

TELEVISION - Marco constitucional: Enfasis democrático, participativo y pluralista en la explotación del espacio electromagnético

La Constitución rechaza la concentración y el monopolio de los medios de comunicación y también las restricciones que sin ser estrictamente necesarias impidan el acceso de más participantes al uso del espacio electromagnético utilizado para la televisión. La participación de un mayor número de personas en la explotación del espacio electromagnético es entendida por la Constitución como presupuesto de pluralidad informativa y competencia y, por ende, como un bien público deseable y tutelable. Para la Sala es importante tener en cuenta que la libertad de expresión y de fundar medios masivos de comunicación y por ende la expectativa legítima de acceder al uso del espacio electromagnético en condiciones de igualdad, así como el deber del Estado de garantizar competencia en ese sector, sobrepasan los simples intereses individuales de sus titulares, en tanto que su ejercicio tiene relación directa con el derecho de todas las personas a ser informadas y a serlo de manera veraz y de diferentes y variadas fuentes informativas. (...) Por tanto, en la interpretación de la ley se habrá de tener en cuenta que la Constitución proscribe la concentración de los medios de comunicación y el monopolio en el uso del espacio electromagnético. Así: (i) será más concordante con la Constitución, aquélla hermenéutica que antes que obstruir o impedir las garantías de acceso, competencia y pluralismo en la explotación del espacio electromagnético, faciliten su concreción; y (ii) será igualmente más plausible constitucionalmente aquél entendimiento que permita la presencia de una mayor número de participantes en los procedimientos de adjudicación del espacio electromagnético, como expresión de competencia y acceso "en igualdad de oportunidades", así como de los principios de transparencia y objetividad. Y definitivamente, (iii) no será admisible aquélla aplicación de la ley que facilite la concentración de los medios de comunicación o permita que éstos puedan llevar a cabo prácticas monopolísticas. (...) Además de lo anterior, no puede pasarse por alto que para el logro de esos fines, los artículos 76 y 77 de la Constitución le otorgan autonomía, dentro del marco de la ley, al organismo estatal que tiene a su cargo la gestión, la política y la intervención del espacio electromagnético utilizado para la televisión. Se busca liberarlo de interferencias que afecten el cumplimiento de los cometidos constitucionales y legales que le han sido asignados. (...) Los servicios públicos, dice la Constitución, son inherentes a la finalidad del Estado, lo que en materia de televisión es claramente entendible conforme a lo ya señalado, por el impacto que ella tiene en la formación de opinión, la educación, la cultura, la divulgación de información, etc.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la teleología del servicio público de televisión, Corte Constitucional, sentencias C-350 de 1997, T-391 de 2007, C-497 de 1995, C-532 de 2006 y C-200 de 1998.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 20 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 75 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 333 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 366

TELEVISION - Alternativas de participación de los particulares como concesionarios / CONCESION DE TELEVISION - Alternativas para los particulares

En esta nueva estructura, que es la vigente actualmente, la Sala observa, en lo que importa a esta consulta, que los particulares tienen la opción de participar como concesionarios del servicio de televisión de tres maneras principales: (i) como concesionarios de todo un canal de televisión abierta nacional de operación

privada (que es la nueva opción que trae la Ley 335 de 1996); (ii) como concesionarios, solamente, de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública (que de acuerdo con el art. 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por la Ley 335 de 1996, tendrá como límite el 25% del total de horas dado en concesión en la respectiva cadena); y (iii) como concesionarios de canales locales de televisión privada. De esa forma, la Ley 335 de 1996 creó una posibilidad que antes no existía, en el sentido de permitir que los particulares, con las responsabilidades sociales que ello implica, operen directamente canales nacionales de televisión abierta y no solamente canales de cobertura local o espacios de televisión en canales públicos, los cuales evidentemente tienen un acceso de menor entidad al espacio electromagnético al constituir ámbitos de cobertura espacial y temporal mucho más restringidos. (...) En ese nuevo orden, el máximo alcanzable por un particular es la concesión de un canal nacional de operación privada, lo cual exigirá mayor capacidad económica, técnica, de inversión, logística y de experiencia respecto de la requerida para operar en los niveles inferiores de la televisión.

NOTA DE RELATORIA: El concepto contiene, además, un análisis de la estructura y clasificación de la televisión y de las alternativas de participación de los particulares en vigencia de la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, sin las modificaciones introducidas por la Ley 335 de 1996.

FUENTE FORMAL: LEY 335 DE 1996 - ARTICULO 13 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 56

TELEVISION - Prohibiciones y limitaciones para las concesiones / CONCESION DE TELEVISION - Prohibiciones y limitaciones

En la Ley 182 de 1995, modificada por la Ley 335 de 1996, se encuentran varias prohibiciones a partir de las cuales se eleva la presente consulta. (...) En su orden, se observa lo siguiente respecto de las 5 prohibiciones subrayadas: 1) En la primera se hace incompatible la condición de socio en un Canal Nacional de operación privada con las de (i) concesionario en los Canales Nacionales de operación pública; (ii) operador contratista de los Canales Regionales; (iii) operador o contratista de estaciones locales de televisión. Como se observa esta prohibición recae en los "socios" de los canales nacionales de operación privada y cubre todos los niveles de la televisión. 2) En la segunda, se contrapone la condición de concesionario en los Canales nacionales de operación privada y de beneficiario real de la inversión con las de: (i) concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular y (ii) participante directo o como beneficiario real de la inversión en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular. En el inciso anterior la restricción recaía sobre los socios y en este caso sobre el concesionario y cualquier beneficiario real de la inversión, lo que amplía el ámbito de cobertura de la prohibición. 3) En la tercera restricción, única en que se utiliza la palabra "adjudicatario", se prohíbe que alguien pueda llegar a serlo dos veces dentro del nivel territorial que le ha sido asignado. Como a partir de la Ley 335 de 1996, los "niveles territoriales" de televisión son el nacional (de operación pública y privada), el regional, el local y el comunitario, esta prohibición de tipo horizontal impide entonces que una persona pueda ser al mismo tiempo "adjudicatario" de dos concesiones nacionales o regionales o locales o comunitarias, respectivamente. (...) 4) En el cuarto caso, se contrapone la calidad de concesionario de espacio de televisión en una cadena, con la de concesionario de espacios en otra cadena. Se refiere a concesionarios de espacios de televisión en los canales públicos, pues en los canales privados nacionales no existe esa figura de "concesionarios de espacios". Se trata así de la misma regla contenida en la Ley 14 de 1991 sobre imposibilidad de recibir

concesiones en dos cadenas de televisión distintas. Como se observa, tampoco sería el objeto del caso consultado. 5) En quinto y último lugar se establecen los límites máximos y mínimos de horas que pueden ser adjudicados a los concesionarios de espacios de televisión, lo cual se refiere también a una hipótesis distinta a la consultada.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 56 / LEY 335 DE 1996 - ARTICULO 13

TELEVISION - Prohibición legal de coexistencia o simultaneidad de concesiones / CONCESION DE TELEVISION - Prohibición legal de coexistencia o simultaneidad

El legislador busca que ninguna persona directa o indirectamente (beneficiarios reales de la inversión) tenga más de una concesión de televisión; ni en el mismo nivel territorial ni en diferentes niveles; ni como concesionario, operador, contratista, prestador o bajo cualquier otra denominación que signifique simultaneidad en la explotación del espacio electromagnético destinado a la televisión. Por tanto, opera tanto vertical como horizontalmente. (...) En la medida que se impide que una misma persona sea titular de varias concesiones de televisión, se garantizan mayores oportunidades de pluralismo informativo, se evita la concentración de los medios y se profundiza la competencia. Es claro que en materia de televisión, no todos los interesados podrán tener acceso al espacio electromagnético por la naturaleza limitada de este bien; pero el Estado tiene el deber de asegurar que el mayor número de personas posibles participen de él en condiciones de igualdad y hagan efectivo su derecho fundamental a informar y fundar medios masivos de comunicación. Para ello, el legislador ha previsto entonces, como se observa de las prohibiciones transcritas, que la obtención de una concesión, en cualquier nivel de la televisión, impida detentar simultáneamente otro título de explotación igual o equivalente. (...) Luego es claro que un concesionario de un canal local no podrá serlo simultáneamente de uno nacional y viceversa, ni que un concesionario de espacios de televisión podrá serlo a su vez de cualquiera de dichos canales. La coexistencia o simultaneidad de concesiones no es permitida en la ley, pues ésta entiende que por esa vía se acapara el uso del espacio electromagnético, se producen fenómenos de concentración de la información y se pone en riesgo el pluralismo informativo y la participación, que son fundamentos de una sociedad democrática. La Sala concluye entonces que sobre esa regla de interdicción de acumulación de concesiones, no puede existir ninguna duda interpretativa.

