

OALI-002

Bogotá D.C.,

Señor


**PABLO GUZMÁN LAUGIER**

Secretario General

Secretaría General de la Comunidad Andina

Avenida Paseo de la Republica 385, San Isidro

Lima, Perú

 **MinCIT**  
2-2015-000121  
2015-01-06 05:31:38 PM FOL:47  
MEDIO:Email ANE:  
REM:NICOLAS TORRES ALVAREZ  
IDES:SECRETARIA GENERAL DE LA COMI

**Asunto:** Contestación a reclamo en Fase Prejudicial de Acción de Incumplimiento presentado por CARACOL TELEVISIÓN S.A. Y RCN TELEVISION S.A., en contra de la República de Colombia por presunto incumplimiento de los artículos 39 de la Decisión Andina 351 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Señor Secretario General,

**NICOLÁS TORRES ÁLVAREZ**, ciudadano colombiano, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía 79.368.984, y titular de la tarjeta profesional de abogado No. 52.819 del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, en mi calidad de Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia (MinCIT), de conformidad con Resolución 3546 del 15 de septiembre de 2011 de dicha entidad, actuando en representación de la República de Colombia y con personería para actuar en este proceso reconocida mediante la comunicación SG/E/1895/2014, de manera atenta y dentro del término concedido por la Secretaria General de la Comunidad Andina, en adelante SGCAN, presento contestación al reclamo en Fase Prejudicial interpuesto por CARACOL TELEVISIÓN S.A. Y RCN TELEVISION S.A., por el supuesto incumplimiento de la normativa andina descrita por el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993.

A dichos efectos, a través de la primera parte del presente escrito, la República de Colombia expondrá las razones de forma por la cuales considera que la SGCAN no es competente para atender el reclamo, o subsidiariamente debe negar las pretensiones de los reclamantes de declarar el incumplimiento de la normativa comunitaria andina contenida en el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993.

Posteriormente se explican las razones de fondo por la cuales se considera que tanto la Circular 045 de 2014 como la Resolución 2291 de 2014, expedidas por la Autoridad Nacional de Televisión de Colombia, no incumplen el contenido del literal a) del artículo 39 de la Decisión Andina 351, para lo cual se expondrá: i) el contexto fáctico en que la ANTV adoptó la Circular 045 de 2014 y la Resolución 2291 de 2014; ii) cómo el espectro electromagnético es un bien de uso público afectado

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

a la prestación del servicio público de televisión; iii) las razones por las cuales los intereses de Caracol Televisión y RCN Televisión deben ceder frente al interés general; iv) cómo el artículo 11 de la Ley 680 de la 2001 fundamenta la expedición de los actos administrativos que generan el presunto incumplimiento; y v) cómo, luego de 17 años de generar una confianza legítima entre los operadores de televisión por suscripción, y 13 años después de aplicar el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, Caracol Televisión y RCN Televisión deciden ejercer lo que ellos consideran su derecho.

## I. ASUNTOS PRELIMINARES Y PRESUPUESTOS PROCESALES

### 1. LA REGULACIÓN PARA LA TELEVISIÓN ES UN SERVICIO EXCLUIDO DEL PROGRAMA DE LIBERACIÓN INTRASUBREGIONAL ANDINO, EN CONSECUENCIA LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA NO ES COMPETENTE PARA ATENDER LA RECLAMACIÓN

La regulación que se expida por parte de los Países Miembros de la Comunidad Andina, entre ellos Colombia, para ordenar el servicio público de televisión y los servicios informativos, culturales y de esparcimiento que le son propios, no está sujeta a las normas andinas.

Lo anterior por cuanto la Decisión Andina 462 “Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, excluye de forma expresa al servicio público de televisión del programa de liberación del comercio intrasubregional de los servicios<sup>1</sup>.

En efecto, el artículo 79 del Acuerdo de Cartagena dispuso que la Comisión de la Comunidad Andina, aprobaría un marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intrasubregional de los servicios<sup>2</sup>, y el artículo 80<sup>3</sup>, señaló a cuales categorías o formas del comercio de servicios se aplicaría el marco general que se expidiera.

<sup>1</sup>Decisión Andina 462, artículo 3. Alcance

La presente Decisión abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión. (...)

<sup>2</sup>Artículo 79.- La Comisión de la Comunidad Andina, a propuesta de la Secretaría General, aprobará un marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intrasubregional de los servicios.

<sup>3</sup>Artículo 80.- El marco general previsto en el artículo anterior se aplicará al comercio de servicios suministrado a través de los siguientes modos de prestación:

- a) Desde el territorio de un País Miembro al territorio de otro País Miembro;
- b) En el territorio de un País Miembro a un consumidor de otro País Miembro;
- c) Por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro; y,
- d) Por personas naturales de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro.

**Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia**

Commutador (571) 6067676

[www.mincit.gov.co](http://www.mincit.gov.co)



De esta forma, la Comisión de la CAN expidió la Decisión 439, que contiene el *Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina*, donde señaló que los subsectores de servicios sometidos a decisiones sectoriales, en nuestro caso el servicio público de televisión, se regularía por dichas decisiones<sup>4</sup>.

Finalmente, el sector de las telecomunicaciones fue regulado de forma general por la Decisión 462, y en dicha decisión, en el artículo 3, se decidió excluir de la aplicación de la normatividad andina, el servicio de televisión<sup>5</sup>.

En conclusión, la normativa andina ha excluido el servicio público de televisión de su regulación y su control. Como consecuencia de esto, el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, y las medidas que tomó la ANTV (la Circular No. 0045 de 2014 y la Resolución 2291 de 2014), para hacer efectivo el derecho de acceso de los usuarios y consumidores de contenidos a la pluralidad informativa, no pueden ser cuestionados frente a los órganos comunitarios, pues no son competentes en razón a que la materia objeto de disputa escapa a su ámbito funcional.

El bien jurídico protegido por la regulación de la ANTV, es el derecho humano fundamental de acceso de los usuarios y consumidores de contenidos a una información plural, la que se materializa mediante la garantía, de hacer cumplir la obligación de los canales de televisión cerrada, de incluir en sus parrillas, las emisiones de información y contenidos de los canales de televisión abierta sin cobrar a sus usuarios.

Si no existe norma andina, que regule las condiciones de acceso de los usuarios al servicio público de televisión, el Estado colombiano puede hacerlo libremente. Esto implica que, las medidas que tomó la República de Colombia, a través del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, la Circular 0045 de 2014 y la Resolución 2291 de 2014, escapan al control de legalidad frente a las normas andinas, y en consecuencia la SGCAN debería declararse incompetente para atender el reclamo de Caracol y RCN.

---

<sup>4</sup>Artículo 5.- Los sectores o subsectores de servicios sometidos a Decisiones sectoriales existentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión o sus modificatorias, se regulan por las normas contenidas en tales Decisiones. Respecto de dichos sectores y subsectores, las normas previstas en el presente Marco General se aplicarán supletoriamente.

<sup>5</sup>Artículo 3.- Alcance

La presente Decisión abarca todos los servicios de telecomunicaciones y todos los modos de prestación, excepto los servicios de radiodifusión sonora y televisión.

**Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia**

Conmutador (571) 6067676

[www.mincit.gov.co](http://www.mincit.gov.co)

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

## 2. LOS RECLAMANTES PRETENDEN ACUDIR A LA COMUNIDAD ANDINA CON EL FIN DE SOLUCIONAR UNA CONTROVERSIDA DE TIPO CONTRACTUAL

Caracol TV y RCN TV beneficiarios de los contratos estatales de concesión del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión abierta, mediante el contrato No. 136 de 1997 prorrogado por el Otrosí en 2009, al primero, y el contrato No. 140 de 1997, el cual también fue prorrogado mediante Otrosí del 2009, al segundo, no han sufrido afectación en sus derechos.

El contrato de concesión es un contrato estatal, el cual desde el punto de vista internacional y andino, es celebrado entre cada uno de los reclamantes con la República de Colombia.

Los denunciante alegan una supuesta violación de sus derechos conexos, previstos en el artículo 39 de la Decisión 351, derivados estos, de su condición de organismo de radiodifusión. No obstante, los instrumentos por los cuales los reclamantes pudieron acceder a los derechos subjetivos andinos conexos que reclaman como vulnerados, fueron los contratos de concesión del espectro electromagnético y sus prórrogas.<sup>6</sup>

En efecto, Caracol y RCN adquirieron la calidad de titulares del derecho conexo al emplear el espectro para operar y explotar canales de televisión abierta. En estos contratos, en los que las Partes tuvieron pleno derecho de estipular formas para contrarrestar los riesgos inherentes a los mismos, los denunciante se obligaron a prestar un servicio público de interés general, a pagar una contraprestación a la República de Colombia por ese uso, y a asegurar que las señales que se emitieran serían accesibles a toda la población colombiana.<sup>7</sup>

<sup>6</sup>Ley 182 de 1995, artículo 46. La concesión es el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio.

<sup>7</sup> "CLÁUSULA PRIMERA –OBJETO. El objeto del presente contrato es el otorgamiento, por parte de La COMISIÓN, y a favor de EL CONCESIONARIO, de una concesión para la operación y explotación de un canal nacional de televisión de operación privada de cubrimiento nacional, el cual para efectos del presente contrato corresponde al que en la Licitación No. 03 del 1997 se denominó No. 2.

PARÁGRAFO PRIMERO: Para efectos del presente contrato se entenderá como canal aquella parte del espectro electromagnético asignado a EL CONCESIONARIO para que opere y explote el servicio de televisión abierta y radiodifundida, independientemente de la tecnología que se use para ello.

(...)

PARÁGRAFO TERCERO: EL CONCESIONARIO tendrá a su cargo la prestación directa del servicio público de televisión en todo el territorio nacional, mediante la operación y explotación del canal asignado, manteniendo la cobertura de televisión analógica existente a la fecha de firma de ésta prórroga, y dando aplicación al Plan de Expansión de Cobertura de Televisión digital terrestre que forma parte integral del presente contrato como Anexo No. 1. EL CONCESIONARIO será programados, administrados y operador del canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas."

**Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia**

Conmutador (571) 6067676

[www.mincit.gov.co](http://www.mincit.gov.co)



Oficina de Asuntos Legales Internacionales

El contrato de concesión es entonces el vehículo a través del cual los operadores RCN y Caracol, pueden hacer valer sus derechos conexos. En dichos contratos los denunciantes aceptaron incorporar normas de orden público colombiano, que garantizan el libre acceso y circulación de información, así como el pluralismo informativo<sup>8</sup>, como lo es el artículo 11 de la Ley 680 de 2001.

De esta manera se establece una contraprestación clara entre la República de Colombia y los operadores de televisión abierta en el contrato de concesión de espectro. El Estado les otorga a Caracol y RCN la posibilidad de explotar económicamente el espectro electromagnético, y a cambio, éstos se obligan a permitir el acceso libre de sus señales a los usuarios de televisión.

Los *ingresos* que recaudan los operadores de televisión abierta en su operación (publicidad, venta de contenidos, etc.), se entiende que son suficientes para cubrir el costo de la misma.

Cabe mencionar, que en los contratos de concesión se pactó de forma libre y voluntaria entre las Partes, la obligación de cumplir con la reglamentación existente sobre el servicio público de televisión y demás inherentes a la prestación de este servicio público, de acuerdo con lo estipulado en los numerales 16 y 17 de la cláusula 15 de los contratos de concesión<sup>9</sup>.

De esta forma, Caracol y RCN celebraron con la República de Colombia los contratos de concesión y sus prórrogas, y en ellos, aceptaron las condiciones impuestas por el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, reiteradas en la Resolución 2291 de 2014. Esta obligación hace parte del equilibrio económico obligacional, que no se puede olvidar también tiene una función social.

Ahora, como ni en la negociación de los contratos, ni en sus prórrogas, los operadores de televisión abierta solicitaron al estado colombiano modificar ésta obligación, no podría alegarse una afectación de las normas andinas.

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

<sup>8</sup> Cfr. Cláusula 4ª del otrosí del contrato: “FINES Y PRINCIPIOS. De conformidad con el artículo 2 de la Ley 182 de 1995 y las normas que la modifican y complementan, los fines del servicio de televisión son formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana. Con el cumplimiento de los mismos se busca satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalece la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local. Dichos fines se cumplirán con arreglo a los siguientes principios: [...]”

<sup>9</sup> La Cláusula 15 de los Contratos de Concesión dispone: “OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: EL CONCESIONARIO se obliga a:

(...) 16) *Cumplir con toda la reglamentación que expida la Comisión Nacional de Televisión, respecto al servicio público de televisión,*

17) *Las demás inherentes a la prestación del servicio público de televisión y a la calidad de concesionario de la Comisión Nacional de Televisión”.*

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 SGCAN no es competente para conocer de este conflicto.

**3. LA CIRCULAR 045 DE 2014 NO PUEDE SER OBJETO DE DENUNCIA, TODA VEZ QUE SE TRATA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE HA PERDIDO SU FUERZA EJECUTORIA**

De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, en particular el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos administrativos serán de obligatorio cumplimiento siempre y cuando no hayan sido anulados o no hayan perdido su vigencia, entre otras causales. Es decir, siempre y cuando no hayan perdido su fuerza ejecutoria.

Es así como, el artículo 91 del mencionado Código, señala:

*Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*

- 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
- 5. Cuando pierdan vigencia. (Negrilla fuera del texto).*

Ahora bien, tratándose de la Circular 045 de 2014, su contenido no podría implicar un incumplimiento por parte del Estado colombiano al artículo 39 de la Decisión Andina 351, como lo manifiestan los denunciantes, teniendo en cuenta que dicho acto administrativo se constituyó en una medida transitoria que a la fecha ya no se encuentra vigente. .

