisión 351. También refirió el derecho de retransmisión en la Convención de Roma y en la Ley 23 de 1982. Sobre este tema precisó:

“Frente a estas manifestaciones, es preciso señalar que si bien es cierto estas disposiciones regulan el derecho conexo a la retransmisión de los organismos de radiodifusión, también lo es que para los efectos señalados en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 conforme la interpretación constitucional realizada en la sentencia C-654 de 2003 (que es el asunto materia de debate en esta actuación), nada se dijo frente a dicho derecho, y expresamente se indicó por la Corte Constitucional que esta disposición es proporcional (...)”.²⁶³

“Así entonces, entiende esta Autoridad para los efectos de esta actuación, que más allá de las disposiciones constitucionales, legales y supranacionales que regulan los derechos de autor y conexos, al existir la definición y entendimiento del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 por parte de la H. Corte Constitucional con efectos de cosa juzgada absoluta, mal podría desconocerse esta decisión judicial, razón por la cual la ANTV como autoridad administrativa, no solo está sometida al imperio de la Ley sino también acatar las decisiones judiciales sobre la interpretación y aplicación de una norma (...)”.²⁶⁴

“Por otro lado, se debe resaltar que los contratos Nos. 136 y 140 de 1997 (televisión abierta privada nacional) así como todos los contratos de televisión

²⁵⁸ Ídem, pg. 29.

²⁵⁹ Ídem, p. 32.

²⁶⁰ Ídem, pg. 36 y 37.

²⁶¹ Ídem, pg. 38, 39 y 40.

²⁶² Ídem, pg. 40, 41 y 42.

²⁶³ Ídem, pg. 42.

²⁶⁴ Ídem, p. 44 y 45

cerrada celebrados por el Estado desde 1999, se han venido ejecutando de manera pacífica entre los distintos operadores en cuanto a la obligación establecida en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001; es decir, durante más de 13 años los canales privados de televisión abierta nacional han permitido la retransmisión de sus señales en los sistemas de televisión cerrada sin costo alguno (...); quizás bajo el entendimiento de la interpretación constitucional que de la citada norma realizó la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-654 de 2003 (...)".²⁶⁵

[313] La ANTV hizo referencia al artículo 24 del Acuerdo CNTV 02 del 2012 en el que se señalaba que "(...) En el evento de que los operadores de televisión cerrada incluyan en su oferta de programación la señal de dichos canales Colombianos nacionales, regionales y locales, para efectos de dicha distribución deberán contar con el consentimiento previo y expreso por parte de respectivo concesionario de televisión abierta así como con el consentimiento previo y expreso que corresponda para efecto de distribución de contenidos protegidos por el derecho de autor cuando sea necesario". Al respecto la ANTV indicó que: "(...) En criterio de la ANTV, lo reglado sobre este aspecto consta en un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, disposición que para su aplicación no estaría en contradicción con lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 y en la Sentencia C-654 de 2003 que declaró su exequibilidad (...)".²⁶⁶

[314] La ANTV concluye diciendo que "la aplicación y cumplimiento del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, debe realizarse conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003, en concordancia con la Sentencia C-1151 de 2003", de acuerdo a ello la inclusión de las señales de los canales de televisión abierta en los sistemas de televisión cerrada debe realizarse "sin lugar a que ni los usuarios ni los operadores de televisión cerrada deban cancelar derechos por ese concepto".²⁶⁷

- **Circular 10 del 23 de abril de 2015, de ANTV, reclamada por Caracol**

[315] En su Circular N° 10 de 2015, la ANTV aclaró algunas obligaciones establecidas en su Resolución N° 2291 de 2014 que estaban siendo interpretadas de manera diferente por los distintos operadores. En el primer párrafo de la Circular se hace referencia expresa a lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias C-654 y 1151 de 2003. Además, se indica -en la parte pertinente- lo siguiente:

1. Los usuarios de los sistemas de televisión cerrada tienen derecho a recibir los **contenidos** de la señal digital principal emitidos por todos los radiodifusores.
2. Los radiodifusores no podrán negarse a dar su consentimiento previo y expreso por **motivos económicos para entregar los contenidos de la señal digital principal** en un formato que ellos escojan (analógico, SD o HD).

- **Sentencia del TSDJB del 28 de marzo del 2017, en las acciones de competencia desleal y de reconvención, reclamadas por Caracol y RCN**

[316] En su parte resolutive la sentencia del TSDJB dice lo siguiente:

"En consecuencia se ORDENA a Caracol y RCN Televisión que en firme esta decisión y sin exigir retribución económica alguna, permitan la retransmisión de

²⁶⁵ Ídem, p. 47

²⁶⁶ Ídem, p. 50 y 51

²⁶⁷ Ídem, p. 70

*su señal de televisión abierta tanto estándar y en alta definición HD a través del servicio de televisión por suscripción de que es responsable Telmex Colombia S.A.*²⁶⁸ (El énfasis nos corresponde).

[317] La misma sentencia, en lo que atañe a la acción por competencia desleal interpuesta por los reclamantes, hace un vínculo explícito con la sentencia C-654 de la Corte Constitucional al decir lo siguiente en su parte motiva:

“(...) precisa la Corte [Constitucional], que cuando el Estado opta por la gestión de los bienes de uso público y de los servicios públicos a través del sistema de concesión, no nos encontramos, en el punto de partida, en el campo de la libertad económica, sino en el de la función pública, no solo porque se trata de la satisfacción del interés público, para lo cual el legislador puede establecer las condiciones y limitaciones necesarias para el logro de sus fines competenciales”.²⁶⁹ (El énfasis nos corresponde).

“Así lo determina la Corte Constitucional en la sentencia de control abstracto C-654 de 2003, la que entre otras cosas causa efectos erga omnes, es decir, con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna frente al mencionado artículo 11 de la Ley 680 de 2001, cuando expresó que “...lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto”.²⁷⁰ (El énfasis nos corresponde).

“Si bien en esa oportunidad la Corte no hizo un pronunciamiento extenso y de mayor profundidad acerca del deber de transporte de la televisión radiodifundida, lo cierto es que en fallo posterior y con la orientación dada en la sentencia de constitucionalidad que se erige, se itera, en un precedente de absoluta observancia, luego de hacer una breve reseña del ‘must carry’ y de la incidencia que este ha tenido en EEUU, Europa y algunos países en América Latina (...)”.²⁷¹

[318] Adicionalmente, señala de forma expresa que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 es una excepción al derecho:

“16.- Bajo el anterior marco normativo, es claro que siendo las demandantes organismos de radiodifusión les asiste el derecho de autorizar o no la retransmisión de su señal tanto análoga como en alta definición –HD-, lo que significa que ningún tercero lo puede hacer sin su autorización, a menos claro está, que se encuentre cobijado por una limitación o excepción prevista en la ley que lo habilite para realizar la retransmisión sin autorización previa de su titular...”²⁷²

“Para la Sala es claro, que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 estableció una excepción a los derechos conexos y de autor, tal y como lo prevé el artículo 21 de la Decisión 351 de 1993...es más, así lo entendieron Caracol y RCN Televisión

²⁶⁸ Véase sentencia del TSDJB, p. 53

²⁶⁹ Véase la sentencia del TSDJB, p. 29

²⁷⁰ Ídem, pg. 34 y 35.

²⁷¹ Ídem, pg. 35.

²⁷² Ídem, pg. 27.

durante todo el tiempo que autorizaron la retransmisión de su señal sin exigir contraprestación alguna”.²⁷³ (El énfasis nos corresponde).

“23.- Aceptar la interpretación efectuada por el Superintendente Delegado cuando sostiene todo lo contrario, sería desconocer lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-654 de 2003, la cual, se repite tiene efectos erga omnes y como precedente es de obligatoria observancia, cuando señaló que la carga impuesta a los operadores de televisión por suscripción de garantizar la señal de televisión abierta comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que **ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto**”.²⁷⁴ (El énfasis nos corresponde).

El artículo 11 de la Ley 680 de 2001 impuso a los concesionarios de televisión abierta la obligación de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de suscripción sin costo alguno -deber de ofrecer-, con lo que se cumple el primer requisito, pues está claro que Caracol y RCN demandadas en reconvencción pretenden cobrar una suma a Telmex Colombia S.A. por autorizar que sus señales sean retransmitidas por éste, es evidente e inminente la intención de materializar, de realizar un acto prohibido por la ley”.²⁷⁵ (El énfasis nos corresponde).

(...) De igual modo, como quiera que se demostró que las demandadas en reconvencción **Caracol y RCN Televisión incurrieron en la conducta de violación de normas al pretender exigir a Telmex Colombia una retribución económica para autorizar la retransmisión de su señal de televisión abierta (...), en abierto desconocimiento de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, de lo razonado por la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003 y la Resolución 2291 de 2014 de la ANTV, se revocará parcialmente el numeral 4 y en su integridad el 5 de la sentencia en alusión y se condenará en costas de ambas instancias a Caracol y RCN Televisión, tanto de la demanda principal como en la de reconvencción”.**²⁷⁶ (El énfasis nos corresponde).

- **Resolución No. 1022 del 12 de junio de 2017, de ANTV, reclamada por RCN**

[319]La Resolución No. 1022 de ANTV resuelve lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. Garantía de Recepción de la señal de los Canales de Televisión Abierta por parte de los Operadores de Televisión por Suscripción. Los operadores de Televisión por Suscripción deberán distribuir sin costo alguno a sus suscriptores la señal de los canales principales de la totalidad de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional y regional.

La distribución de la señal de los concesionarios de televisión local estará condicionada a la capacidad técnica del operador de televisión cerrada, de conformidad con la regulación que para tal efecto expida la ANTV.

²⁷³ Ídem, pg. 37 y 38.

²⁷⁴ Ídem, pg. 38.

²⁷⁵ Ídem, pg. 50.

²⁷⁶ Véase sentencia TSDJB, p. 52

En todo caso los operadores de televisión por suscripción deberán distribuir la señal de los canales de televisión abierta incluidos en su parrilla en óptimas condiciones técnicas, de conformidad con lo definido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones o quien haga sus veces.

Parágrafo. Si en la oferta de operadores por televisión por suscripción se incluye un canal nacional en alta definición (HD), deberán incluirse todos los canales nacionales en esa misma definición. Así mismo, si en la oferta del operador de televisión por suscripción se incluye un canal regional en alta definición (HD), deberán incluirse en esa misma definición todos los canales regionales que cuenten con dicho estándar”.

[...]

La presente resolución (...) deroga las normas que le sean contrarias, en especial (...) el artículo 24 del acuerdo 02 del 2012.

[320] Para resolver, esta resolución la ANTV se apoya expresamente en la sentencia T-599 de la Corte Constitucional diciendo lo siguiente:

*“(…) Que mediante la Sentencia T-599 del 12 de noviembre de 2016, la Corte Constitucional revisó la acción de tutela interpuesta [...] y como consecuencia del análisis jurídico expuesto en la parte motiva del fallo, la Corte Constitucional, entre otros aspectos, decidió: “[...] SEGUNDO: ORDENAR a la Autoridad Nacional de Televisión que en su adopción de órgano regulador del servicio público de televisión, dentro de los seis meses siguientes a la notificación de esta sentencia, **adopte las medidas necesarias para adecuar al orden constitucional la regulación o reglamentación del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 en lo relacionado con la obligación de transporte de la señal de los canales regionales de televisión abierta**, impuesta a los operadores del servicio de televisión por suscripción. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 264 y 265 de la parte motiva de esta sentencia y en armonía con la interpretación conforme a la Carta que realiza esta corporación sobre dicha disposición en los numerales 170 a 178, 235 a 243 y 251 y a 253 de la parte motiva de este fallo”.²⁷⁷ (El énfasis nos corresponde).*

[321] La misma Resolución No. 1022 de ANTV, apoyándose en la sentencia del TSDJB en su parte considerativa, dice lo siguiente:

*“El pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá tiene como fundamento la sentencia C-654 de 2003, tal como se señala en uno de sus apartes, a saber: “23. Aceptar la interpretación efectuada por el Superintendente Delgado cuando sostiene todo lo contrario, sería desconocer lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-654 de 2003, la cual, se repite, tiene efectos erga omnes y como precedente es de obligatoria observancia, cuando señaló que la carga impuesta a los operadores de televisión por suscripción de garantizar la señal de televisión abierta comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que **ofrecen los canales***

²⁷⁷ Véase Resolución No. 1022, p. 3 y 4

colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto".²⁷⁸ (El énfasis nos corresponde).

"Que, de acuerdo con la interpretación judicial de artículo 11 de la Ley 680 de 2001, es claro que la señal de los canales regionales debe ser entregada a los operadores de televisión por suscripción de manera gratuita tal y como sucede con la señal de los canales de televisión abierta privada"".²⁷⁹ (El énfasis nos corresponde).

[322]Habiendo examinado los argumentos de ambas partes y de la información aportada por Directv, Telmex y UNE EPM, corresponde verificar si los artículos 21, 39 y 42 han sido incumplidos por la República de Colombia por medio de las medidas reclamadas. Conviene, entonces, empezar por comentar algunos conceptos generales de los derechos en cuestión.

6.3.1.1. Análisis del derecho de retransmisión y de las limitaciones y excepciones a la luz de los artículos 21, 39 y 42 de la Decisión 351

6.3.1.1.1. Derecho exclusivo de retransmisión

[323]En lo que atañe al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el artículo 39, apartado a), de la Decisión 351, establece un derecho exclusivo de retransmisión de emisiones en favor de los organismos de radiodifusión.²⁸⁰ Ese derecho exclusivo está dispuesto claramente en los siguientes términos:

Artículo 39.- Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

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

[...]

[324]En virtud de esa disposición, un OR (que puede ser de señal abierta) tiene, entre otros, el derecho de oponerse a que sus emisiones sean retransmitidas por un tercero (*jus prohibendi*).²⁸¹ También tiene la opción de permitir expresamente la retransmisión de su emisión, o abstenerse de autorizar o prohibir esa retransmisión sin que esto último implique una renuncia o caducidad de ese derecho exclusivo.

[325]Cabe observar que el derecho exclusivo de controlar la retransmisión de una emisión subsiste cualquiera fuese el medio o procedimiento por el cual se realiza la retransmisión. Quedan cubiertos los casos en que la retransmisión se efectúe por cable, fibra óptica u otro medio similar. Como se aprecia, la protección establecida en la Decisión 351 es más

²⁷⁸ Ídem, p. 8

²⁷⁹ Ídem, p. 8

²⁸⁰ Para efectos del artículo 3 de la Decisión 351 son empresa de radio o televisión que transmiten programas al público.

²⁸¹ El artículo 3 de la Decisión 351 define los conceptos de 'emisión' y 'retransmisión' como sigue:

- **Emisión:** *Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.*
- **Retransmisión:** *Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.*

amplia que la prevista en los instrumentos internacionales pertinentes mencionados a continuación.

[326] La disposición del artículo 39 de la Decisión 351 concuerda con las obligaciones internacionales que vinculan a los cuatro Países Miembros previstas en los siguientes tratados:

- Convención de Roma. Es pertinente la siguiente disposición de este tratado:

Artículo 13.- [Mínimo de protección que se dispensa a los organismos de radiodifusión]

Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir:

a) la retransmisión de sus emisiones;

[...]

- Adpic. Es pertinente la siguiente disposición de este tratado:

Artículo 14.- Protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión

[...]

3. Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de prohibir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación, la reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones, así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión. [...]

[327] Por su parte, la legislación nacional de derecho de autor y derechos conexos de Colombia también reconoce un derecho exclusivo a favor de los organismos de radiodifusión, equivalente en gran medida a lo previsto en el artículo 39, apartado a) de la Decisión 351. Son relevantes al respecto las siguientes disposiciones contenidas en la Ley N° 23 de 1982, sobre Derechos de Autor de Colombia:

Artículo 4.- Son titulares de los derechos reconocidos por la ley:

[...]

d) El organismo de radiodifusión sobre su emisión;

Artículo 177.- Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho exclusivo de autorizar o prohibir los siguientes actos:

a) La retransmisión de sus emisiones de radiodifusión; [...]

[328] De lo indicado en los párrafos precedentes cabe concluir que, en virtud del ordenamiento comunitario andino, el Estado colombiano tiene la obligación de reconocer y hacer efectivo, en favor de *los organismos de radiodifusión*, un *derecho exclusivo* de autorizar o prohibir la *retransmisión* de sus emisiones *por cualquier medio o procedimiento*, incluido por vía de cable o fibra óptica.

[329] También se concluye que la legislación interna de Colombia reconoce un derecho exclusivo de retransmisión a favor de los OR.

6.3.1.1.2. Posibilidad soberana del Estado de establecer límites a los derechos de autor y los derechos conexos

a) NORMA APLICABLE EN EL MARCO DE LA CAN

[330]El artículo 42 de la Decisión 351 estipula lo siguiente:

Artículo 42.- En los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los Países Miembros podrán establecer límites a los derechos reconocidos en el presente Capítulo.

[331]En virtud de esta disposición, un País Miembro de la Comunidad Andina puede establecer *límites* a los derechos exclusivos reconocidos en favor de los OR por el artículo 39 de la Decisión 351. Sin embargo, al tenor del citado artículo 42, el establecimiento de esos límites tendría que cumplir con ciertos requisitos, a saber:

- (i) enmarcarse en los 'casos permitidos por la Convención de Roma', y
- (ii) efectuarse mediante 'la legislación interna del País Miembro'.

[332]Corresponde entonces examinar estos dos requisitos para la validez de un límite establecido respecto de un derecho exclusivo previsto en el referido artículo 39, apartado a), de la Decisión 351.

b) LÍMITES PERMITIDOS POR LA CONVENCIÓN DE ROMA

[333]La Convención de Roma, en su artículo 15, trata de los casos en los cuales podrían establecerse límites a los derechos exclusivos de los titulares de derechos conexos, incluidos los OR, tal y como se aprecia a continuación:

Artículo 15.- [Excepciones autorizadas: 1. Limitaciones a la protección; 2. Paralelismo con el derecho de autor]

1. Cada uno de los Estados Contratantes podrá establecer en su legislación excepciones a la protección concedida por la presente Convención en los casos siguientes:

- a) cuando se trate de una utilización para uso privado;*
- b) cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad;*
- c) cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones;*
- d) cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica.*

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, todo Estado Contratante podrá establecer en su legislación nacional y respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Sin embargo, no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención.

[334] El párrafo 1 de este artículo enumera cuatro excepciones que son claras y no se refieren al tipo de situación que se presenta en el caso bajo examen.

[335] El párrafo 2 permite a un Estado Contratante establecer *en su legislación nacional* otros límites distintos a los del párrafo 1 de ese artículo, que sean “*de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas*”. Añade que no podrán establecerse ‘licencias o autorizaciones obligatorias’ sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la misma Convención de Roma.

[336] El referido párrafo 2 estipula los siguientes elementos relevantes para el caso que se examina:

- (i) un Estado Contratante puede establecer límites a los derechos exclusivos de los organismos de radiodifusión, distintos de los mencionados en el párrafo 1 del mismo Artículo;
- (ii) los límites deben **establecerse en la legislación nacional**;
- (iii) esos límites **deben ser de la misma naturaleza que las establecidas en esa legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas**.

[337] Se observa que, en el punto iii) anterior, el artículo 15, apartado 2, de la Convención de Roma hace un *reenvío* a la legislación nacional de derechos de autor del Estado Contratante concernido. En consecuencia, en el presente caso resulta necesario identificar las disposiciones relativas a las excepciones al derecho de autor previstas en la legislación de Colombia. A estos efectos cabe recordar que la legislación de Colombia comprende tanto la legislación generada internamente en el país como la normativa generada por los órganos de la Comunidad Andina, en particular las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, que son directa y preferentemente aplicables en Colombia, como se ha explicado más arriba en este dictamen. Al respecto el TJCA ha señalado:

«El principio fundamental del Derecho Comunitario Andino, es el Principio de la “Supremacía del Derecho Comunitario”, el mismo que encuentra su apoyo en otros, como los de: “Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Comunitario”, “Aplicación Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino”, y “Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino».²⁸²

“En virtud de lo expuesto, este Tribunal sostiene que la **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena** prevalece sobre toda regulación nacional anterior o posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con dicha Decisión. De no ser así resultaría imposible alcanzar la meta del Derecho Comunitario de lograr un régimen uniforme para todos los Países de la Comunidad y los objetivos del Proceso de Integración Andina”.²⁸³

“El principio de preeminencia de la norma comunitaria, según lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al derivar de la aplicación directa, comporta la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo, con total primacía sobre una norma de derecho nacional o

²⁸² Véase el Proceso del TJCA 23-IP-2012, p.6

²⁸³ Véase el Proceso del TJCA 44-IP-2013, p. 16

*interno. En caso de presentarse conflicto entre una norma comunitaria y una nacional deberá acudir al ordenamiento jurídico comunitario, con prevalencia sobre el derecho interno”.*²⁸⁴

c) LÍMITES PREVISTOS EN LA NORMATIVA DEL PAÍS MIEMBRO – COLOMBIA

[338] La **Ley N° 23 de 1982, sobre Derechos de Autor de Colombia** contiene las siguientes disposiciones referidas especialmente a los límites (excepciones y limitaciones) aplicables respecto de los derechos de autor:

CAPÍTULO III - De las limitaciones y excepciones al derecho del autor

Artículo 31.- Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra.

Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, a petición de parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas.

Artículo 32.- Es permitido utilizar obras literarias o artísticas o parte de ellas, a título de ilustración en obras destinadas a la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, dentro de los límites justificados por el fin propuesto, o comunicar con propósitos de enseñanza la obra radiodifundida para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin fines de lucro, con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.