NOTA DE RELATORIA: Sobre las restricciones para prestar el servicio público de televisión, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de mayo de 1998, Rad. S-719, MP. Juan de Dios Montes; Corte Constitucional, sentencias C-350 de 1997, C-200 de 1998 y C-711 de 1996.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 20 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 75 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 334

CONCESIONARIO DE TELEVISION - Renuncia como presupuesto para participar en otra licitación

La Sala observa que esta norma (Ley 335 de 1996, artículo 17) contiene 2 tipos de renuncia: (i) una facultativa y general (segundo inciso), que en principio no tiene mayores restricciones, pero que como se verá enseguida, supone que el concesionario debe saldar sus obligaciones con el Estado, no puede repetir lo

pagado por la concesión y está obligado a indemnizar perjuicios que cause con su decisión a la CNTV; (ii) una obligatoria (parágrafo transitorio) que en todo caso supone todo lo anterior y se da cuando los concesionarios de espacios resultan adjudicatarios de canales nacionales de operación privada “con el objeto de evitar que pueda operar simultáneamente dos concesiones”. Esta última previsión es bastante ilustrativa, en el sentido que en el contexto de la Ley 335 de 1996, la renuncia permite articular la prohibición de tener dos concesiones (art.13) con la posibilidad de un concesionario con contrato vigente de participar en el proceso de adjudicación de los canales nacionales de operación privada (art.17). La renuncia a la concesión vigente, obligatoria en esos casos, evita, según la ley que se operen “simultáneamente dos concesiones”. Al revisar los antecedentes de la Ley 335 de 1996 la Sala encuentra que era entendido que la adjudicación de los canales privados de televisión podría recaer en quienes ya tenían concesiones de televisión (no necesariamente se pensaba en nuevos operadores), quienes serían los primeros interesados en participar en su proceso de adjudicación; pero ello no se concebía como una forma de concentrar los medios de comunicación -pues el mismo proyecto de ley prohibía tener dos concesiones simultáneas, art.13-, sino de liberar los espacios que dejarían los concesionarios de espacios de televisión en los canales públicos, los cuales deberían salir a licitación inmediatamente, tal como quedó consagrado en la norma transcrita. (...) la exigencia legal de que la prestación del servicio se encuentre repartida entre varios operadores públicos y privados y tenga diferentes ámbitos de cobertura y medios de transmisión, hace que la retirada de un sólo concesionario no tenga por efecto la suspensión o discontinuidad del servicio, como podría ocurrir en otros servicios públicos estructurados bajo el esquema de afiliación y prestación individual y particularizada: agua, luz, aseo, salud etc.; eventualmente producirá la reducción parcial de las opciones de programación, que en todo caso sería temporal por la obligación del Estado de abrir inmediatamente una nueva licitación para la concesión de la frecuencia que se devuelve. Y, si en el supuesto que se analiza, se trata de un concesionario que renuncia a una concesión local o de espacios de televisión para tomar una concesión de un canal abierto a nivel nacional, donde cualquier persona puede ser receptor de la señal, es claro que por esa vía se amplía la cobertura del servicio (no se disminuye) y se compensan de alguna manera los efectos negativos que pudieran existir para el usuario.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la renuncia de los concesionarios de televisión, Corte Constitucional, sentencia C-200 de 1998.

FUENTE FORMAL: LEY 335 DE 1996 - ARTICULO 17

TERCER CANAL NACIONAL DE TELEVISION PRIVADA - Participación de concesionarios locales actuales en proceso de adjudicación

El entendimiento que se deriva de lo que se ha expuesto por la Sala es claro: en la medida que el eventual adjudicatario se obligue por su propia voluntad, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, ampliado por la Ley 680 de 2001, a devolver la concesión de la cual es titular como requisito previo a la firma de la nueva concesión del tercer canal, las prohibiciones legales contenidas en los artículos 22, 37 y 56 de la Ley 182 de 1995 habrán cumplido su propósito; no habría entonces ningún fenómeno de concentración informativa o de acaparamiento del espacio electromagnético, pues a la vez que se accede a una concesión se renuncia a la otra sin que en ningún momento coexistan las dos. En ese sentido, la renuncia cumple una función articuladora entre las expectativas legítimas de los canales locales y de los concesionarios de espacios de televisión de acceder a un estadio de prestación del servicio mayor al que detentan actualmente y la prohibición expresa de ejercer simultáneamente más de una

concesión de televisión. Para la Sala la estructura actual de la televisión lleva implícita cierta lógica de progreso o de avance que favorece al propio Estado en su función de garante de la debida asignación del espacio electromagnético. No parece contrario al método de distribución territorial y de organización de la ley, que quien empieza en la televisión como concesionario de un espacio de televisión o de un canal local, pueda aspirar posteriormente a ser concesionario de un canal nacional y que en tal caso, el Estado pueda evaluar la experiencia y capacidad lograda en esos niveles menores de prestación del servicio. No parece tampoco en esa lógica organizacional, que la ley haya reservado el ingreso al nivel máximo de explotación del espacio electromagnético únicamente a nuevos prestadores del servicio y que haya excluido de la competencia por la asignación de los canales nacionales de operación abierta a quienes han acumulado experiencia y capacidad en niveles menores de operación del servicio. (...) Cabe decir que la participación en el proceso de contratación del tercer canal no garantiza ni supone su adjudicación, lo cual constituye un hecho eventual que depende, como se verá en la segunda parte de esta consulta, de que se haga el mejor ofrecimiento, conforme a los parámetros objetivos previstos en el pliego de condiciones; por tanto, resultaría desproporcionado y no guardaría relación con los fines de la prohibición, exigir que la renuncia a la concesión que se detenta sea previa al inicio del proceso contractual cuando lo único que tienen sus participantes es una expectativa que depende de muchas y diversas eventualidades; nada ganaría el Estado con esa exigencia previa y tampoco le aportaría más objetividad o transparencia al proceso de selección, y sí se sacrificarían innecesariamente los derechos de explotación del espacio electromagnético de los concesionarios con contratos vigentes. Por lo dicho, el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por la Ley 335 de 1996, no contiene realmente una inhabilidad o causal de inelegibilidad para contratar. (...) Así las cosas, quienes en la actualidad son concesionarios de espacios de televisión o socios de los canales locales podrán participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión nacional de operación privada, pero deberán renunciar a las concesiones de las cuales sean titulares en caso de resultar adjudicatarios.