Ello se colige del texto mismo del acto, específicamente de lo requerido por la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV en el contenido de la referida circular, tanto a los operadores de televisión abierta privada nacional como a los operadores de televisión por suscripción, que a la letra reza:

"{...}

- *A los operadores del servicio de televisión abierta privada nacional, para que mantengan las condiciones bajo las cuales se han venido ejecutando los respectivos contratos de concesión, y en tal sentido garanticen la disposición de sus señales en sus diferentes configuraciones (analógica y*

## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

*digital HD) para su transmisión a través de la televisión por suscripción, hasta tanto esta Autoridad resuelva la actuación administrativa en curso.*

- *A los operadores del servicio de televisión por suscripción, para que mantengan las condiciones bajo las cuales se han venido ejecutando los respectivos contratos de concesión, y en tal sentido garanticen la transmisión de las señales abiertas nacionales en sus diferentes configuraciones (analógica y digital HD), hasta tanto esta Autoridad resuelva la actuación administrativa en curso. (...)" (Negrilla fuera del texto).*

Del texto anterior se deduce que la Circular 045 estuvo vigente hasta tanto la Autoridad se pronunció sobre el fondo del asunto objeto de la actuación administrativa, hecho que sucedió por virtud de la Resolución 2291 del 22 de septiembre de 2014 la cual resolvió la actuación administrativa adelantada por la ANTV.

Significa lo anterior que a partir de la fecha de expedición de la resolución mencionada, la Circular 045 de 2014 perdió su fuerza ejecutoria y, en consecuencia, dejó de producir efectos para RCN y Caracol Televisión.

Por lo anterior, existe ausencia de objeto de la denuncia en tanto el acto administrativo (Circular 045 de 2014) ha perdido su fuerza ejecutoria en los términos del derecho administrativo colombiano. Así, la denuncia de un acto administrativo que al día de hoy ha perdido su vigencia, pues la misma se sujetó a la resolución de una actuación administrativa que fue efectivamente culminada por la ANTV mediante Resolución 2291 de 2014, desborda las competencias de la SGCAN, quien no podría pronunciarse frente a un acto que ya no produce efectos jurídicos sobre los denunciantes.

Como fundamento adicional de este argumento, el Consejo de Estado de Colombia<sup>10</sup>, ha enfatizado lo siguiente:

*"(...) La validez del acto administrativo se remonta al momento de la expedición de la voluntad administrativa, mientras que la potencialidad de producir efectos jurídicos está ligada al hecho de que se cumpla con el requisito de la publicación, aspecto externo que se requiere para que sea eficaz, es decir oponible a los administrados; ello implica que aunque, el acto administrativo existe con toda plenitud desde el momento en que se expide, su eficacia se encuentra ligada al cumplimiento del principio de la publicación.*

*(...)*

<sup>10</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 15 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO. Radicación número: 25000-23-24-000-1997-9346-01(6438).

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

*De otro lado, la tendencia del acto administrativo a producir sus efectos, ha hecho que “especialmente dentro de la doctrina española, que tales actos, como resultado de la presunción de su legitimidad, son ejecutivos y ejecutorios”.*

*La fuerza ejecutoria del acto administrativo está circunscrita al hecho de la producción de efectos jurídicos, aún en contra de la voluntad del administrado (...).”*

En consecuencia, no existe un incumplimiento del Estado colombiano al artículo 39 de la Decisión Andina 351 mediante la expedición de la Circular 045 de 2014, por cuanto dicho acto administrativo ha perdido su fuerza ejecutoria y con ella, la posibilidad de surtir efectos jurídicos.

**4. LOS RECLAMANTES NO ACREDITARON LAS RAZONES POR LA CUALES CONSIDERAN QUE EL CONTENIDO DE LA CIRCULAR 045 DE 2014 Y DE LA RESOLUCIÓN 2291 DE 2014 CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO A LOS LITERALES b) Y c) DEL ARTÍCULO 39 DE LA DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993**

Entre las peticiones elevadas por los reclamantes se cuenta aquella en donde se solicita a la SGCAN, declarar en contra de la República de Colombia el incumplimiento del artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993 incluidos sus literales b) y c), originado con ocasión de la expedición de la Circular 045 de 2014 y la Resolución 2291 de 2014.

No obstante lo anterior, en ninguna parte del reclamo se expresan las razones por las cuales consideran que los actos administrativos expedidos por la ANTV constituyen un incumplimiento a los literales b) y c) del artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, con lo cual se desconoce el artículo 14 literal e) de la Decisión 623, motivo por el cual la SGCAN debería negar esta pretensión o, subsidiariamente, declarar que no está demostrado el incumplimiento de los plurimencionados literales, bajo el entendido que el reclamante no reunió los requisitos del artículo 14 literal e) de la Decisión Andina 623.

**5. LOS RECLAMANTES NO ACREDITARON LAS RAZONES POR LA CUALES CONSIDERAN QUE EL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN 2291 DEL 2014 CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO AL LITERAL a), DEL ARTÍCULO 39 DE LA DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993**

El día 22 de septiembre de 2014 los reclamantes solicitaron ante la SGCAN, se declare por parte de la República de Colombia, el incumplimiento del literal a) artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, originado con ocasión de la expedición de la Circular 045 de 2014, circular que como manifestamos en el punto anterior ya no está vigente.

A tal fin identificaron lo que, en su opinión, se constituye en el objeto del incumplimiento, atendiendo de esta manera lo ordenado por el artículo 14 literal e) de la Decisión Andina 623, haciendo posible de esta manera que la República de Colombia conozca los argumentos en los que



Oficina de Asuntos Legales Internacionales

se fundamenta el supuesto incumplimiento que genera la Circular 045 de 2014 y, en consecuencia, ejerza de manera adecuada su derecho a la defensa.

Sin embargo, tal como se explica a continuación, no es posible predicar la misma situación respecto de la Resolución 2291 de 2014. Por lo que en ese caso, no es posible ejercer el derecho de defensa y se desconoce lo previsto en el referido artículo 14 literal e) de la Decisión Andina 623.

El día 9 de octubre de 2014, los reclamantes complementan y actualizan la solicitud de incumplimiento interpuesta el 22 de septiembre del mismo año. En dicho documento señalan:

*“A lo anterior, y en la medida que dicha circular fue un acto preparatorio de la muy reciente Resolución No. 2291 del 22 de septiembre de 2014 expedida por la Autoridad Nacional de Televisión, conviene agregar a la medida ya denunciada como originadora de la presente solicitud de incumplimiento, dicha resolución. Para detallar este incumplimiento no solo se adjunta ese acto, sino que también para mayor evidencia de su vulneración del derecho andino, se transcribe la parte más relevante de la resolutive tendida al respecto: (Sic)*

*“De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 24 del Acuerdo 02 de 2012 y 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.”*

*Lo que contrasta con el precitado artículo 39 de la decisión Andina 351 de 1993 que dicta:*

*(...)”*

Tal como se puede observar resulta insuficiente citar una oración de la Resolución 2291 de 2014, para luego limitarse a manifestar que “contrasta” con el artículo 39 de la Decisión Andina 351, sin que se justifiquen las razones por las cuales los reclamantes consideran que la Resolución 2291 de 2014 constituye un incumplimiento de la norma comunitaria.

Es decir, en ningún momento los reclamantes indicaron las razones por al cuales consideran que la citada oración de la Resolución 2291 de 2014 **contrasta o vulnera** los literales a), b) y c) del artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993.

Así las cosas, **afirmar** que una oración de la Resolución 2291 de 2014 “**contradice**” el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, sin que se argumente el motivo de la presunta transgresión, vulnera los derechos al debido proceso y la defensa bajo el entendido que para la República de Colombia es imposible construir un argumento en su defensa sin conocer las razones por las cuales, en opinión de los reclamantes la citada resolución viola la norma comunitaria.

En este sentido se destaca que la SGCAN ha resaltado la importancia de que el reclamante explique los motivos por los cuales considera que existe un incumplimiento de las normas andinas. En efecto, en el Dictamen 04-2011, la Secretaría General al referirse a la importancia de los literales c), d) y e) del artículo 14 de la Decisión 623 como requisitos de los Reclamos por supuesto incumplimiento de las normas andinas, señaló:

*“El artículo 14 en mención dispone que el reclamo formulado por un País Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos deberá contener entre otros requisitos los siguientes:*

*‘(...) c) la identificación y descripción clara de las medidas o conductas que el reclamante considera que constituyen un incumplimiento, acompañada de la información que resulte pertinente;*

*d) La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento;*

*e) Las razones por las cuales el reclamante considera que las medidas o conductas de un País Miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas; (...)’*

*Estos tres literales del artículo 14 de la Decisión 623, constituyen el núcleo central de los reclamos: en primer lugar se debe identificar debidamente la medida o conducta que sería contraria al ordenamiento jurídico; en segundo lugar, es necesario identificar la norma vulnerada y, en tercer lugar, es fundamental expresar las razones que llevan a concluir que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de la normativa comunitaria andina. Estos requisitos permitirán a la parte Reclamada presentar sus argumentos de defensa”<sup>11</sup>. (Negrillas fuera de texto)*

Para el caso en particular, y no sin antes reiterar que se hace imposible ejercer un derecho a la defensa en tanto se desconocen las razones por las cuales los reclamantes consideran que con la expedición de la Resolución 2291 de 2014, Colombia incumple los literales a), b) y c) del artículo 39 de la Decisión Andina 351, solo nos resta la posibilidad de especular sobre el alcance que a dichas normas dan Caracol Televisión y RCN Televisión, con el fin de desvirtuar su posible incumplimiento.

- Respecto del literal a) del artículo 39: bajo el entendido que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, establece la figura del *must carry*, al tenor de la cual se ordena a los operadores de

<sup>11</sup> Dictamen Nro. 04-2011 del 24 de octubre de 2011, Consorcio Digiware del Perú S.A.C- Digiware de Colombia S.A. vs. República del Perú, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Nro. 1991, del 26 de octubre de 2011, pág. 9.

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

televisión por suscripción garantizar sin costo alguno la recepción por parte de sus suscriptores, de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, la República de Colombia considera que la oración transcrita de la Resolución 2291 de 2014 no desconoce la norma comunitaria.

- Respecto del literal b) del artículo 39: El aparte citado por los reclamantes de la Resolución 2291 de 2014, se refiere a la transmisión de señales, motivo por el cual la República de Colombia no considera que dicha resolución faculte a los operadores de televisión por suscripción a fijar las emisiones de Caracol Televisión y RCN Televisión sobre una base material, motivo por el cual no comprende de qué manera podría ser vulnerando este literal.
- Respecto del literal c) del artículo 39: El aparte citado por los reclamantes de la Resolución 2291 de 2014, se refiere a la transmisión de señales, motivo por el cual la República de Colombia no considera que dicha resolución faculte a los operadores de televisión por suscripción a reproducir la fijación de las emisiones de Caracol Televisión y RCN Televisión, motivo por el cual no comprende de qué manera podría ser vulnerando este literal.

En los términos expuestos anteriormente, los reclamantes no exponen las razones por las cuales consideran que la citada oración de la Resolución 2291 de 2014 cuenta con la capacidad de vulnerar los literales a), b) y c) del artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, circunstancia que desconoce el artículo 14 literal e) de la Decisión Andina 623 de 2005.

En consecuencia, de manera respetuosa, solicitamos a la Secretaría General de la Comunidad Andina declararse inhibida de atender la solicitud de incumplimiento que se invoca a partir de la oración transcrita de la Resolución 2291 de 2014, o, en su defecto, declarar que no está demostrado su incumplimiento bajo el entendido que el reclamante no reunió los requisitos del artículo 14 e) de la Decisión Andina 623. Una determinación en ese sentido permitirá en casos futuros que los reclamos cumplan los requisitos de la Decisión 623, en particular uno de los elementos más importantes, que es expresar las razones del incumplimiento, elemento que garantiza la posibilidad de ejercer debidamente el derecho de defensa de los Países Miembros.

## 6. OPORTUNIDAD

Este escrito se presenta de forma oportuna en el término establecido por la Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante comunicación SG/E/1895/2014, esto es antes del día 31 de diciembre de 2014.

## 7. LEGITIMACIÓN POR PASIVA

De conformidad con los artículos 16 y siguientes de la Decisión 623 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el país miembro reclamado está legitimado por pasiva para presentar su contestación dentro del término definido por la SGCA y para participar en las demás diligencias que la Secretaría General disponga dentro del trámite de esta reclamación.

De otra parte, y como antes se citó, mi capacidad para actuar en este proceso está reconocida por la comunicación SG/E/1895/2014.

## II. SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

A continuación se expondrán la razones por la cuales la República de Colombia considera que con la expedición de la Circular 045 del 1 de junio de 2014 y la Resolución 2291 del 22 de septiembre de 2014<sup>12</sup> no se vulneró el literal a) del artículo 39, pues en el caso particular se dio aplicación a lo descrito por el artículo 11 de la Ley 680 de 2001.

### 1. CONTEXTO FÁCTICO EN EL QUE LA ANTV ADOPTÓ LA CIRCULAR 045 DE 2014 Y LA RESOLUCIÓN 2291 DE 2014

#### 1.1. ANTECEDENTES

- El 20 de enero de 1995, el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 182, mediante la cual se reglamentó el servicio de la televisión, se formularon políticas para su desarrollo y se democratizó su acceso, lo que permitió la privatización del servicio de televisión mediante el esquema de concesión del servicio público de televisión.
- El 22 de diciembre de 1997, mediante el contrato de concesión No. 136, se reconoció la calidad de organismo de radiodifusión a Caracol Televisión S.A., bajo la modalidad de servicio de televisión abierta privada nacional.
- El 26 de diciembre de 1997, mediante el contrato de concesión No. 140, se reconoció la calidad de organismo de radiodifusión a RCN Televisión S.A., bajo la modalidad de servicio de televisión abierta privada nacional.

<sup>12</sup> En tanto la SGCA considere que el reclamo respecto de la Resolución 2291 de 2014, cumple con el requisito descrito por el literal e) de la Decisión 623, solicitamos sean tenidos en cuenta los argumentos expuestos en este aparte de la contestación a los efectos de acreditar que dicha resolución no vulnera el literal a) del artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993.

## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

- El 8 de agosto de 2001, el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 680, mediante la cual emitió varias disposiciones en materia de televisión, entre las cuales se cuenta el artículo 11, el cual contempla la garantía a favor de los usuarios del servicio de televisión de recibir las señales abiertas nacionales.
- A principios del año 2014, RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A., solicitaron a los operadores del servicio de televisión por suscripción un pago por concepto de la retransmisión de sus señales.
- En el mes de junio del año 2014, Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. presentaron conjuntamente ante la Superintendencia de Industria y Comercio - entidad encargada de investigar y sancionar a las empresas por violación al régimen de protección de la competencia - dos (2) solicitudes de medidas cautelares judiciales preventivas en el marco de una acción de competencia desleal en contra de los operadores de televisión por suscripción por los mismos hechos objeto de la presente reclamación.
- Al tiempo que se presentaban las solicitudes mencionadas en el punto anterior, tanto los operadores de televisión por suscripción como Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. solicitaron a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) que iniciara una actuación administrativa dirigida a determinar el alcance del artículo 11 de la Ley 680 de 2001.
- El 4 de junio de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante los autos 26673 y 26683, decretó medidas cautelares y en consecuencia ordenó a los operadores de televisión por suscripción abstenerse de retransmitir las señales en formato análogo y HD de Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A.
- El 12 de junio de 2014, la ANTV emitió la Circular 045, a través de la cual ordenó *“a los operadores del servicio de televisión abierta privada nacional, mantener las condiciones bajo las cuales se han venido ejecutando los respectivos contratos de concesión, y en tal sentido garanticen la disposición de sus señales en sus diferentes configuraciones (análogo y digital HD) para su transmisión a través de la televisión por suscripción”* en tanto resolvía la actuación administrativa antes mencionada.
- El 22 de septiembre de 2014, la ANTV emitió la Resolución 2291, donde decidió *“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.”*

## 1.2. CONTEXTO FACTICO

Es fundamental que la SGCAN conozca el contexto fáctico que condujo a la ANTV a adoptar la Circular 45 y la Resolución 2291, a fin de que se tenga una visión completa del comportamiento de todos los actores inmersos en el presente reclamo, para de esta forma facilitar el análisis de la conducta del Estado colombiano por la supuesta infracción de la Decisión 351.

Así, lo primero que debe decirse es que los Concesionarios del Servicio Público de Televisión Abierta (en adelante CSTA), RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A., presentaron solicitudes a los Operadores del servicio de Televisión por Suscripción (en adelante OTS), a principios del 2014, dirigidas a obtener un pago por concepto de la retransmisión de sus señales de televisión *abierta*.

Debido a que no lograron un acuerdo, los CSTA decidieron unilateralmente interrumpir la transmisión de las señales de televisión abierta, en formato HD, a los OTS; esto entre el 15 de abril y el 30 del mismo mes.

De forma concomitante, tanto los OTS como los CSTA solicitaron a la ANTV que iniciara una actuación administrativa dirigida a determinar el alcance del artículo 11 de la Ley 680, que obliga a los OTS a garantizar a los usuarios del servicio público de televisión la recepción de las señales de televisión abierta de alcance local, regional y nacional.

La ANTV, en ejercicio de sus facultades legales, particularmente las contempladas en la Ley 1507 de 2012 y en el artículo 34 de la Ley 1437 de 2011<sup>13</sup>, decidió *"Iniciar actuación administrativa en interés general, cuyo objeto consiste en el análisis y decisión frente a garantía de la recepción de las señales de televisión abierta en los sistemas de televisión por suscripción del país, en el marco de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, atendiendo y considerando también las demás normas que resulten aplicables."*<sup>14</sup>

Desde el inicio de la investigación administrativa la ANTV aseguró la participación de todos los agentes involucrados en el servicio público de televisión, esto es, de los usuarios finales del servicio, representados por la ANTV, en su función de principal interlocutor con los usuarios del

<sup>13</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 34 Procedimiento Administrativo Común y Principal: *"Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código."*

<sup>14</sup> Autoridad Nacional de Televisión. Resolución 1612 del 5 de mayo de 2014. *"Por la cual se inicia una actuación administrativa para el análisis y decisión del asunto relativo a la garantía de la recepción de señales de televisión abierta en los sistemas de televisión por suscripción, y se establece el procedimiento de participación abierta en la misma"*

## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

servicio de televisión<sup>15</sup> y, por la Asociación Nacional de Usuarios de Comunicaciones ASUCOM; de los OTS, quienes intervinieron de forma directa y también representados por la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones –ANDESCO-, y finalmente, de los CSTA, RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A., quienes fueron informados del inicio de la investigación y vinculados a la misma.

De otra parte, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, según la cual *“Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica”*, los CSTA solicitaron a la Superintendencia de Industria y Comercio -entidad encargada de investigar y sancionar a los operadores y concesionarios del servicio de televisión por violación al régimen de protección de la competencia<sup>16</sup>- que se decretaran medidas cautelares dirigidas a impedir a los OTS la retransmisión de sus señales en formato estándar y HD. La norma que según los demandantes infringieron los OTS y que les dieron una ventaja competitiva en el mercado, es justamente el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993.

En atención a dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante los autos 26673 y 26683 de 2014, decretó las medidas cautelares y en consecuencia ordenó a los OTS abstenerse de retransmitir las señales en formato análogo y HD de los demandantes sin su autorización previa y expresa.

El 4 de junio del mismo año los CSTA, mediante un comunicado de prensa conjunto publicado en sus páginas web, indicaron:

<sup>15</sup> Artículo 2 de la Ley 1507 de 2012: *“La ANTV será el principal interlocutor con los usuarios del servicio de televisión y la opinión pública en relación con la difusión, protección y defensa de los intereses de los televidentes y dirigirá su actividad dentro del marco jurídico, democrático y participativo que garantiza el orden político, económico y social de la Nación.”*

<sup>16</sup> La Ley 1507 de 2012, por la cual se fijan las competencias de diferentes entidades en relación con el servicio de televisión, dispone en el artículo 13: *“Distribución de funciones en materia de prácticas restrictivas de la Competencia e integraciones empresariales: La Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009, seguirá conociendo de las funciones que el literal d) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995.” A su vez el literal d) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 señala: *“Investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en la presente y en otras leyes, o por incurrir en prácticas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades entre aquéllos, o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, o a la formación indebida de una posición dominante en el mercado, o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio. Las personas que infrinjan lo dispuesto en este literal serán sancionadas con multas individuales desde seiscientos (600) hasta seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción y deberán cesar en las prácticas o conductas que hayan originado la sanción.”**

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

**"COMUNICADO A LA OPINIÓN PÚBLICA DE CARACOL TELEVISIÓN Y RCN TELEVISIÓN**

*CARACOL y RCN autorizan a los operadores de televisión por suscripción la retransmisión de su señal digital (Canal HD o de alta definición), hasta el 15 de julio de 2014.*

*RCN Televisión y Caracol Televisión informan a la opinión pública que han autorizado a los todos operadores de cable, operadores de televisión satelital y canales comunitarios del país la retransmisión de su señal análoga, de manera gratuita y sin ningún condicionamiento distinto del respeto de la integridad de la señal, hasta el 31 de diciembre (Caracol) y el 30 de septiembre de 2014 (RCN).*

*Que así mismo, han decidido autorizar a los operadores de televisión por suscripción la retransmisión de su señal digital (Canal HD o de alta definición), de manera gratuita y sin ningún condicionamiento distinto del respeto de la integridad de la señal, hasta el 15 de julio de 2014.*

*Que por ser Directv el titular de los derechos de transmisión de la señal de alta definición (HD) para televisión cerrada del Mundial de Fútbol Brasil 2014, dependerá de la voluntad de Directv modificar el contrato de licencia de derechos con el fin de renunciar a la exclusividad y permitir a RCN y a Caracol entregar este evento en alta definición (HD) a los demás operadores de televisión cerrada.*

*RCN y Caracol reiteran que sus señales abiertas analógica y en alta definición han estado y estarán disponibles de manera continua, libre y gratuita para toda la población colombiana.<sup>17</sup>*

Fue con el objetivo de evitar la prolongación de tal situación violatoria de los derechos a la libre circulación de la información, el pluralismo informativo y la libre expresión que la ANTV emitió la Circular 045 el 12 de junio de 2014, donde ordenó:

*"A los operadores del servicio de televisión abierta privada nacional, para que mantengan las condiciones bajo las cuales se han venido ejecutando los respectivos contratos de concesión, y en tal sentido garanticen la disposición de sus señales en sus diferentes configuraciones (análogo y digital HD) para su transmisión a través de la televisión por suscripción, hasta tanto la Autoridad resuelva la actuación administrativa en curso.*

*A los operadores del servicio de televisión por suscripción, para que mantengan las condiciones bajo las cuales se han venido los respectivos contratos de concesión, y en tal*

<sup>17</sup> Cfr. Archivo en HTML disponible en: <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/8203canales-privados-autorizan-utilizar-su-senal-hd-hasta-el-15-de-julio/20140612/nota/2271830.aspx>



Oficina de Asuntos Legales Internacionales

*sentido garanticen la transmisión de las señales abiertas nacionales en sus diferentes configuraciones (análogo y digital HD) para su transmisión a través de la televisión por suscripción, hasta tanto la Autoridad resuelva la actuación administrativa en curso.<sup>18</sup>*

Como último hecho relevante, se encuentra la expedición de la Resolución 2291 por parte de la ANTV el 22 de septiembre de 2014, en la cual se decide:

*“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.”*

En conclusión, es evidente que RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A. han acudido tanto a medios jurídicos como a vías de hecho, con el propósito de imponer a su conveniencia su propia interpretación de los artículos 11 de la Ley 680 de 2001 y 39 literal a) de la Decisión 351 de 1993, desconociendo así sus obligaciones contractuales y legales, mediando incluso una interpretación errónea de la legislación nacional que en absoluto está en contradicción con la normativa andina.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA INSTITUCIONALIDAD ANDINA

El Tribunal Andino ha reconocido que el sistema andino no es un sistema cerrado a los derechos humanos, pues este es su límite y a estos está circunscrita su actuación. En palabras del mismo Tribunal Andino:

*“Lo anterior no quiere decir que el Derecho Comunitario Andino no tenga ninguna clase de límites; tampoco quiere decir que los órganos comunitarios no tengan fronteras de actuación, y que específicamente el Tribunal no tenga ningún freno en su actividad, ya que están circunscritos al respeto de los derechos humanos dentro del sistema universal e interamericano de protección. Con esto se genera un punto de encuentro y armonía con las cartas de protección de derechos humanos a nivel nacional, que si bien no prevalecen sobre el derecho comunitario que es preeminente<sup>19</sup>, sí cumplen los mismos estándares de protección que los mencionados esquemas interamericano y universal.<sup>20,21</sup>”*

<sup>18</sup> Autoridad Nacional de Televisión. Circular 45 del 12 de junio del 2014.

<sup>19</sup> La cita es propia de la sentencia 43-IP-2014, y dice: “Sobre la preeminencia del ordenamiento comunitario andino y su relación con el Bloque de Constitucionalidad, se puede ver: Perdomo Perdomo Leonor, El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino y el Bloque de Constitucionalidad. Revista Tinta Jurídica III, Universidad Internacional SEK, mayo de 2014, Quito, Ecuador.”

<sup>20</sup> La cita es propia de la sentencia 43-IP-2014, y dice: “Sobre la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Defensa de los derechos humanos se puede ver: Vargas Mendoza, Marcelo, El Tribunal de Justicia de la Comunidad

Los sistemas, interamericano<sup>22</sup> de derechos humanos y el universal, establecen el derecho a buscar y recibir informaciones de toda índole.<sup>23</sup> En la sentencia 60-IP-2012, frente a los derechos de propiedad industrial se manifestó en similar sentido.<sup>24</sup>

Así mismo, la sentencia 262-IP-2013 sobre otro asunto de propiedad intelectual, ha recalado su jurisprudencia en relación con el ejercicio de los derechos de la propiedad industrial frente a los derechos fundamentales:

*El Tribunal, en anteriores interpretaciones, ha precisado que la protección que se le otorga al secreto industrial o empresarial tiene un grado menor que el otorgado a las invenciones y los signos distintivos: "(...) La norma comunitaria concede, bajo una serie de condiciones, a quien posee lícitamente dicha información bajo control, una forma de tutela parcial y relativa, menor a la prevista para las invenciones y los signos distintivos, cuyo propósito es asegurar a su titular la posesión y uso de tal información mientras subsistan las condiciones establecidas al efecto, y sin perjuicio del límite que deriva de la tutela de los derechos fundamentales de alcance colectivo."<sup>25</sup>(SFT)*

*Andina y la Defensa de los Derechos Humanos. Revista Tinta Jurídica III, Universidad Internacional SEK, mayo de 2014, Quito, Ecuador."*

<sup>21</sup> Ver sentencia TJCA, 43-IP-2014, Magistrada Ponente. Dra. Leonor Perdomo Perdomo.

<sup>22</sup> CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (pato de Sam Jose), artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección

<sup>23</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966 aprobó el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 19º establece que "nadie podrá ser molestado por causa de sus opiniones y que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, la cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de frontera". (NFT)

<sup>24</sup> Cfr. Sentencia 60-IP-2012. "En este sentido, el Tribunal encuentra que dentro de los principios generales del Derecho comunitario andino se encuentra el respeto y la protección de los derechos humanos, esto en concordancia con las tradiciones constitucionales comunes de los Países Miembros. Situación que no debe ser desatendida por ningún operador jurídico comunitario."

<sup>25</sup> Cita de la sentencia que dice: Interpretación Prejudicial de 12 de noviembre de 2008, expedida en el proceso 104-IP-2008. En otro caso, Sentencia 114-AI-2004, señaló que: "El Tribunal, en el contexto de una disposición anterior semejante a la del artículo 266, prevista en el artículo 78 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se pronunció sobre el particular en los términos siguientes: "Vista la posibilidad de que las empresas, en el curso de su actividad económica, desarrollen un acervo de conocimientos en torno a los productos que fabrican o a los servicios que prestan, así como en lo que concierne a sus métodos de producción y a sus formas de distribución, y visto el valor comercial y la utilidad colectiva que pudiese tener parte de la información contenida en el citado acervo, la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena concede, bajo una serie de condiciones, a quien posee lícitamente dicha información bajo control, una forma de tutela parcial y relativa cuyo propósito es asegurar a su titular la posesión y uso de tal información, mientras subsistan las condiciones establecidas al efecto, y sin perjuicio del límite que deriva de la tutela de los derechos fundamentales de alcance colectivo" (Providencia dictada el 18 de junio de 2003, en el expediente N° 37-IP-2003, caso "Registros sanitarios del producto VINTIX COMPRIMIDOS RECUBIERTOS").

**Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia**

Commutador (571) 6067676

[www.mincit.gov.co](http://www.mincit.gov.co)



En este orden de ideas, el reconocimiento de la promoción de los derechos humanos dentro de la institucionalidad andina también está reconocida en la Decisión 586, Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la que señala como un objetivo común promover y proteger los principios generales, normas, ámbitos y mecanismos que garantizan la observancia, respeto, promoción y defensa de dichos derechos en la subregión.

De esta forma se deduce que, teniendo en cuenta que la República de Colombia debe garantizar los derechos humanos a la libre circulación de la información y el pluralismo informativo, es posible establecer normas como las contenidas en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001.

### 3. LOS OBJETIVOS SUPERIORES DE LA COMUNIDAD ANDINA

Entre los objetivos descritos por el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena se cuenta *promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social.*

En desarrollo de este objetivo el Tribunal Andino ha manifestado en varios pronunciamientos, entre ellos, en la Sentencia 60-IP-2012, que el fin último del proceso de integración son las personas. La siguiente cita in extenso explica el alcance y su vínculo con los derechos humanos.

*“El Tribunal advierte que la normativa comunitaria de propiedad industrial debe estar en concordancia y armonía con la protección de los derechos humanos, ya que éstos son el soporte de actuación de todos los operadores jurídicos subregionales. No se podría entender la norma comunitaria andina de propiedad intelectual de manera alejada de dicho amparo, máxime si la célula fundamental del proceso de integración es el propio habitante de la subregión (párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena).*

...

*En este sentido, el Tribunal encuentra que dentro de los principios generales del Derecho comunitario andino se encuentra el respeto y la protección de los derechos humanos, esto en concordancia con las tradiciones constitucionales comunes de los Países Miembros. Situación que no debe ser desatendida por ningún operador jurídico comunitario.*

*De conformidad con lo anterior, los Países Miembros, en el marco del artículo 136 literal g) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, deberán procurar que el consentimiento expreso al que alude la mencionada disposición sea obtenido en el marco del respeto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y, en*

...

*En materia de patentes, el objetivo de la tutela es, en esencia, el fomento de la invención, por la vía de la atribución a su titular del derecho a excluir a los terceros, por un período de tiempo determinado, de la posibilidad de explotar, sin su consentimiento, la invención patentada. Se trata así del otorgamiento de un monopolio que impide el ejercicio de la libre competencia y que sólo encuentra justificación en la utilidad social de la invención. Por ello, el derecho de la patente de invención no es un fin en sí mismo, sino un medio destinado a procurar el bien de la sociedad, es decir, en el caso de la Comunidad Andina, la satisfacción de los derechos fundamentales de los habitantes de la Subregión. (SFT)*

**Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia**

Conmutador (571) 6067676

[www.mincit.gov.co](http://www.mincit.gov.co)



#### Oficina de Asuntos Legales Internacionales

*consecuencia, mediante “la vía idónea para ello”, consultando, claro está, el escenario local, interamericano<sup>26</sup> y universal de protección de los derechos de los pueblos indígenas. De esta manera, los Países Miembros deberán utilizar el mecanismo pertinente para lograr el consentimiento expreso, de forma tal, que se consulte de manera adecuada a los pueblos indígenas para lograr la protección efectiva de sus derechos. Dicho mecanismo debe atender al desarrollo que sobre la materia se ha dado tanto a nivel de las tradiciones constitucionales comunes de los Países Miembros, como al desarrollo internacional de la defensa de los derechos humanos.”*

De esta forma, queda claro que los Estados miembros de la Comunidad Andina cuentan con la facultad de regular el alcance de los derechos conexos, que ya se dijo, no son absolutos, cumplen una función social y deben estar en concordancia con los derechos humanos y fundamentales reconocidos en los tratados humanos suscritos por los Países Miembros de la CAN.

#### **4. EL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO ES UN BIEN DE USO PÚBLICO AFECTADO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN**

Dentro de la legislación colombiana la televisión es regulada desde varias perspectivas que atienden a la naturaleza compleja de la misma. En efecto, la televisión es un servicio público, que requiere del espectro electromagnético para su difusión. Es un servicio que se encuentra en el tráfico económico, un medio de comunicación que garantiza el derecho a la información y el pluralismo informativo y sus emisiones están protegidas por las normas de los derechos conexos. Las diferentes calidades de la televisión y las normas que la regulan se entrelazan e inciden unas con otras, por lo que es pertinente analizar brevemente cada una de ellas a fin de determinar los derechos y obligaciones que asumen los concesionarios del espectro electromagnético y los organismos de radiodifusión en la prestación del servicio público de televisión.

Es fundamental resaltar que el espectro electromagnético, mediante el cual se difunde la televisión, es parte del territorio colombiano por lo que está sujeto al *dominio eminente* que sobre él ejerce la Nación, y en su calidad de bien de uso público está afectado a la prestación de un servicio público y sujeto a un régimen especial. La Constitución Política colombiana señala en su artículo 101 que el espectro electromagnético hace parte del territorio colombiano, además el artículo 75 *Ibidem* señala que el espectro electromagnético “*es un bien público inenajenable e imprescriptible*”, en cuyo uso deberá intervenir el Estado para garantizar “*el pluralismo informativo y la competencia*”<sup>27</sup>. A su vez, el artículo 102, también de la Constitución Política, estipula que “*El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación*”.

<sup>26</sup> Cita de la sentencia 60-IP-2012, que dice: Dentro de las múltiples sentencias de la Corte Interamericana sobre el tema, conviene resaltar la reciente sentencia “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C, Nº 245

<sup>27</sup> Constitución Política de 1991 Artículo 75: “*El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.*

*Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.”*

De esta forma, el Estado colombiano, como expresión de su soberanía, ejerce sobre la totalidad de su territorio un *dominio eminente* que le permite regular el ejercicio del derecho de propiedad, tanto pública como privada, de forma que su calidad de Estado Social de Derecho pueda ser efectiva. Para esto, los bienes de uso público que conforman el territorio colombiano están afectos a la satisfacción de las necesidades de su población, y se rigen por las leyes especiales que para el efecto expida la rama legislativa<sup>28</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha reiterado que la afectación de los bienes de uso público que integran el territorio colombiano deriva de su calidad de Estado soberano y de Estado Social de Derecho, así:

*El artículo 102 de la Carta Política de 1991 dispone que “el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación”. Esta norma se proyecta en dos dimensiones:*

*De un lado, es un reconocimiento genérico del concepto tradicional de “dominio eminente”, como expresión de la soberanía del Estado y de su capacidad para regular el derecho de propiedad -público y privado- e imponer las cargas y restricciones que considere necesarias para el cumplimiento de sus fines, naturalmente dentro de los límites que la propia Constitución ha impuesto.*

*De otro lado, consagra el derecho de propiedad sobre los bienes públicos que forman parte del territorio, lo cual es “expresión de una característica patrimonial específica que se radica en cabeza de la persona jurídica de derecho público por excelencia en nuestro ordenamiento constitucional como es la Nación”<sup>29</sup>. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia ha explicado, según los lineamientos de la legislación civil<sup>30</sup>, que la denominación genérica adoptada en el artículo 102 de la Carta Política comprende (i) los bienes de uso público y (ii) los bienes fiscales.*

<sup>28</sup> En ese sentido consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C- 255 de 2012, C-060 de 1993, C-595 de 1995 y C-536 de 1997.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-060 de 1993. La Corte declaró exequible el Decreto Legislativo 1942 de 1992, “por el cual se dictan normas sobre reservas y adjudicación de terrenos baldíos”, expedido por el Gobierno al amparo de un Estado de Conmoción Interior.

<sup>30</sup> El artículo 674 del Código Civil consagra la distinción entre bienes de uso público y bienes fiscales en los siguientes términos: “Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del Territorio. // Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión, o bienes fiscales”.

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

(i) Los bienes de uso público, además de su obvio destino se caracterizan porque “están afectados directa o indirectamente a la prestación de un servicio público y se rigen por normas especiales”. El dominio ejercido sobre ello se hace efectivo con medidas de protección y preservación para asegurar el propósito natural o social al cual han sido afectos según las necesidades de la comunidad.<sup>31</sup> (Se resalta)

La afectación de los bienes públicos para la satisfacción de las necesidades de la población, o mejor, para garantizar el cumplimiento de un objetivo legítimo del interés general, es un tema que ha sido reconocido por los países de vertiente continental. Por ejemplo, el Consejo de Estado de Francia (*Conseil d'État*) ha sentado diversos precedentes jurisprudenciales en donde ha señalado que la utilización de un bien de dominio público por parte de un concesionario de un servicio público, no representa un verdadero derecho sobre el dominio público, sino una posesión precaria y revocable<sup>32</sup>, en la medida en que lo que se busca es la observancia del interés general.

La doctrina ha señalado que los requisitos para que un bien sea del dominio público son: (i) que el bien sea de propiedad de una persona pública y (ii) que el bien esté afectado al interés general<sup>33</sup>, es decir, debe estar afectado a un servicio público. Es por ello por lo que el Estado y la administración pública, con el fin de asegurar la mejor utilización de estos bienes, están facultados para imponer ciertas obligaciones al prestador del servicio, las cuales se justifican por dicha afectación<sup>34</sup>.

En ese sentido, el espectro electromagnético, bien de uso público que conforma el territorio del Estado colombiano, está afectado a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones y, dentro de ellos, el de la televisión, servicio público que tiene como finalidad principal garantizar el pluralismo informativo, el cual podrá ser prestado directamente por el Estado o indirectamente a

<sup>31</sup> Cfr. Sentencia C 255 de 2012. M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio. 29 de marzo de 2012. Exp. D-8672.

<sup>32</sup> Por ejemplo: Caso *Société Le Béton*, Consejo de Estado Francés, 19 de octubre de 1956; Consejo de Estado Francés, 25 de mayo de 1906, *Ministre du commerce*; Cass., 15 de mayo de 1861.

<sup>33</sup> Bon, Pierre. El Dominio público ante el Derecho Administrativo Francés. En: Revista Chilena de Derecho, Vol 25 No. 2. Pp 309-327 (1998), Sección Estudios. Traducido del francés por Alejandro Vergara Blanco, profesor Universidad Católica de Chile.

<sup>34</sup> El profesor Pierre Bon sobre este punto ha dicho que: “(...) cuando una empresa ejerce su actividad sobre el dominio público, la autoridad administrativa puede imponer sobre ella obligaciones dirigidas, no solamente a garantizar la conservación del dominio público y la protección del orden público, sino también dirigidas a satisfacer mejor los intereses del público, de donde surge la posibilidad de dictar verdaderas obligaciones de servicio público, las que deben respetar estas empresas si desean continuar siendo autorizadas para utilizar el dominio público (*Consejo de Estado*, 5 de mayo de 1944, *Compagnie maritime d'afrique orientale*). En: Bon, Pierre. El Dominio público ante el Derecho Administrativo Francés. En: Revista Chilena de Derecho, Vol 25 No. 2. Pp 309-327 (1998), Sección Estudios. Traducido del francés por Alejandro Vergara Blanco, profesor Universidad Católica de Chile.

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

través de particulares, pero siempre bajo los términos fijados por la ley y, por supuesto, respetando los límites o criterios diseñados por la Constitución Política.

Conforme indica el artículo 75 de la Constitución Política colombiana, la intervención del Estado en el uso del espectro electromagnético deberá estar dirigida a garantizar la igualdad en el acceso al mismo y el *pluralismo informativo*<sup>35</sup>, esto es, a la formación de la identidad cultural, el reconocimiento de la historia y el destino nacional como lo permite la diversidad de los medios de comunicación, de la información disponible en ellos y de los diferentes puntos de vista que se manifiestan a través de los mismos<sup>36</sup>.

El artículo 1 de la Ley 182 de 1995<sup>37</sup>, por la cual se reglamenta el servicio de televisión, lo define como un servicio público sujeto al control y reserva del Estado, que será prestado por particulares mediante concesión conforme al artículo 365 de la Constitución Política. Así mismo, señala que la televisión es un servicio de telecomunicaciones<sup>38</sup> que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución y recepción de señales de audio y video de forma simultánea, y reconoce que la televisión tiene un papel fundamental en la difusión de información de interés público y en la formación de la opinión pública.

La importancia de la televisión como un servicio público que, gracias a la transmisión y difusión de datos, información y demás contenidos culturales, asegura la participación ciudadana en la toma decisiones que los afectan y el control de la labor de las entidades públicas y, en últimas, el

<sup>35</sup> El artículo 75 de la Constitución Política señala: *"El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.*

*Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético."*

<sup>36</sup> Cfr. Corte Constitucional Sentencia C 654 de 2003. M.P. Clara Ines Vargas Hernández. Exp. D-4413. p 19

<sup>37</sup> Ley 182 de 1995. Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones". Diario Oficial No. 41.681 de Enero 20 de 1995.

<sup>38</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 33. *"De la concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones. Se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados.*

*Se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior."*

ejercicio de la democracia ha sido reconocida en varias oportunidades por la Corte Constitucional colombiana<sup>39</sup>:

*“La televisión, sobra decirlo, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que caracterice a la televisión y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política o, más grave aún, de los grupos económicos dominantes. En otro campo, la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja. Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia, unido al poder que envuelve la intervención en el principal y más penetrante medio de comunicación social, exige que su manejo se guíe en todo momento por el más alto interés público y que ningún sector o grupo por sí sólo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente”.*<sup>40</sup>

Igualmente, los derechos a la información, a la libre expresión y a fundar medios de comunicación gozan del rango de derechos fundamentales, reconocidos por el artículo 20<sup>41</sup> de la Constitución Política, en consonancia con lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos como el Pacto de San José en lo referente a la libertad de pensamiento y expresión (artículo 13)<sup>42</sup> y la Declaración Universal de Derechos del Hombre (artículo 19)<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C 445 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>40</sup> Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-497 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D 906.

