

Bogotá, mayo 19 de 2017

Señores Miembros  
**JUNTA NACIONAL DE TELEVISIÓN**  
**AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN**  
Ciudad

AUTORIDAD NACIONAL DE  
TELEVISIÓN

Entrada N°. 201700015821  
19/05/2017 13:27:22



NIT. 830.029.703 - 7

**RCN Televisión**  
Av. Las Américas  
No. 65 - 82  
Bogotá, D.C.  
Colombia

**Documento:** Observaciones al proyecto de acto administrativo de la Autoridad Nacional de Televisión "*Por medio de la cual se reglamenta la obligación establecida en el artículo 11 de la ley 680 de 2001*"

Respetados Señores:

En adición a nuestra comunicación enviada conjuntamente con el representante legal de CARACOL TELEVISIÓN S. A., nos permitimos presentar las siguientes observaciones al proyecto de reglamentación de la referencia.

[§1.] El proceso de consulta y participación previo a la expedición del acto administrativo, comúnmente utilizado en el ejercicio de la actividad reglamentaria, constituye, en el presente evento, un trámite meramente formal, desprovisto de su función de garantía al derecho de participación en las decisiones que afectan a los interesados.

En lugar de satisfacerse el derecho político en mención, en el fondo lo que se ha operado es la instrumentalización de la comunidad, pues el proceso de participación abierto, se endereza a dotar de un barniz de legitimidad un acto administrativo cuyo contenido esencial ya ha sido fijado previamente en la Sentencia T-599 de 2016, de la que el acto administrativo es un simple derivado.

El marco de actuación de la comunidad, así previsto, lesiona la buena fe que hace parte del núcleo esencial de los derechos de participación.

Lo anterior, por cuanto se está convocando a opinar sobre un hecho ya consumado, donde el sentido de la decisión no está juego, ni llamado a tener variación alguna. El juez constitucional, suplantó previamente a la voluntad popular y la autonomía del órgano de la administración. En lugar de brindar un remedio específico a quien estimaba objeto de vulneración en sus derechos fundamentales, artificiosamente imprimió un efecto *inter comunis* a su decisión.

La sala de Revisión se abstuvo de dar una orden específica al operador de televisión y, en su lugar, impuso una carga regulatoria en cabeza de la ANTV, respecto a la cual, pese a que invita a promover escenarios de participación antes de su adopción, ha predispuesto el sentido y principal contenido del acto administrativo:

262. Por las razones expuestas, la Sala Octava de Revisión revocará las sentencias de instancia que declararon improcedente la acción de tutela formulada por Jean Eve May Bernard contra la ANTV y, en su lugar, protegerá sus derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la información, a la identidad cultural y a participar en la vida cultural. // 263. La Sala se abstendrá de ordenar directamente a los operadores de televisión por suscripción la inclusión de los canales de televisión regional en sus parrillas de programación, ya que las condiciones regulatorias sobre la materia deben ser adoptadas por el órgano competente, respetando el derecho a la participación de los actores del sistema, de los representantes de los usuarios del servicio de televisión y, en fin, de la ciudadanía en general (Supra 130 a 139). // 264. En lugar de esto, como mecanismo de protección, la Sala le ordenará a la Autoridad Nacional de Televisión que en su carácter de órgano regulador del servicio público de televisión, adopte las medidas necesarias para adecuar al orden constitucional la regulación o reglamentación del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 en lo relacionado con la obligación de transporte de la señal de los canales regionales de televisión abierta, impuesta a los operadores del servicio de televisión por suscripción. Lo anterior, en armonía con la interpretación conforme a la Carta que realizó esta corporación sobre dicha disposición (Supra 170 a 178 y 235 a 243). (...) SEGUNDO.- ORDENAR a la Autoridad Nacional de Televisión que en su condición de órgano regulador del servicio público de televisión, dentro de los seis meses siguientes a la notificación de esta sentencia, adopte las medidas necesarias para adecuar al orden constitucional la regulación o reglamentación del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 en lo relacionado con la obligación de transporte de la señal de los canales regionales de televisión abierta, impuesta a los operadores del servicio de televisión por suscripción. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 264 y 265 de la parte motiva de esta sentencia y en armonía con la interpretación conforme a la Carta que realizó esta corporación sobre dicha disposición en los numerales 170 a 178, 235 a 243 y 251 a 253 de la parte motiva de este fallo.