TELEVISION - Prestación del servicio por particulares requiere contrato de concesión / TELEVISION - Adjudicación de contrato de concesión debe hacerse por licitación pública / TELEVISION - Posibilidad de acudir a la subasta para adjudicar por licitación contrato de concesión / TELEVISION - Concesión no puede atender exclusivamente al precio / CONCESION DE TELEVISION - Adjudicación de contrato debe hacerse por licitación y puede usarse la subasta / CONCESION DE TELEVISION - No puede atender exclusivamente al precio / TERCER CANAL NACIONAL DE TELEVISION PRIVADA - Viabilidad legal de usar subasta en licitación para adjudicación de contrato de concesión

La segunda parte de la Consulta se refiere la necesidad de que la adjudicación del tercer canal nacional de televisión abierta sea hecha por subasta. El artículo 33 de la Ley 80 de 1993 establece que "los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia". En ese sentido, el artículo 46 de la Ley 182 de 1995 establece que la operación y explotación del servicio público de televisión y el uso del espacio electromagnético atinente a dicho servicio, requiere de una concesión estatal, esto es, de un título habilitante previo del Estado, cuya asignación corresponde a la Comisión Nacional de Televisión. Para esa asignación, la misma Ley 182 de 1995 ordena utilizar la licitación pública, como mecanismo de selección objetiva por autonomía. Entendió el legislador que la licitación pública

garantiza al máximo tanto la objetividad, publicidad y transparencia de la selección de los concesionarios del servicio de televisión nacional privada, como la igualdad de los proponentes, frente a la expectativa legítima de acceder al uso del espacio electromagnético. Ahora bien, sobre los criterios de selección de las licitaciones de canales nacionales de operación privada, la Ley 182 de 1995 excluyó expresamente el mecanismo de subasta. Lo anterior refleja, a juicio de la Sala, la intención clara del Constituyente de que la concesión del servicio público de televisión no sea hecha exclusivamente con criterio económico, sacrificando la calidad de la televisión y el acceso democrático al espacio electromagnético en favor de la obtención de mayores recursos para el Estado. Lo anterior no quiere decir en todo caso que el precio no sea un factor importante y evaluable dentro de la licitación (aunque no por subasta hasta la Ley 182 de 1995), pues la misma ley establece que la asignación del espacio electromagnético da lugar a una serie de derechos, tasas y tarifas a favor del Estado. Se pregunta entonces, ¿en qué cambió este claro esquema de regulación -que comprende licitación pública, exclusión absoluta de subasta y factores objetivos de escogencia adicionales al precio-, con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009? (...) Visto lo anterior, la confrontación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 con lo que dispone la Ley 182 de 1995 respecto al procedimiento y criterios que deben usarse para adjudicar el servicio de televisión, lleva a la Sala a las siguientes conclusiones: El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no eliminó la licitación pública como regla general de selección de los adjudicatarios de canales nacionales de televisión privada. Todas las modalidades de contratación (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa) son mecanismos de "selección objetiva", es decir, obligan a que la escogencia del contratista esté separada de cualquier elemento subjetivo, de afecto o preferencia. Por tanto, en el caso concreto de la televisión, la Sala encuentra lo siguiente: por una parte, la ley le ordena a la Comisión Nacional de Televisión tener en cuenta diversos criterios de adjudicación que garanticen la idoneidad de la propuesta del licitante y que éste estará en capacidad de cumplir los fines del servicio de televisión; de otra, existe una autorización general para que se evalúe el uso de la subasta en la asignación del espacio electromagnético. Dados los fines del servicio público de televisión suficientemente expuestos a lo largo de este concepto, sin perjuicio de que se estudien mecanismos que permitan maximizar los recursos que recibirá el Estado, la Sala considera que en lo que hace relación concreta con la asignación de un tercer canal nacional de televisión abierta, el precio no puede ser el único criterio de adjudicación aplicable, no sólo porque la ley obliga a tener en cuenta otros parámetros, sino porque ello significaría, en contravía de claros mandatos constitucionales, que el uso del espacio electromagnético destinado a la televisión estuviera determinado exclusivamente por el poder económico del licitante y no por lo que su propuesta pueda significar para el servicio de televisión. En consecuencia, el uso de la subasta sólo podría hacerse, de considerarse conveniente a juicio de la Comisión Nacional de Televisión y dentro de la autonomía y margen de apreciación que le concede la Constitución y la ley, una vez estuvieran satisfechas las necesidades relacionadas con la verificación de las condiciones técnicas, profesionales y de idoneidad de los eventuales concesionarios. Sin embargo, esa decisión es exclusiva de la Comisión Nacional de Televisión dentro del margen de apreciación que le permite la ley y de acuerdo con la ponderación que haga de los diferentes intereses generales que puedan entrar en conflicto. Esa valoración no corresponde a esta Sala.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 580 de 14 de octubre de 2009.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 33 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 46 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 47 / LEY 182 DE 1995 -

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D. C., octubre cinco (5) de dos mil nueve (2009)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2009-00049-00(1966)

Actor: MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y DE COMUNICACIONES

Referencia: Adjudicación tercer canal de televisión. Inhabilidades para participar y mecanismo de asignación.

1. La consulta

El Ministerio de Tecnologías de la Información y de Comunicaciones solicita a la Sala su concepto sobre la inhabilidad de los actuales concesionarios de licencias de televisión para participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión privada, así como sobre la necesidad de que tal adjudicación sea hecha por subasta.

Sobre lo primero (inhabilidad de los actuales concesionarios), el Ministerio señala que de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, y conforme a lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-350 de 1997, en el proyecto de pliego de condiciones para la adjudicación del tercer canal se consagra, como se ha hecho en los anteriores procesos de selección, que los actuales concesionarios de espacios o de canales de televisión podrán participar en esta nueva licitación, con la condición de que, en caso de resultar favorecidos, renuncien a las concesiones que tengan vigentes.

Indica que con ese entendimiento, la Comisión Nacional de Televisión autorizó la inscripción en el Registro Unico de Operadores Privados Comerciales (RUO) a tres sociedades que estarían interesadas en la adjudicación del tercer canal de televisión, en dos de las cuales tienen participación accionaria actuales concesionarios de espacios de televisión y un canal local con ánimo de lucro.

Señala que en todo caso, para dar transparencia y seguridad al respectivo proceso de selección, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, ha sugerido consultar a la Sala sobre ese particular para determinar con claridad si los actuales concesionarios de licencias de televisión pueden participar o no en el proceso de adjudicación del tercer canal de televisión.

Indica que, también con base en las observaciones del Ministerio Público, se desea conocer el concepto de la Sala sobre la interpretación que debe darse al artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en relación con la obligatoriedad de hacer la

adjudicación del tercer canal por subasta pública (donde el precio sea el factor decisivo de selección) o de acudir a mecanismos de selección objetiva diferentes que permitan tener en cuenta otros factores adicionales de escogencia.

Con base en lo anterior consulta:

1. *¿La concurrencia de concesiones a la que se refiere el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, representa inhabilidades que se predican del proponente y deben verificarse al momento de presentar su propuesta, o son de quien vaya a ser concesionario y, por lo tanto, deberán verificarse al momento de la suscripción del respectivo contrato de concesión?*

O dicho de otra manera, ¿les está prohibido presentar propuesta en la licitación de un canal nacional de operación privada a quiénes hoy tienen la calidad de concesionarios o son socios de canales locales?

2. *De conformidad con el marco legal vigente, especialmente lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y los fines de la prestación del servicio de televisión contemplados en la Ley 182 de 1995 ¿la subasta es el único mecanismo de selección objetiva por el cual se debe adelantar el proceso de adjudicación de un tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional, o puede la CNTV acudir a otros mecanismos que garanticen la selección objetiva más favorable?*

3. *De conformidad con el marco legal vigente, el otorgamiento de una concesión para la operación del servicio público de televisión debe hacerse a través de un proceso público de selección en el que únicamente se tenga como factor de evaluación el mayor precio ofrecido, o por el contrario debe en todo caso incluirse en el proceso de selección factores que permitan la evaluación de los criterios adicionales a los que expresamente se refiere el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, entre otros, mayor número de horas de programación nacional, programación más ventajosa para el interés público, pluralidad de ideas, diversificación de informaciones?*

2. Las observaciones de la Procuraduría General de la Nación

Por oficio del 23 de septiembre de 2009, la Procuraduría General de la Nación hace llegar para conocimiento de la Sala dos pronunciamientos que ha hecho en relación con la materia objeto de consulta¹.