<sup>41</sup> Constitución Política artículo 20: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

<sup>42</sup> Organización de Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. (...)”

<sup>43</sup> Declaración Universal de Derechos del Hombre: Artículo 19. “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”



## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

En cuanto al alcance a la libertad de pensamiento y expresión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva solicitada por el Estado de Costa Rica, con motivo de una ley allí expedida en la que se impuso como obligatorio para ejercer la actividad de periodista la obtención de un título profesional, señaló:

*“Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.”*<sup>44</sup>

Es más, la relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que *“el derecho de acceso a la información es una herramienta crítica para la participación democrática, el control del funcionamiento del Estado y la gestión pública, y el control de la corrupción”*<sup>45</sup>, de allí que el libre acceso a la información sea un medio para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos políticos y cuestionar o indagar si el Estado está cumpliendo o no con sus funciones públicas.

Ahora bien, al igual que sucede con cualquier otro servicio público, en los que los Estados Sociales de Derecho están llamados a prestarlos directamente o a través de particulares para garantizar la eficacia en su prestación<sup>46</sup>, el servicio público de televisión también puede ser prestado directamente por los Estados o por los particulares. De esta forma, se garantiza que tanto entidades públicas como privadas participen en la difusión de información de relevancia social y cultural, para lo cual, todas aquellas entidades, deberán sujetarse a las leyes que regulan la prestación del servicio de televisión.

El marco jurídico que en Colombia regula la prestación del servicio público de televisión se encuentra principalmente en la Constitución Política, en las leyes 182 de 1995<sup>47</sup>, 335 de 1996<sup>48</sup>, y

<sup>44</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85. Del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. (ARTS. 13 Y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Solicitada por el gobierno de Costa Rica.

<sup>45</sup> Relatoría Especial Para La Libertad De Expresión Comisión Interamericana De Derechos Humanos -Organización De Estados Americanos -Informe 2009.

<sup>46</sup> La intervención del Estado en la prestación del servicio de televisión, se justifica por los mandatos constitucionales que imponen al Estado la función de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos -artículo 365 de la Constitución- y de control y dirección general de la economía nacional -artículo 344 Ibídem-.

<sup>47</sup> Congreso de la República, Ley 182 de 1995. Por la cual se reglamenta el servicio de televisión, y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran

## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

680 de 2001<sup>49</sup>. En este conjunto de disposiciones se concede a la Comisión Nacional de Televisión, hoy Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) la función de velar por el acceso a la televisión y el pluralismo informativo<sup>50</sup> y, particularmente, la de celebrar con los particulares contratos de concesión del uso del espectro y demás bienes públicos necesarios para la prestación del servicio de televisión en sus diferentes modalidades<sup>51</sup>.

Vale resaltar que el contrato de concesión tiene, por definición, el objetivo de permitir a un particular la prestación, organización u explotación de un servicio público, por su propia cuenta y riesgo, sujeto siempre al control del Estado y a cambio de la remuneración o contraprestación que de común acuerdo fijen las partes<sup>52</sup>. Sin embargo, y de forma aún más específica el artículo 46 de la Ley 182 de 1995 señala que *“La concesión es el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio.”*

Los demandantes RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A. son beneficiarios de esos contratos de concesión del espectro electromagnético, para la prestación del servicio público de televisión bajo la modalidad de televisión abierta de nivel nacional.

En efecto, mediante el contrato No. 136 de 1997 prorrogado por el Otrosí No. 4 de 2009, se otorgó la concesión para la operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada No. 2 a

---

entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones. Diario Oficial No. 41.681, de 20 de enero de 1995.

<sup>48</sup> Congreso de la República, Ley 335 de 1996. Por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones. Publicado en el Diario Oficial No. 42.946. Diciembre 24 de 1996.

<sup>49</sup> Congreso de la República, Ley 680 de 2001. Por la cual se reforman las Leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 335 de 1996 y se dictan otras disposiciones en materia de Televisión. Publicado en el Diario Oficial No. 44.516. Agosto 11 de 2001.

<sup>50</sup> Lo anterior conforme a la Ley 1507 de 2012, particularmente en el artículo 2 que dispone: *“(...) El objeto de la ANTV es brindar las herramientas para la ejecución de los planes y programas de la prestación del servicio público de televisión, con el fin de velar por el acceso a la televisión, garantizar el pluralismo e imparcialidad informativa, la competencia y la efectividad del servicio, así como evitar prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley.”*

<sup>51</sup> El artículo 3 de la Ley 1570 de 2012 señala que es función de la ANTV: *“Adjudicar las concesiones y licencias de servicio, espacios de televisión, de conformidad con la ley.”* En el mismo sentido consultar la Ley 182 de 1995 artículos 4 y 49, ley 335 de 1996 y la Resolución 185 de 1996.

<sup>52</sup> Lo anterior se desprende de la definición de contrato de concesión contenida en el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993.

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

Caracol Televisión; y por medio del contrato No. 140 de 1997 se hizo lo propio con la concesión de la operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada No. 1 para RCN Televisión S.A., el cual también fue prorrogado mediante el correspondiente Otrosí.

Como consecuencia de la celebración de tales contratos y sus prórrogas, los demandantes adquirieron la calidad de titulares del derecho a emplear el espectro para operar y explotar canales de televisión abierta, pero también adquirieron la obligación de ejercer tales derechos conforme a la legislación nacional y bajo el reconocimiento de que su actividad está sometida a la primacía del interés general, como se verá en el siguiente punto.

#### **5. LOS INTERESES DE LOS CONCESIONARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN ABIERTA DEBEN CEDER FRENTE AL INTERÉS GENERAL**

Se desprende de los contratos de concesión, de las leyes nacionales y de la normativa andina que los CSTA son titulares de una serie de derechos, dos de los cuales son de particular relevancia para el asunto que se discute. El primero de ellos, se reitera, consiste en la operación, explotación y prestación del servicio público de televisión, como señala la cláusula primera de los contratos de concesión, incorporada a su vez en las prórrogas, y que se reproduce en sus apartes relevantes:

*“CLÁUSULA PRIMERA –OBJETO. El objeto del presente contrato es el otorgamiento, por parte de LA COMISIÓN, y a favor de EL CONCESIONARIO, de una concesión para la operación y explotación de un canal nacional de televisión de operación privada de cobertura nacional, el cual para efectos del presente contrato corresponde al que en la Licitación No. 03 del 1997 se denominó No. 2.*

*PARÁGRAFO PRIMERO: Para efectos del presente contrato se entenderá como canal aquella parte del espectro electromagnético asignado a EL CONCESIONARIO para que opere y explote el servicio de televisión abierta y radiodifundida, independientemente de la tecnología que se use para ello.*

(...)

*PARÁGRAFO TERCERO: EL CONCESIONARIO tendrá a su cargo la prestación directa del servicio público de televisión en todo el territorio nacional, mediante la operación y explotación del canal asignado, manteniendo la cobertura de televisión analógica existente a la fecha de firma de ésta prórroga, y dando aplicación al Plan de Expansión de Cobertura de Televisión digital terrestre que forma parte integral del presente contrato como Anexo No. 1. EL CONCESIONARIO será programados, administrados y operador del canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas.”*

## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

Gracias a la celebración de los contratos los CSTA adquieren la calidad de organismos de radiodifusión en los términos de las leyes de derechos conexos, pues sólo las empresas que luego del correspondiente proceso de licitación son adjudicatarias de la concesión podrán transmitir programas al público<sup>53</sup>. También de allí deriva el segundo derecho, de trascendental importancia para el presente concepto, y es el reconocido en el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, consistente en la facultad de autorizar o prohibir, *“La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento”*.

Al estar supeditada la calidad de los organismos de radiodifusión a la decisión del Estado de celebrar o prorrogar con ellos los contratos estatales perfeccionados para la prestación del servicio televisivo, el derecho subjetivo de los organismos de radiodifusión asume el talante de derechos públicos subjetivos, 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<sup>54</sup>, de allí que sea patente que frente a ellos debe primar el interés general.

La distinción entre derechos subjetivos públicos y privados, demuestra a las claras que la interpretación del literal a) del artículo 39 de la Decisión 351 de 1993, no es tan simple como la propuesta en la Acción de Incumplimiento de la normativa andina.

En efecto, una cosa es que el organismo de radiodifusión pueda ejercer su derecho de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones frente a otros particulares, y que ello lo pueda hacer de manera exclusiva; y otra, muy diferente que, esta misma potestad pueda ser ejercida ante el Estado que decide implementar una política pública que garantice el pluralismo informativo, el acceso a la información y la libertad de expresión a los usuarios, y quien en últimas, se encarga de habilitarlo para prestar a nivel nacional un servicio público.

Aquí aplica el método de interpretación que el doctrinante Alexei intitula *“la fórmula del peso”*, el cual parte de la conocida distinción entre regla (mandato definitivo) y principio (mandato de optimización), para concluir que los principios *“se caracterizan porque pueden ser cumplidos en*

<sup>53</sup> Cfr. Artículo 8 de la Ley 23 de 1982.

<sup>54</sup> Para Alexei: *“La mayoría de los autores coinciden en señalar la imposibilidad de que, (...), los derechos públicos subjetivos puedan tener validez frente a los particulares, lo que reduce su campo de acción únicamente a las relaciones entre el individuo y el Estado”* Citado por el autor: *“Así, por ejemplo, Pierandrei niega de modo enfático la posibilidad de que un derecho público subjetivo surja en una relación entre particulares: ‘impensable es por el contrario la existencia de un derecho público subjetivo, cuando en las partes opuestas de la relación jurídica participan personas privadas’ (Pierandrei. I diritti, cit., p. 110). Y agrega que si en algunos casos parece que esto ocurra, lo que sucede en realidad es que en una persona privada está afincada ‘una parte del poder público’, puesto que le viene dada en parte la posición de una persona de derecho público”*. ESTRADA, Alexei Julio. *“La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 52.

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

*diferentes grados y porque la medida de cumplimiento depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas, y sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario*<sup>55</sup>.

En el presente caso se observa que los demandantes alegan la violación de una regla que se encuentra contenida en la normativa comunitaria, según la cual el organismo de radiodifusión es el llamado de manera exclusiva a autorizar o prohibir la retransmisión de su señal; sin embargo, olvidan señalar que desde 1997, el Estado colombiano habilitó a los canales privados para prestar el servicio de “televisión abierta privada de alcance nacional”, y que asimismo ellos se comprometieron a la luz del artículo 41 de la Ley 182 de 1985 a garantizar “la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones”.

Nótese que los principios de libre acceso a la información, pluralidad informativa, libertad de expresión, entre otros, terminarían absorbiendo la regla de la autorización o prohibición de la retransmisión, por parte del órgano de radiodifusión en la televisión abierta.

No en vano “la teoría del derecho dúctil”<sup>56</sup> y la “teoría de irradiación de los derechos fundamentales”, han hecho carrera a nivel nacional e internacional con el propósito de esclarecer las relaciones existentes entre el derecho constitucional y las demás disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico, pues en opinión de Hesse “Al derecho privado que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste en solos principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados”<sup>57</sup>.

Es más, el hecho de que desde el nacimiento de la televisión colombiana<sup>58</sup>, se haya implementado en el país un régimen mixto de prestación del servicio en donde coexisten los derechos de los CSTA, los OTS y los usuarios, con el propósito de superar los problemas de cobertura de la televisión abierta y mejorar su calidad, demuestra que no cabe una interpretación insular del artículo 39 de la Decisión 351 de 1993, que sacrifique los principios, las cargas y deberes que gobiernan la operación y explotación de los concesionarios del servicio público de televisión.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. “Teoría de la argumentación jurídica”, Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 350.

<sup>56</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, Trad. Marina Gascón, Madrid, 5ª Edición, Editorial Trotta, 2003.

<sup>57</sup> Citado por Alexei Julio ob. cit., ant., p. 73: “k. Hesse. Derecho Constitucional y Derecho Privado, Madrid, Civitas, 1995, p. 59”.

<sup>58</sup> 17 de junio de 1954.

## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

De otra parte, tampoco se vislumbra una afectación a los derechos conexos de los demandantes; por el contrario, los canales de televisión privada terminaron beneficiados por una política pública que hoy sugieren contraria al ordenamiento andino, no obstante que ella contribuyó con su posicionamiento en el mercado y les permitió competir incluso a nivel internacional.

Vale la pena recordar lo señalado por Alchourron según cita de Atienza Rodríguez, desde la perspectiva de la teoría de la argumentación, en donde sostiene: *“Muchas (si no todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explícitamente enunciadas. Incluso una regla muy simple y clara como –todo conductor debe detenerse frente a un semáforo en rojo- puede tener excepciones no formuladas explícitamente. Por esta razón Hart sostenía que las reglas deberían ser leídas como si finalizaran con una cláusula como: ‘a menos que...’, pretendiendo con ello expresar que las reglas poseen un conjunto indeterminado de excepciones implícitas”*<sup>59</sup>.

Es cuestionable que ante las autoridades de la Comunidad Andina los demandantes utilicen una norma comunitaria (art. 39 de la Decisión 351), para tratar de desconocer las obligaciones contractuales, legales y los principios constitucionales (muchos de ellos influidos por tratados internacionales) que irradian el ordenamiento jurídico colombiano y que ellos asumieron para con el Estado, desde hace más de una década (1997)<sup>60</sup>.

En línea con lo anterior, en la cláusula 4ª del Otrosí No. 4 del contrato de concesión celebrado con Caracol Televisión S.A, ésta se comprometió, entre otras cosas, a lo siguiente: *“FINES Y PRINCIPIOS. De conformidad con el artículo 2 de la Ley 182 de 1995 y las normas que la modifican y complementan, los fines del servicio de televisión son formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana. Con el cumplimiento de los mismos se busca satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local. Dichos fines se cumplirán con arreglo a los siguientes principios: [...] 7) La*

<sup>59</sup> Fragmento de Alchourrón citado por ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *“Curso de argumentación jurídica”*, Madrid, Editorial Trotta, 2013, p.526.