[§2.] La intervención de RCN en las anteriores circunstancias, se limita a reiterar y dejar constancia para los efectos que resulten pertinentes, de la continua, consiente y sistemática violación de sus derechos constitucionales, legales y contractuales, por parte del Estado y, de manera especial, por parte de la ANTV y algunas autoridades judiciales.

Tal patrón de conducta, desafortunadamente, se encamina por los senderos de la desviación de poder.

[§3.] En primer lugar, se llama la atención acerca del hecho de que el ámbito de la reglamentación propuesta en el acto administrativo va más allá de la orden referida en la Sentencia T-599 de 2016, al extenderse y comprender "el transporte de la señal" de **canales nacionales de televisión abierta**, lo que no es materia de la orden.

En efecto, el punto segundo de la parte resolutive de la sentencia se limitó a:

"ORDENAR a la Autoridad Nacional de Televisión que en su condición de órgano regulador del servicio público de televisión, dentro de los seis meses siguientes a la notificación de esta sentencia, adopte las medidas necesarias para adecuar al orden constitucional la regulación o reglamentación del artículo 11

de la Ley 680 de 2001 en lo relacionado con la obligación de transporte de la señal de los canales regionales de televisión abierta, impuesta a los operadores del servicio de televisión por suscripción."

El alcance de la orden contenida en la parte resolutoria que se cita, tiene una razón de ser y guarda una relación estrecha con la parte considerativa de la sentencia.

Como se discierne fácilmente de una lectura del texto de providencia, las características propias de los canales regionales y su vinculación a los derechos culturales fueron el elemento determinante de la decisión, al punto de constituir su *ratio decidendi*.

El ajuste de la reglamentación, no pende, entonces, de consideraciones sobre los derechos de autor que son ajenas al desarrollo doctrinal de la sentencia, sino de la necesidad advertida por la Corte Constitucional de ajustar la reglamentación del artículo 11 de la ley 680 de 2001 a los "postulados que salvaguardan la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano."

Para la Corte Constitucional, los canales regionales de televisión abierta cumplen de manera cualificada la función de conservación y difusión de la identidad cultural de determinadas regiones del país, lo cual justifica la atribución de mayores cargas a los operadores de televisión por suscripción en relación con la garantía de expandir la cobertura de la señal de tales canales, en pro de hacerla llegar a públicos más amplios. Así mismo, la Corte hace énfasis en la naturaleza pública y no lucrativa de dichos canales regionales.

Confirma lo anterior que dictada la sentencia T-599 de 2016, en el interregno en que la Superintendencia de Industria y Comercio había fallado a favor de RCN y CARACOL la demanda por competencia desleal fundada en la ventaja competitiva derivada de la violación de las normas sobre derechos de autor por razón de la retransmisión obligada y gratuita de la señal abierta, la Corte Constitucional en la parte considerativa de la sentencia T-599 de 2016 expresamente se pronunció sobre la diferencia entre la televisión abierta de carácter público y la televisión abierta de naturaleza privada, que explicaba a su juicio un trato diferente:

260. Telmex Colombia S.A. mencionó en el trámite, además, la existencia de un fallo proferido por la SIC que supuestamente contradice el alcance del deber de transporte adoptado en esta providencia. Esa sentencia, sin embargo, no resulta aplicable en el presente asunto, ya que i) no corresponde a un pronunciamiento de esta corporación y por tanto no constituye precedente constitucional sobre la materia; ii) tiene un objeto distinto al analizado en este proceso, pues aparentemente se refiere a una disputa por competencia desleal entre operadores de televisión por suscripción y canales privados de televisión; iii) los canales de televisión abierta comercial del orden nacional tienen una orientación y objeto distinto al de los canales regionales, por lo que el alcance de las reglas de must carry-must offer puede ser diferente y iv) el fallo se proferió en un proceso distinto al desarrollado en este trámite.

Al margen de lo anterior, se advierte que la Corte Constitucional en el afán de maximizar la difusión de los canales regionales de televisión abierta, con soporte en la razón cultural, ha soslayado una consideración profunda sobre los derechos de autor que también acompañan a estos derechos en la esfera pública y comunitaria, afectado en una visión de largo plazo las industrias culturales que crecen a partir de los esfuerzos del Estado y las comunidades. Esta medida, tiene también consecuencias adversas en otros ámbitos como el derecho de la competencia y la protección del patrimonio cultural. La Sala de Revisión, sin tomar conciencia de ello, han convertido a los canales regionales *ad aeternum* en proveedores a título gratuito de contenidos a actores privados como son los operadores de televisión por suscripción.