Artículo 33.- Pueden ser reconocidas cualquier título, fotografía ilustración y comentario relativo a acontecimiento de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, si ello no hubiere sido expresamente prohibido.

Artículo 34.- Será lícita la reproducción, distribución y comunicación al público de noticias u otras informaciones relativas a hechos o sucesos que hayan sido públicamente difundidos por la prensa o por la radiodifusión.

Artículo 35.- Pueden publicarse en la prensa periódica, por la radiodifusión o por la televisión, con carácter de noticias de actualidad, sin necesidad de autorización alguna, los discursos pronunciados o leídos en asambleas deliberantes, en los debates judiciales o en las que se promueven ante otras autoridades públicas, o cualquier conferencia, discurso, sermón u otra obra similar pronunciada en público, siempre que se trate de obras cuya propiedad no haya sido previa y expresamente reservada. Es entendido que las obras de este género de un autor no pueden publicarse en colecciones separadas sin permiso del mismo.

²⁸⁴ Véase el Proceso del TJCA 44-IP-2013, p. 39

Artículo 36.- La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.

Artículo 37.- Es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro.

Artículo 38.- Las bibliotecas públicas pueden reproducir, para el uso exclusivo de sus lectores y cuando ello sea necesario para su conservación, o para el servicio de préstamos a otras bibliotecas, también públicas, una copia de obras protegidas depositadas en sus colecciones o archivos que se encuentren agotados en el mercado local. Estas copias pueden ser también reproducidas, en una sola copia, por la biblioteca que las reciba, en caso de que ello sea necesario para su conservación, y con el único fin de que ellas sean utilizadas por sus lectores.

Artículo 39.- Será permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas, y distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura esta disposición sólo es aplicable a su aspecto exterior.

Artículo 40.- Las conferencias o lecciones dictadas en establecimientos de enseñanza superior, secundaria o primaria, pueden ser anotadas y recogidas libremente por los estudiantes a quienes están dirigidos, pero es prohibida su publicación o reproducción integral o parcial, sin la autorización escrita de quien las pronunció.

Artículo 41.- Es permitido a todos reproducir la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y decisiones judiciales, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido.

Artículo 42.- Es permitida la reproducción de obras protegidas o de fragmentos de ellas, en la medida que se estime necesaria por la autoridad competente, para su uso dentro de los procesos judiciales o por los órganos legislativos o administrativos del Estado.

Artículo 43.- El autor de un proyecto arquitectónico no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.

Artículo 44.- Es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro.

[339]Además, la citada Ley N° 23 de 1982 contiene las siguientes disposiciones referidas especialmente a los límites aplicables a los derechos conexos, incluidos los derechos de los organismos de radiodifusión:

Artículo 178.- No son aplicables los artículos anteriores de la presente ley cuando los actos a que se refieren estos artículos tienen por objeto:

- a) *El uso privado;*
- b) *Informar sobre sucesos de actualidad, a condición de que sólo se haga uso de breves fragmentos de una interpretación o ejecución, de un fonograma o de una emisión de radiodifusión;*
- c) *La utilización hecha únicamente con fines de enseñanza, o de investigación científica; y*
- d) *Hacer citas en forma de breves fragmentos de una interpretación o ejecución de un fonograma o de una emisión de radiodifusión, siempre que tales citas estén conformes con las buenas costumbres y estén justificadas por fines informativos.*

[340] Por su parte, **el artículo 22 de la Decisión 351**, que forma parte del ordenamiento normativo de Colombia, dispone las siguientes excepciones específicas a los derechos de autor:

Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

- a) *Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;*
- b) *Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;*
- c) *Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:*
 - 1) *Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,*
 - 2) *Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.*
- d) *Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga;*
- e) *Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión*

económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;

- f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;*
- g) Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;*
- h) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;*
- i) La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;*
- j) Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución;*
- k) La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.*

[341] Del examen de estas disposiciones de la legislación colombiana y comunitaria andina, se observa que no contienen excepción o limitación alguna respecto del derecho exclusivo de retransmisión conferido a los OR.

[342] El apartado k) del artículo 22 de la Decisión 351 prevé una excepción para la transmisión o retransmisión de obras, sin embargo, dicha disposición se encuentra referida a supuestos no aplicables a la retransmisión por entidades que no sean OR (por ejemplo, de televisión por suscripción). Tampoco es aplicable esa excepción a la retransmisión por medios distintos de la radiodifusión (por ejemplo, la comunicación por cable o fibra

óptica). Además, esta excepción no atañe al acto de emisión de una señal como tal, independientemente de su contenido, que es materia del apartado a) del artículo 39 de la Decisión 351.

d) OPCIÓN SOBERANA DE INTRODUCIR LÍMITES RESPECTO DE LOS DERECHOS EXCLUSIVOS

[343] La **Decisión 351, artículo 21**, prevé la posibilidad de que los Países Miembros establezcan otras *limitaciones y excepciones* al derecho de autor. Este artículo es relevante por razón de la remisión que hace la Convención de Roma en su artículo 15 a las limitaciones establecidas en la legislación nacional con respecto al derecho de autor. El artículo 21 comentado reconoce la facultad soberana de cada País Miembro de limitar los derechos exclusivos conferidos a los titulares de derechos de autor, a fin de regular el comercio y el ejercicio de esas prerrogativas exclusivas de manera concordante con las políticas públicas del país. Esa disposición estipula lo siguiente:

Artículo 21.- Las limitaciones y excepciones al derecho de autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

[344] El tenor de esta disposición deja claro que los Países Miembros pueden introducir límites (excepciones y limitaciones) a los derechos exclusivos del autor distintos de los previstos en el artículo 22 de la misma Decisión (citado arriba). Sin embargo, la disposición indica que el establecimiento de esos límites queda sujeto a ciertas condiciones, a saber:

- (i) que la excepción o limitación se establezca mediante la **legislación interna** del País Miembro, y
- (ii) que la excepción o limitación cumpla con la llamada '**regla de los tres criterios**', a saber, que se circunscriba a ciertos casos, que no atente contra la normal explotación de las obras, y que no cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

[345] Respecto a la *primera* condición, se observa que ella reproduce lo previsto en el artículo 15, apartado 2, de la Convención de Roma, que también se refiere a la 'legislación nacional' del Estado Contratante.²⁸⁵

[346] Respecto a la *segunda* condición, ella requeriría que la legislación nacional que establezca el límite (excepción o limitación), haya tomado en cuenta los tres criterios o condiciones mencionados en el artículo comentado. Estos tres criterios recogidos por el legislador andino vienen del Convenio de Berna para la Protección de las obras Literarias y Artísticas (en adelante 'el Convenio de Berna'), vinculan a los cuatro Países Miembros de la Comunidad Andina. El Convenio de Berna, artículo 9.2), estipula:

*2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en **determinados casos especiales**, con tal que esa*

²⁸⁵ Ni el artículo 15 de la Convención de Roma ni el artículo 21 de la Decisión 351 definen qué se entiende por 'legislación nacional'. Sin embargo, en lo que se refiere a Colombia, se observa que en los documentos presentados en este proceso las autoridades del Gobierno de Colombia han indicado que las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y conexos son de reserva legal, es decir que deben estar basadas en una ley emanada de la función legislativa. Ver al respecto la contestación del Gobierno de Colombia en el presente proceso, presentada el 10 de noviembre de 2017. Con ello coinciden las partes reclamantes.

reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (El énfasis nos corresponde).

[347] Como ha quedado señalado, la disposición contenida en el artículo 21 de la Decisión 351 reconoce expresamente la facultad que tienen los Países Miembros para establecer, mediante sus legislaciones internas, excepciones y limitaciones al derecho de autor. Ese reconocimiento expreso se acompaña con la doble condición ya referida. Al respecto vale notar que una interpretación sistémica de la disposición del artículo 21 lleva a concluir que, a través de este artículo, el legislador andino ha incorporado en la Decisión 351 los mismos criterios o condiciones estándar de validez de las excepciones y limitaciones que están previstos en los instrumentos internacionales referidos también en este acápite, y que vinculan a los Países Miembros de la Comunidad Andina.

[348] La posibilidad de los Estados de establecer límites al derecho de autor y a los derechos conexos se ha reconocido en varias decisiones del TJCA. Al respecto el Tribunal ha señalado:

*“La norma comunitaria prevé la posibilidad de que las legislaciones internas de los Países Miembros establezcan limitaciones y excepciones a la protección por el derecho de autor, pero somete tales limitaciones y excepciones a la exigencia de que se trate de usos honrados, es decir, de usos que no atenten contra la explotación normal de las obras y que no causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular o titulares de los derechos (artículo 21)”.*²⁸⁶

[349] Para complementar lo dicho en el párrafo anterior, conviene hacer referencia a la explicación brindada por el Grupo Especial (Panel) de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (en adelante ‘la OMC’) sobre la regla de los tres criterios²⁸⁷, en el caso de la Unión Europea con los Estados Unidos de América. En esa resolución se señala lo siguiente:

*“El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC exige que las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos (1) se limiten a determinados casos especiales, (2) no entren en conflicto con una explotación normal de la obra y (3) no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular de los derechos.”*¹⁰⁵ El principio de la interpretación efectiva de los tratados exige que otorguemos un significado distinto a cada una de las tres condiciones y evitemos una lectura que podría reducir cualquiera de las condiciones a “redundancia o inutilidad”.¹⁰⁶ Las tres condiciones se aplican a una base acumulativa, siendo cada una un requisito separado e independiente que debe cumplirse. El incumplimiento de cualquiera de las tres condiciones da como resultado que no se permita la excepción del Artículo 13. Ambas partes acuerdan la naturaleza acumulativa de las tres condiciones. El Panel comparte su punto de vista. De entrada, cabe señalar que el artículo 13 no puede tener más que una operación restringida o limitada. Su tenor, en consonancia con las disposiciones del Artículo 9 (2) del Convenio de Berna (1971), revela que no estaba destinado a prever excepciones o limitaciones, salvo las de carácter limitado (...)”

²⁸⁶ Véase el Proceso del TJCA 165-IP-2004, p.14.; Proceso 44-IP-2013;

²⁸⁷ Véase el documento WT/DS160/R del 15 de junio del 2000 p.31 párrafo 6.97 (tomado el 23 de noviembre de 2017) en https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf,

[350] Otros instrumentos multilaterales -que vinculan a los cuatro países de la Comunidad Andina- también recogen el estándar internacionalmente reconocido sobre los tres criterios o condiciones para introducir nuevos límites en la legislación de los países:

- *Adpic*

Artículo 13.- Limitaciones y excepciones

*Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a **determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.*** (El énfasis nos corresponde)

- *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*

Artículo 10.- Limitaciones y excepciones

1) *Las Partes Contratantes podrán prever, **en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*** (El énfasis nos corresponde)

2) *Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a **ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.***⁹ (El énfasis nos corresponde).

9 *Declaración concertada respecto del Artículo 10: Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.*

También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

[351] Los límites a los derechos exclusivos patrimoniales deben estar *preestablecidos* en la legislación. Si bien no existe una definición internacionalmente consensuada sobre el término 'límites', se entiende generalmente que ellos pueden ser de dos tipos, a saber: *excepciones y limitaciones.*^{288 289 290}

²⁸⁸ Esta Secretaría General hace notar que el derecho comparado y la doctrina permiten constatar que actualmente no existe unanimidad respecto de la terminología y la definición de los conceptos de 'límites', 'excepciones', 'limitaciones', 'licencias legales' y 'licencias obligatorias', entre otros. Algunas de estas expresiones se han usado y desarrollado de manera destacada en la normativa comunitaria europea, sobre todo en las directivas relativas a los derechos de autor. Esas directivas hablan de "excepciones" y de "limitaciones" sin dar una definición ni especificar si se debe emplear esta terminología. Estos

[352] Las **excepciones** se refieren a ciertos actos de uso o explotación de una obra o prestación protegida que quedan *fuera* del ámbito del derecho económico exclusivo conferido al titular del derecho. Una excepción define ciertos actos que pueden ser realizados *libremente* por una persona que se encuentre dentro de la categoría de beneficiarios a la que se aplica la excepción, o que cumpla con los supuestos de la excepción.

[353] Una excepción prescrita por la legislación constituye un límite absoluto al derecho exclusivo. Respecto de los casos especificados por una excepción, no opera el derecho exclusivo; es como si ese derecho exclusivo no existiera respecto de esos casos. El titular del derecho exclusivo no podría legalmente ejercer su derecho contra las personas amparadas por la excepción, y el aprovechamiento por estas personas del objeto o prestación protegido no estaría sujeto a ningún tipo de pago, compensación o remuneración.

[354] Por su parte, las **limitaciones** a los derechos patrimoniales exclusivos conferidos por el derecho de autor también se definen en la legislación, pero solo limitan *parcialmente* el derecho exclusivo del titular del derecho. El efecto de una limitación sobre un derecho exclusivo, es que su titular no goza del derecho de prohibir los actos de uso o explotación económica de su obra o prestación, pero retiene el derecho de percibir una *remuneración* u otra compensación por ese uso. A algunas limitaciones también se les llama **licencias legales**, pues la norma autoriza de pleno derecho a los terceros a usar o explotar una obra o prestación con cargo solamente a realizar el pago de la remuneración o

aspectos se dejan librados a los países que deben implementar las directivas. Las directivas no tienen aplicación directa en los países de la Unión Europea, sino que les manda armonizar sus legislaciones internas. Por ejemplo, véase la terminología usada en la Directiva 2001/29/CE, 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de los derechos de autor en la sociedad de la información, artículo 5 apartado 2; la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico, artículo 3, apartados 4 y 5; la Directiva 2006/115/CE de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo afines a los derechos de autor, artículo 6; y la Directiva 2009/24/CE de 23 de abril de 2009 sobre la protección de programas de ordenador, artículos 5 y 6. Por su parte, la ley de España sobre derechos de autor, Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (modificado hasta 2017) habla de 'límites' en relación con lo dispuesto en sus artículos 31 a 40bis, 100 y 161. En ellos no se distingue entre los límites que permiten usar o explotar libremente una obra o prestación y los límites que requieren el pago de una remuneración o compensación por tal uso o explotación.

²⁸⁹ Las normas europeas antes referidas no emplean las expresiones 'licencias legales' ni 'licencias obligatorias'. La expresión 'licencias o autorizaciones obligatorias' aparece en la Convención de Roma, Artículo 15.2), pero no se mencionan a las 'licencias obligatorias' con este nombre en los artículos del Convenio de Berna ni en el TODA (WCT), el TOIEF (WPPT) o en los artículos sobre derechos de autor del Adpic. En esos instrumentos, la libertad de las partes contratantes para establecer límites a los derechos exclusivos se reconoce en términos generales sin definir los conceptos. En consecuencia, nada impediría a los países adheridos a esos tratados hacer uso de esa flexibilidad para introducir límites llamándolas 'excepciones' o 'limitaciones', o designándolas como 'licencias legales' o 'licencias obligatorias'. A pesar de la indefinición terminológica antes comentada, se observa que algunos textos legales tratan separadamente, de una parte, los límites del tipo de las excepciones y limitaciones y, de otra parte, los límites del tipo de las licencias obligatorias. Tal es el caso, por ejemplo, del Adpic en lo que atañe a las patentes, donde los primeros se tratan en el artículo 30 y los segundos en los artículos 31, 31bis y el Anexo. En la misma línea, es relevante que la Decisión 351 trata separadamente las limitaciones y excepciones en su Capítulo VII, Parágrafo 2º, y de las licencias legales y obligatorias en su Capítulo IX.

²⁹⁰ Para los fines del presente Dictamen, esta Secretaría General ha considerado conveniente adoptar una distinción entre, de una parte, las excepciones y limitaciones (conjuntamente designadas como 'límites') y, de otra parte, las licencias obligatorias como medidas preventivas o correctivas aplicables en casos concretos a cargo de personas específicas. Esta posición se basa en la distinción que realiza la Decisión 351 al tratar expresamente por separado a las limitaciones y excepciones (artículo 22) y a las licencias obligatorias (artículo 32)

compensación correspondiente. Según los casos, ese pago puede hacerse a través de una entidad de gestión colectiva de derechos de autor o derechos conexos.

- [355] Los estándares internacionales mencionados, concordantes con lo previsto en el artículo 21 de la Decisión 351, están dirigidos a la autoridad que fuese competente para emitir la legislación en la que se establezca el límite. Es decir que la autoridad que emita la legislación respectiva debe quedar satisfecha que la excepción o limitación materia de esa legislación cumple con esos tres criterios. Es pertinente examinar brevemente cada uno de los *tres criterios*.²⁹¹

(1) *El límite debe circunscribirse a ciertos casos especiales*

- [356] Un límite establecido respecto de un derecho de autor o un derecho conexo permite que determinado acto de explotación o uso de una obra o prestación, normalmente reservado a favor del titular de un derecho exclusivo, pueda ser realizado por un tercero beneficiario de la excepción o limitación. Esto requiere que la legislación que establezca un límite sea clara, expresa y específica en cuanto a su propósito y alcance. Cada límite debe preverse como una excepción o limitación específica respecto de determinado derecho exclusivo, indicando su beneficiario, su alcance, los supuestos de su aplicación y sus efectos.

²⁹¹ Existe abundante literatura y doctrina sobre el sentido y alcance de los tres criterios o condiciones internacionalmente estandarizados para establecer límites a los derechos de autor y derechos conexos. Pueden mencionarse las siguientes referencias:

Braga de Siqueira Neiva, María Rita, *La regla de los tres pasos como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los límites a la propiedad intelectual*, ver https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22645/tesis_mrita_bragadesiqueira_neiva_2016.pdf; Senftleben, Martin, *The International Three-Step Test - A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, ver <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2605/JIPITEC%202%20-%20Senftleben-Three%20Step%20Test.pdf>; Christie, Andrew, y Wright, Robin, *A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties*, 2011, ver http://achristie.com/wp-content/uploads/2011/08/Christie+Wright-The_Three_Step_Test-IIC-WP.pdf; "Declaración - Por una interpretación equilibrada de la "regla de los tres pasos" en el derecho de autor", coordinada por el Instituto Max Planck, ver http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_fin_al_spanish1.pdf;

Otros comentarios sobre el tema de los tres criterios (o 'tres pasos') se pueden encontrar en las siguientes referencias: M. Senftleben, "Copyright, Limitations, and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law" (Kluwer Law International, The Hague 2004); C. Geiger, "From Berne to national law, via the Copyright Directive: the dangerous mutations of the three-step test", 29(12) European Intellectual Property Review 486-491 (2007); G. Westkamp, "The "Three-Step Test" and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law Between Approximation and National Decision Making", 56 Journal of the Copyright Society of the U.S.A. 1-65 (2008); H. He, *Seeking a balanced interpretation of the three-step test – an adjusted structure in view of divergent approaches*, 40(3) IIC 274-308 (2009); J. Griffiths, "The "three-step test" in European copyright law – problems and solutions", 4 Intellectual Property Quarterly 428-457 (2009).

Los tres criterios también se discuten en comentarios y estudios sobre los tratados que establecen esos criterios, por ejemplo: M. Ficsor, "The Law of Copyright and the Internet: The WIPO 1996 Treaties, their Interpretation and Implementation" (Oxford University Press, Oxford 2002); J. Reinbothe y S. von Lewinski, "The WIPO Treaties 1996" (Butterworths LexisNexis, London 2002); S. Ricketson y J. Ginsburg, "International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond" (Oxford University Press, Oxford, 2006); S. Ricketson, "WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment" 3-4 (WIPO, Geneva 2003), ver http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf; P.B. Hugenholtz y R. Okediji, "Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright – Final Report" 19 (IVIR, Amsterdam 2008). Ver https://www.ivir.nl/publicaties/download/limitations_exceptions_copyright.

Los tres criterios para establecer legislativamente límites a los derechos de autor y derechos conexos han sido materia de comentario e interpretación en el informe del órgano de solución de diferencias de la OMC emitido en el caso de la Unión Europea contra los Estados Unidos de América, WT/DS/160/R del 15 de junio de 2000.

Ver https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf.

(2) *El límite no debe atentar contra la explotación normal de la obra*

[357] La autoridad que establezca un límite respecto de un derecho exclusivo deberá apreciar los efectos y el impacto que la norma tendría sobre la explotación de la obra, y apreciar lo que puede considerarse una explotación 'normal' de la obra. Esta labor debe hacerse para cada excepción o limitación especial pues los efectos serán distintos en cada caso. La apreciación de los efectos del límite y de la 'normalidad' de la explotación de la obra o prestación que será sometida al límite, corresponde soberanamente a la autoridad que emita la legislación que contenga el límite.

[358] En general, los actos de uso o explotación de una obra o prestación que son de un interés público o de interés general superior suelen ser materia de excepciones. Esos actos pueden realizarse sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna. Tal es el caso de las excepciones establecidas, por ejemplo, en los artículos 22, 24 y 27 de la Decisión 351.

[359] En los casos en que fuese necesario establecer un límite respecto de ciertos actos de explotación o uso de la obra o prestación, pero los beneficiarios del límite no necesitaran un acceso irrestricto y gratuito a la obra o prestación, o se tratara de usuarios que se beneficiarán económicamente de esa explotación o uso, la legislación podría limitar el derecho exclusivo del titular suspendiendo su facultad de impedir tal explotación o uso, pero mantener el derecho del titular a cobrar o percibir una remuneración o pago por la explotación o uso que realicen los beneficiarios de la limitación. De esta manera los beneficiarios de la limitación gozarían de una 'licencia de derecho' para usar las obras o prestaciones, pero quedarían obligados a pagar la remuneración correspondiente. Tal es el caso de la limitación establecida en el artículo 37, apartado d), de la Decisión 351.