<sup>60</sup> Esto se hace notorio en la siguiente cláusula del contrato de concesión: *“CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA – OBLIGACIONES DE EL CONCESIONARIO. EL CONCESIONARIO será responsable de la ejecución completa y oportuna del contrato, de conformidad con lo previsto en este documento, en sus anexos y en los demás documentos que lo integran. Para tales efectos, EL CONCESIONARIO deberá realizar todas las acciones necesarias y conducentes al cabal cumplimiento de las obligaciones pactadas y de las que se desprendan de su naturaleza, y en particular tendrá a su cargo las siguientes obligaciones: 1. Observar estrictamente los principios constitucionales y los fines del servicio de televisión, especialmente los establecidos en el artículo 2 de la Ley 182 de 1995, el artículo 22 de la Ley 335 de 1996 y en las demás normas aplicables, así como en las que las modifiquen, adicionen o reglamenten.”*

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

preeminencia del interés público sobre el privado y 9) La igualdad de oportunidades en el acceso de la señal radiodifundida a través del espectro electromagnético, de conformidad con el plan de expansión". (Subrayas fuera de texto).

Lo anterior no significa que por garantizar la primacía del interés general del derecho a la información el Estado colombiano desconozca los derechos de los organismos de radiodifusión de televisión abierta, como lo pretenden hacer ver los Operadores Privados de Televisión en la Acción de Incumplimiento elevada ante las autoridades de la Comunidad Andina. Todo lo contrario, la reglamentación implementada por el Estado colombiano sobre el servicio de televisión permite que todos los agentes que en él participan ejerzan efectivamente sus derechos, pero también les impone cargas equilibradas en pro de los intereses generales que guían su actuar, reglamentación que fue debidamente implementada por la Autoridad Nacional de Televisión por medio de la Circular 045 y la Resolución 2291 de 2014.

## **6. EL ARTÍCULO 11 DE LA LEY 680 DE 2001 FUNDAMENTA LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE GENERAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO**

### **6.1. LA GARANTÍA DE RECEPCIÓN DE LAS SEÑALES DE TELEVISIÓN ABIERTA EQUILIBRA LOS DERECHOS DE TODOS LOS AGENTES INVOLUCRADOS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN**

La Circular 045 y la Resolución 2291 de 2014, emitidas por la ANTV, objeto de la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento ante la Secretaría General de la CAN, encuentran su fundamento jurídico en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 que señala: *"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."*<sup>61</sup>

El artículo 11 transcrito no es más que el establecimiento de un vehículo para garantizar la difusión de las señales de televisión abierta. Debido a que los usuarios están en libertad de escoger cómo acceder al servicio, es decir, si lo hacen o no mediante los servicios de televisión por suscripción<sup>62</sup>, el legislador colombiano, en ejercicio de la libertad de configuración legislativa,

<sup>61</sup> Sin embargo, resulta pertinente señalar que la obligación Must Carry encuentra su origen en Colombia, en el artículo 12 del Acuerdo 14 de 1997 expedido por la Comisión Nacional de Televisión: *"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."*

<sup>62</sup> Conforme a la Ley 182 de 1995, ha de entenderse por televisión por suscripción el servicio de televisión, cuya señal, con independencia de la tecnología que se emplee para ello, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para ello por el concesionario del servicio. En el mismo sentido consultar el Acuerdo 10 de 2006 expedido

## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

expidió la Ley 680<sup>63</sup>, mediante la cual conmina a los OTS a asegurar, gratuitamente, la recepción de tales señales de televisión abierta. Nuevamente, lo que se busca con esta medida es la efectividad del acceso a la información indispensable para la formación de una opinión pública.

Así se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003, donde analizó la legalidad del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, frente al objetivo buscado por el mencionado artículo:

**“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 derechos al pluralismo informativo que le asiste a toda la comunidad.”**<sup>64</sup>

Es importante señalar que la obligación del artículo 11, es una carga pública de origen legal que encuentra límites en el fin público e imperioso que la justifica y, no puede restringir de forma desproporcionada los derechos de quien está obligado a soportarla. Este principio de la proporcionalidad de las cargas públicas es reconocido por la doctrina internacional y aplicado en el ordenamiento colombiano por la Corte Constitucional, que ha manifestado sobre el particular lo siguiente:

**Al examinar la constitucionalidad de la imposición de deberes en materia de seguridad y orden público a los particulares, la Corte expresó: “(...), en desarrollo de sus competencias, la ley puede establecer deberes a los particulares que faciliten las tareas de las autoridades de preservar el orden público y la convivencia democrática. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Estado colombiano se encuentra al servicio de la comunidad y reposa en la dignidad humana y en la prevalencia de los derechos de la persona (CP arts 1º, 2º y 5º), la ley no puede imponer cualquier tipo de deberes a los particulares. Estas obligaciones deben ser compatibles con el respeto de la dignidad humana y con la**

por la Comisión Nacional de Televisión. Por el contrario, la televisión abierta es aquella cuya señal puede ser captada libremente por cualquier persona, sin necesidad de celebrar contrato alguno con los concesionarios del servicio de televisión (Cfr. Artículo 20 de la Ley 182 de 1995).

<sup>63</sup> Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia C 172 de 2014 manifestó: “la regulación de los servicios públicos se proyecta como una de las formas de intervención del Estado en la economía. Así, respecto de la libre competencia económica, que se refleja en la tensión de intereses entre los agentes que participan en la prestación de servicios públicos<sup>63</sup>, el rol del Estado se orienta a remover los obstáculos indebidos, “para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos”. Cfr.: Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000; C-263 de 2013.

<sup>64</sup> Corte Constitucional Sentencia C 654 de 2003. M.P. Clara Inés Hernández. Exp. D 4413: Del 3 de agosto de 2003.



Oficina de Asuntos Legales Internacionales

*naturaleza misma del Estado colombiano. Por ello esta Corte ha dicho de manera reiterada que un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el constituyente trampas a la libertad'. Por estas razones, la Corte concluyó que no es suficiente con que un deber desarrollado por el Legislador persiga un fin constitucional –como la preservación del orden público. Para que un deber se ajuste a la Carta, es preciso que (i) persiga un fin específico e imperioso, y (ii) no restrinja de manera desproporcionada los derechos fundamentales de los obligados.<sup>65</sup>*  
(Se resalta)

En ese sentido, el derecho de los OTS de operar y explotar tal servicio conlleva cargas administrativas y técnicas relacionadas con la transmisión de todos los canales de televisión abierta, ya sean de nivel local, zonal o nacional, sin que les sea dable cobrar a sus usuarios por la recepción de tales canales, pues si así lo hacen, las autoridades nacionales competentes podrán imponerles sanciones consistentes en el pago de multas desde cien (100) y hasta (6.000) salarios mínimos legales mensuales<sup>66</sup>, como bien lo establecía el artículo 43 b del Acuerdo No. 14 de 1997<sup>67</sup> y, ahora el artículo 43 del Acuerdo 10 de 2006 de la extinta Comisión Nacional de Televisión al señalar:

*Artículo 43: Clasificación de las faltas: Las faltas en las que incurran los concesionarios de televisión por suscripción en cumplimiento de la prestación de este servicio se clasificarán de la siguiente manera:*

(...)

*b) Operativas y administrativas:*

(...)

*6. Interrumpir a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta y que se sintonicen en el área de cubrimiento y/o no transmitir dichos canales en los términos establecidos en el presente acuerdo o en las normas que lo complementen, modifique o adicionen.*

<sup>65</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-220-11. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. D-8241. La norma cuya constitucionalidad analizó la Corte en esta oportunidad se relacionaba con la obligación impuesta a quien emplease fuentes hídricas naturales, de destinar una porción de la inversión efectuada en el proyecto a la conservación de los recursos hídricos, es decir que también en este caso la Corte analizó el uso de bienes públicos destinados a la prestación de un servicio público que garantiza la efectividad de un derecho fundamental y las cargas que el legislador puede imponer a los particulares para asegurar la efectividad de tales derechos.

<sup>66</sup> Cfr. Artículo 44 del Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión.

<sup>67</sup> Comisión Nacional de Televisión. Acuerdo 14 de 1997, 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. Artículo 43, en su literal b), numeral 8: "Cobrar por la transmisión y distribución de señales incidentales. Sanción: multa entre el dos por ciento (2%) del valor de la concesión, o suspensión del servicio hasta por seis (6) meses, o caducidad del contrato."

## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

La carga así impuesta por el legislador colombiano establece un equilibrio entre los usuarios del servicio público de televisión, los CSTA y los OTS. Equilibrio que consiste en proveer el acceso a los contenidos que se transmiten por medio de la televisión abierta, obligando a los segundos a asegurar la recepción de la misma, pero a la vez, impidiéndole lucrarse de la misma, pues en tal caso se estaría frente a un enriquecimiento sin justa causa, que sí sería violatorio de los derechos de los concesionarios de televisión abierta, como lo son RCN televisión S.A. y Caracol Televisión S.A.

No sobra resaltar que la obligación del artículo 11 no solo pesa sobre los OTS, sino también sobre quienes suministran el servicio de televisión mediante satélites, por disposición del artículo 10 del Acuerdo 32 de 1998 de la Comisión Nacional de Televisión, el cual establece:

*ARTICULO 10º. INCLUSION DE LA PROGRAMACION DE LOS CANALES DE OPERACIÓN PÚBLICA O PRIVADA. Para fomentar el logro de los objetivos del servicio previstos en este acuerdo, los prestatarios del servicio de televisión satelital directa al hogar podrán incluir de acuerdo con las normas que regulen cada caso la programación de los canales nacionales, regionales y locales de operación pública o privada.<sup>68</sup>*

De lo dicho hasta el momento, se hace evidente que, contrario a lo indicado en el reclamo dentro de la Acción de Incumplimiento<sup>69</sup>, no fue la ANTV quien creó la obligación de garantizar la recepción de la televisión abierta. En efecto, los actos administrativos impugnados se limitan a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de un mandato constitucional y legal, como son los artículos 20 de la Constitución y 11 de la Ley 680, y una serie de obligaciones contractuales que adquirieron tanto los OTS como los CSTA, al celebrar los contratos de concesión que los facultan para prestar el servicio público de televisión. Lo anterior, bajo el ejercicio de las funciones legales y constitucionales conferidas a la ANTV.

Efectivamente, cuando la ANTV por medio de la Circular 045 de 2014 requiere “A los operadores del servicio de televisión abierta privada nacional, para que mantengan las condiciones bajo las cuales han venido ejecutando los respectivos contratos de concesión, y en tal sentido garanticen la disposición de sus señales en sus diferentes configuraciones (analógica y digital HD) para su transmisión a través de la televisión por suscripción”<sup>70</sup>, simplemente está haciendo un llamado a los CSTA para que transmitan la señal que producen en los términos que fueron acordados en los contratos de concesión, esto es, para que la transmitan al espectro electromagnético y de allí

<sup>68</sup> Cfr. Acuerdo No. 32 del 15 de enero de 1998 de la Comisión Nacional de Televisión.

<sup>69</sup> En la página 8 de la Acción de Incumplimiento iniciada por Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. se lee: “Con dicha medida, la Autoridad Nacional de Televisión pretende que sin mediar autorización ni contraprestación alguna, los canales privados se vean obligados a ceder sus derechos exclusivos sobre la retransmisión de sus señales a favor de los operadores del servicio de televisión por suscripción.”

<sup>70</sup> Cfr. Autoridad Nacional de Televisión. Circular No. 45 del 12 de junio de 2014.

## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

cualquiera que quiera hacerlo pueda acceder a ella sin tener que salvar obstáculos técnicos, y, además, asegurando el acceso a tales señales a los usuarios del servicio por suscripción, pues, de la misma forma que lo hace el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, la ANTV requiere *"A los operadores del servicio de televisión por suscripción, para que mantengan las condiciones bajo las cuales se han venido ejecutando los respectivos contratos de concesión, y en tal sentido garanticen la transmisión de las señales abiertas nacionales en sus diferentes configuraciones (analógica y digital HD), hasta tanto la Autoridad resuelva la actuación administrativa en curso."*

Igualmente sucede con el artículo primero de la Resolución 2291 al *"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."*<sup>71</sup>

De esta forma, la Circular 045 de la ANTV conserva el equilibrio de los derechos de los usuarios del servicio de televisión, de los concesionarios del servicio de televisión abierta, y de las cargas impuestas a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, situación que olvidan mencionar los demandantes en la acción. Pero sobre todo, garantiza que las señales de los canales de la televisión abierta no se queden en el aire, en el espectro, sino que sean recibidas y visualizadas por sus destinatarios.

## 6.2. LA CARGA PÚBLICA IMPUESTA POR EL ARTÍCULO 11 DE LA LEY 680 Y DESARROLLADA POR LA ANTV ES ACEPTADA EN OTROS PAÍSES MIEMBROS DE LA CAN

La previsión consagrada en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001<sup>72</sup>, como se manifestó *supra*, proviene del deber que tiene el Estado colombiano de asegurar el pluralismo informativo que se manifiesta en *"la existencia y coexistencia de distintos operadores de televisión que puedan llevar a los usuarios diferentes contenidos que sean reflejo de la realidad circundante"*<sup>73</sup>.

Tal previsión es conocida en el ámbito internacional como la cláusula del *Must Carry* y tiene origen en las normas expedidas por la *Federal Communications Commission* de los Estados Unidos de América en 1972, con las cuales se busca garantizar el acceso a la información y proteger a las

<sup>71</sup> Cfr. Resolución 2291 de 20014. Artículo 1. p 71.

<sup>72</sup> 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."*

<sup>73</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-654 de 2003.

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

cadenas locales o nacionales de televisión abierta, frente a los canales extranjeros de televisión, proveyéndoles de un vehículo que conduzca su señal a toda la audiencia<sup>74</sup>. *Must Carry* implica, en términos generales, que los operadores del servicio público de televisión por suscripción, ya sea televisión por cable o satelital, estén obligados a incluir a los canales de televisión abierta en la parrilla de canales que ofrecen al público.