En el primero de ellos fechado el 16 de abril de 2009, la Procuraduría, en ejercicio de su función de acompañamiento preventivo del respectivo proceso contractual, le expresa a la Comisión Nacional de Televisión su preocupación por la participación de los concesionarios de espacios de televisión y los canales locales en el proceso de adjudicación del tercer canal, pues a su juicio la prohibición del artículo 56 de la Ley 182 de 1995 es bastante expresa al señalar que los concesionarios de canales nacionales de operación privada no podrán serlo a la vez de canales locales y de espacios de televisión. Por tanto, “solicita a esa Comisión verificar esta previsión legal, en aras a determinar si la posibilidad de renuncia a la concesión por parte del proponente que ostente la calidad de concesionario actual, convalida tal prohibición”.

¹ Estos mismos documentos fueron aportados por los Presidentes de los Canales Nacionales de Operación Privada en escritos que el Ministerio de Comunicaciones remitió a la Sala para que ésta contara con todos los elementos de juicio para resolver la consulta.

En el segundo documento de fecha agosto 28 de 2009, el Ministerio Público reitera a la Comisión Nacional de Televisión su preocupación por el alcance del artículo 56 de la Ley 182 de 1995 cuya finalidad es evitar la concentración de los medios y las prácticas monopolísticas, pero esta vez sólo en relación con los canales locales, pues éstos no aparecen mencionados en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, en el cual se consagra la posibilidad de renuncia de los concesionarios de espacios de televisión²; en esa medida sólo los concesionarios de espacios de televisión (no los canales locales) podrían salvar la prohibición legal de simultaneidad de concesiones.

Respecto al mecanismo de subasta considera que su utilización es obligatoria pues el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 usó la expresión “deberán”, lo que a su juicio cambió el panorama que estaba previsto en la Ley 182 de 1995 sobre los criterios para adjudicar los canales nacionales de operación privada:

“Esta norma modificó el escenario jurídico preexistente en la época en que se dispusieron para conocimiento de los interesados los prepliegos de condiciones, de manera que la CNTV debería atender ese nuevo ordenamiento legal, en aras de optimizar los recursos que se podrían obtener a favor del Estado, bajo ese supuesto legal.”

3. Documento del apoderado de los canales privados de televisión (RCN y Caracol) remitido por el Ministerio de Comunicaciones

Mediante escritos del 4 y 22 de septiembre de 2009, el Ministerio de Comunicaciones remitió a la Sala de Consulta y Servicio Civil diversos documentos presentados por los Canales Nacionales de Operación Privada Caracol y RCN, en especial un escrito de su apoderado de fecha 18 de septiembre de 2009, con el fin de que la Corporación contara con todos los elementos de juicio necesarios para absolver la consulta.

En este documento el apoderado de los canales de televisión señala que el pliego de condiciones desconoce la Constitución y la ley pues permite sanear una inhabilidad que claramente prohíbe que los concesionarios de espacios de televisión y de canales locales sean titulares de más de una concesión de televisión.

Cita y comenta diversa jurisprudencia sobre el objeto, fines e importancia de las inhabilidades en la contratación estatal, haciendo énfasis en que las mismas operan desde la presentación de la oferta y que su inobservancia acarrea responsabilidades de distinta naturaleza tanto para los particulares como para la entidad contratante, las cuales van desde la nulidad de la adjudicación y del contrato mismo, hasta la imposición de sanciones disciplinarias y penales a los funcionarios estatales que intervengan en el proceso contractual.

Señala que así como las autoridades administrativas no pueden tipificar inhabilidades, tampoco pueden modificarlas ni establecer procedimientos para neutralizarlas, pues invadirían la órbita del legislador y del constituyente.

² “Nótese que la figura de la RENUNCIA fue expresamente establecida en la Ley a favor de los CONCESIONARIOS DE ESPACIOS DE TELEVISION, que resultan beneficiados en una futura adjudicación, NO de los CONCESIONARIOS DE CANALES DE TELEVISION.” (mayúsculas del texto original de la Procuraduría).

En concreto, considera que el artículo 56 de la Ley 182 de 1995 consagra una inhabilidad o causal de inelegibilidad para los canales locales y los concesionarios de espacios de televisión, que no puede ser modificada por la entidad contratante, la que por el contrario, debe declararlas previamente.

A su juicio, la flexibilización prevista en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 (renuncia a las concesiones vigentes) sólo estuvo llamada a operar en los años 1997-1998, cuando se adjudicaron los dos primeros canales locales privados de televisión, caso en el cual fue posible a los concesionarios de espacios locales superar la inhabilidad renunciando a las concesiones vigentes en caso de resultar adjudicatarios “pero como se ha dicho ello tuvo una vigencia limitada en el tiempo y hoy esas normas transitorias de hace doce (12) años no son aplicables a los procesos en curso”. A su juicio, el carácter transitorio de esta legislación quedó expuesto en la Sentencia C-200 de 1998 al declarar la exequibilidad condicionada del referido artículo.

En conclusión, dice, “las inhabilidades para participar en procesos licitatorios de adjudicación de canales de televisión se rigen hoy por la regulación vigente en la materia y, en consecuencia, el punto de las inhabilidades debe ser examinado en el momento en que el proceso se inicia y no cuando termina. La idea de que puede ser aplicado actualmente un régimen transitorio creado para las circunstancias especiales de 1997 es errada”.

En los otros escritos presentados por los canales privados se reiteran los mismos argumentos en relación con la aplicación del artículo 56 de la Ley 182 de 1995 y en punto a la necesidad de subasta consideran básicamente que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 es claro al señalar que la asignación del espacio electromagnético *debe* hacerse utilizando ese procedimiento de adjudicación. A su juicio, la Comisión Nacional de Televisión no puede tener en cuenta criterios de evaluación diferentes al precio, pues la ley ordena adjudicar por subasta.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a tratar los dos temas planteados de manera separada en el mismo orden en que han sido expuestos: (i) la posibilidad o no de que actuales concesionarios de canales locales o de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública participen en el proceso de selección y adjudicación de un tercer canal nacional de televisión abierta; y (ii) la necesidad o no de que la adjudicación del tercer canal nacional de televisión abierta sea hecha utilizando el mecanismo de subasta y, por ende, teniendo en cuenta como factor exclusivo de selección, el precio ofrecido al Estado por la concesión.

En la medida que la consulta se refiere únicamente a esos dos aspectos en particular, la Sala evitará abordar temas generales relacionados con la televisión, por una parte y, con la contratación pública por otra, salvo en lo que es necesario para absolver los interrogantes planteados por el Ministerio.

De otra parte, recuerda la Sala que la función consultiva no constituye un trámite controversial de tipo judicial; se encuentra establecida como un mecanismo constitucional dirigido a asegurar que la actuación de la Administración se aadecue al ordenamiento jurídico y al interés general por el que le corresponde velar en el ejercicio de sus funciones. La defensa del ordenamiento jurídico por esta vía se realiza a través de un órgano independiente y autónomo del poder judicial, que

actúa por tanto con independencia de criterios, dentro de una lógica de colaboración armónica de poderes (art.113 C.P).

No se trata entonces de dar la razón a una u otra posición en temas controvertibles, sino de rendir un concepto jurídico que sirva a la Administración en la búsqueda del cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado.

Conforme a lo anterior, los argumentos de los canales privados de televisión serán analizados porque así lo solicitó la entidad consultante -para que la Sala contara con todos los elementos de juicio necesarios para absolver la consulta formulada-, pero sin que ello implique que se reconozca su calidad de partes o intervenientes en la actuación, porque por la naturaleza de la función consultiva, tales calidades no existen.

I. SOBRE LA PARTICIPACION DE LOS ACTUALES CONCESSIONARIOS DE TELEVISION EN EL PROCESO DE SELECCION Y ADJUDICACION DE UN TERCER CANAL DE TELEVISION ABIERTA

1. El marco constitucional de la televisión: pluralismo informativo, competencia e igualdad de oportunidades en la explotación del espacio electromagnético.

Sin agotar todas las normas constitucionales que se relacionan con la televisión, la Sala se referirá específicamente a aquéllas que tienen un impacto directo en la presente consulta.