[§4.] En segundo lugar, se observa que de lo que se trata con ocasión de la supuesta reglamentación del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 es de reescribir la disposición haciéndole decir lo que no dice y, transformado la norma en lo que no es.

- (i) La disposición no consagra una excepción a los derechos de autor o a los derechos conexos de autor.
- (ii) La disposición no impone una licencia obligatoria.
- (iii) La disposición no consagra un derecho de retransmisión a título gratuito a favor de los operadores de Televisión por Suscripción.
- (iv) La disposición tampoco impone la carga a los operadores de televisión abierta de ceder a título gratuito sus derechos de retransmisión a favor de los operadores por suscripción.

La disposición señala:

**"Ley 680 de 2001. (...) 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."**

- (i) Lo único que se expresa en el texto legal y la función jurídica que cumple, consiste en reafirmar la garantía de titularidad de los televidentes de **recepción** de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal. Nada menos, pero nada más.

(ii) Se trata, entonces, de proteger un derecho constitucional de los televidentes como lo es su derecho a la televisión abierta, cuya característica esencial es justamente la de poder recibirse de manera abierta, al ser radiodifundida.

(iii) La razón histórica y de ser de la norma es muy simple: conjurar los inconvenientes técnicos y físicos que conllevaba el avance de las redes e instalaciones de la televisión por suscripción respecto de la televisión abierta que tiene una vocación de universalidad y gratuidad.

Así que el mayor contrasentido a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 680 de 2001 consiste en entender que los operadores de Televisión por Suscripción, deban llevar a través de la televisión paga, la señal abierta de televisión, así se establezca que no puedan cobrar por ello al usuario.

Este contrasentido que desmantela el derecho constitucional a recibir de manera directa la señal de la televisión abierta, alcanza además la cota de un detrimento patrimonial que puede lindar en el terreno de lo penal, cuando se repara en la ingente inversión de recursos públicos para adecuar la televisión abierta a la TDT.

[§5.] Como se desprende de los considerandos del proyecto, la interpretación que se promueve de la ley se basa en tres antecedentes jurisprudenciales:

(i) Una interpretación sobre un aparte de la Sentencia C-654 de 2003 que se ocupó de la exequibilidad del artículo 11 de la ley 680 de 2001, por cargos distintos a los derechos de autor, en el que la Corte Constitucional señala: *"Puede afirmarse, incluso, que lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto. Y además tal garantía puede hacer más atractivo para los usuarios el servicio por suscripción."*

Como insistentemente se ha sostenido, se trata de una afirmación *obiter dicta*, en una sentencia de la Corte Constitucional cuya materia era muy distinta a los derechos de autor.

(ii) La Sentencia T-599 de 2016, donde la Sala de Revisión a partir de una interpretación de la sentencia C-654 de 2003 concluye:

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

Nótese, sin embargo, que tal y como se ha dicho, en los considerandos de la providencia, la Sala de Revisión relativizó los alcances de su propia sentencia, reconociendo que otro podría ser el tratamiento, frente al caso de los canales privados de televisión:

"ii) tiene un objeto distinto al analizado en este proceso, pues aparentemente se refiere a una disputa por competencia desleal entre operadores de televisión por suscripción y canales privados de televisión; iii) los canales de televisión abierta comercial del orden nacional tienen una orientación y objeto distinto al de los canales regionales, por lo que el alcance de las reglas de must carry-must offer puede ser diferente..."

Por lo demás, la sentencia tampoco se ocupa de los derechos de autor.

(iii) La sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, cuyo sentido lo recoge el proyecto del acto administrativo, en los siguientes términos:

*"Que en concordancia con los parámetros jurisprudenciales mencionados anteriormente, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia proferida el pasado 28 de marzo de 2017, mediante la cual resolvió la demanda de los canales abiertos nacionales de operación privada RCN TELEVISIÓN y CARACOL TELEVISIÓN S.A. contra los operadores de televisión por suscripción TELMEX COLOMBIA S.A., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P, DIRECTV COLOMBIA S.A. Y EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. señaló que "(...) **es claro que el artículo 11 de la ley 680 de 2001 estableció una excepción a los derechos conexos y de autor**, tal como lo prevé el artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993 "(l)as limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos." // Que de acuerdo con la interpretación judicial de artículo 11 de la Ley 680 de 2001, es claro que la señal de los canales regionales debe ser entregada a los operadores de televisión por suscripción de manera gratuita tal y como sucede con la señal de los canales de televisión abierta privada."*

Esta sentencia, que dicho sea de paso, vulnera el derecho comunitario, se sustenta en las dos sentencias anteriores que no se ocupan de los derechos de autor. En ella, por vía de interpretación, el Tribunal asumió que el artículo 11 de la ley 680 de 2001 que tampoco se refiere al tema de los derechos de autor, estableció una supuesta excepción a los derechos de autor.