Las cláusulas *Must Carry* gozan de amplia aceptación y aplicación en los países de derecho continental, como sucede en la Comunidad Europea y diversos Estados de Latinoamérica como Argentina, México, Ecuador. Este último integrante de la Comunidad Andina y por ello también vinculado por las Decisiones adoptadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

En Ecuador, la obligación del *Must Carry* se encuentra contemplada en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones donde se dispone que los sistemas de audio y video por suscripción:

*“tienen la obligación de transmitir en su sistema los canales de televisión abierta nacional, zonal y local que sean calificados previamente por el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación para tal efecto, considerando la calidad de sus contenidos y programación, siempre que satisfagan las condiciones técnicas que establezca la autoridad de telecomunicaciones.*

*La transmisión de televisión abierta por parte de los sistemas de audio y video por suscripción dentro del territorio nacional, estará exenta de pago de derechos de retransmisión a la estación de televisión o al operador del sistema y tampoco será cobrada a los abonados o suscriptores de estos sistemas.*

*En la transmisión de las señales de televisión abierta por parte de los sistemas de audio y video por suscripción, se respetará la programación original y no se podrá alterar ni incluir publicidad que no cuente con la autorización del propietario de la programación”<sup>75</sup>. (Se resalta)*

Nótese que al igual que en Colombia, en Ecuador la obligación *Must Carry* a cargo de los sistemas de audio y video por suscripción está exenta de pago alguno a favor de los poner OTC organismos de radiodifusión y, también, que tampoco es posible cobrar a los usuarios del servicio de televisión por la recepción de la televisión abierta.

<sup>74</sup> Derecho de Internet y Telecomunicaciones. Universidad de los Andes. Bogotá, Legis, 2003. p 793.

<sup>75</sup> Registro Oficial Órgano del Gobierno Ecuatoriano. Tercer Suplemento - Registro Oficial Nº 22-martes 25 de junio de 2013. Ley Orgánica de Comunicación, artículo 76.

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

México por su parte, en su Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, indica que los concesionarios que prestan el servicio de televisión radiodifundida o abierta están obligados a permitir a los organismos de televisión restringida, o sea, por suscripción, la retransmisión de sus señales de forma gratuita y no discriminatoria; al tiempo que impone a los organismos de televisión restringida la carga de retransmitir la señal radiodifundida<sup>76</sup>, consagrando así la obligación del *Must Carry*. En efecto, la Ley Federal de Telecomunicaciones mexicana señala en su artículo 164, lo que sigue:

*“Los concesionarios que presten servicios de televisión radiodifundida están obligados a permitir a los concesionarios de televisión restringida la retransmisión de su señal, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde.*

*Los concesionarios que presten servicios de televisión restringida están obligados a retransmitir la señal de televisión radiodifundida, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde, e incluirla sin costo adicional en los servicios contratados por los suscriptores y usuarios.”*

Los términos en que es consagrada la obligación en comento en la legislación mexicana resaltan que el cumplimiento de la obligación de los operadores del servicio de televisión por suscripción de asegurar la recepción de la señal de televisión abierta, tiene como presupuesto que los OTC permitan el acceso a la señal, que no es otra cosa que lo señalado por la Circular 45 al indicar que: *A los operadores del servicio de televisión por suscripción, para que mantengan las condiciones bajo las cuales se han venido ejecutando los respectivos contratos de concesión, y en tal sentido garanticen la transmisión de las señales abiertas nacionales en sus diferentes configuraciones (analógica y digital HD), hasta tanto la Autoridad resuelva la actuación administrativa en curso.”*, aparte impugnado por RCN y Caracol.

La Unión Europea tampoco ha sido ajena a la necesidad de garantizar el acceso a la información y a las señales de televisión abierta por medio de la televisión por suscripción. En efecto, la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en su artículo 31 dispone que los Estados miembros “[...] podrán imponer obligaciones razonables de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión a las empresas bajo su jurisdicción que suministren redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión. Dichas obligaciones se impondrán

<sup>76</sup> México. Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión del 8 de julio de 2014.

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

*exclusivamente en los casos en que resulten necesarias para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y deberán ser proporcionadas y transparentes. Las obligaciones serán objeto de revisión de forma periódica."*

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto No. 0250/06, iniciado con motivo de la obligación *Must Carry* impuesta por las leyes de Bélgica a organismos de radiodifusión que operaban en ese país, sostuvo que dicha obligación tiene como finalidad preservar el carácter cultural y pluralista en la oferta de programas de televisión y garantizar que los telespectadores conozcan los hechos o la información relevante a nivel local o nacional, es decir el acceso a la información. De esta forma, para el Tribunal, una política cultural representa una razón imperativa del interés general lo que justifica una restricción a la libre prestación de un servicio<sup>77</sup>. Dada su pertinencia nos permitimos reproducir *in extenso* las palabras del Tribunal europeo:

*En primer lugar, por lo que atañe al objetivo perseguido por la normativa nacional que se cuestiona en el asunto principal, el Gobierno belga afirma que ésta tiene por finalidad preservar y garantizar el acceso de todos los telespectadores al pluralismo y a la diversidad de programas, en particular asegurando a los ciudadanos belgas y a la diversidad de programas, en particular asegurando a los ciudadanos belgas de la región bilingüe de Bruselas-Capital que no se verán privados del acceso a la información local y nacional ni a su cultura. La finalidad de esta normativa es así armonizar el panorama audiovisual en Bélgica.*

*Sobre este particular, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una política cultural puede constituir una razón imperativa de interés general que justifique una restricción a la libre prestación de servicios. Efectivamente, el mantenimiento del pluralismo que esta política pretende garantizar está relacionado con la libertad de expresión, protegida por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ya que dicha libertad figura entre los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario.*

*Por lo tanto, debe reconocerse que la normativa nacional que se cuestiona en el asunto principal persigue una finalidad de interés general, dado que persigue preservar el carácter pluralista de la oferta de programas de televisión en la región bilingüe de Bruselas-Capital y que se integra de este modo en una política cultural que tiene por finalidad salvaguardar, en el sector audiovisual, la libertad de expresión en los distintos*

<sup>77</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 13 de diciembre de 2007. Asunto C-250/06. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5af5a790ce4ec426ca03fd00fbf14e7dd.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Obh8Re0?text=&docid=71711&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2954>

Z

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

componentes, en particular sociales, culturales, lingüísticos, religiosos y filosóficos existentes en la citada región.<sup>78</sup> (Se resalta)

En síntesis, la figura del *Must Carry* encuentra su fundamento en la prevalencia del interés general frente al particular, principio que es connatural a todos los Estados, incluido el colombiano y, particularmente, en la necesidad de permitir la libre difusión y circulación de contenidos, datos e información que permiten a las sociedades la creación de una cultura e identidad comunes, así como la participación activa e informada en los asuntos que son de su interés.

## 7. PUNTOS ADICIONALES A CONSIDERAR

De forma adicional y subsidiaria a los argumentos expuestos, a continuación se someten a consideración dos argumentos adicionales dirigidos también a defender la postura de que la ANTV no desconoció el derecho contemplado a favor de los organismos de radiodifusión en el literal a) del artículo 39 de la Decisión 351 de 1993.

### 7.1 CON LA CELEBRACIÓN DE LAS PRÓRROGAS DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN, LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN ACEPTARON CON SU CONDUCTA INEQUÍVOCA QUE SUS SEÑALES FUESEN RETRANSMITIDAS EN LA TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN

En caso de no entenderse que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 estableció en Colombia la obligación *Must Carry* con fundamento en la jerarquía de los principios aplicados por el Estado colombiano, para cumplir con los fines que son de su esencia<sup>79</sup>, y de forma coherente con las disposiciones de la Decisión Andina 351, el Tribunal Andino observará que al celebrar los contratos de concesión y sus respectivas prórrogas, los mencionados organismos de radiodifusión también están autorizando la retransmisión gratuita de sus emisiones, por cualquier medio o procedimiento.

Lo anterior se infiere de manera clara del actuar de los operadores de la televisión abierta RCN y Caracol, durante toda la ejecución de los contratos estatales celebrados y luego prorrogados con la Comisión Nacional de Televisión. En efecto, los contratos de concesión, se han venido ejecutando de manera pacífica entre los distintos operadores en cuanto a la obligación establecida en el

<sup>78</sup> *Ibidem*. párrafos 40 a 42 de la sentencia del Tribunal de Justicia.

<sup>79</sup> Es importante recordar que en la cláusula 4ª del otrosí del contrato No. 4, se señala: "*FINES Y PRINCIPIOS. De conformidad con el artículo 2 de la Ley 182 de 1995 y las normas que la modifican y complementan, los fines del servicio de televisión son formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana. Con el cumplimiento de los mismos se busca satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalece la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local. Dichos fines se cumplirán con arreglo a los siguientes principios: [...]*"

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

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.

Parra Lúcan señala: *“En los llamados ‘in fact contract’ es la conducta de las partes en su conjunto, valorada a la luz de las circunstancias, la que permite afirmar que han quedado comprometidas, aunque formalmente no hayan intercambiado promesas ni declaraciones de voluntad<sup>80</sup>[...] Es el comportamiento de ambos el que demuestra que se alcanzó un acuerdo suficiente en las conversaciones mantenidas, con independencia de que después llegara a formalizarse un documento por escrito que recogiera el acuerdo y de que fuera o no firmado<sup>81,82</sup>”*.

En el caso concreto, la autorización de la retransmisión concedida por los demandantes encuentra asidero en la cláusula primera de los contratos de concesión donde se señala que el objeto de tal contrato es el otorgamiento de una concesión para la explotación de un servicio de televisión abierta<sup>83</sup>, que por su naturaleza y como su nombre lo indica está destinada a que cualquier persona que así lo desee tenga acceso a ella y, además, a que los operadores de la televisión por suscripción garanticen su recepción a todos los usuarios de su servicios. Por supuesto que al firmar el contrato de concesión y un Otrosí del mismo, con una cláusula de esta naturaleza, se entiende que se está autorizando la retransmisión de sus emisiones.

En la misma línea, es de resaltar el numeral 9 de la cláusula 4ª de los Otrosí por los que se prorrogaron los contratos de concesión, en donde luego de resaltar una lista de fines de la

<sup>80</sup> Citado por el autor: *“An introduction 55; CHEN WISHART, Contract 75; evan McKENDRICK, Contract law. Text, cases and materials, 5. Ed., Oxford: Univeristy Press, 2010, pp. 46 y ss”*.

<sup>81</sup> Citado por el autor: *“Ejemplos de la jurisprudencia norteamericana y comentarios del parágrafo 2-204 UCC en KNAPP, CRISTAL, PRINCE, Problems, p. 67”*.

<sup>82</sup> PARRA LUCÁN, María Ángeles. *“La formación del contrato como proceso”*, en *“Negociación y Perfección de los contratos”*, Pamplona, Editorial Arazandi, 2014, p. 77.

<sup>83</sup> La primera cláusula del contrato de concesión celebrado y prorrogado por la Comisión Nacional de Televisión con RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A dispone: *“CLÁUSULA PRIMERA –OBJETO. El objeto del presente contrato es el otorgamiento, por parte de LA COMISIÓN, y a favor de EL CONCESIONARIO, de una concesión para la operación y explotación de un canal nacional de televisión de operación privada de cubrimiento nacional, el cual para efectos del presente contrato corresponde al que en la Licitación No. 03 del 1997 se denominó No. 2.*

*PARÁGRAFO PRIMERO: Para efectos del presente contrato se entenderá como canal aquella parte del espectro electromagnético asignado a EL CONCESIONARIO para que opere y explote el servicio de televisión abierta y radiodifundida, independientemente de la tecnología que se use para ello.*

(...)

*PARÁGRAFO TERCERO: EL CONCESIONARIO tendrá a su cargo la prestación directa del servicio público de televisión en todo el territorio nacional, mediante la operación y explotación del canal asignado, manteniendo la cobertura de televisión analógica existente a la fecha de firma de ésta prórroga, y dando aplicación al Plan de Expansión de Cobertura de Televisión digital terrestre que forma parte integral del presente contrato como Anexo No. 1. EL CONCESIONARIO será programados, administrados y operador del canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas.”*

**Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia**

Conmutador (571) 6067676

[www.mincit.gov.co](http://www.mincit.gov.co)





## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

televisión, los demandantes se comprometen a cumplir con el contrato de conformidad con el siguiente principio: “La igualdad de oportunidades en el acceso de la ciudadanía a la señal radiodifundida a través del espectro electromagnético, de conformidad con el plan de expansión”.

Ello reitera 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.

El hecho de haberse pactado en los contratos de concesión del servicio de televisión abierta, una remuneración final variable con base en la pauta publicitaria, esto es, tomando como parámetro de cuantificación del valor del contrato, el acceso del televidente a la señal retransmitida, refuerza el argumento de la autorización concedida. En efecto, si el Contratista estaba comprometido a garantizar el acceso a la señal radiodifundida, es dable inferir que dentro de su estructura de costos y modelo financiero estaba comprendido el valor a cobrar por la retransmisión.

Si los reclamantes consideraban 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. Pero no fue así, firmaron sendos otrosíes de estos contratos y actualmente se encuentran prestando el servicio de televisión en esas condiciones.

## 7.2. EL EJERCICIO DEL DERECHO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 39 POR MEDIO DE LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ES INADMISIBLE

Resulta difícil comprender cómo ahora, luego de transcurrida más de una década desde que los concesionarios del servicio de televisión abierta, adquirieron la calidad de organismos de radiodifusión, demandan al Estado que les concedió el uso del bien público que permite el desarrollo de su actividad económica, alegando el supuesto desconocimiento del derecho reconocido por el artículo 39 de la legislación andina, por cuanto esta conducta constituye el ejercicio abusivo de tal derecho, conducta que resulta inadmisibles.

Los concesionarios del servicio de televisión abierta, que hoy demanda al Estado colombiano, por más de 13 años a través de una conducta inactiva y silente crearon en los organismos proveedores del servicio de televisión por suscripción la confianza legítima de que no ejercerían su derecho a autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de televisión, conducta esta que en virtud de la *Verwirkung*, torna en inadmisibles e ineficaz tal ejercicio del derecho<sup>84</sup>.