(3) *El límite no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular*

[360] Todo límite conlleva una restricción al ejercicio del derecho de impedir la explotación o uso de una obra o prestación. Es axiomático que todo límite establecido por la legislación respecto de un derecho exclusivo de autor o conexo puede causar algún perjuicio para el titular del derecho. Sin embargo, el posible perjuicio para el titular del derecho no sería óbice para la introducción de un límite si ello está justificado por los beneficios que el límite permitiría realizar.

[361] Los límites a los derechos exclusivos, sean excepciones o limitaciones, se prescriben en la legislación con base en factores de política económica y de desarrollo industrial y cultural, entre otros, teniendo como objetivo equilibrar los intereses particulares de los titulares de derechos particulares con el interés general de los demás actores en el mercado y el interés público difuso.

[362] En este contexto, la apreciación de los casos en que un perjuicio es 'justificado' o 'injustificado', así como la apreciación de la 'legitimidad' de los intereses del autor frente al límite que se establezca, son tareas que corresponden soberanamente a la autoridad nacional competente, que Colombia ha definido como el poder legislativo. La autoridad debe apreciar la conveniencia de introducir un límite ponderando los intereses en juego y aplicando, entre otros, criterios de necesidad, razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad del límite previsto.

[363] La regulación por el Estado de las actividades económicas, mediante la expedición de normas vinculantes (como son los límites a los derechos de propiedad intelectual), es una expresión de la soberanía regulatoria del Estado. También es una manifestación de las

funciones y facultades de policía el Estado al interior de su jurisdicción. En el campo de la propiedad intelectual, el ejercicio de esta soberanía se enmarca dentro de las 'flexibilidades' que pueden beneficiar a los países que se adhieren a tratados y otras obligaciones internacionales.

6.3.1.2. El artículo 11 de la Ley 680 de 2001

[364] A fin de proceder con el análisis respectivo, corresponde plantear la siguiente pregunta: *¿Estableció el legislador colombiano en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 de la República de Colombia un límite al derecho exclusivo previsto en el apartado a) del artículo 39 de la Decisión 351?*

6.3.1.2.1. La reserva de ley

[365] Conviene retomar lo analizado antes en el sentido de que el artículo 39 de la Decisión 351 otorga a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento; así como el artículo 42 de la misma norma que otorga a los Países Miembros el derecho de establecer en sus *legislaciones* internas límites a los derechos conexos, siempre que sea de acuerdo a los casos permitidos por la Convención de Roma.

[366] El artículo 15.2 de esa Convención dispone que los Estados podrán establecer en su *legislación* nacional limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en dicha legislación con respecto a la protección del derecho de autor. Este reenvío de la Convención a la legislación nacional remite al artículo 21 de la Decisión 351 que establece que las limitaciones y excepciones al derecho de autor que se establezcan mediante las **legislaciones** internas, se circunscribirán a aquellos casos que **no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular**.

[367] Ni el artículo 15 de la Convención de Roma ni el artículo 21 de la Decisión 351 definen qué se entiende por 'legislación nacional'. Sin embargo, se observa que, para las autoridades de ese Gobierno (reclamada) así como para las reclamantes, el establecimiento de excepciones y limitaciones a los derechos de autor y a los derechos conexos están sujetos a una reserva legal, es decir, que deben estar previstas en una ley emanada de la función legislativa.

6.3.1.2.2. El origen del artículo 11 de la Ley 680 de 2001

[368] Entre los hitos que dieron origen al artículo 11 de la Ley 680 de 2001, cabe mencionar como primer punto el Acuerdo 014²⁹² del 31 de marzo de 1997 emitido por la CNTV, por medio del cual se reglamenta el servicio de televisión por suscripción, se adopta el Plan de Promoción y Normalización de dicho servicio y se dictan otras disposiciones. En los considerandos de tal Acuerdo se señala:

*“Que el párrafo primero del artículo 8o de la Ley 335 de 1996 determina que con el fin de fomentar la formalización de la prestación del servicio de televisión por suscripción, de manera tal que la Comisión Nacional de Televisión pueda así **efectuar los recaudos que correspondan al Estado y velar porque se respeten los derechos de autor de acuerdo a la legislación nacional y a los acuerdos internacionales sobre la materia; y a fin de que ésta entidad pueda regular el***

²⁹² Véase el Acuerdo en http://200.13.255.196/sites/default/files/acuerdo_014.pdf tomado el 25 de noviembre de 2017.

servicio en forma efectiva, es necesario implementar el Plan de Promoción y Normalización del Servicio de Televisión por Suscripción Cableada”. (El énfasis nos corresponde).

[369] Asimismo, en el artículo 12 del Acuerdo 014 se dispuso lo siguiente:

*“Artículo 12.- Programación Nacional. Los **operadores del servicio de televisión por suscripción** deberán **garantizar** sin costo alguno a los suscriptores la **recepción**, sin interferencia, de los canales colombianos de televisión abierta que se sintonicen en el área de cubrimiento autorizada”. (El énfasis nos corresponde).*

[370] Es decir, en el Acuerdo 014 de 1997 se hizo referencia explícita al respeto debido a los derechos de autor de acuerdo a la legislación nacional e internacional; y se dictó una disposición de tenor similar a la del artículo 11 de la Ley 680 del 2001, en el sentido de imponer a los operadores televisión por suscripción la obligación de garantizar a los usuarios la *recepción* de la señal de televisión abierta. Asimismo, de la lectura del artículo 12 comentado, no aparece que él contenga una disposición que se pueda considerar como una limitación o excepción al derecho de retransmisión de los OR.

[371] De acuerdo con las pruebas²⁹³ presentadas por Caracol, ni los proyectos de ley para la adopción de la Ley 680 de 2001, ni su exposición de motivos, ni la explicación del pliego de modificaciones, así como tampoco en los debates desarrollados en el Congreso previo a la sanción de esa Ley se incluyeron textos o discusiones sobre las limitaciones y excepciones a los derechos de autor o a los derechos conexos.

[372] En julio del 2000 se presentó en el Senado de la República de Colombia, el Proyecto de Ley 34 por el cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991, la Ley 182 de 1995 y la Ley 335 de 1996 por la cual se establece el régimen de prestación de servicio de la televisión pública y se dictan otras disposiciones.

[373] Es relevante el artículo 20 del referido Proyecto de Ley 34 que señala:

Artículo 20.- Los operadores, concesionarios del servicio de televisión, concesionarios de espacios y contratistas de televisión regional darán cumplimiento a lo dispuesto en la ley sobre derechos de autor. Las autoridades protegerán a sus titulares y atenderán las peticiones o acciones judiciales que éstos les formulen cuando se transgredan o amenacen los mismos.

[374] En los documentos de Ponencia para Primer Debate y para Segundo Debate en el Senado, del ‘Proyecto de Ley 34 y 38 de 2000 por los cuales se modifican parcialmente las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, se establece el régimen de prestación de servicio de televisión pública y se dictan otras disposiciones’, no se observa que se haya discutido sobre el derecho de retransmisión, ni sobre las limitaciones al derecho de autor y a los derechos conexos. Tampoco se observa que se haya debatido sobre el artículo 11 de la Ley 680 de 2001.

[375] Para abundar en este sentido, Caracol ha presentado como pruebas de contraste,²⁹⁴ documentos relativos a la ‘Exposición de motivos’ y debates dados en el Congreso de Colombia previo a la sanción de la Ley 1680 de 2013, por medio del cual “se garantiza a las personas ciegas y con baja visión, el acceso a la información, a las comunicaciones,

²⁹³ Véase anexo X (partes I, II y III) del escrito de reclamo de Caracol, del 6 de julio de 2017.

²⁹⁴ Véase anexo XI (partes I, II, III, IV y V) del escrito de reclamo de Caracol, del 6 de julio de 2017.

al conocimiento y a las tecnologías de la información y de las comunicaciones”. En ese caso el legislador trató una norma cuyo espíritu e intención fue crear una limitación o excepción a los derechos de autor para lo cual se redactó de forma clara y sin dejar lugar a interpretaciones el artículo 12 que señala lo siguiente:²⁹⁵

Artículo 12.- Limitaciones y excepciones a los Derechos de Autor. Para garantizar la autonomía y la independencia de las personas ciegas y con baja visión en el ejercicio de sus derechos a la información, las comunicaciones y el conocimiento, las obras literarias, científicas, artísticas, audiovisuales, producidas en cualquier formato, medio o procedimiento, podrán ser reproducidas, distribuidas, comunicadas, traducidas, adaptadas, arregladas o transformadas en braille y en los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas ciegas y con baja visión, sin autorización de sus autores ni pago de los Derechos de Autor, siempre y cuando la reproducción, distribución, comunicación, traducción, adaptación, transformación o el arreglo, sean hechos sin fines de lucro y cumpliendo la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.

No se aplicará la exención de pago de los Derechos de Autor, en la reproducción y distribución de obras que se hubieren editado originalmente en sistemas especiales para personas ciegas y con baja visión y que se hallen comercialmente disponibles.

[376] En cada uno de estos documentos se observa cómo el legislador incluye como punto tratado el de limitaciones y excepciones a los derechos de autor. Así por ejemplo, en la primera página del Informe de conciliación al Proyecto de Ley 138 de 2012 del Senado, 264 de 2013 de la Cámara, así como en la propuesta de artículo 12.

[377] Asimismo, en el documento de Informe de ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 138 de 2012 del Senado se indica bajo el rubro ‘El contenido del proyecto de ley’ dentro de la Exposición de Motivos, lo siguiente:

“(…) no le es permitido a ninguna autoridad estatal limitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos o de un grupo poblacional; solamente la ley, el legislador, pueden disponer en tal sentido, con claridad y precisión. Entonces, tampoco es jurídicamente posible que las autoridades públicas restrinjan o limiten el derecho a la información de las personas ciegas y con baja visión (…).” (El énfasis nos corresponde).

[378] Continúa el documento señalando que:

“El artículo 8º se refiere a las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor, como un mecanismo equiparador de oportunidades (…). Este artículo tiene fundamento en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por la Ley 1346 (…), que recogió el compromiso de los Estados en el tema, así: (…) Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes, de conformidad con el derecho internacional, a fin de asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales. (…) En Colombia el Derecho de Autor se ha constituido en una barrera legal (…). No se trata de modo alguno de desconocer el Derecho de

²⁹⁵ Véase la Ley 1680 del 2013 en <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-5006.html> tomado el 25-11-2017.

Autor ni la normativa constitucional, legal, nacional e internacional, que lo reconoce y lo regula. De lo que se trata es de establecer unas limitaciones y excepciones precisamente para que en la legislación interna, puedan armonizarse los derechos en juego. (...) a partir del Convenio de Berna (...) se identifican los llamados ¿tres pasos¿ como los límites dentro de los cuales son pertinentes dichas excepciones y limitaciones: i) que se trate de casos especiales; ii) que no se atente contra la normal explotación de la obra, y iii) que no se perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular de derechos”.

[379]El documento hace una explicación de cada uno de los tres criterios que deben cumplir los límites a los derechos de autor y conexos, y finalmente hay una propuesta de limitaciones y excepciones a los derechos de autor en el artículo 8.

[380]En el Informe de ponencia del Segundo Debate Proyecto de Ley 138 de 2012 del Senado, en el marco de la Exposición de Motivos, se explican las acciones afirmativas, los derechos y deberes del Estado para actuar a favor de grupos vulnerables, se dan datos sobre la población destinataria del Proyecto de ley, se desarrollan explicaciones sobre el derecho de autor, las limitaciones y excepciones y el triple criterio que se debe cumplir. Finalmente en el texto propuesto para el Segundo Debate, consta el artículo 11 referido a ‘Limitaciones y excepciones a los Derechos de Autor’.

[381]En el Texto definitivo aprobado en sesión plenaria al Proyecto de Ley 138 de 2012 Senado, el Congreso hace constar el artículo 11 relativo a las ‘Limitaciones y excepciones a los Derechos de Autor’.

[382]Lo señalado en párrafos anteriores también está recogido en el documento ‘Proyecto de Ley 138 de 2012 Senado’, tanto en su parte normativa como en la Exposición de Motivos.

6.3.1.2.3. Análisis del artículo 11 de la Ley 680 de 2001

[383]El artículo 11 de la Ley 680 de 2001, estipula lo siguiente:

*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. (El énfasis nos corresponde).*

[384]Respecto de esta disposición cabe observar lo siguiente:

- (i) El artículo 11 referido establece una obligación a cargo de los operadores de televisión *por suscripción*. No se desprende de la lectura de citado artículo que los operadores de televisión por suscripción tengan el derecho de autorizar o prohibir la *retransmisión* de emisiones de los OR de señal abierta, consagrado a favor de los OR en el artículo 39, apartado a) de la Decisión 351.
- (ii) La obligación establecida en el referido artículo 11, a cargo de los operadores de televisión por suscripción, consiste en que ellos deben *garantizar* a los suscriptores de ese servicio, *la recepción* de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y local que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital, en el área de cubrimiento de esos operadores, sin

costo alguno para esos suscriptores. La obligación estipulada en el artículo 11 comentado no hace referencia a la *retransmisión* de las emisiones de los canales de televisión abierta de los OR.

A fin de apreciar el sentido de la disposición del artículo 11 comentado, es preciso distinguir, de una parte, el acto de garantizar a los suscriptores de televisión por suscripción la *recepción* de las señales de televisión abierta y, de otra parte, el acto de *retransmitir* una emisión de televisión abierta a través de la televisión por suscripción. Realizar el primer acto mencionado no requiere necesariamente realizar el segundo. En efecto, como lo han indicado las partes en el presente expediente, la recepción de las señales de televisión abierta por los televidentes colombianos puede asegurarse por vías distintas a la retransmisión de esas señales a través del cable.²⁹⁶

- (iii) El artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no contiene disposición alguna que establezca expresamente, en favor de los operadores de televisión por suscripción, una excepción o limitación al derecho exclusivo de los OR de televisión abierta que limite el derecho de estos a autorizar o prohibir la *retransmisión* de sus emisiones. Como se explicó previamente, este es un derecho exclusivo en Colombia, por virtud del artículo 39, apartado a), de la Decisión 351 (directa y preferentemente aplicable en Colombia), y de los artículos 4, apartado d), y 177, apartado a), de la Ley 23 de 1982, sobre Derechos de Autor (ley nacional de Colombia).

[385] Del examen de los antecedentes y del contenido del artículo 11 referido, resulta que el propósito de esa disposición era darle rango de ley a las disposiciones administrativas anteriores que buscaban impedir que -con motivo de una suscripción a un servicio de televisión por cable- los televidentes colombianos perdiesen el acceso libre a la televisión abierta que hasta entonces tenían. La norma comentada prohíbe a los operadores de cable dejar a sus clientes suscriptores sin recepción de la televisión abierta. Para estos efectos la norma obligó a los operadores de la televisión por suscripción a garantizarle a los suscriptores del servicio de cable que mantendrán su recepción de los canales de televisión abierta, aun cuando suscribieran un contrato de televisión por cable. Además, esta garantía debía darse sin cobrarle a los suscriptores por mantener esa conexión a la televisión abierta tradicional que es gratuita.

[386] En el sentido de lo explicado, el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 no se concibió como un límite a ninguno de los derechos exclusivos contenidos en la Decisión 351 ni en la legislación de derecho de autor y derechos conexos de Colombia. En particular, se observa que el tenor actual del artículo 11 no contiene los elementos dispositivos necesarios para constituir un límite al derecho exclusivo *de retransmisión* previsto a favor de los organismos de radiodifusión en la Decisión 351, artículo 39, apartado a), y en los artículos 4, apartado d), y 177, apartado a), de la Ley 23 de 1982, sobre Derechos de Autor de Colombia. La creación de los límites debió haberse dado mediante una atención deliberada en la misma norma, y como producto de haber atendido el análisis expreso de los tres criterios ya referidos con respecto al derecho de retransmisión, que es el que se pretende exceptuar.

6.3.1.3. Sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional

²⁹⁶ Es pertinente, por ejemplo, lo dispuesto en el Anexo del derogado Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) de Colombia, que preveía que “el concesionario debe proveer un selector conmutable a la entrada del receptor del usuario con el fin de que se pueda conectar directamente a la antena de recepción de los canales de televisión terrestre radiodifundida”.

[387] Para continuar con el análisis corresponde plantear la siguiente pregunta: *¿Se estableció en la Sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional una limitación o excepción al derecho conexo de retransmisión de los radiodifusores de televisión abierta, dispuesto en el artículo 39 apartado a) de la Decisión 351?*

6.3.1.3.1. Consideraciones generales de las partes

[388] Conviene hacer referencia a las sentencias C-654 de 2003, T-599 de 2016 y C-136 de 2017 de la Corte Constitucional de Colombia, relativas a la interpretación y exequibilidad del artículo 11 de la Ley 680 de 2001. Esta referencia es necesaria en la medida en que los actos gubernativos de las autoridades colombianas y la sentencia del TSDJB del 28 de marzo de 2017, reclamados en esta acción de incumplimiento, se sustentan en algunas declaraciones contenidas en una o más de esas sentencias, en especial en la C-654 de 2003.

[389] El Gobierno de Colombia ha invocado y esgrimido la sentencia **C-654 de 2003** como fuente dispositiva de una excepción al derecho exclusivo de retransmisión previsto en el artículo 39, apartado a), de la Decisión 351. Asimismo, ha invocado la sentencia T-599 de 2016 como confirmación de que la sentencia antes referida es la fuente dispositiva de la excepción mencionada. También ha señalado que *“la sentencia C-654 ha sido clave para interpretaciones posteriores que atañen a normas de televisión en Colombia”*.²⁹⁷

[390] El Gobierno de Colombia cita, como fundamento de la existencia de una excepción al derecho exclusivo de retransmisión, el siguiente pasaje de la sentencia C-654 de la Corte Constitucional:

*“En cuanto hace a la proporcionalidad de la medida enjuiciada, encuentra la Corte que si bien es cierto que la exigencia de la norma acusada podría afectar la libertad económica de los operadores de la televisión por suscripción, también lo es que la carga que se les impone no es de ninguna manera mayor que el beneficio que se pretende obtener, el cual consiste en la garantía del derecho a recibir una información libre e imparcial. Puede afirmarse, incluso, que lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto **transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto**. Y además tal garantía puede hacer más atractivo para los usuarios el servicio por suscripción”*.²⁹⁸ (El énfasis nos corresponde).

[391] El Gobierno de Colombia también ha alegado que la **sentencia T-599 de 2016** confirma la creación de un límite específico al derecho exclusivo de retransmisión, al citarse en esta sentencia el pasaje arriba transcrito de la sentencia C-654. Son relevantes los párrafos 173 a 176 de la sentencia T-599, entre los cuales se menciona un *‘deber de ofrecer’* entendido como una obligación de los concesionarios de televisión abierta de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de suscripción (cable), sin costo alguno, es decir gratuitamente. Al respecto señala:

154. El legislador previó que entre la televisión abierta y cerrada se podrían presentar conflictos de transmisión de señal al público. Por ese motivo a través del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 estableció los deberes de transporte y oferta de señal.

²⁹⁷ Véase escrito de contestación de la República de Colombia del 10 de noviembre de 2017, p.40.

²⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-654 de 2003, páginas 29 y 30.

(...)

170. En el orden interno los deberes de transporte consagrados en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 fueron objeto de pronunciamiento constitucional en virtud de una demanda interpuesta por un ciudadano contra esa disposición. (...).

171. El asunto fue decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-654 de 2003. Para resolver el cargo la corporación revisó la jurisprudencia relacionada con el derecho a fundar medios masivos de comunicación, el deber de intervención del Estado en la distribución del espectro electromagnético y la obligación de promover el pluralismo informativo. Resaltó que en el cumplimiento de estos mandatos **el Congreso de la República** “está facultado constitucionalmente para establecer los mecanismos encaminados a determinar la forma de fundar y desarrollar los medios masivos de comunicación que utilicen el servicio de televisión, así como para imponer las restricciones que sean necesarias para alcanzar los fines propios de dicho servicio. (...)”. (El énfasis nos corresponde).

172. Al abordar el estudio del caso concreto la Sala descartó la procedencia de la acusación por violación de la libre competencia al considerar que no existía parámetro de comparación entre la televisión abierta y cerrada, pues las dos operaban bajo lógicas técnicas y económicas diferentes. (...)

173. En efecto, la Corte encontró razonable la medida legislativa toda vez que a través de ella **el Congreso de la República** ejerció su poder de regulación del servicio de televisión y promovió el pluralismo informativo, esto es, persiguió la materialización de fines constitucionalmente imperiosos. El medio escogido para alcanzar los propósitos superiores resultaba idóneo, ya que ante la posibilidad de exclusión técnica del servicio de televisión abierta **el legislador les impuso a los operadores de televisión cerrada la carga de entregar a los usuarios los mencionados canales**. La intervención legislativa, finalmente, fue considerada proporcional en tanto satisfacía el derecho a recibir información libre e imparcial de los televidentes y afectaba mínimamente la libertad económica de los operadores, pues aunque estos **quedaban obligados a transmitir a sus usuarios la programación de los canales colombianos de televisión abierta, no debían pagar a las emisoras por ese concepto**. (...) (El énfasis nos corresponde).