El punto de partida de este análisis se encuentra necesariamente en las declaraciones del artículo 1º de la Constitución sobre el carácter *democrático, participativo y pluralista* del Estado Colombiano y del artículo 2º ibídem respecto al deber del Estado de facilitar la participación de todos en la vida política, económica, administrativa y cultural de la Nación, con el fin de *promover y garantizar* los principios, derechos y deberes constitucionales.

Dichos artículos se relacionan directamente con el artículo 20 de la Constitución que garantiza la libertad de opinión, prensa e información, esto es, el derecho de toda persona a (i) expresar y difundir libremente su pensamiento; (ii) recibir información y a que ésta sea veraz e imparcial; y (iii) fundar medios masivos de comunicación.

La Constitución entiende que estos derechos y libertades son bienes irrenunciables en una sociedad democrática basada en el pluralismo, la participación, la opinión informada y el control que ejerce la sociedad sobre sus instituciones:

“A partir de los anteriores presupuestos, los procesos de comunicación que se surten a través de los medios masivos de comunicación, y especialmente de la televisión que es uno de los medios de comunicación de más amplia cobertura y gran nivel de penetración, al cual tiene acceso prácticamente la totalidad de la población de un país, cumplen un papel determinante, como lo

ha señalado esta Corporación, en la consolidación o debilitamiento de la democracia, pues ellos, cuyo principal objetivo es “persuadir o disuadir al receptor” a través de la información, contribuyen de manera decisiva a la conformación de la “opinión pública”, que es en últimas la que con sus decisiones legitima o no a los poderes constituidos.”³

Adicionalmente, la Constitución establece en el artículo 75 un régimen especial para la televisión, según el cual el espacio electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible “sujeto a la gestión y control del Estado”, lo que significa que los particulares no podrán apropiarse de él y que para su uso será necesario contar con un título habilitante por parte del Estado.

Es así que el mismo artículo defiere al legislador la fijación de las reglas para el uso y asignación del espacio electromagnético, las cuales deben regirse por un principio de “garantía de igualdad de oportunidades”, con lo que nuevamente se refuerza el carácter participativo del modelo constitucional y la búsqueda de una información plural no monopolizada.

El artículo 75 señala también, en conexión con lo anterior, que con el fin de garantizar el *pluralismo informativo y la competencia*, el Estado deberá intervenir, por mandato de la ley, para evitar prácticas monopolísticas en el uso del espacio electromagnético.

En ese sentido existe un énfasis constitucional muy claro en la competencia y la participación en la explotación del espacio electromagnético, en orden a remover las barreras de entrada de quienes pueden tener opiniones contrarias, diversas o minoritarias, a evitar la concentración de las fuentes de información y a prevenir el monopolio de los medios⁴. La Constitución prohíbe información plural y para ello busca que se abra, en el mayor grado posible, la participación en el uso del espacio electromagnético.

En este sentido, el artículo 75 se relaciona directamente con el artículo 333 de la Carta, que le ordena expresamente al Estado impedir, por mandato de la ley, las restricciones a la libertad económica y evitar y controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado. Todo lo cual se encuentra unido a la responsabilidad social de la empresa y de la propiedad.

Como se observa, la Constitución rechaza la concentración y el monopolio de los medios de comunicación y también las restricciones que sin ser estrictamente necesarias impidan el acceso de más participantes al uso del espacio electromagnético utilizado para la televisión. La participación de un mayor número de personas en la explotación del espacio electromagnético es entendida por la Constitución como presupuesto de pluralidad informativa y competencia y, por ende, como un bien público deseable y tutelable⁵.

³ Sentencia C-350 de 1997.

⁴ Sentencia T-391 de 2007.

⁵ "...La televisión, sobre 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 la televisión (Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes).

Para la Sala es importante tener en cuenta que la libertad de expresión y de fundar medios masivos de comunicación y por ende la expectativa legítima de acceder al uso del espacio electromagnético en condiciones de igualdad, así como el deber del Estado de garantizar competencia en ese sector, sobrepasan los simples intereses individuales de sus titulares, en tanto que su ejercicio tiene relación directa con el derecho de todas las personas a ser informadas y a serlo de manera veraz y de diferentes y variadas fuentes informativas⁶.

Por ello, desde el punto de vista del derecho de la sociedad a ser informada, adquiere especial importancia la faceta objetiva de la libre competencia⁷, es decir, “el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres”⁸. Y cobra relevancia entonces la función del legislador de configurar las condiciones que hagan posible esa competencia en la explotación del espacio electromagnético, no sólo como derecho individual, sino también y especialmente como derecho de toda la colectividad⁹. Al respecto se pronunció la Corte Constitucional al referirse a la asignación del espacio electromagnético en materia de telefonía celular:

“Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.”¹⁰

⁶ “Uno de esos objetivos es asegurar el *pluralismo informativo*, el cual 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, así como en la multiplicidad de puntos de vista en los contenidos de los medios de comunicación ya sea en términos políticos, étnicos, religiosos, culturales, etc. de modo que la inmensa variedad de realidades sociales encuentre su lugar y representación en los medios de comunicación.” (Sentencia C-654 de 2003) Y en otra sentencia: “Lo anterior para afirmar, que así como una comunicación libre es requisito esencial para la existencia de una sociedad libre, una comunicación abierta a todos, en igualdad de condiciones, es indispensable para la realización del Estado democrático.” (Sentencia C-350 de 1997)

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- 535 de 1997. La libre competencia presenta dos facetas: una subjetiva y otra objetiva. La subjetiva, se refiere al derecho individual de los participantes del mercado, que entraña tanto facultades como obligaciones; desde el punto de vista objetivo, se refiere a una regla de conducta que ordena la actividad de los actores económicos y que constituye a su vez un derecho de la colectividad a que no existan pactos colusorios, concentraciones o actos de cualquier orden que restrinjan esa competencia.

⁸ Sentencia C-321 de 2009.

⁹ La libre competencia económica es un derecho individual y también colectivo (artículo 88 de la Constitución), que tiene por objeto el logro de un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Es por ello que el ejercicio de tal derecho impone la actuación del Estado, quien no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades. (Consejo de Estado; sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2007, exp. 1995-11542-00 (11542).

¹⁰ Sentencia C-815 de 2001. Así, “entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley,

Por tanto, en la interpretación de la ley se habrá de tener en cuenta que la Constitución proscribe la concentración de los medios de comunicación y el monopolio en el uso del espacio electromagnético. Así: (i) será más concordante con la Constitución, aquélla hermenéutica que antes que obstruir o impedir las garantías de acceso, competencia y pluralismo en la explotación del espacio electromagnético, faciliten su concreción; y (ii) será igualmente más plausible constitucionalmente aquél entendimiento que permita la presencia de una mayor número de participantes en los procedimientos de adjudicación del espacio electromagnético, como expresión de competencia y acceso “en igualdad de oportunidades”, así como de los principios de transparencia y objetividad. Y definitivamente, (iii) no será admisible aquélla aplicación de la ley que facilite la concentración de los medios de comunicación o permita que éstos puedan llevar a cabo prácticas monopolísticas.

El énfasis democrático, participativo y pluralista de la Constitución en la explotación del espacio electromagnético deberá presidir entonces el recto y adecuado entendimiento de las normas legales que regulan esta materia. Es así que, como se verá en la segunda parte de esta consulta, el hecho de que el legislador exija licitación pública para la asignación del espacio electromagnético destinado al servicio de la televisión y permita el uso de mecanismos que permitan mejorar el precio en procesos de subasta o similares, parte del supuesto de una variedad de oferentes y, por ende, de la búsqueda de un mercado en condiciones de competencia y pluralismo.

Además de lo anterior, no puede pasarse por alto que para el logro de esos fines, los artículos 76 y 77 de la Constitución le otorgan autonomía, dentro del marco de la ley, al organismo estatal que tiene a su cargo la gestión, la política y la intervención del espacio electromagnético utilizado para la televisión. Se busca liberarlo de interferencias que afecten el cumplimiento de los cometidos constitucionales y legales que le han sido asignados:

“En consecuencia, la autonomía plasmada en los artículos 76 y 77 de la Constitución protegerá a la Comisión Nacional de Televisión contra injerencias indebidas de otras autoridades y de grupos sociales y económicos de presión, en los asuntos para los cuales la Constitución ha querido que actúe con plena independencia e imparcialidad (la dirección y ejecución de la política de televisión y la intervención del espectro electromagnético utilizado para estos fines) (...)”¹¹.