Las excepciones a un derecho, por regla general, deben ser claras y expresas. En el caso de los derechos de autor, de conformidad con los tratados suscritos por Colombia, además: (i) no pueden atentar contra la normal explotación de las obras; ii) no pueden causar perjuicios injustificados a los legítimos intereses de los titulares de los derechos.

El artículo 11 de la ley 680 de 2001 es susceptible de interpretarse de una manera conforme a los tratados internacionales que reconocen los derechos de autor, por lo que la interpretación que forza su texto hasta el punto de convertirla en una excepción a los derechos de autor, no solo no es procedente desde la perspectiva hermenéutica y constitucional por contrariar el principio de optimización de derechos previsto en el artículo 2 de la Constitución, sino violatoria de tales tratados, pues no tendría una fuente en la ley; no sería clara y expresa; pero además afectaría la normal explotación de las obras e irrogaría perjuicios injustificados e ilegítimos.

[§5.] La interpretación del artículo 11 de la ley 680 de 2001 con base en los tres antecedentes jurisprudenciales, -en el sentido de imponer una prestación de retransmisión que se traduce en una excepción a los derechos de autor, al implicar supuestamente la carga para los canales de televisión abierta de entregar la señal de manera obligada y gratuita al operador de televisión por suscripción, el que a su vez estaría obligado a retransmitirla en los mismos términos-, ha sido desautorizada por la Corte Constitucional recientemente, mediante Sentencia C-136 de 2017, en la que:

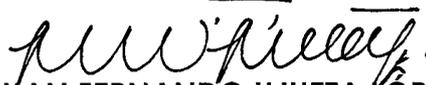
- (i) Se abstuvo de declarar la cosa juzgada constitucional del artículo 11 de la ley 680 por el cargo que se había formulado de violación de los derechos de autor, como lo solicitaron algunos impugnantes, prevalidos en el aparte de la Sentencia C-654 de 2003 ya citado.
- (ii) Se inhibió de conocer de fondo de la demanda planteada por la violación de derechos de autor, con base en la interpretación dada al artículo 11 por el derecho viviente, materializado en una resolución de la ANTV que con fundamento en dicho artículo y la afirmación *obiter dicta* de la sentencia C-654 de 2003, impuso la entrega gratuita y obligada de la señal para su retransmisión. La Corte se inhibió por no satisfacerse los requisitos de certeza y pertinencia. Para la Corte Constitucional, no existía evidencia de que las cargas de entrega gratuita de la señal para su "retransmisión", fueran elementos normativos propios del texto del artículo 11 como tal. Lo eran de la resolución, más no de la ley. De otro parte, la resolución constituía una interpretación aislada que

como tal no fijaba a nivel del derecho viviente el sentido del artículo:

*"...considera la Sala que la interpretación señalada como inconstitucional no se puede exponer sin tener en cuenta lo dispuesto en la mencionada Resolución; en otras palabras, **exclusivamente del texto legal impugnado no se puede originar directamente el problema señalado en el escrito de demanda**, ya que, lo que en realidad se cuestiona es la interpretación o aplicación directa de la Resolución 2291 de 2014, y no podría ser de otra forma ya que **es en el texto de dicha Resolución, en el que se evidencia expresamente la prohibición de exigir una contraprestación económica, para efectos de retransmitir la señal de los canales de televisión abierta en los contenidos de la televisión por suscripción...**"*

El exceso de la facultad reglamentaria no podría ser más evidente. So pretexto de reglamentar una disposición legal, la misma se modifica. Por vía del reglamento se desconocen los derechos de autor, se imponen cargas que la disposición no contempla, se vulneran a diestra y siniestra derechos constitucionales, legales y contractuales vinculados a la función comunicativa, la actividad empresarial y la competencia en el mercado. Este desafuero, no solo transgrede el ordenamiento nacional, sino que además, desconoce los compromisos de Colombia en materia internacional y comunitaria.

Respetuosamente,

  
**JUAN FERNANDO UJUETA LÓPEZ**  
Representante Legal