175. Con fundamento en esos argumentos la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 por estimar que los deberes de transporte de señal son compatibles con la Carta. Mientras el deber de entregar comprende la obligación a cargo de los operadores de televisión cerrada de transmitir las señales de la televisión abierta por medio de sus redes, **el deber de ofrecer consiste en la obligación de los concesionarios de televisión abierta de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de suscripción sin costo alguno**. (El énfasis nos corresponde).

176. A partir de lo expuesto la Sala encuentra que el servicio de televisión abierta nacional, regional y local tiene un valor intrínseco que es digno de protección. (...) Por manera que, frente al riesgo de exclusión de las emisiones abiertas, el legislador ordenó a los operadores de televisión por suscripción su transporte a través de las distintas plataformas (cableada, satelital, análoga, digital, etc.) sin costo alguno para el usuario. Ese transporte, como lo señaló la Corte, lejos de afectar a los operadores comporta beneficios significativos, pues transmiten a sus usuarios “la programación que ofrecen los canales

colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto".
(El énfasis nos corresponde).

[392] En la resolución Segunda de esta sentencia la Corte ordenó directamente a la ANTV que adoptara las medidas necesarias para **adecuar al orden constitucional la regulación o reglamentación del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 en lo relacionado con la obligación de transporte de la señal de los canales regionales de televisión abierta**, impuesta a los operadores del servicio de **televisión por suscripción**. (El énfasis nos corresponde).

[393] Fue en acatamiento de esta sentencia de la Corte Constitucional que la ANTV emitió su Resolución 1022, del 12 de junio de 2017, concretando las obligaciones de entrega de señal de los OR a los operadores de televisión por suscripción.

[394] En la **sentencia C-136 de 2017** la Corte Constitucional atendió una demanda de inconstitucionalidad que solicitaba se declare la exequibilidad del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 condicionada a que no se interpretara esa disposición en el sentido de que *"prohíbe a los canales colombianos de televisión abierta condicionar, al pago de una contraprestación económica, su consentimiento para que los operadores de televisión por suscripción retransmitan la señal de televisión abierta"*.²⁹⁹ Varios intervinientes aportaron sus puntos de vista, pero la Corte Constitucional resolvió declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo respecto del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, por ineptitud sustantiva de la demanda.

[395] El Gobierno de Colombia ha alegado reiteradamente durante esta acción que, cuando la Corte Constitucional dijo que los operadores de la televisión por suscripción *"transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto"*, con esas palabras creó -en virtud de sus facultades y potestades constitucionales y legales- una 'excepción' al derecho exclusivo del que gozan los organismos de radiodifusión (incluidos los canales de televisión abierta) para autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones, conforme el artículo 39 apartado a) de la Decisión 351.

[396] En posición concordante se manifestaron Directv, Telmex y UNE EPM, señalando que la Sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional tiene efectos *erga omnes* de acuerdo con lo establecido en el artículo 243 de la Constitución Política y que, a través de la referida sentencia la Corte Constitucional estableció que el servicio de televisión abierta o por suscripción es un servicio público que no está sometido al régimen jurídico de la libre competencia sino al régimen jurídico de la función pública, y, por lo mismo, puede establecer limitaciones al ejercicio de los derechos conexos de autor de que son titulares los canales privados de televisión como Caracol y RCN. Agrega que, la referida sentencia dejó claramente establecido que dichos canales se benefician de la medida implementada en el artículo 11 de la Ley 680, pues aumentan su cobertura y reciben mejores remuneraciones a partir de la pauta publicitaria.³⁰⁰

[397] Por su parte, Caracol sostiene que las decisiones de la Corte Constitucional no pueden desconocer el derecho comunitario andino. Resulta importante señalar -dice Caracol- cómo la jurisprudencia de Corte Constitucional al interpretar como lo hizo el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, ha influido en las decisiones administrativas de la ANTV.³⁰¹

²⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-136 de 2017, rubro "B. La Demanda". Ver <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-136-17.htm>

³⁰⁰ Véase escrito presentado por Directv, Telmex y UNE EPM, el 12 de octubre de 2017, p.15, 17 y 26.

³⁰¹ Véase escrito de reclamo de Caracol del 21 de julio de 2017, p.17

[398] Para Caracol resulta inadmisibile que la República de Colombia desconozca el ordenamiento jurídico andino justificándose en el cumplimiento de la norma nacional, especialmente cuando las decisiones jurisdiccionales son mal interpretadas para justificar la emisión de actos administrativos y futuras decisiones judiciales contrarias a los principios comunitarios de supremacía y prevalencia.³⁰²

[399] Sobre la posibilidad de emplear otra vía que no sea la retransmisión, para garantizar el derecho de recepción de una señal de televisión abierta a los suscriptores de televisión cerrada, Caracol sostiene que la Corte Constitucional no se pronunció sobre este particular, no se pronunció sobre los derechos de autor y derechos conexos, sino sobre la libertad de empresa, libre competencia, derecho a la información, pluralismo informativo y acceso a la señal abierta de televisión. En esa sentencia el interés de dicha Corte fue proteger el derecho del público general a recibir la señal de televisión abierta de forma gratuita. La Corte tampoco desarrolló la incidencia que podría tener la obligación a cargo de los operadores de televisión por suscripción y los derechos conexos de los OR, conduciendo a una interpretación equivocada.³⁰³

[400] Por su parte, RCN afirma que el TSDJB, para auxiliar su posición, citó una afirmación *obiter dicta* que aparece en la sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional, pero que quedó fuera de la *ratio decidendi* de la sentencia, la cual no se ocupó en ninguna parte sobre los derechos de autor. La afirmación en cuestión es la siguiente:

*“Puede afirmarse, incluso, que lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto **transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto**. Y además tal garantía puede hacer más atractivo para los usuarios el servicio por suscripción”*. (El énfasis nos corresponde).

[401] RCN señala, además, que la Corte Constitucional, de acuerdo a su naturaleza, no está exenta de solicitar una interpretación prejudicial ante el TJCA.³⁰⁴

6.3.1.3.2. Análisis de la sentencia C-654 del 2003

¿La sentencia de la Corte Constitucional hace mención a los derechos de autor y a los derechos conexos, y a las limitaciones y excepciones a los mismos?

[402] Al examinar la sentencia C-654 del 2003 de la Corte Constitucional, se observa que ella atiende y resuelve una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un ciudadano colombiano contra el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, antes referida. Se trata de una sentencia de más de 30 páginas en la cual esa Corte discute la constitucionalidad de la disposición del artículo 11 que impone a los operadores de televisión por suscripción la carga de garantizar a sus suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta.

[403] De la lectura de la sentencia se aprecia que en la parte correspondiente a los descriptores, en ninguno de ellos se puede identificar uno que haga referencia a ‘los derechos de autor y derechos conexos’, o a las ‘limitaciones, excepciones y licencias a los derechos de autor y derechos conexos’, estipulados en los artículos 21, 32, 39 y 42 de la Decisión 351, así como tampoco se menciona el término ‘retransmisión’.

³⁰² Véase escrito de reclamo de Caracol, del 21 de julio de 2017, p.17

³⁰³ *Ibid.*, p.18.

³⁰⁴ Véase escrito de reclamo de RCN, del 10 de noviembre de 2017, p. 22, 23 y 24

[404] Se aprecia que los temas que la Corte Constitucional decide abordar son los siguientes: libertad económica³⁰⁵, libre competencia económica, derecho a la información, espectro electromagnético, libertad de fundar medios masivos de comunicación y efectivización, servicio público de telecomunicaciones, servicio público de televisión, televisión, pluralismo informativo, derecho a la información, Inravisión, servicio de televisión, televisión abierta y televisión por suscripción, servicio de **televisión por suscripción** (en donde se refiere de forma expresa lo siguiente: '**Garantía** de la **recepción** condicionada a la capacidad técnica del operador'), Comisión Nacional de Televisión, derecho a la libre competencia, sentencia de constitucionalidad, concesionarios de canales nacionales de operación privada, principio del Estado social de derecho, libertad económica de operadores de televisión por suscripción/operadores del servicio de televisión por suscripción (obligación de **transmitir** canales de televisión abierta en función del interés general), y libertad de expresión e información.³⁰⁶

[405] Respecto de los argumentos esgrimidos ante la Corte Constitucional por el demandante en el punto III 'FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA', se verifica que ninguno de ellos versa sobre 'los derechos de autor y derechos conexos', o sobre las 'limitaciones, excepciones y licencias a los derechos de autor y derechos conexos', así como tampoco se menciona el término 'retransmisión'. Más bien estos fundamentos se basan en el entendimiento de que el artículo 11 de la Ley 680 del 2001 es una carga para los operadores de la televisión por suscripción. En tal sentido, el demandante presentó los siguientes postulados:

*"(...) la norma acusada establece una condición inexplicable que riñe con el concepto de libertad de empresa, pues por la acción del Estado se genera una ventaja comparativa a favor de los operadores y de los concesionarios de espacios de televisión abierta, **haciendo más gravosa las condiciones del negocio de la televisión por suscripción**".*³⁰⁷ (El énfasis nos corresponde).

*"(...) no existe fuente constitucional que haga viable **la obligación que le impuso la norma acusada a los operadores de televisión cerrada de garantizar sin costo alguno a los suscriptores, la recepción de los canales colombianos de televisión abierta (...)**".*³⁰⁸ (El énfasis nos corresponde).

*"(...) se estableció una cláusula exorbitante introducida por el legislador a **cargo de los operadores de los sistemas por suscripción o cable** y en beneficio de la televisión abierta (...)*".³⁰⁹ (El énfasis nos corresponde).

*"(...) el precepto demandado es la práctica se traduce en un **subsidio a cargo de la televisión por suscripción (...)**".*³¹⁰ (El énfasis nos corresponde).

[406] En el punto IV 'INTERVENCIONES' de la referida sentencia tampoco se hace referencia a 'los derechos de autor y conexos', o a las 'limitaciones, excepciones y licencias de los derechos de autor y conexos'; sino que al igual que en el caso de la demandante, se sostiene la carga que para la televisión por suscripción estableció el artículo 11 de la Ley 680 de 2001. Así, los demás intervinientes en el proceso han señalado:

³⁰⁵ El texto que acompaña a este descriptor indica: 'requiere de reserva de ley'. Véase sentencia C-654/03, página 1.

³⁰⁶ Véase Sentencia C-654/03 páginas 1, 2, 3 y 4.

³⁰⁷ Ídem, pg. 6.

³⁰⁸ Ídem, pg. 6.

³⁰⁹ Ídem, pg. 6.

³¹⁰ Ídem, pg. 7.

- [407]El Ministerio de Comunicaciones señaló que “(...) el artículo 11 de la Ley 680 del 2001 **impone la obligación de retransmitir pura y simplemente la señal de un canal** (...)”.³¹¹ (El énfasis nos corresponde). Vale hacer notar que no se ofrece una explicación sobre el porqué se emplea el término ‘retransmisión’ en lugar de ‘recepción’ tal y como lo señala el artículo en cuestión.
- [408]TV Cable S.A. sostuvo, entre otros aspectos que “(...) es necesario que los sistemas de distribución de televisión por suscripción cuenten con las correspondientes facilidades técnicas para que sus suscriptores puedan tener a su disposición los canales colombianos de televisión abierta de libre recepción, junto con la programación especializada que les suministra el operador a cambio de la correspondiente tarifa (...)”, señala además que el artículo en cuestión “(...) **garantiza a los usuarios de los sistemas de televisión por suscripción, la recepción no sólo de los canales por los cuales paga, sino también de la señal de televisión abierta**, la cual por estar destinada al público en general, debe recibirse de manera gratuita y no puede ser suprimida o limitada del conjunto de canales disponibles por el solo hecho de ser suscriptor de un operador de televisión por suscripción”.³¹² (El énfasis nos corresponde).
- [409]La Comisión Nacional de Televisión indicó que “(...) expidió el acuerdo 014 de 1997, en el cual se estableció que la programación emitida debe cumplir con los fines y principios del servicio público de televisión, **debiéndose garantizar sin costo algunos para los suscriptores la recepción, sin interferencia, de los canales colombianos de televisión abierta** que se sintonicen en el área de cubrimiento autorizada”. Señaló, además, que “(...) la actividad y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, **pudiendo la ley delimitar el alcance de la libertad económica** cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (...)”.³¹³ (El énfasis nos corresponde).
- [410]Señor Jorge Alexander Delgadillo sostuvo que “(...) la obligación contenida en el artículo 11 de la Ley 680 del 2001, se encuentra perfectamente sustentada en la Carta, pues **la televisión por suscripción es un servicio público y por esta razón sus operadores deben cumplir los deberes propios de esta clase de servicios**”.³¹⁴ (El énfasis nos corresponde).
- [411]El Ministerio del Interior y de Justicia afirmó que “(...) la televisión por suscripción y la televisión abierta resultarían excluyentes si no existiera el **compromiso de los operadores de la primera de ofrecer dentro de su paquete de servicios los canales incluidos en la televisión abierta, y estarían vulnerando el derecho de los suscriptores al no poder contar éstos con el servicio de los canales nacionales**”.³¹⁵ (El énfasis nos corresponde).
- [412]El Procurador General de la Nación en el punto V “**Señala que la obligación que el legislador impuso a los operadores de televisión por suscripción para que suministren la señal de televisión abierta de manera gratuita es constitucionalmente admisible, puesto que más que una carga que deben asumir corresponde a un deber dentro de los límites de la responsabilidad social de los medios de comunicación social masivos** (...)”.³¹⁶ (El énfasis nos corresponde).

³¹¹ Ídem, pg. 7.

³¹² Ídem, pg. 9.

³¹³ Íbid, pg.11.

³¹⁴ Íbid, pg. 13.

³¹⁵ Íbid, pg. 13.

³¹⁶ Íbid, pag. 15.

[413] La Corte Constitucional, al establecer en la sentencia C-654 el problema jurídico a resolver, en el numeral 2 'Problema jurídico' del punto VI 'CONSIDERACIONES', afirmó que:

*“Corresponde a esta Corte establecer si **el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, al disponer que los operadores de televisión por suscripción deben garantizar a sus suscriptores, sin ningún costo para éstos, 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, quedando condicionada tal obligación a la capacidad técnica del operador, desconoce la libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, en la medida en que estaría generando una ventaja comparativa a favor de los operadores de televisión abierta, haciendo más gravosa las condiciones del negocio de la televisión por suscripción e interfiriendo en la relación de competencia que debe darse en dicha actividad”.* (El énfasis nos corresponde).

[414] Es decir, la misma Corte Constitucional cuando hace referencia al problema jurídico a resolver no señala que este se refiere a una carga para los organismos de radiodifusión de señal abierta, así como tampoco indica que se trata de resolver si el artículo 11 de la Ley 680 del 2001 constituye una excepción o limitación a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión de señal abierta.

[415] Entre las consideraciones que realizó la Corte Constitucional para llegar a su fallo, se encuentran las siguientes:

[416] Respecto del numeral 3 'Libertad económica y libre competencia en los servicios de telecomunicaciones que usan el espectro electromagnético': el análisis de la Corte Constitucional no hace referencia al derecho de autor y a los derechos conexos, ni a sus limitaciones y excepciones, así como tampoco a la Decisión 351 de la Comunidad Andina. Sobre este numeral la Corte señala, entre otras cosas:

*“Por todo lo anterior está claro que quienes en ejercicio de su libertad económica funden medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, quedan sujetos a las medidas y condiciones que sean fijadas por el Estado para el manejo de ese bien público y la eficiente presentación de los servicios de telecomunicaciones. Tales regulaciones, no se mueven entonces en el ámbito de la libre empresa y la competencia sino en la prestación regular, continua y eficiente de los servicios y funciones a su cargo y también con la especialidad del régimen para la gestión de los bienes de uso público”.*³¹⁷

[417] Respecto del numeral 4 'La intervención del Estado en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión a fin de garantizar el pluralismo informativo': el análisis de la Corte Constitucional no hace referencia al derecho de autor y a los derechos conexos, ni a sus limitaciones y excepciones, así como tampoco a la Decisión 351. Sobre este numeral la Corte señala, entre otras cosas:

*“En ejercicio de su **potestad** para intervenir el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, **el legislador está facultado constitucionalmente para establecer los mecanismos encaminados a determinar la forma de fundar y desarrollar los medios masivos de comunicación que utilicen***

³¹⁷ Ibid, pg. 18.

el servicio de televisión, así como para imponer las restricciones que sean necesarias para alcanzar los fines propios de dicho servicio (...).³¹⁸ (El énfasis nos corresponde).

[418] Lo cual va en consonancia con lo señalado en el primero de los descriptores 'Libertad económica-Límite debe hacerse por medio de una Ley':

"Por lo anterior puede concluirse que al intervenir en el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión el Estado está facultado para establecer condiciones y restricciones a quienes funden medios masivos de comunicación que utilicen dichos servicios, limitaciones que pueden estar dadas en función de los objetivos que persigue tal intervención así como en el carácter relativo que tiene el derecho a la información".³¹⁹

[419] Respecto del numeral 5 'Clasificación del servicio público de televisión. Televisión abierta y televisión por suscripción' el análisis de la Corte Constitucional no hace referencia al derecho de autor y a los derechos conexos, ni a sus limitaciones y excepciones, así como tampoco a la Decisión 351. Sobre este numeral la Corte señala, entre otras cosas:

*"Como puede observarse, entre estas dos últimas modalidades del servicio de televisión existen marcadas diferencias, pues a diferencia del de **televisión abierta en la que cualquier persona puede recibir la señal de televisión**, en el de televisión cerrada **por suscripción son únicamente los suscriptores quienes pueden recibir señal televisiva**.*

*Pero además existen otras razones que hacen diferente el servicio de televisión por suscripción, ya que por su naturaleza implica un acto de suscripción, consistente en que el **suscriptor se compromete con el operador a pagar una suma determinada de dinero en forma periódica, con el objeto de recibir permanentemente el servicio contratado***".³²⁰ (El énfasis nos corresponde).

[420] Respecto del numeral 6 'El caso concreto': el análisis de la Corte Constitucional no hace referencia al derecho de autor y a los derechos conexos, ni a sus limitaciones y excepciones, así como tampoco a la Decisión 351. Sobre este numeral la Corte señala, entre otras cosas:

*"El artículo 11 de la Ley 680 de 2001, bajo revisión, impone a los operadores de **televisión por suscripción** el deber de garantizar, sin costo alguno para 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, obligación que queda condicionada a la capacidad técnica del operador"*.³²¹ (El énfasis nos corresponde).

[421] En primer término, dice la Corte sobre la injusta ventaja competitiva acusada "(...) desde el punto de vista del derecho a la libre competencia el servicio de **televisión abierta y el de televisión por suscripción no se encuentran en la misma situación fáctica**, pues se ha visto como en el caso de **la primera** modalidad televisiva **la señal de televisión es**

³¹⁸ Ibid, pg. 20.

³¹⁹ Ibid, pg. 22.

³²⁰ Ibid, pg. 24.

³²¹ Ibid, pg. 25 y 26.

recibida en forma libre y gratuita por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, al paso que en la segunda modalidad la señal, independientemente de la tecnología de transmisión y utilizada, es recibida únicamente por personas autorizadas para su recepción quienes deben cancelar una tarifa por el servicio ofrecido".³²² (El énfasis nos corresponde).

"La finalidad buscada por el legislador al disponer en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 que los operadores de televisión por suscripción tienen el deber de garantizar, sin costo alguno para los suscriptores, la recepción de los canales de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal, condicionado a la capacidad técnica del operador, es la de garantizar el derecho al pluralismo informativo que le asiste a todo la comunidad".³²³ (El énfasis nos corresponde).

"Así mismo, para la Corte la medida bajo revisión es idónea para la consecución del fin propuesto, por cuanto si la conexión de los usuarios a una red de televisión por suscripción implica por razones técnicas que ellos no puedan recibir las señales de la televisión abierta que emiten los canales nacionales, resulta adecuado imponerle a los operadores de dicho servicio el deber de garantizarles a sus suscriptores la recepción de los canales de la televisión abierta, siempre y cuando cuenten con la debida capacidad técnica, tal como lo prescribe la norma acusada".³²⁴ (El énfasis nos corresponde).

"(...) Puede afirmarse, incluso, que lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto. Y además tal garantía puede hacer más atractivo para los usuarios el servicio por suscripción".³²⁵ (El énfasis nos corresponde).

"Así pues, ha de concluirse que la medida bajo análisis no vulnera la libertad económica de los operadores de la televisión por suscripción, pues si bien es cierto ella implica un condicionamiento al ejercicio de dicha libertad el mismo resulta ser razonable y proporcionado, ya que está dirigido a la realización de los fines del servicio público de televisión y, particularmente, a la efectividad de los derechos constitucionales a la información, opinión y cultura".³²⁶ (El énfasis nos corresponde).

"No escapa a la Corte que en la norma bajo análisis subyace una tensión valorativa entre la libertad económica de los operadores de televisión por suscripción, y la eficiencia en la prestación del servicio público de televisión y el derecho a la información, la cual debe resolverse a favor de estos últimos". (El énfasis nos corresponde).

"Por lo anterior resulta equivocada la afirmación del actor en el sentido de que la medida examinada constituye una cláusula exorbitante, pues queda claro que no se trata de una prerrogativa contractual atribuida al Estado, sino de una obligación impuesta directamente por el legislador a los operadores del servicio

³²² *Ibid.*, pg. 26.

³²³ *Ibid.*, pg. 29.

³²⁴ *Ibid.*, pg. 30.

³²⁵ *Ibid.*, pg. 30.

³²⁶ *Ibid.*, pg. 31.