El ejercicio de sus funciones, ha dicho la Corte Constitucional, debe estar orientado por el interés general, que no es el del propio organismo rector ni el de uno o varios medios en particular¹², quienes sin perjuicio de la legítima defensa de sus intereses, están obligados, por la responsabilidad social que asumen (art.20 C.P) y el deber de no abusar de sus derechos (art.95-1), a respetar la autonomía de dicho organismo.

La Sala hace hincapié en que, como ha señalado la jurisprudencia, cuando se trata del contrato de concesión de espacios de televisión, el interés general se identifica con el que tiene el usuario del servicio público en su prestación eficiente (C.P. art. 365), “objetivo que la CNTV debe hacer prevalecer sobre los intereses

vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible”. (Sentencia C-535 de 1997)

¹¹ Sentencia C-532 de 2006.

¹² Sentencia C-200 de 1998.

particulares de los concesionarios y, también, sobre cualquier interés atribuible a la Comisión, que se aparte de lo previsto en el ordenamiento”¹³.

Precisamente, la designación de la televisión como “servicio público” hace necesario que se deba recordar también el contenido del artículo 365 Superior.

Los servicios públicos, dice la Constitución, son *inherentes a la finalidad del Estado*, lo que en materia de televisión es claramente entendible conforme a lo ya señalado, por el impacto que ella tiene en la formación de opinión, la educación, la cultura, la divulgación de información, etc.

El artículo 365 en cita permite que dichos servicios sean prestados por particulares, comunidades organizadas o por el propio Estado directa o indirectamente, lo que aparece desarrollado en el artículo 1º de la Ley 182 de 1995, que define la televisión como un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación podrá hacerse por éste o por los particulares y comunidades organizadas previa concesión estatal¹⁴.

La Constitución señala también que el régimen de los servicios públicos será el determinado en la ley¹⁵, lo que para el caso concreto determina que la solución dada al asunto deba sujetarse a lo que ella disponga y a los estrictos márgenes de apreciación que la misma le permita a la Administración, teniendo en cuenta el carácter restrictivo de las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.

Además, la Carta dispone que el Estado “mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios” y que tendrá el deber de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”, lo que se traduce en principios tales como *la universalidad, la continuidad y la eficiencia* en la prestación de los servicios públicos¹⁶. Al respecto ha señalado la jurisprudencia:¹⁷

“Como ya se anotó, la eficiencia, la continuidad y la universalidad de la cobertura de los servicios públicos son fines legítimos y, además, constitucionalmente importantes para el logro del bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y para la realización de los fines del Estado Social de Derecho. En efecto, tal como lo establece el artículo 365 Superior, el Estado debe asegurar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente en todo el territorio nacional.”

Esto último obligará a que en el caso concreto la Sala deba analizar hasta qué punto la renuncia a una concesión vigente de televisión, en caso de ser posible,

¹³ Ibídem.

¹⁴ ARTICULO 1o. NATURALEZA JURIDICA, TECNICA Y CULTURAL DE LA TELEVISION. La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política. Técnicamente, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea. Este servicio público está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales.

¹⁵ Concordante con el artículo 150, numeral 23, según el cual al Congreso le corresponde “expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos”:

¹⁶ Rivero Jean, Derecho Administrativo. Dalloz, París. 2006, traducción de la novena edición.

¹⁷ Sentencia C-741 de 2003.

puede afectar esos principios del servicio público, especialmente en cuanto a su continuidad y eficiencia.

Además, deberá tener en cuenta, conforme al artículo 366 de la Constitución que "[e]l bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado" y que, por tanto, la interpretación de las normas legales que originan la presente consulta no puede llevar tampoco a una solución contraria a esas finalidades.

Conforme a lo anterior, pasa la Sala a revisar el desarrollo legal que han tenido los anteriores mandatos constitucionales y, en especial, cómo se articulan las prohibiciones legales con el derecho de participación de los medios de comunicación en la adjudicación del espacio electromagnético utilizado para la televisión.

2. La estructura de la televisión antes de la Ley 182 de 1995

Antes de la expedición de la Ley 182 de 1995, el servicio de televisión estaba regulado en la Ley 14 de 1991¹⁸.

De acuerdo con dicha ley (art.1), la prestación del servicio público de televisión se encontraba a cargo del Estado a través de INRAVISION (nivel nacional) y de las organizaciones regionales de televisión (nivel regional), estas últimas organizadas como asociaciones de entidades públicas (art.22) encargadas de realizar programas de carácter preferentemente educativo, cultural y de promoción para el desarrollo integral de la comunidad (art.23).

La participación de los particulares se daba básicamente mediante la concesión de espacios de televisión en los canales nacionales de INRAVISION (art.9-e) o a través de contratos celebrados con los canales regionales para la "producción, coproducción o cesión de los derechos" de emisión de programas de televisión regionales (art.23-c).

En este esquema dual (concesionarios de espacios en lo nacional y contratistas en lo regional¹⁹), se establecieron las siguientes prohibiciones que son antecedentes de las que adelante se estudiarán con base en la Ley 182 de 1995 y demás normas posteriores:

a) El artículo 3º, al tratar los principios del servicio público de televisión²⁰ y en particular al referirse al principio de "libertad de expresión", señala en su tercer inciso²¹, que "se impedirá la concentración del poder informativo, así como las prácticas monopolistas que tiendan a eliminar la competencia y la igualdad de

¹⁸ "Por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial."

¹⁹ Los artículos 38 y siguientes regulaban el *contrato de concesión* de espacios por parte de INRAVISION. En los artículos 42 y siguientes se regulaban los contratos de *emisión, producción y coproducción de programas de televisión* por parte de las organizaciones regionales de televisión.

²⁰ **Artículo 3º.- Principios de la prestación del servicio.** Los fines del servicio se ejecutarán observando los principios de imparcialidad, libertad de expresión, preeminencia del interés público sobre el privado, pluralidad de la información y de la función social de los medios de comunicación

²¹ Este inciso 3º no fue derogado por la Ley 182 de 1995. En efecto, el artículo 64 de esta última señaló que del artículo 3º de la Ley 14 de 1991 sólo se derogaban los incisos 1, 2, 5 y 6.

oportunidades entre todas las empresas que prestan los servicios de comunicación social" y que, en consecuencia, (se transcribe textualmente):

- Ninguna persona natural o jurídica, ni los socios de éstas, que sean concesionarias de espacios de televisión de Inravisión, podrá contratar directamente o por interpuesta persona o en asociación de otra empresa con las organizaciones regionales de televisión.
- En la misma forma, un contratista en estas organizaciones no puede, directamente o por interpuesta persona, o en asociación con otra empresa, ser concesionario de espacios de televisión de Inravisión²².

Como se observa, estas dos prohibiciones operaban de manera *vertical* (de lo nacional a lo territorial y viceversa): ni los concesionarios de espacios de televisión en INRAVISION (nivel nacional) podían contratar con las organizaciones regionales de televisión, ni a los contratistas de éstos les estaba permitido ser concesionarios en el nivel nacional.

b.) En segundo lugar, el artículo 38 de la misma Ley²³, al referirse a la concesión de espacios de televisión por parte de Inravisión, establecía la siguiente prohibición, ésta ya de tipo horizontal, es decir, para "los concesionarios" de espacios de televisión:

"(...) Quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona (...)." ²⁴

Esta prohibición era concordante con el artículo 14-c de la misma Ley 14 de 1991, en el cual se señalaba que al adjudicar los contratos de concesión de espacios de televisión por franjas de audiencia y clasificación de la programación, el Consejo Nacional de Televisión debía hacerlo "de tal manera que quien sea concesionario de espacios en una cadena, no pueda serlo en la otra" (se subraya).