<sup>84</sup> La fórmula del *Verwirkung* puede plantearse como sigue: “si uno espera para ejercitar su derecho tanto tiempo que su silencio despierta en la otra parte la confianza legítima de que el derecho no será ya ejercitado, la otra parte podrá oponerse al mismo mediante la objeción de *Verwirkung*, siempre que el ejercicio tardío del derecho sea generalmente considerado como desleal según los principios de buena fe que dominan la vida del tráfico.” Sentencia del 4 de marzo de 2005 del Tribunal Supremo español. Citado en: JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. La doctrina de los actos propios. La Ley. Bogotá, 2014. P 474.

## Oficina de Asuntos Legales Internacionales

En palabras de Diez Picazo: La *Verwirkung*<sup>85</sup> es un caso especial de la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención a la buena fe, o, si se prefiere, un caso especial de abuso de derecho, que se puede definir como el abuso del derecho consistente en un ejercicio del derecho realizado con un retraso desleal (*“illoyal verspätete Rechtsausübung”*).<sup>86</sup> Un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse “cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no ejercitará el derecho”<sup>87</sup>.

Son tres los presupuestos indispensables para la invocación de la *Verwirkung*; el primero, que el titular del derecho se haya mantenido inactivo en el ejercicio del mismo durante un plazo razonable y relativamente prolongado de tiempo; el segundo, consiste en que tal inactividad haya suscitado la confianza legítima de que el titular no ejercería su derecho y, tercero, que con una conducta posterior el titular del derecho defrauda esa confianza, “haciendo valer la prerrogativa que, ab initio, había ignorado, desestimado o descartado”<sup>88</sup>.

La conducta silente e inactiva de los concesionarios de televisión se desprende de varias circunstancias en las que se hace evidente que conocían, por una parte, su derecho a autorizar y prohibir la retransmisión de su señal, y no adoptaron por más de diez años ninguna medida dirigida a hacerlo efectivo, además de que aceptaron que su señal fuese transmitida por los servicios de

<sup>85</sup> Citado por el autor: “El término es de traducción muy difícil. En un sentido muy amplio y vulgar puede equivaler a “caducidad”, pero, en rigor, la palabra caducidad expresa entre nosotros una figura jurídica muy concreta y precisa. Podría acaso traducirse por “preclusión” sin expresar tampoco demasiado exactamente esta idea y esta traducción la hemos empleado supra en pág. 88, aunque allí *Verwirkung* no se utilizaba en el mismo sentido que ahora. Una traducción literal nos llevaría seguramente a hablar de “deseficacia” (*“Wirkung”* es efecto, eficacia; e prefijo “ver”, que en Alemania se utiliza con frecuencia como refuerzo a la raíz, posee aquí un sentido de privación). Ello obligaría a crear un neologismo de muy difícil admisión. Se conserva por ello la palabra en su idioma originario, como lo ha hecho también PUIG BRUTAU en la traducción de BOEHMER, op. cit., págs. 242 y sigs”.

<sup>86</sup> Citado por DIEZ PICAZO: “SIEBERT, op. y loc. Cits., pág. 852, quien añade que “la consecuencia jurídica de un abuso de derecho a través del ejercicio retrasadamente desleal es la inadmisibilidad del (aparente) acto de ejercicio”.

<sup>87</sup> LUIS DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN. “La doctrina de los actos propios”, Barcelona, Editorial Bosch, 1963, p. 94. En este sentido: SIEBERT. *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsübung*, Marburg, 1934, cit. por HINESTROSA, Fernando. La prescripción extintiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p.230. Sobre la *Verwirkung* se ha dicho: “cuando como resultado del considerable retardo en el ejercicio de un derecho en la contraparte surja una confianza justificada en que el titular no hará uso de tal derecho, tiene lugar la extinción del mismo, aun cuando los términos de prescripción se encuentren todavía corriendo”.

<sup>88</sup> JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. La doctrina de los actos propios. Op cit p 497 y ss. En palabras del Dr. A. Vaquer: “...la misión que viene a cumplir la doctrina de la *Verwirkung* es la protección de la confianza legítima del sujeto pasivo de que el derecho a que se halla sometido no será ejercitado en el futuro, confianza suscitada con su comportamiento por el titular del derecho... La doctrina española exige que el ejercicio retrasado se torne intolerable y, en concreto, ‘que no sea exigible a la otra parte que soporte tan tardíamente el ejercicio del derecho”.

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

televisión por suscripción sin necesidad de contar con una autorización y sin tener que pagar retribución alguna.

En efecto, en el momento en que RCN y Caracol se hacen por primera vez concesionarios del servicio de televisión por suscripción en el año de 1997, la Decisión 351 de 1993 ya se encontraba vigente en el territorio colombiano. Lo anterior significa que desde ese momento los accionantes eran titulares del derecho a autorizar o prohibir la retransmisión de sus señales.

Con posterioridad, en el año 2001 el Congreso de la República expidió la Ley 680, que contempla en su artículo 11 la obligación a cargo de los operadores del servicio de televisión por suscripción, sin que para esto deban contar con una autorización de los operadores del servicio televisivo abierto, y mucho menos pagar algún tipo de retribución económica. El artículo 11 que se menciona fue sometido al juicio de constitucionalidad gracias a una acción iniciada por los operadores del servicio de televisión por suscripción, quienes alegaban que tal disposición les imponía una carga demasiado excesiva y restrictiva de los derechos a la libertad de empresa e iniciativa privada<sup>89</sup>. La Corte Constitucional concluyó que el artículo 11 se ajusta a la Constitución Política en la sentencia C 654 de 2003.

En aquella ocasión, los aquí demandantes tuvieron la oportunidad de pronunciarse en contra de la legalidad del artículo 11 en defensa y ejercicio de sus derechos, pero no lo hicieron. *Venire contra factum proprium non valet*.

En el 2006 la Comisión Nacional de Televisión adoptó el Acuerdo No. 10 en cuyo artículo 1 se lee: *"Transmisión de Canales de Televisión Abierta y cerrada: Los operadores del servicio de televisión por suscripción deberán garantizar sin costo alguno a sus 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 denominado (DBS) o Televisión Directiva al Hogar en el área de cubrimiento de cada canal únicamente. Sin embargo, la transmisión de canales locales por parte de los operadores de televisión por suscripción está condicionada a la capacidad técnica del operador."*<sup>90</sup>

Este Acuerdo, por ser un acto administrativo, de carácter general, está sujeto al control de legalidad que se adelanta ante la jurisdicción contencioso administrativa, como disponía el entonces vigente artículo 84 del Código Contencioso Administrativo<sup>91</sup> y, hoy señala el artículo 93<sup>92</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>89</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 654 de 2003.

<sup>90</sup> Comisión Nacional de Televisión. Acuerdo 10 de 2006. Por el cual se reglamenta el servicio de televisión por suscripción.

<sup>91</sup> Decreto 1 de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Artículo 84 *"Modificado por el art. 14, Decreto Nacional 2304 de 1989 Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos."*

De la misma forma que en las oportunidades señaladas, estas medidas disponibles en la legislación colombiana para que los concesionarios del servicio de televisión abierta ejercieran su derecho, no fueron adoptadas, todo lo contrario, por 13 años los concesionarios se favorecieron y aprovecharon la obligación de los operadores de la televisión por suscripción, ya que así aseguraron que una audiencia en crecimiento visualizara sus contenidos y de las pautas, incluidas en la programación de la televisión abierta.

La no actividad y desinterés de los operadores del servicio televisivo abierto se hace aún más evidente en el año 2009 en el que estos deciden prorrogar sus contratos de concesión. En efecto, en la cláusula décima cuarta de los Otrosí contenedores de las prórrogas, los operadores del servicio televisivo abierto se comprometieron a acatar la legislación colombiana vigente en materia del servicio de televisión así como las normas que las modificaran o sustituyeran:

*"CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA –OBLIGACIONES DE EL CONCESIONARIO: EL CONCESIONARIO será responsable de la ejecución completa y oportuna del contrato, de conformidad con lo previsto en este documento, en sus anexos y en los demás documentos que lo integran. Para tales efectos, EL CONCESIONARIO deberá realizar las acciones necesarias y conducentes al cabal cumplimiento de las obligaciones pactadas y de las que se derendan de su naturaleza, y en particular tendrá a su cargo las siguientes obligaciones:*

*1. Observar estrictamente los principios constitucionales y los fines del servicio de televisión, especialmente los establecidos en el artículo 2 de la Ley 182 de 1995, el artículo 22 de la Ley 335 de 1996 y en las demás normas aplicables, así como en las que modifiquen, adicionen o reqlamenten.*

*2. Cumplir con la reqlamentación que expida LA COMISIÓN respecto del servicio público de televisión.*

*(...)*

*24. Las demás que se deriven de la ley y demás disposiciones vigentes, y de las normas que las modifiquen o adicionen.*

*Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.*

*También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro."*

<sup>92</sup> Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 93 Causales de Revocación: *"Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:*

*1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*

*2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*

*3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona."*

**Calle 28 N° 13A -15 / Bogotá, Colombia**

Conmutador (571) 6067676

[www.mincit.gov.co](http://www.mincit.gov.co)

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

En ese sentido, con la celebración de los Otrosí con cada uno de los operadores del servicio televisivo abierto, estos ratificaron su inacción y aceptación frente al artículo 11 de la Ley 680 de 2001, los Acuerdos No. 14 de 1997 y No. 10 de 2006 y la sentencia C 654 de 2003, por tratarse de leyes, normas y disposiciones vigentes en el momento de la prorroga y destinadas a regular la prestación del servicio público de televisión.

Entonces, desde 1997 hasta el presente han transcurrido en total 17 años sin que los operadores del servicio de televisión por suscripción adoptarán ningún tipo de acción que permitiese inferir su interés en hacer efectivo el derecho consagrado en su favor en el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, circunstancia que es más que suficiente para satisfacer el primer requisito de la *Verwirkung*.

En segunda medida, los organismos de televisión por medio de la Acción de Incumplimiento que se estudia, han incurrido en una conducta incoherente y contradictoria frente a la confianza legítima que habían creado, claramente dirigida a ejercer un derecho que, pese a estar contemplado en la disposición vigente, ignoraron por 17 años.

Lo anterior, por cuanto con tal acción busca que se *"declare el incumplimiento de la República de Colombia por el quebrantamiento de la Decisión 351 de 1993 (...)"*, ya que desde su perspectiva *"La medida antes descrita (La Circular 45) expedida por una autoridad colombiana (la ANTV), sin duda incumple y quebranta la normatividad andina, lo que hace de la precitada Decisión 351 y su artículo 39. Se hace entonces nugatorio el derecho conferido por ese artículo a que 'Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir: a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento'"*<sup>93</sup>. En pocas palabras, lo que persiguen los accionantes con su reclamo es que a raíz de la declaratoria del incumplimiento del Estado colombiano se les permita a ellos, el ejercicio del derecho a autorizar la retransmisión de sus señales.

Tal conducta comporta un ejercicio tardío y desproporcional del derecho que le confiere la norma andina, ya que los concesionarios de la televisión abierta gozaron y se valieron de la obligación de garantizar la recepción de sus señales por parte de los concesionarios de televisión por suscripción también por el lapso de 17 años, circunstancia que les permitió lograr un alcance nacional y en forma proporcional explotar los espacios publicitarios que incluían en su programación.

De lo así expuesto se comprueba en el presente caso la materialización de los requisitos para la aplicación de la *Verwirkung*, que hacen improcedente el reclamo de los concesionarios de la televisión abierta.

<sup>93</sup> Cfr. Página 8 de la Acción de Incumplimiento.

### III. SOLICITUD

Con fundamento en las razones anteriormente descritas, la República de Colombia solicita a la Secretaría General de la Comunidad Andina:

1. Se declare inhibida de resolver el reclamo presentado por las empresas Caracol Televisión y RCN Televisión sobre un presunto incumplimiento a los literales b) y c) del artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, producto de la expedición de la Circular 045 de 2014, bajo el entendido que de este acto administrativo se predica su decaimiento administrativo en tanto, una vez fue expedida la Resolución 2291 de 2014, la Circular perdió su fuerza ejecutoria.
2. Se declare inhibida de resolver el reclamo presentado por las empresas Caracol Televisión y RCN Televisión sobre un presunto incumplimiento a los literales b) y c) del artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, producto de la expedición de la Circular 045 de 2014, bajo el entendido que los reclamantes no reunieron los requisitos descritos por el literal e) del artículo 14 de la Decisión Andina 623, es decir, no describen las razones por las cuales consideran que dicha circular incumple las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas. Subsidiariamente declare, por las mismas razones, que no ha sido demostrado que la Circular 045 de 2014 incumplió los literales b) y c) del artículo 39 de la Decisión 351.
3. Se declare inhibida de resolver el reclamo presentado por las empresas Caracol Televisión y RCN Televisión sobre un presunto incumplimiento a los literales a), b) y c) del artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993, producto de la expedición de la Resolución 2291 de 2014, bajo el entendido que los reclamantes no reunieron los requisitos descritos por el literal e) del artículo 14 de la Decisión Andina 623, es decir, no describen las razones por las cuales consideran que dicha resolución incumple las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas. Subsidiariamente declare, por las mismas razones, que no ha sido demostrado que la Resolución 2291 de 2014 incumplió los literales a), b) y c) del artículo 39 de la Decisión 351.
4. En caso que la SGCA considere que el reclamo reúne los requisitos de la Decisión 623 para ser presentado en fase prejudicial de la acción de incumplimiento por el presunto desconocimiento de los literales a), b) y c) del artículo 39 de la Decisión Andina 351, solicito se dictamine la inexistencia del incumplimiento, bajo el entendido que tanto la Circular 045 de 2014 como la Resolución 2291 de 2014 fueron expedidas con fundamento en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001.

#### IV. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Calle 28 No. 13 A 15 Piso 1, Edificio Centro de Comercio Internacional, de la ciudad de Bogotá D.C., Colombia.

Respetuosamente,



**NICOLÁS TORRES ÁLVAREZ**

Apoderado

Cédula de Ciudadanía No. 79.368.984

TP. 52.819 del Consejo Superior de la Judicatura