*de televisión por suscripción en función del interés general (...)*³²⁷ (El énfasis nos corresponde).

[422] En cuanto al punto VII. 'DECISIÓN', que corresponde a la parte resolutive, la Corte Constitucional no señala que se establece una limitación o excepción a los derechos conexos; sólo resuelve la exequibilidad del artículo 11 de la Ley 680 de 2001.³²⁸

[423] Es importante notar que en los fundamentos de la demanda, el demandante presentada a la Corte se hace referencia a la obligación de recepción. Luego, en el 'problema jurídico' la Corte Constitucional señala que se trata de la garantía de recepción cuando se aborda el tema de la Clasificación del servicio público de televisión. Televisión abierta y televisión por suscripción la Corte hace referencia a las formas en que se reciben las señales de dichos servicios. Cuando aborda el caso concreto se refiere la Corte a la obligación de los operadores de televisión por suscripción de garantizar la recepción y solo en un párrafo de la sentencia hace referencia al término transmiten la **programación sin cancelar derechos** por ese concepto. Finalmente, en la parte resolutive la Corte se limita a declarar exequible el artículo 11 de la Ley 680 del 2001.

[424] Al respecto, conviene precisar que la sentencia de la Corte no ofrece una explicación de los motivos que llevan a la Corte Constitucional a cambiar el mandato del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 de 'recepción' a 'transmisión'. Así como tampoco se ofrece explicación de los motivos que llevaron a la Corte a incluir la frase "sin tener que cancelar derechos por este concepto".

¿La sentencia de la Corte Constitucional hace un análisis del triple criterio dispuesto en el artículo 21 de la Decisión 351 para poder establecer una limitación o excepción?

[425] Aunque los Países Miembros tienen, de acuerdo con la misma Decisión 351, la facultad soberana de establecer límites a los derechos de autor y derechos conexos para cumplir sus políticas públicas y objetivos de desarrollo económico, tecnológico, cultural, educacional, de salud pública y otros de interés general, el establecimiento de esos límites está sujeto a ciertas condiciones también previstas en la Decisión 351, como se ha explicado en párrafos anteriores del presente documento.

[426] No parece necesario en este dictamen considerar las maneras en que un País Miembro podría cumplir con el requisito de que los límites a los derechos exclusivos se establezcan mediante *legislación* interna, ni elaborar sobre la plausibilidad de que una sentencia con efecto *erga omnes*, emitida por una autoridad judicial de rango supremo o constitucional, pueda asimilarse a una forma de 'legislación interna'.

[427] Sin embargo, parece insalvable el requisito que la autoridad que genere una excepción o una limitación respecto de un derecho exclusivo de propiedad intelectual deba hacerlo de manera deliberada, explícita y atendiendo expresamente ese objetivo y la manera en que se satisfacen razonablemente los tres criterios tantas veces mencionados. Si se establecieran límites a los derechos de propiedad intelectual por procesos que no cumplieran con esas condiciones mínimas, se crearían situaciones de alta incertidumbre jurídica que afectarían tanto a los titulares de los derechos como al comercio y la economía de los Países Miembros. Además, podrían configurarse situaciones en que los Países Miembros no podrían justificar, desde la perspectiva de una interpretación razonable, que cumplen con las obligaciones mínimas internacionales previstas en los instrumentos a los que están vinculados.

³²⁷ *Ibid*, pg. 31

³²⁸ *Ibid*, pg. 32.

- [428] Una lectura simple de las disposiciones de la Decisión 351 indica que no cumpliría los requisitos mínimos previstos para constituir un límite a un derecho de propiedad intelectual, una medida que limite, neutralice o conculque el derecho de prohibir la explotación o uso de una obra o prestación, cuando ello resultara de una interpretación tangencial o extensiva de una ley o una sentencia referida a una materia manifiestamente distinta a la del derecho exclusivo que se limita, y sin haber atendido deliberadamente respecto de ese derecho los tres criterios previstos en el ordenamiento comunitario para establecer un límite. No puede establecerse válidamente un límite a través de la interpretación colateral o incidental de una ley o de una sentencia. Tampoco cabe establecer un límite mediante *obiter dicta* pronunciados por una autoridad judicial en una sentencia cuya *ratio decidendi* se refiere a una materia distinta de los derechos de propiedad intelectual que se limitan.
- [429] En el caso de las sentencias de la Corte Constitucional antes comentadas, no se evidencian análisis referidos a una excepción o limitación al derecho exclusivo de retransmisión. Esas sentencias tampoco tratan de los derechos u obligaciones de los OR pues se ocupan únicamente de las obligaciones impuestas a los operadores de televisión *por suscripción*, un sector de actores económicos que -como tales- no son beneficiarios de ninguno de los derechos conexos previstos en la Decisión 351.³²⁹
- [430] Con lo explicado en los párrafos anteriores sobre el sentido de los artículos 21 y 42 de la Decisión 351, cabe reiterar que el Estado colombiano, como cualquier otro País Miembro, sí puede establecer límites (excepciones y limitaciones) al derecho exclusivo de retransmisión de emisiones reconocido en favor de los OR (incluidos los canales de televisión de señal abierta) a fin de realizar las políticas públicas soberanamente definidas por ese Estado.
- [431] Sin embargo, esos límites deben ser establecidos por el País Miembro de una manera que sea concordante con lo previsto en los referidos artículos 21 y 42 de la Decisión 351. Esto supone que se cumplan las condiciones y criterios estipulados en esos artículos.
- [432] La creación o aplicación por un País Miembro de medidas de cualquier tipo, que tuviesen el efecto de limitar, neutralizar o conculcar un derecho exclusivo de autor o conexo previsto en el ordenamiento comunitario andino, no sería legalmente válida ante el ordenamiento normativo andino si tales medidas no respetaran las condiciones y criterios mínimos establecidos en las normas comunitarias para establecer límites a los derechos de autor y derechos conexos.
- [433] Asimismo, se incumple el ordenamiento normativo andino sobre derechos de autor y derechos conexos si se dicta o impone una medida que limite, neutralice o conculque un derecho exclusivo expresamente reconocido por ese ordenamiento, a través de la interpretación de una disposición legal, efectuada por una autoridad judicial, cuando esa interpretación no cumpla las disposiciones específicas sobre la constitución de límites a los derechos de autor y derechos conexos, previstas en dicho ordenamiento normativo andino.
- [434] Señalado todo lo anterior, se puede decir que en la sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional:

³²⁹ Los beneficiarios de los derechos conexos previstos en la Decisión 351 son los indicados en el Capítulo X, a saber: los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

- (i) No se menciona el ordenamiento jurídico comunitario andino en relación con las disposiciones que otorgan el derecho exclusivo de retransmisión a los organismos de radiodifusión de televisión abierta (artículo 39, apartado a), así como tampoco se mencionan las disposiciones relativas a las limitaciones y excepciones al derecho de autor y a los derechos conexos (artículos 42 y 21).
- (ii) No se hace ponderación o análisis del triple criterio relativo a los artículos 39 apartado a), 42 y 21 de la Decisión 351. Tampoco hay ponderación sobre los derechos conexos o el de retransmisión y sus límites.
- (iii) No se mencionan ni analizan otros instrumentos de carácter internacional sobre derecho de autor y derechos conexos, como serían el Convenio de Berna, el Convenio de Roma, Adpic, entre otros.
- (iv) No se analiza ni justifica la razón por la cual la Corte Constitucional introduce el término 'transmitir' en lugar de seguir utilizando el término 'recepción' que había empleado a lo largo de la sentencia, y que es el que consta en el artículo 11 de la Ley 680 del 2001, objeto del análisis de dicha Corte.
- (v) No se ofrece una explicación de por qué se incluye la frase "(...) *sin tener que cancelar derechos por este concepto* (...)", que se menciona una única vez en la parte considerativa de la sentencia y no aparece en la parte resolutive.

[435] En criterio de esta Secretaría General, por el hecho de que se mencione (una sola vez) en la sentencia, en la parte motiva, la frase "(...) *sin tener que cancelar derechos por este concepto* (...)", no convierte al artículo 11 de la Ley 680 de 2001 en una excepción al derecho de retransmisión de los OR. La Decisión 351, que es de aplicación directa, regula los derechos conexos exclusivos de los radiodifusores, así como el derecho de los Estados a establecer límites a esos derechos y la manera de hacerlo.

[436] El análisis realizado por la Corte Constitucional en su sentencia C-654 versa sobre la libertad económica de los operadores de televisión por suscripción, el derecho de acceso a la información y el pluralismo informativo, entre otros, en relación a la carga impuesta a tales operadores respecto de garantizar la recepción de la señal de televisión abierta. De ese análisis no cabría deducir que la Corte ha establecido un límite al derecho conexo de retransmisión, ni que ese análisis aborda el cumplimiento del triple criterio requerido para tales fines.

6.3.1.4. Sobre las medidas reclamadas

[437] Por todo lo antes señalado, es criterio de esta Secretaría General que:

- (i) Para el Gobierno de Colombia y las partes reclamantes el establecimiento de límites a los derechos conexos requiere de reserva de ley.³³⁰
- (ii) En el presente reclamo no se ha encontrado evidencia que el legislador concibió en su origen al artículo 11 de la Ley 680 como un límite al derecho conexo de retransmisión de los OR de señal abierta.
- (iii) El texto del artículo 11 de la Ley 680 no incluye un límite al derecho conexo de retransmisión de los OR de señal abierta.

³³⁰ Audiencia informativa del 21 de noviembre de 2017

- (iv) Para el Gobierno de Colombia dentro de la estructura jurídica de su país las sentencias de la Corte Constitucional “(...) *hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo cual, a su vez, implica que tienen efectos erga omnes, son obligatorias para todos los casos futuros, vinculan a todos los operadores jurídicos, su parte resolutive es siempre obligatoria y su parte motiva lo es en la medida que guarde relación directa con la decisión*”.³³¹
- (v) La Sentencia C-654 de la Corte Constitucional no estableció un límite al derecho de retransmisión de los OR de señal abierta.
- (vi) La Resolución No. 2291 de 2014 de la ANTV creó un límite al derecho exclusivo conexo de retransmisión de los OR de señal abierta, basándose en su propia interpretación³³² de la Sentencia C-654, al decir en su parte resolutive: **“ARTÍCULO SEGUNDO: “(...) conforme con la interpretación de la H. Corte Constitucional contenida en la sentencia C-654 de 2003, los radiodifusores, so pretexto de la cancelación de derechos económicos, no podrán negar su consentimiento previo y expreso a los operadores de televisión cerrada para la transmisión de la señal que dichos radiodifusores escojan con el fin de dar cumplimiento a la obligación de que trata el artículo primero de esta resolución”.** (El énfasis nos corresponde).³³³
- (vii) Vale reiterar el siguiente párrafo de la parte motiva de dicha resolución que señala: **“la aplicación y cumplimiento del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, debe realizarse conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003, en concordancia con la Sentencia C-1151 de 2003”, de acuerdo a ello la inclusión de las señales de los canales de televisión abierta en los sistemas de televisión cerrada debe realizarse “sin lugar a que ni los usuarios ni los operadores de televisión cerrada deban cancelar derechos por ese concepto”.**³³⁴ (El énfasis nos corresponde).
- (viii) Bajo el entendido de la necesidad de reserva legal, la ANTV no sería el organismo competente para crear vía resolución o circular un límite a un derecho consagrado en una ley de la República de Colombia, o en una normativa internacional, o subregional como es el caso de la Decisión 351 (salvo que la propia norma superior le hubiese dado esa delegación a la ANTV, hecho que no se ha acreditado en el proceso).
- (ix) Ratificando lo indicado en el párrafo anterior, y en el supuesto no consentido de que la ANTV hubiera sido el organismo competente para crear un límite al derecho conexo de retransmisión, de todas maneras se observa que en la Resolución 2291 no consta un análisis del triple criterio que circunscriba tal límite, requisito que el artículo 21 de la Decisión 351 establece para esos efectos. Es así como dicha resolución contiene:

³³¹ Véase el escrito de contestación del Gobierno de Colombia del 11 de noviembre de 2017, p. 33

³³² Que el asunto central de esta actuación administrativa es “analizar el asunto relativo a la garantía de recepción de las señales de televisión abierta en los sistemas de televisión por suscripción (...)”, entre otras razones por **“Las distintas interpretaciones y entendimiento** de que del artículo 11 de la ley 680 del 2001 vienen realizando los distintos operadores y concesionarios del servicio de televisión (...)”, siendo la **ANTV la entidad con competencias** para hacerlo. Véase Resolución 2291, ANTV, p. 25 y 28.

³³³ Véase Resolución 2291, ANTV, p. 71. Al respecto:

“ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR a los operadores de televisión cerrada distribuir la señal de los canales de televisión abierta, en los términos del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 conforme con la declaratoria de exequibilidad que de tal norma realizó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003, con el fin de garantizar los derechos constitucionales a la información y al pluralismo informativo. El acceso a estos canales no tendrá costo para los suscriptores”.

³³⁴ Ídem, p. 70

En su punto 'I. Considerandos': los antecedentes, las posiciones y peticiones de varios actores (operadores de televisión abierta, operadores de televisión por suscripción, agremiaciones, usuarios) 'actuaciones administrativas' 'otras peticiones', 'intervención de los organismos de control'.

En su punto 'II. Consideraciones': refiere a la 'competencia' de la ANTV y en ese marco señaló que el asunto central de esta resolución es "analizar el asunto relativo a la garantía de recepción de las señales de televisión abierta en los sistemas de televisión por suscripción". Agrega que "las distintas interpretaciones y entendimiento de que del artículo 11 de la ley 680 de 2001 vienen realizando los distintos operadores (...) vistas las consecuencias de la interpretación de la norma, es claro que el asunto le compete a la ANTV".³³⁵

También incluye el punto relativo a los 'Problemas jurídicos' que debe atender la Resolución 2291, señalando los siguientes: (i) **interpretación del artículo 11 de la Ley 680, a la luz del servicio público de televisión**, (ii) aplicación del artículo 24 del Acuerdo CNTV 02 de 2012, (iii) aplicación del Anexo Técnico del Acuerdo CNTV 10 de 2006. Como se observa, en ningún momento hace referencia al triple criterio.³³⁶

En el apartado siguiente la resolución aborda el 'Análisis y consideraciones', espacio en el cual indica que la Corte Constitucional en Sentencia C-634 de 2011 estableció que las autoridades administrativas deben tener en cuenta las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.³³⁷

A continuación la resolución trata sobre 'El servicio público de televisión' y las 'Garantías Constitucionales – Derecho a la información, pluralismo informativo, libertad económica'. En este apartado la Resolución 2291 comenta algunos artículos constitucionales referidos a los deberes del Estado, servicios públicos, la libertad económica, pluralismo informativo.

Sigue la resolución tratando los temas relativos a 'La recepción de las señales abiertas a través de los sistemas de televisión por suscripción', 'La finalidad constitucional de la obligación de garantía de recepción de las señales abiertas en las sistemas de televisión cerrada' espacio en el cual la resolución atiende a las consideraciones jurisprudenciales dadas por la Sentencia C-654 de 2003 concluyendo que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 "(...) *porque la carga para los operadores de televisión por suscripción de garantizar la recepción de la televisión abierta, en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por ese concepto, es razonable, proporcionada e idónea para los fines de realizar los derechos a la información, opinión y cultura*".³³⁸

En el siguiente apartado correspondiente a 'La razón de la decisión (*ratio decidendi*) y los efectos de las sentencias de control constitucional' señala que la Corte Constitucional "entendió que la sentencia C-654 de 2003 hacía tránsito a cosa juzgada absoluta, por cuanto en esa ocasión no se fijó

³³⁵ Idem, p.24 y 25

³³⁶ Idem, p. 28

³³⁷ Idem, p. 29

³³⁸ Idem, p. 38

expresamente e alcance de la decisión". Posteriormente explica los efectos de la cosa juzgada constitucional para concluir que *"La parte resolutive de las sentencias de control constitucional y la argumentación que se considere básica e indispensable para soportar directamente la decisión, son obligatorias, y su desconocimiento viola la cosa juzgada constitucional"*.³³⁹

En cuanto al apartado relativo a 'Los derechos conexos a la retransmisión en asuntos similares – Otros precedentes judiciales', señala que los OR invocan su derecho basados en la Convención de Roma, la Ley 23 de 1982, la Decisión 351, y al Proceso 39-IP-99 del TJCA. La Resolución 2291 señala que *"(...) si bien es cierto estas disposiciones regulan el derecho conexo a la retransmisión de los organismos de radiodifusión, también lo es que para los efectos señalados en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 conforme la interpretación constitucional realizada en la sentencia C-654 de 2003 (que es el asunto materia de debate de esta actuación), nada se dijo frente a dicho derecho (...)"* Agregó que la Corte expresamente indicó que *"esta disposición es proporcional, pues si bien afecta la libertad económica de la televisión por suscripción, la carga no es mayor al beneficio, y que la medida comporta beneficios significativos "en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto"*. También refirió un precedente relativo a la retransmisión de las señales incidentales, para finalmente recordar la Sentencia 05 de 2010 de la SIC, relativa a un caso similar. Todo lo cual la lleva a concluir que *"más allá de las disposiciones constitucionales, legales y supranacionales que regulan los derechos de autor y conexos, al existir la definición y entendimiento del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 por parte de la H. Corte Constitucional con efectos de cosa juzgada, mal podría desconocerse esta decisión judicial, razón por la cual la ANTV como autoridad administrativa, no solo está sometida al imperio de la Ley sino también acatar las decisiones judiciales sobre la interpretación y aplicación de una norma (...)"*.³⁴⁰

La resolución continúa tratando la 'Obligación de prestar el servicio de televisión radiodifundida en sistemas analógicos y digitales por parte de los canales privados de operación nacional', 'El artículo 24 del Acuerdo CNTV 02 de 2012 – Consentimiento previo y expreso para distribuir señales', espacios en los cuales tampoco ofrece un análisis del triple criterio.

La resolución también trata sobre 'El Selector Conmutable – Aplicación de la norma vigente', 'De la contradicción y discusión de la prueba practicada', 'El acceso a la televisión abierta en las edificaciones sujetas al régimen de propiedad horizontal', y 'Planteamientos adicionales realizados en los alegatos de conclusión'. Bajo ninguno de estos apartados se realizó un análisis del triple criterio. Así como tampoco se lo hace en las 'Conclusiones' ni en la parte resolutive.

De lo señalado, se observa que en la Resolución 2291 no consta un análisis del triple criterio que circunscriba tal límite, requisito que el artículo 21 de la Decisión 351 establece para esos efectos.

La Circular 10 del 2015, de la ANTV, ratificó y mantuvo el límite al derecho conexo exclusivo de retransmisión de los OR de señal abierta creado en la Resolución 2291, haciendo expresa referencia a la Sentencia C-654 de la

³³⁹ Idem, p. 38, 39 y 40

³⁴⁰ Idem, p. 40, 41, 42 43, 44, y 45

Corte Constitucional, al señalar que: “2. Los **radiodifusores no podrán negarse a dar su consentimiento previo y expreso por motivos económicos para entregar los contenidos de la señal digital principal, en un (1) formato que ellos escojan (analógico, SD o HD)**”. (El énfasis nos corresponde). Como se dijo en el punto anterior, la ANTV carecía de competencia para establecer un límite al derecho exclusivo de retransmisión de los OR (y por ende ratificar y mantener tal creación). En el supuesto no consentido que hubiese tenido esa competencia, en esta circular tampoco se realizó un análisis del triple criterio, requerido por la Decisión 351 para establecer tal límite.

- (x) La Sentencia del TSDJB del 28 de marzo del 2017, en las acciones de competencia desleal y de reconvención, creó un límite al derecho exclusivo conexo de retransmisión de los OR de señal abierta, basándose en su propia interpretación³⁴¹ de la Sentencia C-654, al decir en su parte resolutive: “**En consecuencia se ORDENA a Caracol y RCN Televisión que en firme esta decisión y sin exigir retribución económica alguna, permitan la retransmisión de su señal de televisión abierta tanto estándar y en alta definición HD a través del servicio de televisión por suscripción de que es responsable Telmex Colombia S.A.**”³⁴² (El énfasis nos corresponde).. Vale reiterar los siguientes párrafos de la parte motiva de dicha sentencia que señalan: “**Así lo determina la Corte Constitucional en la sentencia de control abstracto C-654 de 2003, (...) al mencionado artículo 11 de la Ley 680 de 2001, cuando expresó que “...lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto.**”³⁴³ (El énfasis nos corresponde). Adicionalmente, señala de forma expresa que el artículo 11 de la Ley 680 del 2001 es una excepción al derecho: “**Para la Sala es claro, que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 estableció una excepción a los derechos conexos y de autor, tal y como lo prevé el artículo 21 de la Decisión 351 de 1993...es más, así lo entendieron Caracol y RCN Televisión durante todo el tiempo que autorizaron la retransmisión de su señal sin exigir contraprestación alguna.**”³⁴⁴ (El énfasis nos corresponde). Indica también que aceptar la interpretación dada por la SIC sería desconocer lo dicho por Sentencia C-654 de efecto erga omnes cuando señaló que: “**la carga impuesta a los operadores de televisión por suscripción de garantizar la señal de televisión abierta comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto.**”³⁴⁵ (El énfasis nos corresponde). “**El artículo 11 de la Ley 680 de 2001 impuso a los concesionarios de televisión abierta la obligación de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de suscripción sin costo alguno –deber de ofrecer–.**”³⁴⁶ (El énfasis nos corresponde). (...) De igual modo, como quiera que se demostró que las demandadas en

³⁴¹ Que el asunto central de esta actuación administrativa es “analizar el asunto relativo a la garantía de recepción de las señales de televisión abierta en los sistemas de televisión por suscripción (...)”, entre otras razones por “**Las distintas interpretaciones y entendimiento** de que del artículo 11 de la ley 680 del 2001 vienen realizando los distintos operadores y concesionarios del servicio de televisión (...)”, siendo la **ANTV la entidad con competencias** para hacerlo. Véase Resolución 2291, ANTV, p. 25 y 28.