Como se observa, estas normas se orientaban a evitar la concentración y el monopolio en la televisión, prohibiendo expresamente tanto la simultaneidad de concesiones como de contratos de explotación del espacio electromagnético.

3. El cambio de modelo en la Ley 182 de 1995.

Con la Ley 182 de 1995²⁵ la estructura de la televisión sufre un cambio sustancial. Para entender ese cambio, interesa referirse en primer lugar a los criterios de

²² El artículo establecía una prohibición más en materia de televisión por suscripción siguiendo la misma finalidad de no concentración económica: "Los concesionarios del servicio de televisión por suscripción no podrán ser titulares o productores, directamente o por interpuesta personas o en asociación de otra empresa, de más de una concesión del servicio de televisión por suscripción".

²³ Este artículo fue derogado expresamente por la Ley 182 de 1995 (art.64).

²⁴ El artículo establecía también que las empresas concesionarias de espacios para la programación de noticieros no podrán serlo de espacios para otra clase de programas, excepto informativos y de opinión.

²⁵ "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

clasificación de la televisión, siendo relevantes en este caso dos de ellos en particular²⁶:

a. En función de los usuarios (art.20), la televisión es clasificada como *televisión abierta* (la que puede ser recibida por cualquier persona ubicada en el área de cobertura del canal) y televisión por *suscripción o cerrada* (la que sólo puede ser recibida por personas autorizadas para su recepción).

En el caso consultado, se trata de *televisión abierta*, es decir, destinada a ser recibida por todas las personas en general.

b. En función de su cobertura territorial, el artículo 22 dispone que la televisión se clasifica en 4 “niveles”:

- *Televisión Nacional*: que corresponde a los canales públicos de televisión operados por INRAVISION.
- *Televisión Zonal*: su operación correspondería a los particulares y para ese efecto el país se divide en zona norte, central y occidental. La Ley 182 de 1995 preveía ya la transitoriedad de estos canales al señalar que a partir del 1º de enero de 1998, podrían tener alcance nacional mediante encadenamiento o por extensión gradual de la cobertura, según reglamentación de la Comisión Nacional de Televisión. Lo que sucedería, como se verá, es que estos canales desaparecieron y en su lugar se abrió la posibilidad de que los particulares operaran directamente canales nacionales de señal abierta.
- *Televisión Regional*: reservada al Estado para ser operados por sociedades entre entidades públicas del orden territorial.
- *Televisión Local*: en este nivel pueden operar conjuntamente canales privados con ánimo de lucro y también comunidades organizadas, instituciones educativas y entidades sin ánimo de lucro

En este nuevo esquema, en el que aún no existían los canales nacionales de operación privada, los particulares tienen acceso a la prestación del servicio público de televisión por cuatro vías distintas: (i) como concesionarios de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública; (ii) como operadores de los canales zonales (art. 37-2); (iii) como contratistas de los canales regionales (operados por sociedades entre entidades públicas); y (iv) como operadores o concesionarios con ánimo de lucro de canales locales de televisión.

De esta forma, con la Ley 182 de 1995 se pasa a un sistema más amplio de participación privada en la prestación del servicio de televisión, que se profundizaría aún más con la Ley 335 de 1996, tal como pasa a revisarse.

reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones".

²⁶ La Ley también clasifica la televisión en función de la tecnología de la transmisión (radiodifundida, cableada y satelital) y de la orientación general de la programación (comercial o de interés público, social, educativo y cultural).

4. Las modificaciones de la Ley 335 de 1996: se crean los canales nacionales de operación privada.

Por medio de la Ley 335 de 1996 “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” (se subraya).

Habida cuenta, precisamente, de la creación de la “televisión privada”, se produce entonces un ajuste en la estructura de la televisión que había establecido la Ley 182 de 1995.

Así, el artículo 13 de la Ley 335 de 1996 modifica el artículo 56 de la Ley 182 de 1995 y en él se señala que a partir del 1º de enero de 1998, la televisión nacional será prestada por *canales nacionales de operación pública* (quienes hasta ese momento lo hacían de manera exclusiva) y, además, por “*los canales nacionales de operación privada*”, estos también, de carácter abierto, es decir, para ser recibidos por cualquier persona.

Concordante con lo anterior, el artículo 24 de la Ley 335 de 1996 modifica el artículo 22 de la Ley 182 de 1995, estableciendo la nueva clasificación de la televisión en razón de su cubrimiento territorial (se subraya):

a) Televisión nacional de operación pública. Se refiere a las señales de televisión operadas por Inravisión o el ente público pertinente, autorizadas para cubrir todo el territorio nacional.

b) Televisión nacional de operación privada. Es aquella autorizada como alternativa privada y abierta al público para cubrir de manera permanente las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo en todo el territorio nacional.

c) Televisión regional. Es el servicio de televisión que cubre un área geográfica determinada, formada por el territorio del Distrito Capital o inferior al territorio nacional sin ser local;

d) Televisión local. Es el servicio de televisión prestado en un área geográfica continua, siempre y cuando ésta no supere el ámbito del mismo Municipio o Distrito, área Metropolitana, o Asociación de Municipios.

e) Televisión comunitaria sin ánimo de lucro.”

Se eliminó entonces la llamada televisión “zonal” y a cambio se creó la “televisión nacional de operación privada”; en consonancia se dispuso que para efectos de la interpretación de la Ley 182 de 1995, “cuando quiera que se encuentre en su texto la expresión “Canal Zonal o Canales Zonales”, entiéndase que se trata de “Canales Nacionales de Operación Privada” y “cuando la ley se refiera a canales nacionales, deberá entenderse que se trata de los Canales Nacionales de Operación Pública, esto es, los que están constituidos por los concesionarios de espacios de televisión” (art.23 de la Ley 335 de 1996).

En esta nueva estructura, que es la vigente actualmente, la Sala observa, en lo que importa a esta consulta, que los particulares tienen la opción de participar como concesionarios del servicio de televisión de tres maneras principales:

- (i) como concesionarios de todo un canal de televisión abierta nacional de operación privada (que es la nueva opción que trae la Ley 335 de 1996);
- (ii) como concesionarios, solamente, de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública (que de acuerdo con el art.56 de la Ley 182 de 1995, modificado por la Ley 335 de 1996, tendrá como límite el 25% del total de horas dado en concesión en la respectiva cadena); y
- (iii) como concesionarios de *canales locales* de televisión privada²⁷

De esa forma, la Ley 335 de 1996 creó una posibilidad que antes no existía, en el sentido de permitir que los particulares, con las responsabilidades sociales que ello implica, operen directamente *canales nacionales de televisión abierta* y no solamente canales de cobertura local o espacios de televisión en canales públicos, los cuales evidentemente tienen un acceso de menor entidad al espacio electromagnético al constituir ámbitos de cobertura espacial y temporal mucho más restringidos.

Sobre ese cambio que produce la Ley 335 de 1996 señaló la Corte Constitucional:

“La Ley 335 de 1996 regula el cambio de un sistema estatal de televisión por otro mixto, y la manera en que se dará la transición entre ellos, pues ahora no sólo habrá más canales, sino que los particulares concurrirán a la prestación del servicio como concesionarios de espacios en los canales oficiales y, también, como operadores de canales privados de alcance nacional, regional y local. Además, el legislador introdujo, por medio de esta ley, una serie de innovaciones destinadas a democratizar la composición accionaria de las firmas concesionarias, e impulsar a las comunidades organizadas a concurrir a la prestación del servicio de televisión, por lo que se puede afirmar que el Congreso modificó sustancialmente las características de la actividad”²⁸.

Se trata por tanto de una perspectiva de acceso al espacio electromagnético más profunda y extensa que aquélla que existe cuando se operan canales locales o espacios de televisión, lo cual repercute directamente en las expectativas legítimas de los particulares de ejercer por ese medio más amplio sus derechos a informar y a fundar medios masivos de comunicación (arts. 20 y 75 C.P.).