³⁴² Véase sentencia del TSDJB, p. 53

³⁴³ Ídem, pg. 34 y 35.

³⁴⁴ Ídem, pg. 37 y 38.

³⁴⁵ Ídem, pg. 38.

³⁴⁶ Ídem, pg. 50.

*reconvención Caracol y RCN Televisión incurrieron en la conducta de violación de normas al pretender exigir a Telmex Colombia una retribución económica para autorizar la retransmisión de su señal de televisión abierta (...), en abierto desconocimiento de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, de lo razonado por la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003 y la Resolución 2291 de 2014 de la ANTV, se revocará parcialmente el numeral 4 y en su integridad el 5 de la sentencia en alusión y se condenará en costas de ambas instancias a Caracol y RCN Televisión, tanto de la demanda principal como en la de reconvención”.*³⁴⁷ (El énfasis nos corresponde).

Bajo el entendido de la necesidad de reserva legal, el TSDJB no es competente para crear vía sentencia un límite a un derecho consagrado en una ley de la República de Colombia, o en una normativa internacional, o subregional como es el caso de la Decisión 351 (salvo que la propia norma superior le hubiese dado esa delegación, hecho que no se ha acreditado en el proceso).

Ratificando lo indicado en el párrafo anterior, se puede indicar que respecto de la regla del triple criterio, el TSDJB señala en su sentencia que: *la excepción del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 sí cumple con la regla de los tres pasos prevista en el Convenio de Berna ya que se trata de un ‘caso especial’ puesto que la medida asegura la realización de fines constitucionales como la libre circulación de expresiones; ‘no atenta contra la explotación normal de la obra’ ya que la señal abierta es libre y gratuita, es decir, RCN y Caracol no reciben ingreso económico por ese concepto; y, ‘no causa perjuicio injustificado al titular del derecho’ y al contrario les da un beneficio.* Aclara que en el eventual caso que la medida causara un perjuicio, este estaría justificado por el beneficio de los usuarios al acceso al pluralismo informativo y otros derechos relacionados. Al respecto, esta Secretaría General considera innecesario analizar si lo expuesto sobre el triple criterio en la sentencia reclamada corresponde a un correcto análisis del mismo; en la medida que -como se ha insistido- el TSDJB no tendría competencia para establecer un límite, dado que tal posibilidad goza de reserva legal.

Resolución No. 1022 de 2017, de la ANTV: ratificó y mantuvo el límite al derecho conexo exclusivo de retransmisión de los OR de señal abierta creado en la sentencia del TSDJB al señalar en su parte motiva que: *“El pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá tiene como fundamento la sentencia C-654 de 2003, tal como se señala en uno de sus apartes, a saber: “23. Aceptar la interpretación efectuada por el Superintendente Delgado cuando sostiene todo lo contrario, sería desconocer lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-654 de 2003, la cual, se repite, tiene efectos erga omnes y como precedente es de obligatoria observancia, cuando señaló que la carga impuesta a los operadores de televisión por suscripción de garantizar la señal de televisión abierta comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto”.*³⁴⁸ (El énfasis nos corresponde). *“Que, de acuerdo con la interpretación judicial de artículo 11 de la Ley 680 de 2001, es claro que la señal de los canales regionales debe ser entregada a*

³⁴⁷ Véase sentencia TSDJB, p. 52

³⁴⁸ Ídem, p. 8

los operadores de televisión por suscripción de manera gratuita tal y como sucede con la señal de los canales de televisión abierta privada".³⁴⁹
(El énfasis nos corresponde).

[438] Como se dijo en el punto anterior, la ANTV carecía de competencia para establecer un límite al derecho exclusivo de retransmisión de los OR (y por ende ratificar y mantener tal creación). En el supuesto no consentido que hubiese tenido esa competencia, en esta resolución tampoco se realizó un análisis del triple criterio, requerido por la Decisión 351 para establecer tal límite.

[439] Esta Secretaría General considera que el ordenamiento andino no ofrece un sustento legal o jurisprudencial para establecer un límite a un derecho exclusivo conferido por la Decisión 351 a través de una interpretación *a posteriori* de una norma legal concebida para un fin distinto y cuyo tenor no autoriza tal interpretación. De aceptarse tal posibilidad, se generaría un alto grado de inseguridad jurídica en la medida que los derechos exclusivos previstos en el ordenamiento andino sobre propiedad intelectual podrían surgir sin un adecuado análisis del cumplimiento del triple criterio.

[440] En **conclusión** y por los motivos expuestos en los párrafos precedentes, esta Secretaría General estima que los actos administrativos de la ANTV, a saber: la Resolución 2291 de 2014, la Circular 010 de 2015, y la Resolución 1022 de 2017; así como también la sentencia del TSDJB del 2017, aquí reclamados, conllevan el incumplimiento por parte de la República de Colombia de los artículos 39, 42 y 21 de la Decisión 351.

6.3.2. Alegado incumplimiento del artículo 32 de la Decisión 351, reclamado por RCN

[441] El eje principal del reclamo de RCN relativo al artículo 32 radica en que tanto la sentencia del TSDJB como la Resolución No.1022 de la ANTV vulneraron el artículo 32 de la Decisión 351 al desconocerse los límites permitidos por el Convenio de Berna o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor cuando se trata de establecer licencias legales u obligatorias al derecho de autor o derechos conexos.³⁵⁰ En el caso de la sentencia del TSDJB, esta vulneración se traduce en la posibilidad de imponer una licencia obligatoria.

[442] El Gobierno de Colombia indicó que el citado artículo atiende solo a las licencias legales u obligatorias relativas a *obras*, y no se ocupa del derecho de retransmisión de los OR.

[443] Por su parte Directv, Telmex y UNE EPM indicaron que el artículo en cuestión consagra la posibilidad de que las legislaciones internas de los Países Miembros otorguen licencias legales u obligatorias que limiten el derecho de autor.

[444] El artículo 32 de la Decisión 351 estipula lo siguiente:

*Artículo 32.- En ningún caso, las licencias **legales u obligatorias** previstas en las legislaciones internas de los Países Miembros, podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor. (El énfasis nos corresponde).*

³⁴⁹ Ídem, p. 8

³⁵⁰ Véase escrito de reclamo de RCN, p. 58 y 59

[445] Por su parte, las medidas reclamadas dicen, en lo que atañe al artículo 32 de la Decisión 351, lo siguiente:

- Sentencia del TSDJB del 2017

[446] En su parte resolutive:

*“En consecuencia se **ORDENA a Caracol y RCN Televisión que en firme esta decisión y sin exigir retribución económica alguna, permitan la retransmisión de su señal de televisión abierta tanto estándar y en alta definición HD a través del servicio de televisión por suscripción** de que es responsable Telmex Colombia S.A.”*³⁵¹ (El énfasis nos corresponde).

[447] En su parte considerativa:

*“El artículo 11 de la Ley 680 de 2001 impuso a los concesionarios de televisión abierta la obligación de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de suscripción sin costo alguno -deber de ofrecer-, con lo que se cumple el primer requisito, pues está claro que Caracol y RCN demandadas en reconvencción pretenden sobrar una suma a Telmex Colombia S.A. por autorizar que sus señales sean retransmitidas por éste, es evidente e inminente la intención de materializar, de realizar un acto prohibido por la ley”.*³⁵² (El énfasis nos corresponde).

*“(…) De igual modo, como quiera que se demostró que las demandadas en reconvencción Caracol y RCN Televisión incurrieron en la conducta de violación de normas al pretender exigir a Telmex Colombia una retribución económica para autorizar la retransmisión de su señal de televisión abierta (...), en abierto desconocimiento de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, de lo razonado por la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003 y la Resolución 2291 de 2014 de la ANTV, se revocará parcialmente el numeral 4 y en su integridad el 5 de la sentencia en alusión y se condenará en costas de ambas instancias a Caracol y RCN Televisión, tanto de la demanda principal como en la de reconvencción”.*³⁵³ (El énfasis nos corresponde).

- Resolución No. 1022 del 2016 de la ANTV

[448] En su parte considerativa:

*“Que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 establece que 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 (...)”.*³⁵⁴

³⁵¹ Véase sentencia del TSDJB, p. 53

³⁵² Ídem, pg. 50.

³⁵³ Ídem, p. 52

³⁵⁴ Véase Resolución No. 1022, p. 2

“Que en concordancia con los parámetros jurisprudenciales mencionados anteriormente, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia proferida el pasado 28 de marzo de 2017, mediante la cual resolvió la demanda de los canales abiertos nacionales de operación privada RCN Televisión y Caracol Televisión S. A. contra los operadores de televisión por suscripción Télmex Colombia S. A., Colombia Telecomunicaciones S. A. E.S.P, Directv Colombia S. A. y Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. señaló que (.....) es claro que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 estableció una excepción a los derechos conexos y de autor, tal como lo prevé el artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993 (l)as limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”. (El énfasis nos corresponde).

*“Que el pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá tiene como fundamento la sentencia C-654 de 2003, tal como se señala en unos de sus apartes, a saber: 23. Aceptar la interpretación efectuada por el Superintendente Delegado cuando sostiene todo lo contrario, sería desconocer lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-654 de 2003, la cual, se repite tiene efectos erga omnes y como precedente es de obligatoria observancia, cuando señaló **que la carga impuesta a los operadores de televisión por suscripción de garantizar la señal de televisión abierta comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto**”. (El énfasis nos corresponde).*

*“Que de acuerdo con la interpretación judicial del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, es claro que **la señal de los canales regionales debe ser entregada a los operadores de televisión por suscripción de manera gratuita tal y como sucede con la señal de los canales de televisión abierta privada**”.*³⁵⁵ (El énfasis nos corresponde).

[449]En su parte resolutive:

Artículo 1º. Garantía de recepción de la señal de los canales de televisión abierta por parte de los operadores de televisión por suscripción.

Los operadores de Televisión por Suscripción deberán distribuir sin costo alguno a sus suscriptores la señal de los canales principales de la totalidad de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional y regional.

La distribución de la señal de los concesionarios de televisión local estará condicionada a la capacidad técnica del operador de televisión cerrada, de conformidad con la regulación que para tal efecto expida la ANTV.

En todo caso los operadores de televisión por suscripción deberán distribuir la señal de los canales de televisión abierta incluidos en su parrilla en óptimas

³⁵⁵ Ibid, p. 8

condiciones técnicas, de conformidad con lo definido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones o quien haga sus veces.

PARÁGRAFO. Si en la oferta de los operadores de televisión por suscripción se incluye un canal nacional en alta definición (HD), deberán incluirse todos los canales nacionales en esa misma definición. Así mismo, si en la oferta del operador de televisión por suscripción se incluye un canal regional en alta definición (HD), deberán incluirse en esa misma definición todos los canales regionales que cuenten con dicho estándar.

[450]Habiendo examinado los argumentos de ambas partes y de Directv, Telmex y UNE EPM sobre este aspecto, corresponde a esta Secretaría General verificar si las dos medidas reclamadas incumplen con el artículo 32 de la Decisión 351.

6.3.2.1. Sentido del artículo 32 de la Decisión 351

[451]El artículo 32 de la Decisión 351 implica que -mediante sus legislaciones internas- los Países Miembros pueden prever *licencias legales* y *licencias obligatorias*. Sin embargo, esas licencias en ningún caso podrán exceder de los límites previstos por el Convenio de Berna o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

[452]Es necesario observar que el artículo 32 comentado se refiere a “*las licencias legales u obligatorias previstas en las legislaciones internas de los Países Miembros*”. La norma no distingue en cuanto a los derechos a los que se podrían aplicar esas licencias legales u obligatorias, ni limita su aplicación a las licencias (legales u obligatorias) aplicables a los derechos de autor. En tal virtud, el artículo 32 resulta aplicable por igual a las licencias que se establezcan con respecto a los derechos de autor y a los derechos conexos.

[453]La constatación anterior no queda enervada por la inclusión del artículo 32 referido dentro del Capítulo IX de la Decisión 351, relativo a la ‘Transmisión y Cesión de Derechos’, pues ese Capítulo contiene algunas disposiciones que pueden aplicarse por igual a los derechos de autor y a los derechos conexos, por ejemplo, el artículo 31.

6.3.2.2. Aplicación del artículo 32 al caso concreto

[454]Considerando que el artículo 32 de la Decisión 351 se refiere tanto a ‘licencias legales’ como a ‘licencias obligatorias’, el alegado incumplimiento del mismo por la República de Colombia se ha examinado respecto de ambos tipos de licencias.

[455]En cuanto a las ‘*licencias legales*’ mencionadas del artículo 32 referido, ellas tendrían que estar establecidas en la legislación nacional para ser válidas. Conforme a la definición conceptual adoptada en el presente dictamen, las licencias legales pueden asimilarse a un tipo de *limitación* al derecho exclusivo. Las limitaciones (incluidas las licencias legales) se caracterizan por la libertad de usar o explotar sin autorización previa una obra o prestación protegida, pero con cargo a pagar una remuneración o compensación al titular del derecho (o a la persona que lo represente).

[456]Ni la sentencia del TSDJB ni la Resolución 1022 reclamadas contra la República de Colombia implican el establecimiento de una licencia legal o una limitación al derecho exclusivo de retransmisión de los OR con cargo al pago de una remuneración o compensación, tal y como se puede apreciar en los párrafos de dichas medidas transcritos con anterioridad. Lo que la República de Colombia ha creado mediante las medidas reclamadas, es una excepción, es decir un límite al derecho exclusivo de

retransmisión, que no requiere de autorización previa por parte de los OR para retransmitir sus emisiones, ni de pago o compensación a los OR por tal retransmisión.

[457] En lo que atañe a las '*licencias obligatorias*' previstas en el artículo 32 en cuestión, lo actuado en esta acción de incumplimiento no presenta elementos que permitan concluir que el Gobierno de Colombia hubiese concedido o intentado conceder una licencia obligatoria que limite o restrinja los derechos de retransmisión de RCN, ni que tal medida se hubiese aplicado sin observar los requisitos de forma y de sustancia exigibles conforme a la normativa comunitaria andina. Por lo demás, como se explicó antes, las licencias obligatorias no son medidas que necesariamente se dicten sin prever un pago o compensación para el titular del derecho afectado. Por esta razón, y teniendo en cuenta las demás características de las licencias obligatorias, estas no pueden asimilarse a la definición de una *excepción* al derecho exclusivo.

[458] Por lo expuesto en los párrafos precedentes, esta Secretaría General **concluye** que:

- En lo que respecta al alegado incumplimiento del artículo 32 de la Decisión 351 por la República de Colombia, en cuanto atañe a la parte de esa disposición relativa a las *licencias legales*, no hay incumplimiento por cuanto las medidas reclamadas no tratan de licencias legales o limitaciones al derecho de retransmisión sujetas al pago de una remuneración o compensación, sino que se refieren a una *excepción* plena al derecho de retransmisión de los OR, sin derecho a ningún pago, que es una figura diferente. En consecuencia, el artículo 32, al no tratar de excepciones a los derechos exclusivos, no es relevante frente a las medidas denunciadas.
- Con respecto al alegado incumplimiento del artículo 32 de la Decisión 351 por la República de Colombia, en lo relativo a las *licencias obligatorias*, esta Secretaría General no ha encontrado en lo actuado nada que indique una acción u omisión de parte de las autoridades colombianas que coloque a ese País Miembro en incumplimiento. En este expediente no hay indicios de que las autoridades de la República de Colombia hayan concedido o intentado conceder, a cargo de RCN, una licencia obligatoria como esta figura ha quedado definida para estos efectos.

6.3.2.3. Aspectos del reclamo por incumplimiento referidos a los contratos de concesión

[459] Sobre este aspecto conviene iniciar planteando la siguiente pregunta ¿Hay en los contratos de concesión con el Estado colombiano una renuncia contractual a los derechos exclusivos de los organismos de radiodifusión?

[460] El Gobierno de Colombia ha argumentado que las empresas reclamantes han renunciado o limitado sus derechos exclusivos de retransmisión de sus emisiones al haber suscrito con el Estado colombiano contratos de *concesión* (y sus prórrogas) *del espectro electromagnético* para desarrollar sus actividades como entidades proveedoras de servicios de televisión abierta. Explica que el espectro electromagnético es un bien público cuya gestión y control es de competencia exclusiva del Estado. En caso de concesionarse a terceros la explotación o uso de ese espectro, el Estado puede sujetar tal concesión a ciertas condiciones y límites, siempre en aras de realizar los objetivos de interés público general definidos en la Constitución, otras normas del ordenamiento jurídico y las políticas públicas.³⁵⁶

³⁵⁶ Véase escrito de contestación de Colombia del 10 de noviembre de 2017, p. 45, 41, 42, 43, 44

[461] Esta argumentación se basa, entre otros, en las consideraciones de la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-654 de 2003,³⁵⁷ retomadas en su sentencia T-599 y reiteradas por el TSDJB en su sentencia del 28 de marzo de 2017.

[462] En el mismo sentido Direct TV, Telmex y UNE EPM, señalaron que los OR de señal abierta, con anterioridad a la suscripción de sus contratos, conocían o debían conocer que de acuerdo con la Constitución Política las concesiones de la televisión abierta y por suscripción estaban afectadas por la obligación de garantizar los derechos fundamentales a la información, al pluralismo económico y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones. Es decir, las reclamantes conocían o debían conocer que su derecho contemplado en el artículo 39 de la Decisión 351 estaba limitado por la Constitución. Finaliza señalando que “*Caracol y RCN se obligaron, dentro del contrato de concesión, a permitir la retransmisión de la señal de televisión por parte de los operadores de televisión por suscripción, a fin de garantizar la protección del derecho fundamental a la información y a la pluralidad informativa*”.³⁵⁸

[463] Caracol precisó, sobre los contratos de concesión, que su contrato con el Estado colombiano, representado por ANTV, para la concesión de uso del espectro electromagnético, no contiene limitación alguna similar a la establecida en las disposiciones dictadas por la ANTV, ni impone la obligación de autorizar la retransmisión de la señal concesionada de forma gratuita a los operadores de televisión cerrada. Los operadores de televisión por suscripción tienen la obligación de garantizar a sus suscriptores la ‘recepción’ de las señales de televisión abierta, mas no la ‘recepción para la distribución o retransmisión’. El reclamante no ha aceptado por vía de ese contrato de concesión las condiciones de los actos administrativos reclamados.

[464] En sentido similar se pronunció RCN en la reunión informativa del 21 de noviembre del año en curso cuando a la pregunta de la Secretaría General (“*RCN ha prorrogado su contrato en el 2009 y ya existía la sentencia de la Corte Constitucional C-654. En ese sentido ¿cómo no entender esta como parte del ordenamiento jurídico a respetar, obligación que consta en el contrato de prórroga?*”) respondió que de una lectura al artículo 11 no era posible determinar consecuencias directas para los OR en tanto que este no había sido analizado por la Corte Constitucional desde la perspectiva de los derechos de los radiodifusores. RCN agregó que la celebración de contratos debe respetar, en primer lugar, el principio de legalidad y, en segundo lugar, las normas comunitarias, ya que estos no están diseñados para derogar a estas últimas, es decir, a las normas de la Comunidad Andina.

[465] Los artículos 30 y 31 de la Decisión 351, estipulan lo siguiente:

Artículo 30.- Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 31.- Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.

³⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-654 de 2003, Sección 4, p. 18

³⁵⁸ Véase escrito presentado por Directv, Telmex y UNE EPM, el 12 de octubre de 2017, p.36.

Aunque el artículo 30 citado parece referido a los derechos de autor por cuanto habla de 'uso de obras protegidas', esta disposición podría considerarse aplicable *por analogía* a los derechos conexos y al uso de las prestaciones protegidas. Si esta aplicación por analogía no fuese admitida, la consecuencia sería que -- ante el silencio de la Decisión 351 sobre la cesión, concesión o licencias de uso de prestaciones protegidas por los derechos *conexos* -- resultaría aplicable lo previsto en la legislación interna del País Miembro concernido, en el presente caso, la legislación de Colombia.

[466] Por su parte, el artículo 31 es aplicable en general a las transferencias, autorizaciones y licencias de uso, y sería por ello aplicable tanto a los derechos de autor como a los derechos conexos.

[467] Queda claro que la Decisión 351, artículo 39, apartado a), confiere a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento. Este derecho exclusivo implica la facultad de ceder o licenciar contractualmente la retransmisión de sus emisiones, e incluye la posibilidad de renunciar o abstenerse contractualmente de ejercer ese derecho exclusivo bajo las condiciones pactadas.

[468] Atendiendo a que los artículos 30 y 31 comentados remiten a la aplicación de la legislación interna del País Miembro concernido en lo que atañe a la cesión, concesión y licencias de uso de prestaciones protegidas por los derechos conexos, corresponde examinar lo que prevé la legislación de Colombia. La Ley 23 de 1982 de Colombia, sobre derechos de autor, contiene las siguientes disposiciones:

Artículo 182.- Los titulares de los derechos de autor y de los derechos conexos podrán transmitirlo a terceros en todo o en parte, a título universal o singular.

Parágrafo. La transmisión del derecho, sea total o parcial, no comprende los derechos morales consagrados en el artículo 30 de esta ley.

Artículo 183.- Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia.

Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir.

[469] Estas disposiciones dejan claramente previsto los siguientes aspectos que son relevantes en el presente asunto:

(i) La transferencia total o parcial de los derechos patrimoniales conexos queda limitada a las modalidades de explotación previstas y al tiempo **que se determinen contractualmente**.

(ii) Los **actos** o contratos **por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos** patrimoniales conexos **deberán constar por escrito** como condición de validez.

[470] Como ya se advirtió en acápites anteriores, no se interpretarán los contratos suscritos entre las partes en este procedimiento ni las disposiciones que rigen la contratación pública o privada al interior de un País Miembro. Sin embargo, es menester observar que -en la medida en que la normativa comunitaria remita expresa o tácitamente a las legislaciones internas de los Países Miembros- cualquier transferencia, cesión, licencia, limitación o renuncia contractual a un derecho exclusivo de autor o conexo, que no se ciñera a las normas sobre esta materia en la legislación del País Miembro, no sería válida ante la normativa comunitaria andina.

[471] En el presente caso queda claro que los organismos de radiodifusión accionantes podrían, en el ejercicio de su derecho exclusivo de retransmisión, limitar o renunciar contractualmente a ese derecho en favor del Estado o de operadores de servicios de televisión por suscripción. Esa renuncia o limitación podría darse, por ejemplo, como parte de un contrato negociado con el Estado para obtener una concesión de uso del espectro electromagnético que este controla y administra. También podría darse en el marco de la negociación de contratos privados con uno o varios operadores de televisión por suscripción a fin de que estos retransmitan la señal abierta de los organismos de radiodifusión titulares del derecho exclusivo.

[472] Sin embargo, en cualquier transferencia, cesión, licencia, limitación o renuncia de derechos conexos exclusivos tendrían que aplicarse las condiciones y requisitos de fondo y de forma que manda la Decisión 351 y la legislación interna de Colombia, en cuanto esta resultara aplicable.

[473] De la información aportada en este expediente respecto del contenido de los contratos de concesión suscritos por los organismos de radiodifusión accionantes con el Estado colombiano, representado actualmente por la ANTV, no surge que en esos contratos haya ninguna cláusula que haga referencia a una transferencia, cesión, licencia, limitación o renuncia de un derecho conexo exclusivo.

[474] Esta Secretaría General entiende que -en aplicación de los artículos 30 y 31 de la Decisión 351- una transferencia, cesión, licencia, limitación o renuncia de los derechos conexos exclusivos conferidos a los organismos de radiodifusión (al igual que los derechos conferidos a los demás beneficiarios de derechos conexos), cuando se hiciera contractualmente, debe estar expresamente estipulada en el contrato respectivo, salvo que la misma legislación estableciera expresamente casos precisos de presunciones legales o supuestos en los que tal transferencia, cesión, licencia, limitación o renuncia se entendería tácitamente incluida en un contrato. Para ello, tales disposiciones legales supletorias tendrían que contener una referencia clara a esos derechos exclusivos, en defecto de lo cual quedarían fuera del marco de legalidad prescrito por las normas comunitarias referidas.

[475] En virtud de la remisión -expresa o tácita- a la legislación interna de Colombia, sería aplicable lo estipulado en el artículo 183 de la Ley sobre Derechos de Autor de Colombia que dice:

[...] *Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. [...]*

[476] Esto concuerda con el artículo 31 de la Decisión 351 cuando dice que –

*Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades **pactadas expresamente en el contrato** respectivo. [La letra negrita es añadida]*

[477] Cabe entender que el requisito de la *forma escrita* exigida por la ley de Colombia no solo se refiere al contrato mismo, sino también al acto jurídico de transferencia, total o parcial, de los derechos patrimoniales de autor o conexos contenido en el contrato. A esto se agrega el requisito del artículo 31 de la Decisión 351 que las autorizaciones y licencias sobre derechos patrimoniales deben estar pactadas *expresamente* en el contrato.

[478] Es decir que, si no existiera en el contrato una cláusula que indicara de manera explícita e indubitable la voluntad del titular de transferir, ceder, licenciar, limitar o renunciar a un derecho patrimonial, no podría considerarse expresada esa voluntad. Esta expresión de voluntad es un elemento esencial del acto jurídico por lo que no cabría suponer o interpretar que la afectación un derecho patrimonial de autor o conexo pueda estar tácitamente incluida.

[479] El TJCA se ha pronunciado en un sentido concordante con lo comentado antes, por ejemplo, en el Proceso 24-IP-1998, referido al uso no autorizado de programas de ordenador.³⁵⁹ El Tribunal señala lo siguiente en su conclusión 4:

4. *La transferencia de los derechos de explotación, o la licencia de uso o autorización de uso, **deben constar en el contrato respectivo, y sus efectos se limitan a los modos de utilización que allí consten y demás modalidades expresamente convenidas**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Decisión 351. La autorización o licencia concedida para llevar a cabo una o varias de las formas de explotación del programa de ordenador no incluye las restantes. (El énfasis nos corresponde).*

[480] En **conclusión**, los documentos presentados por las partes relativos al contenido de los contratos de concesión concluidos entre los reclamantes y el Estado colombiano (representado por CNTV o ANTV), que confirieron a los reclamantes el estatuto de organismos de radiodifusión, no demuestran que tales contratos incluyeran expresamente una transferencia, cesión, licencia, limitación o renuncia voluntaria a los derechos exclusivos que incumben a esos organismos conforme a la Decisión 351.

[481] Las cláusulas contractuales de los contratos de concesión, que la República de Colombia resume, por ejemplo, en las páginas 11, 12, 13 y 14 de su contestación al presente reclamo,³⁶⁰ no hacen mención de los derechos conexos de los concesionarios, y tampoco mencionan una transferencia, cesión, licencia, limitación o renuncia a esos derechos. Por lo demás, la realización por los concesionarios de los *finés* y *principios* incluidos en esas

³⁵⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 24-IP-1998, sentencia del 25 de septiembre de 1998.

³⁶⁰ Véase escrito de contestación de la República de Colombia, del 10 de noviembre de 2017.

cláusulas contractuales no se oponen ni interfieren con el ejercicio de los derechos conexos exclusivos de los concesionarios.

[482] Los contratos de concesión entre los reclamantes y el Estado colombiano tampoco hacen referencia a ninguna disposición de la legislación colombiana que establezca una presunción legal o un supuesto preciso en virtud del cual una transferencia, cesión, licencia, limitación o renuncia a un derecho conexo se entendería tácitamente incluida en un contrato de concesión del Estado, o que tal efecto operaríe implícita y automáticamente en caso de aceptación de una concesión del Estado.

[483] Por las razones antes expuestas, no cabría concluir que -por el hecho de haber suscrito los contratos de concesión referidos ni sus prórrogas- los organismos de radiodifusión reclamantes hayan transferido, cedido, licenciado, limitado o renunciado voluntariamente a sus derechos conexos.

6.3.3. Alegado incumplimiento del artículo 54 de la Decisión 351

[484] El eje principal del reclamo en este punto es que las disposiciones emitidas por la ANTV y la sentencia del TSDJB antes referidas, vulneran el artículo 54 de la Decisión 351 al imponer una medida que desconoce y desnaturaliza el derecho de exclusiva de los OR, dispuesto en el artículo 39 apartado a) de la Decisión 351, desconociendo la obligación de 'no hacer' prevista en el artículo 54, ya que se autorizó la retransmisión de las emisiones de radiodifusión sin contar con la autorización expresa previa del titular del derecho.

[485] El Gobierno de Colombia sostiene que ni las disposiciones de la ANTV ni la sentencia del TSDJB vulneraron el artículo 54 porque existe "(...) una limitación al derecho de retransmisión de los operadores de televisión de señales abiertas de nivel nacional, regional y local". Por tal motivo, ninguno de los actos reclamados ampara un uso ilegítimo, solo efectivizan una limitación.³⁶¹

[486] Sobre el artículo 54, Directv, Telmex y UNE EPM refirieron que la ANTV no incurrió en incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, pues no se impuso a los OR de señal abierta una medida que condiciona la utilización de sus señales en Colombia, ni se restringió o limitó el libre ejercicio de su derecho exclusivo consagrado en el artículo 39 de la Decisión 351.³⁶²

[487] El artículo 54 de la Decisión 351 estipula lo siguiente:

Artículo 54.- 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.

[488] Las medidas reclamadas señalan lo siguiente:

- Circular No. 00045 del 12 de junio de 2014, de ANTV, reclamada por Caracol

[489] La Circular 00045 del 12 de junio de 2014 emitida por la ANTV no será considerada debido a que fue derogada. Esa circular fue una medida transitoria dictada interinamente

³⁶¹ Véase el escrito de contestación de Colombia del 10 de noviembre de 2017, p. 81

³⁶² Véase escrito presentado por Directv, Telmex y UNE EPM, el 12 de octubre de 2017, p.52.

hasta que se resolviera la actuación administrativa 1612 del 5 de mayo de 2014, lo cual ocurrió a través de la Resolución No. 2291 del 22 de septiembre de 2014, emitida por la ANTV, también objeto de este reclamo.

- La Resolución 2291 de 2014 de la ANTV, reclamada por Caracol

[490] En su parte resolutive dice: “**ARTÍCULO SEGUNDO:** “(...) conforme con la interpretación de la H. Corte Constitucional contenida en la sentencia C-654 de 2003, **los radiodifusores, so pretexto de la cancelación de derechos económicos, no podrán negar su consentimiento previo y expreso a los operadores de televisión cerrada para la transmisión de la señal que dichos radiodifusores escojan con el fin de dar cumplimiento a la obligación de que trata el artículo primero de esta resolución**”. (El énfasis nos corresponde).³⁶³

[491] Merece hacer mención del siguiente párrafo de la parte motiva de dicha resolución que señala: “la aplicación y cumplimiento del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, debe realizarse conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003, en concordancia con la Sentencia C-1151 de 2003”, de acuerdo a ello la inclusión de las señales de los canales de televisión abierta en los sistemas de televisión cerrada debe realizarse “**sin lugar a que ni los usuarios ni los operadores de televisión cerrada deban cancelar derechos por ese concepto**”.³⁶⁴ (El énfasis nos corresponde).

- La Circular 10 del 2015, de la ANTV, reclamada por Caracol

[492] En su texto señala: “2. Los **radiodifusores no podrán negarse a dar su consentimiento previo y expreso por motivos económicos para entregar los contenidos de la señal digital principal, en un (1) formato que ellos escojan (analógico, SD o HD)**”. (El énfasis nos corresponde).

- La Sentencia del TSDJB del 28 de marzo del 2017, reclamada por Caracol y RCN

[493] En su parte resolutive: “En consecuencia se **ORDENA a Caracol y RCN Televisión que en firme esta decisión y sin exigir retribución económica alguna, permitan la retransmisión de su señal de televisión abierta tanto estándar y en alta definición HD a través del servicio de televisión por suscripción** de que es responsable Telmex Colombia S.A.”.³⁶⁵ (El énfasis nos corresponde).

[494] En su parte motiva señala: “Así lo determina la Corte Constitucional en la sentencia de control abstracto C-654 de 2003, (...) al mencionado artículo 11 de la Ley 680 de 2001, cuando expresó que “...lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta **sin tener que cancelar derechos por este concepto**”.³⁶⁶ (El énfasis nos corresponde). Adicionalmente, señala de forma expresa que el artículo 11 de la Ley 680 del 2001 es una excepción al derecho: “Para la Sala es claro, que **el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 estableció una excepción a los derechos conexos y de autor, tal**

³⁶³ Véase Resolución No. 2291, ANTV, p. 71. Al respecto:

“**ARTÍCULO PRIMERO:** ORDENAR a los operadores de televisión cerrada distribuir la señal de los canales de televisión abierta, en los términos del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 conforme con la declaratoria de exequibilidad que de tal norma realizó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003, con el fin de garantizar los derechos constitucionales a la información y al pluralismo informativo. El acceso a estos canales no tendrá costo para los suscriptores”.

³⁶⁴ Ídem, p. 70

³⁶⁵ Véase sentencia del TSDJB, p. 53

³⁶⁶ Ídem, pg. 34 y 35.

y como lo prevé el artículo 21 de la Decisión 351 de 1993...es más, así lo entendieron Caracol y RCN Televisión durante todo el tiempo que autorizaron la retransmisión de su señal sin exigir contraprestación alguna".³⁶⁷ (El énfasis nos corresponde). Indica también que aceptar la interpretación dada por la SIC sería desconocer lo dicho por Sentencia C-654 de efecto erga omnes cuando señaló que: **"la carga impuesta a los operadores de televisión por suscripción de garantizar la señal de televisión abierta comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto"**.³⁶⁸ (El énfasis nos corresponde). **"El artículo 11 de la Ley 680 de 2001 impuso a los concesionarios de televisión abierta la obligación de permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas de suscripción sin costo alguno –deber de ofrecer–"**.³⁶⁹ (El énfasis nos corresponde).

- Resolución No. 1022 de 2017, de la ANTV, reclamada por RCN

[495] Señala en su parte motiva que: **"El pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá tiene como fundamento la sentencia C-654 de 2003, tal como se señala en uno de sus apartes, a saber: "23. Aceptar la interpretación efectuada por el Superintendente Delgado cuando sostiene todo lo contrario, sería desconocer lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-654 de 2003, la cual, se repite, tiene efectos erga omnes y como precedente es de obligatoria observancia, cuando señaló que la carga impuesta a los operadores de televisión por suscripción de garantizar la señal de televisión abierta comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto"**.³⁷⁰ (El énfasis nos corresponde). **"Que, de acuerdo con la interpretación judicial de artículo 11 de la Ley 680 de 2001, es claro que la señal de los canales regionales debe ser entregada a los operadores de televisión por suscripción de manera gratuita tal y como sucede con la señal de los canales de televisión abierta privada"**.³⁷¹ (El énfasis nos corresponde).

[496] Habiendo examinado los argumentos de ambas partes y la información aportada por Directv, Telmex y UNE EPM, corresponde a esta Secretaría General verificar si el artículo 54 ha sido incumplido por la República de Colombia por medio de las medidas reclamadas.

6.3.3.1. Sentido del Artículo 54

[497] Al analizar la disposición del artículo 54 citado, se observa que uno de los supuestos para la aplicación de esa norma es que el usuario de una obra o prestación protegida por la Decisión 351 no cuente con la autorización expresa del titular del derecho o de su representante para realizar tal uso. Ello implica, como supuesto de esa disposición, que sea necesario contar con la autorización del titular del derecho para poder usar la obra o prestación. Si no fuese necesaria una autorización del titular del derecho para usar la obra o prestación, no tendría efecto la obligación legal de obtener tal autorización. Es decir que la norma del artículo 54 solo se aplicaría en los supuestos en que fuese necesaria una autorización del titular del derecho.

³⁶⁷ Ídem, pg. 37 y 38.

³⁶⁸ Ídem, pg. 38.

³⁶⁹ Ídem, pg. 50.

³⁷⁰ Véase Resolución No. 1022, p. 8.

³⁷¹ Ídem, p. 8

[498] Como se ha comentado en las secciones precedentes, la legislación sobre el derecho de autor y los derechos conexos contempla ciertos casos en los cuales la autorización otorgada por el titular de un derecho no es necesaria para poder usar o explotar una obra o prestación protegida. Tal es el caso, en particular, cuando quien realice el uso o explotación de una obra o prestación actuase al amparo de una excepción o limitación prevista en la legislación.

[499] En la actualidad, los actos judiciales y gubernativos de la República de Colombia que han sido cuestionados por los OR reclamantes, se encuentran vigentes en Colombia y surten efectos legales mientras no sean revocados o sustituidos. Con respecto al derecho exclusivo de retransmisión de los OR, actualmente opera una *excepción* que ha sido determinada como tal soberanamente por las autoridades judiciales y administrativas de Colombia, como se comentó antes.

[500] Si bien es cierto que esos actos judiciales y gubernativos de la República de Colombia que generaron y sostienen la excepción mencionada pueden ser impugnados y en su momento declarados en incumplimiento del ordenamiento legal andino, habría que examinar si cabría declarar a ese País Miembro en incumplimiento del artículo 54 de la Decisión 351 mientras aquellos actos soberanos estén vigentes y no sean declarados ilegales.

[501] Esta Secretaría General considera 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 ese país contar con una autorización expresa del titular del derecho o de su representante para retransmitir esas emisiones. 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 OR titulares del derecho. Al no ser necesaria tal autorización, la realización del acto sin autorización no constituiría legalmente una infracción, y tampoco lo sería una eventual autorización o apoyo que prestaran las autoridades estatales para realizar tal acto.

[502] En efecto el presente caso, las autoridades de Colombia han establecido y declarado soberanamente que los derechos exclusivos de retransmisión de las emisiones de televisión abierta están sujetos a una ‘excepción’ legal. En ese sentido, por efecto de esa ‘excepción’ no habría necesidad de contar con una autorización del titular de esos derechos para retransmitir las emisiones.

En relación con el artículo 54 analizado, el TJCA se ha pronunciado en el siguiente sentido en el Proceso 24-IP-1998, referido anteriormente: ³⁷²

*“Igualmente, es solidariamente responsable la autoridad judicial o administrativa que **estando en conocimiento de la violación** de los referidos derechos, tolere o haga caso omiso de ésta, debiendo entenderse tal hecho una prestación de apoyo para su utilización, toda vez que “apoyo” es amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos negativos o de omisión.*

*En tal sentido, todo proceder o comportamiento dirigido a secundar, respaldar, proteger o permitir **usos no autorizados** de obras amparadas*

³⁷² Véase Proceso 24-IP-1998 y Proceso 34-IP-2014 del TJCA, pg. 11 y 14, respectivamente.

por el derecho de autor, y en este caso, de programas de ordenador, aun cuando se trate de conductas omisivas, encuadran dentro del supuesto de hecho contenido en el artículo 54 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. (El énfasis nos corresponde).

[503] En el mismo proceso, el TJCA señaló lo siguiente en su conclusión 7:

*“7. Debe considerarse prestación de apoyo para la explotación no autorizada de una obra, el hecho por el cual una autoridad administrativa o judicial **tolere o haga caso omiso de la violación** que sobre los derechos de autor se realice, incurriéndose de esa manera en la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 54 de la Decisión 351”. (El énfasis nos corresponde).*

[504] En el Proceso 120-IP-2012, el TJCA señaló:

*“Lo anterior, está en consonancia con el manto de exclusividad que cubre el derecho de autor, impidiendo que se explote el objeto protegido sin que el titular o su representante lo autorice. **Salvo excepciones expresamente consagradas**, la explotación sin autorización previa y expresa constituiría una infracción a los derechos de autor y daría lugar a trámites administrativos e interposición de acciones judiciales para el cese de la actividad ilícita y la búsqueda de una reparación. Es más que lógico, que el titular de los derechos de autor esté interesado en autorizar la utilización y acordar los términos de la misma”.³⁷³ (El énfasis nos corresponde).*

[505] La frase ‘*estando en conocimiento de la violación*’ implicaría que las autoridades referidas deben haber actuado *a sabiendas* de que el uso o explotación era ilegal y constituía un uso no autorizado o una violación del derecho exclusivo, y que ante ello hubiese deliberadamente tolerado u omitido impedir la infracción. Por definición, los actos que se enmarcan dentro una excepción legal a un derecho exclusivo no se consideran como infracción.

[506] En **conclusión** y por los motivos expuestos en los párrafos precedentes, esta Secretaría General estima que las autoridades de la República de Colombia al emitir la Resolución 2291 de 2014, la Circular 010 de 2015, y la Resolución 1022 de 2017; así como la sentencia del TSDJB del 2017, aquí reclamados, no incurrieron en el incumplimiento del artículo 54 de la Decisión 351.

6.4 El alegado incumplimiento de los artículos 32, 33 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y 121, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500

[507] Con relación a este punto, en el expediente FP/SJ/006/2017, Caracol indicó que la República de Colombia actuando a través del TSDJB, no cumplió su obligación de velar por el cumplimiento tanto de la interpretación prejudicial en comento, omitiendo por completo las recomendaciones establecidas por el TJCA, como de las disposiciones consagradas en el ordenamiento jurídico andino, al emitir un fallo contrario. Asimismo señaló:

³⁷³ Véase Proceso 120-IP-2012 del TJCA, p. 16.

*Adicionalmente, después de una equivocada interpretación de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana respecto del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, las cuales en ningún momento afirman que dicha normativa es una limitación o excepción a los derechos conexos de autor, pondera dicha interpretación jurisprudencial, colocándola en una posición superior a las recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a pesar de estar obligado a acoger dicha interpretación prejudicial, obligación que no cumplió.*³⁷⁴

[508] Asimismo, indicó que la medida reclamada deja sin efecto un derecho conexo de autor en el ordenamiento jurídico comunitario (el derecho de retransmisión) en ese sentido, se habría afectado el legítimo derecho de exclusiva de Caracol, de autorizar el uso y prohibir la explotación de su señal de televisión, sin justificación. Recalca que el TSDJB no adopta la interpretación prejudicial 225-IP-2015, por cuanto su fallo y argumentos a lo largo de la sentencia son contrarios a lo señalado en la mencionada interpretación.³⁷⁵

[509] Por su parte, empresa RCN indicó que el juez deja de lado la interpretación prejudicial del TJCA, desconociendo la preeminencia de las normas comunitarias³⁷⁶; y, no hizo las consultas prejudiciales que correspondían.³⁷⁷ Sobre esto último, RCN agrega que los artículos 32 del TCTJCA y 121 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establecen que la Interpretación prejudicial es una atribución privativa del TJCA, por lo que ningún juez nacional puede tomarse esa atribución e interpretar el contenido y alcance de las normas del ordenamiento jurídico comunitario. Por lo anterior, el juez nacional tiene la obligación de solicitar la interpretación en todos los procesos en que la sentencia no fuere susceptible de recursos en el derecho interno, conforme lo manda el artículo 33 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.³⁷⁸

[510] A lo anterior, añade que la consulta era obligatoria aún cuando el consultante estimara que las normas andinas sobre excepciones y limitaciones a los derechos conexos eran claras y que por lo tanto no requerían de la interpretación del Juez Comunitario.³⁷⁹ Además, indica que no puede alegarse como excusa para no solicitar la interpretación prejudicial, el que las partes, en sede de instancia, no las hubieren invocado explícitamente, ya que esto sería contrario al principio *iura novit curia*.³⁸⁰

[511] Respecto a los demás artículos señalados por RCN como incumplidos por el Gobierno de Colombia en este apartado, la reclamada alega: 1) en el proceso de competencia desleal no se controvertieron ni debieron aplicarse los artículos 21, 32, 42 o 54 de la Decisión 351³⁸¹; 2) el TSDJB sí adoptó la interpretación prejudicial 225-IP-2015³⁸²; y, 3) el TSDJB no creó una limitación al derecho conexo de autorizar o prohibir la retransmisión de señales.³⁸³

[512] Con relación a dichos argumentos, el Gobierno de Colombia señaló:

³⁷⁴ Ibid., p. 43 y 45

³⁷⁵ Ibidem.

³⁷⁶ Véase Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

³⁷⁷ Ibidem.

³⁷⁸ Véase documento titulado “Comentarios a la contestación al reclamo presentado por RCN TELEVISIÓN S.A. a la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento”, parte del Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017, páginas 28 a la 30.

³⁷⁹ Ibid., p. 28 a la 30

³⁸⁰ Ibid., p. 34

³⁸¹ Ibid., p. 51 a 56

³⁸² Ibid., p. 56 y 57

³⁸³ Ibid., p. 57 a 59

“(…) la República de Colombia considera que, para el caso bajo estudio, el TSDJB no tenía el deber de solicitar la interpretación prejudicial de los artículos 21 y 42 de la Decisión Andina 351, en tanto la limitación que invocó el TSDJB ha sido consagrada por el Congreso y su alcance definido por la Corte Constitucional de la República de Colombia. Por lo tanto, al invocar dicha limitación legalmente establecida, no le correspondía al TSDJB determinar si dicha limitación cumple o no con la regla de los tres pasos.”³⁸⁴

*“(…) el artículo 32 de la Decisión Andina limita su alcance a las licencias legales u obligatorias que las legislaciones de los Países Miembros puedan establecer **respecto de las obras**, nada dice respecto de los objetos de protección de los derechos conexos entre ellos las señales de los organismos de radiodifusión.*

Acorde con el acervo probatorio arrimado al proceso, es evidente que el artículo 32 no fue invocado por las partes y tampoco es una norma que el juez nacional debió aplicar para fallar el asunto, motivo por el cual el TSDJB no está obligado a solicitar su interpretación prejudicial.”³⁸⁵ (El énfasis es propio del texto de la reclamada)

“(…) ha sido la Corte Constitucional de Colombia (entidad que cuenta con la facultad para interpretar el alcance de las leyes de este país) quien al interpretar el alcance de la Ley 680 de 2001, limitó el derecho de los operadores de televisión abierta de carácter nacional y regional. El TSDJB no hizo otra cosa que obedecer el fallo de la Corte so pena de incurrir en desacato.

Dicho lo anterior, es evidente que el TSCJB no autorizó la utilización de la señal de RCN Televisión. El TSDJB dio aplicación a la limitación consagrada por el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, el cual ha sido interpretado por la Corte Constitucional (…)”³⁸⁶

“Es evidente que en su interpretación prejudicial, el TJCAN contempla la posibilidad de aplicar limitaciones al ejercicio de los derechos de autor, lo cual, a partir de una interpretación sistemática del artículo 42 de la misma Decisión 315 (sic), incluye la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos de los organismos de radiodifusión.”³⁸⁷

“En conclusión, el TSDJB reconoce el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus señales en cabeza de la reclamante, pero también, en el marco de la interpretación 255-IP-2015, encuentra que conforme la legislación andina, los Países Miembros cuentan con la posibilidad de limitar dicho derecho. Tal y como lo consagra la citada interpretación prejudicial al señalar ‘sin embargo de lo cual, la propia norma comunitaria, enuncia las limitaciones y excepciones del derecho de autor, que dependerá de cada caso en particular para saber si se aplican o no las mismas.’”³⁸⁸

Dado lo anterior es claro que el TSDJB sí adoptó la interpretación prejudicial 255-IP-2015 en su sentencia del 22 de marzo de 2017.”³⁸⁸

*“(…) se reitera que el TSDJB no hizo otra cosa que aplicar el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, cuyo alcance ha sido interpretado por la Corte Constitucional al indicar que ‘el legislador ordenó a los operador (sic) de televisión **por suscripción***

³⁸⁴ Ibid., p. 53

³⁸⁵ Ibid., p. 54 y 55

³⁸⁶ Ibid., p. 55

³⁸⁷ Ibid., p. 56

³⁸⁸ Ibid., p. 57

su transporte a través de las distintas plataformas (cableada, satelital, análoga, digital, etc.) sin costo alguno para el usuario. Ese transporte, como lo señaló la Corte, lejos de afectar a los operadores comporta beneficios significativos, pues transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto.'

(...)

(...)

El TSDJB es solo un operador jurídico de la norma que establece una limitación, y no cuenta con la capacidad legal de crear limitaciones, por lo tanto dicho Tribunal no pudo desconocer los artículos 21, 32 y 42 y 54 de la Decisión Andina 351.³⁸⁹ (El énfasis es propio del texto de la reclamada)

[513] En el mismo expediente, con ocasión de la reunión informativa de 21 de noviembre de 2017, el Gobierno de Colombia indicó que la interpretación del TJCA estable que el Derecho de retransmisión puede ser limitado.³⁹⁰ Además, que conforme el artículo 121 del Estatuto del TJCA, la competencia para establecer limitaciones es del poder legislativo.³⁹¹

[514] Finalmente, mediante escrito de 10 de noviembre de 2017, las empresas Directv, Telmex y UNE EPM entregaron información respecto al asunto materia de investigación del expediente FP/SJ/008/2017. Sobre los asuntos de este acápite, las mencionadas empresas informa que ***no hay incumplimiento del Tribunal Superior de las obligaciones relacionadas con el trámite de la interpretación prejudicial, por cuanto dicha autoridad sí incorporó a su sentencia la interpretación prejudicial 225-IP-2015.***

[515] Asimismo señalaron lo siguiente:

Por lo anterior, no puede ser de recibo, y más bien de ser motivo de llamado de atención a las Reclamantes CARACOL y RCN, que se pretenda la declaratoria de incumplimiento del Tribunal Superior por no haber decretado la interpretación prejudicial de los artículos 21, 32, 42 y 54 de la Decisión 351, la misma que tampoco fue decretada de oficio por el TJCA quien únicamente estimó que debía emitir su concepto respecto a los artículos 39 y 56 de dicha Decisión³⁹² (El énfasis es propio del texto que se cita)

[516] En virtud de los artículos 4 y 36 del TCTJCA, los Países Miembros se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias y, en particular, la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la Sección correspondiente a la Interpretación Prejudicial. En el mismo sentido, el artículo 128 de la Decisión 500 establece:

“Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial.

Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

³⁸⁹ Ibid., p. 57 a la 59

³⁹⁰ Acta de la reunión informativa de 21 de Noviembre de 2017, dentro del expediente FP/SJ/008/2017.

³⁹¹ Ibidem.

³⁹² Ibid., p. 101 y 102

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial.”(El énfasis nos corresponde).

[517] En el presente caso se identifican dos obligaciones de hacer y una de no hacer, que son materia de la presente acción de incumplimiento en este extremo. En el caso de las obligaciones de hacer, estas se refieren a la obligación de consultar y suspender el proceso hasta que el TJCA se pronuncie; y, la de adoptar en la sentencia la Interpretación del Tribunal. Al respecto, los artículos 33 y 35 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena disponen lo siguiente:

“Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

(...)

Artículo 35.- El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.” (El énfasis nos corresponde)

[518] Por su parte, los artículos 123, 124 y 127 de la Decisión 500 de la Comunidad Andina disponen lo siguiente:

“Artículo 123.- Consulta obligatoria

De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.

Artículo 124.- Suspensión del proceso judicial interno

En los casos de consulta obligatoria, el proceso interno quedará suspendido hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada.

(...)

Artículo 127.- Obligación especial del juez consultante

El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.”

[519] Del texto del artículo 33 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia se desprende que la obligación de los jueces nacionales de solicitar al Tribunal Andino la interpretación prejudicial se activa solo cuando en el proceso materia de su jurisdicción, este deba aplicar por lo menos una norma que forme parte del ordenamiento jurídico comunitario. Dicho criterio ha sido también recogido por el Tribunal:

*“(...) la solicitud de interpretación debe elevarse únicamente cuando “Los jueces nacionales (...) conozcan de un proceso en que **deba aplicarse** alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena(...)” (artículo 29 del Tratado del Tribunal), o sea que cuando el juez nacional no deba aplicar ninguna norma del citado ordenamiento jurídico, no está en el caso de solicitar al Tribunal, la interpretación de la norma comunitaria, existan o no recursos internos dentro de la causa que le corresponda fallar”³⁹³. (El énfasis nos corresponde).*

[520] La referida aplicación por parte del juez nacional de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a la que alude el artículo 33 del Tratado, debe darse, según ha sido interpretado por el Tribunal *“cuando las personas naturales o jurídicas nacionales acudan al “juez nacional” en demanda del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Países Miembros del Acuerdo, en virtud de lo establecido en el mismo Tratado Constitutivo del Tribunal” (...)*³⁹⁴

[521] Sin embargo, el artículo 33 parecería reconocer una amplia discrecionalidad al juez nacional para decidir la remisión al Tribunal de Justicia de una consulta de interpretación prejudicial, en función de entender que en el asunto principal debe aplicarse o no normativa comunitaria.³⁹⁵ Es por ello que, el Tribunal a través de un desarrollo jurisprudencial ha establecido parámetros más precisos con la finalidad de delimitar esta facultad.

[522] En ese sentido, se ha identificado que en el mandato general del artículo 33 subyace la obligación adicional del juez nacional de constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso. Dicha obligación encuentra su fundamento en la competencia exclusiva que el derecho andino confiere a los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar el derecho comunitario al caso concreto. Tal como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia andina:

“En otras palabras, es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial teniendo en cuenta que la causa, razón o circunstancia para la interpretación se produce cuando, como hemos dicho, “Los jueces nacionales (...) conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena(...)” ³⁹⁶ (El énfasis nos corresponde)

³⁹³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del 18 de marzo de 1991, emitida en el proceso 2-IP-91, caso KADOCH.

³⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del 18 de marzo de 1991, emitida en el proceso 2-IP-91, caso KADOCH.

³⁹⁵ PEROTTI, Alejandro Daniel. Algunas Consideraciones sobre la Interpretación Prejudicial Obligatoria en el Derecho Andino. Biblioteca Digital Andina. Buenos Aires, 2001. p 7

³⁹⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del 18 de marzo de 1991, emitida en el proceso 2-IP-91, caso KADOCH.

[523] En cuanto a la obligación de no hacer, esta se refiere a no inmiscuirse en la competencia de interpretación que tiene el TJCA. Al respecto, el artículo 32 Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena dispone:

*“Artículo 32.- **Corresponderá al Tribunal interpretar** por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.”* (El énfasis nos corresponde)

[524] Por su parte, el artículo 121 de la Decisión 500 establece:

“Artículo 121.- Objeto y finalidad

***Corresponde al Tribunal interpretar** las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.”* (El énfasis nos corresponde)

[525] Al respecto, la jurisprudencia andina ha sido enfática en señalar:

*“Conforme está previsto en el artículo 28 del Tratado constitutivo del Tribunal (actual artículo 32), corresponde a éste interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, previsión que en modo alguno puede interpretarse como facultad para que las partes en un litigio conviertan al Tribunal en órgano consultivo dedicado a absolver toda clase de preguntas formuladas ad libitum y al margen de lo establecido por los artículos 28 y 30 del Tratado de referencia (...).”*³⁹⁷

[526] Con base en los argumentos de las reclamantes y la reclamada y el análisis respecto al cumplimiento de las disposiciones de la Decisión 351, esta Secretaría General encuentra que el Gobierno de Colombia, en específico el TSDJB, no incumplió el artículo 32 del TCTJCA ni el artículo 121 de la Decisión 500, ya que no se encuentra en la sentencia que dicho Tribunal haya interpretado, en estricto sentido, las normas comunitarias establecidas en la Decisión 351.

[527] En cuanto a los artículos 33 TCTJCA y 123 y 124 de la Decisión 500, se encuentra que el Gobierno de Colombia, en específico el TSDJB, no incumplió con su obligación de consultar al TJCA; ya que obra en la sentencia, en específico en las páginas 7 y 18 de esta, y en los vistos y hechos relevantes de la Interpretación Prejudicial 225-IP-2015 de 23 de junio de 2016, que dicho Tribunal nacional sí realizó la consulta que correspondía y suspendió el procedimiento a efectos de solicitar la interpretación prejudicial del artículo 39 de la Decisión 351.

[528] No obstante lo anterior, se encuentra que el TSDJB no adoptó en su sentencia la interpretación del TJCA, ya que le da un sentido distinto al que efectivamente expresó el Tribunal comunitario; además, que se desconoce su sentido vinculante al tomarlo como un simple “concepto”.³⁹⁸

[529] En la Interpretación Prejudicial 225-IP-2015 el TJCA indicó:

“2.4 En cualquier caso, es importante precisar que el Artículo 39 literal a) de la Decisión 351, al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, se entiende que los organismos de radiodifusión de señal abierta

³⁹⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del 24 de enero de 1989, emitida en el proceso 4-IP-88 caso DAIMLER KTIENGESLLSCHAFT.

³⁹⁸ Sentencia del TSDJB de 28 de marzo de 2017, dentro del expediente No. 2014-16592-06, p. 18

puedan impedir que un organismo de radiodifusión de señal cerrada retransmita sus emisiones, **salvo en los casos de licencias obligatorias o legales que deben estar reguladas por la normativa nacional, tal y como lo prevé el Artículo 32 de la Decisión 351.**

2.5 Es importante reiterar que, el contenido de las señales de los organismos de radiodifusión puede estar protegido por un derecho de autor o derechos conexos, protección que, como se ha mencionado previamente, es independiente de la protección conferida a los organismos de radiodifusión sobre sus propias emisiones. En consecuencia, una retransmisión no autorizada puede implicar no solamente una infracción a derechos conexos de titularidad de organismos de radiodifusión, sino también a derechos de autor – compositor o productor – o artista.³⁹⁹ (El subrayado es propio del texto que se cita. Las negrillas nos corresponde)

[530] Por su parte, el TSCJB entendió que “el artículo 11 de la Ley 680 estableció una excepción a los derechos conexos y de autor, tal y como lo prevé el artículo 21 de la Decisión 351 de 1993”⁴⁰⁰ Sobre este punto hay que recordar que, como se analizó en las consideraciones generales, el artículo 11 de la Ley 680 no establece una limitación o excepción.

[531] El TSDJB entendió de manera incorrecta la Interpretación Prejudicial del TJCA. El TJCA se refiere en los párrafos antes citados a las licencias legales u obligatorias, como límite al derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión; mientras que el TSDJB confunde esto con excepciones. Como se mencionó en las consideraciones generales de este dictamen, existe una diferencia entre excepciones y limitaciones.

[532] Por una parte, las excepciones constituyen un límite absoluto al derecho exclusivo, como si este no existiera; de ahí que el titular del derecho exclusivo no puede legalmente ejercer su derecho contra las personas amparadas por la excepción, y el aprovechamiento por estas personas del objeto o prestación protegido no estaría sujeto a ningún tipo de pago, compensación o remuneración.

[533] Por otra parte, las limitaciones, como las licencias legales u obligatorias, limitan parcialmente el derecho exclusivo del titular del derecho en el sentido de que titular no goza del derecho de prohibir los actos de uso o explotación económica de su obra o prestación, pero retiene el derecho de percibir una *remuneración* u otra compensación por ese uso.

[534] De lo anterior, se evidencia que el TSDJB no adoptó la Interpretación Prejudicial, ya que esta estableció como salvedad las licencias obligatorias o legales, límites al derecho exclusivo, lo cual implicaba el reconocimiento de una remuneración o compensación.

[535] En ese sentido, se encuentra que el Gobierno de Colombia, por intermedio del TSDJB incumplió los artículos 35 del TCTJCA y 127 de la Decisión 500; y, por ende, el artículo 128 de la misma Decisión.

6.5 El alegado incumplimiento de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

³⁹⁹ Interpretación Prejudicial 225-IP-2015 de 23 de junio de 2016, p. 9

⁴⁰⁰ Sentencia del TSDJB de 28 de marzo de 2017, dentro del expediente No. 2014-16592-06, p. 37

[536] En relación con el expediente FP/SJ/006/2017, Caracol alega que la República de Colombia incumple el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al emitir actos (sentencia de segunda y única instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, expediente No. 2014-16592-06) contrarios a lo dispuesto en los artículos 39, 42 y 54 de la Decisión Andina 351 de 1993.⁴⁰¹

[537] En relación con el expediente FP/SJ/007/2017, Caracol alega que la República de Colombia incumple los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al emitir actos (Circular 045 de 12 de junio de 2014, la Resolución 2291 de 22 septiembre de 2014 y la Circular 10 del 23 de abril de 2015) contrarios a lo dispuesto en los artículos 39, 42 y 54 de la Decisión Andina 351 de 1993.⁴⁰²

[538] En relación con el expediente FP/SJ/008/2017, RCN alega que la República de Colombia incumple el artículo 4 del TCTJCA al emitir la Sentencia del TSDJB de 28 de marzo de 2017, que desconoce lo dispuesto en los artículos 32, 33 y 35 del Tratado del Tribunal, los artículos 121, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500; y, vulnera los derechos otorgados a los organismos de radiodifusión regulados en los artículos 21, 32, 42 y 54 de la Decisión Andina 351, además del artículo 39 de la misma Decisión, en materia de derechos conexos a los de autor.⁴⁰³ Asimismo, se señala que se incumple el artículo 4 del TCTJCA al emitir la Resolución 1022 de 12 de junio de 2017, que contiene disposiciones contrarias a los artículos 21, 32, 39, 42 y 54 de la Decisión 351.⁴⁰⁴

[539] Los artículos 2, 3 y 4 del TCTJCA disponen lo siguiente:

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

Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

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

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

[540] Al respecto, la Secretaría General se ha pronunciado en otras ocasiones respecto al “carácter indicativo, preceptivo y programático”⁴⁰⁵ de las disposiciones de los artículos 2 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal, que de manera específica no establecen obligaciones de hacer o de no hacer de parte de algún País Miembro; en ese sentido, en

⁴⁰¹ Véase reclamo presentado por CARACOL TELEVISIÓN S.A. dentro del expediente FP/SJ/006/2017, p. 46

⁴⁰² *Ibid.*, p. 24

⁴⁰³ Véase reclamo presentado por RCN dentro del expediente FP/SJ/008/2017, p. 1 a la 5

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 55 al 61

⁴⁰⁵ Dictamen No. 03-2016 de 28 de abril de 2016

el presente análisis no se ha encontrado alguna circunstancia que modifique ese entendido ni que demuestre el incumplimiento de estos artículos.

[541] En cuanto al artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA, como bien ha señalado el TJCA, 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 solo de hecho, sino también de derecho.

[542] 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 nos corresponde)

7 CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS.-

[543] 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) Resolución No. 2291 de 22 de septiembre de 2014, ii) Circular No. 10 de 23 de abril de 2015 y iii) Resolución 1022 del 12 de junio de 2017; y, la expedición y aplicación de la sentencia de segunda y única instancia de 28 de marzo de 2017 dictada dentro del expediente No. 2014-16592-06, incumple lo dispuesto en 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.

8 MEDIDAS APROPIADAS PARA CORREGIR EL INCUMPLIMIENTO.-

[544] En aplicación de lo dispuesto por el artículo 4 del TCTJCA, y a fin de corregir el incumplimiento dictaminado en el punto anterior, se recomienda a la República de Colombia derogar las disposiciones de los actos administrativos analizados (Resolución No. 2291 de 22 de septiembre de 2014, Circular No. 10 de 23 de abril de 2015 y Resolución 1022 del 12 de junio de 2017), que se contrapongan al sentido de este dictamen. En cuanto a la sentencia del TSDJB, velar porque la sentencia sea revisada por el órgano de la función judicial que corresponda y, en la medida de lo posible emita un nuevo pronunciamiento acorde a la normativa andina.

9 PLAZO PARA REMITIR INFORMACIÓN.-

[545] De conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, se establece un plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la publicación del presente Dictamen en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, para que el gobierno de Colombia informe a la Secretaría General la medida que ha adoptado o que se encuentre adoptando dirigida a corregir el incumplimiento, acompañando la prueba que acredite la adopción de tal correctivo.

Walker San Miguel Rodríguez
Secretario General