En ese nuevo orden, el máximo alcanzable por un particular es la concesión de un canal nacional de operación privada, lo cual exigirá mayor capacidad económica, técnica, de inversión, logística y de experiencia respecto de la requerida para operar en los niveles inferiores de la televisión.

Ahora, es evidente que en ese ámbito de cobertura nacional las dimensiones del objeto contractual y de las inversiones requeridas²⁹ reducen sustancialmente el número de personas calificadas con posibilidades reales de participar en su adjudicación (según la consulta sólo se habrían inscrito tres interesados) y como es usual en las concesiones de grandes proyectos, es probable que para licitar se requiera la unión de esfuerzos de varias empresas pequeñas o con fortalezas distintas a fin de poder cumplir los requisitos que exige la ley.

²⁷ Los canales regionales se mantienen reservados para el Estado a través de sociedades de entidades públicas (art.37 Ley 182 de 1995 que no sufrió modificación con la Ley 335 de 1996).

²⁸ Sentencia C-200 de 1998.

²⁹ Según el proyecto de pliego de condiciones la oferta mínima debe ser de 69.276 millones de pesos (69.276.000.000).

Pasa entonces la Sala a verificar cuáles son las prohibiciones vigentes en materia de concesiones de televisión y si las mismas reflejan la voluntad del legislador de que los canales locales o los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes participen en la asignación de los canales nacionales de operación privada, que como se dijo, serían el máximo nivel de cobertura al que podrían aspirar

5. Las prohibiciones y limitaciones de la Ley 182 de 1995 y de la Ley 335 de 1996 en relación con los concesionarios de televisión.

En la Ley 182 de 1995³⁰, modificada por la Ley 335 de 1996, se encuentran varias prohibiciones a partir de las cuales se eleva la presente consulta.

5.1 En primer lugar, **el artículo 22 de la Ley 182 de 1995**, modificado por el artículo 24 de la Ley 335 de 1996, que se refiere a la clasificación de la televisión en función de su nivel de cubrimiento, contiene en su tercer parágrafo 2 prohibiciones dirigidas directamente a los canales locales:

“ARTICULO 24. El artículo 22 de la Ley 182 de 1995 quedará así:
Clasificación del servicio en función de su nivel de cubrimiento. La Comisión Nacional de Televisión definirá, y clasificará el servicio así (...)

PARAGRAFO 3o. *Ninguna persona podrá por sí o por interpuesta persona, participar en la composición accionaria en más de una estación privada de televisión local, sin perjuicio de las demás limitaciones establecidas en la Ley 182 de 1995 en la presente ley³¹.*

Quien participe en el capital de una estación local privada de televisión, no podrá participar en la prestación del servicio de televisión de los canales de operación pública o privada.

La primera prohibición de este parágrafo carecería de relevancia directa en el asunto planteado por no corresponder a ninguna de las hipótesis de la consulta; la segunda prohibición por el contrario es relevante en el sentido de no se podrá tener simultáneamente *participación* en el capital social de una estación local privada de televisión y participar en la prestación del servicio de televisión de los canales nacionales de operación pública o privada.

5.2 En segundo lugar, **el artículo 37** (“régimen de prestación”), al regular los niveles de prestación del servicio (nacional, zonal, regional, local), incluye dos prohibiciones adicionales:

³⁰ Además de las prohibiciones que se citan, en el texto original de la Ley 182 de 1995, el artículo 39 establecía también “la prohibición de ser concesionario en más de una zona”; no obstante este artículo fue derogado expresamente por la Ley 335 de 1996 (art.38), como consecuencia de la desaparición de los canales zonales. Adicionalmente, el artículo 40 “vigencia de otras restricciones”, establecía la prohibición de los concesionarios de espacios de televisión de ser contratistas de los canales regionales (y viceversa) y de ser concesionario en más de una cadena o canal de televisión, tal como ya venía desde la Ley 14 de 1991. Sin embargo este artículo también fue derogado expresamente por el artículo 38 de la Ley 335 de 1996, en la cual, como pasa a verse, se incluyeron otras restricciones que remplazaron las que resultaron derogadas.

³¹ El aparte subrayado es reiterativo; en todo caso corresponde a la versión de la Ley, publicada en el Diario Oficial 42.946 del 24 de diciembre de 1996, p.40.

- “PARAGRAFO 2º— Ningún concesionario de Intravisión, ni ningún operador de televisión zonal, podrán ser operadores de televisión local”.
- “PARAGRAFO 4º— Ningún concesionario del servicio de televisión local podrá ser titular de más de una concesión en dicho nivel”.

Respecto de la primera de las prohibiciones, recuérdese que de conformidad con el artículo 23 de la Ley 335 de 1996, cuando se habla de *operadores zonales* deberá entenderse canales nacionales de operación privada. En consecuencia, conforme a esa restricción se tiene que *los operadores de canales nacionales de operación privada* no podrán serlo también de televisión local.

Ahora, de estas dos prohibiciones, sólo la primera es relevante para el caso consultado en cuanto se refiere a la imposibilidad de ser simultáneamente concesionario de canales nacionales y locales (parágrafo segundo), lo que viene a complementar la segunda limitación del parágrafo 3º del artículo 22 antes citado, que impide participar en el capital social de una estación local privada de televisión y participar en la prestación del servicio de televisión de los canales nacionales de operación pública o privada.

Por su parte, la prohibición del parágrafo 4º de este artículo 37 no tiene relevancia directa para el asunto que se revisa, dado que en la hipótesis consultada no se presentaría concurrencia de concesiones *en el nivel local*.

5.3 En tercer lugar, el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, por el cual se modifica el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, trae al menos 5 prohibiciones que son las que preocupan al Ministerio Público y a los actuales canales nacionales de operación privada (se subrayan y numeran para facilitar su posterior examen):

“ARTICULO 13. El artículo 56 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

A partir del 1º de enero de 1998, el servicio de televisión será prestado a nivel nacional por los canales nacionales de operación pública y por los canales nacionales de operación privada.

Los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán ser Sociedades Anónimas con un mínimo de trescientos (300) accionistas. Dichas Sociedades deberán inscribir sus acciones en las Bolsas de Valores.

(1) Quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, no podrá ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.

(2) En aras de la democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y sin perjuicio de los contratos de concesión de espacios de televisión vigentes, ningún concesionario en los Canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de éstos en los términos del artículo 52 de la Ley 182 de 1995, podrá ser Concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular.

(3) De igual forma nadie podrá resultar adjudicatario de más de una concesión dentro del nivel territorial que le ha sido asignado.

(4) Quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.

(5) No se podrá otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del veinticinco por ciento (25%) ni menos del siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena. “

En su orden, se observa lo siguiente respecto de las 5 prohibiciones subrayadas³²:

- En la primera se hace incompatible la condición de socio en un Canal Nacional de operación privada con las de (i) concesionario en los Canales Nacionales de operación pública; (ii) operador contratista de los Canales Regionales; (iii) operador o contratista de estaciones locales de televisión. Como se observa esta prohibición recae en los “socios” de los canales nacionales de operación privada y cubre todos los niveles de la televisión.

- En la segunda, se contrapone la condición de concesionario en los Canales nacionales de operación privada y de beneficiario real de la inversión³³ con las de: (i) concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular y (ii) participante directo o como beneficiario real de la inversión en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular. En el inciso anterior la restricción recaía sobre los socios y en este caso sobre el concesionario y cualquier beneficiario real de la inversión³⁴, lo que amplía el ámbito de cobertura de la prohibición.

- En la tercera restricción, única en que se utiliza la palabra “adjudicatario”, se prohíbe que alguien pueda llegar a serlo dos veces dentro del nivel territorial que le ha sido asignado.

Como a partir de la Ley 335 de 1996, los “niveles territoriales” de televisión son el nacional (de operación pública y privada), el regional, el local y el comunitario, esta prohibición de *tipo horizontal* impide entonces que una persona pueda ser al

³² Primer inciso del artículo en concordancia con el encabezado de la Ley 335 de 1996 (por la cual se crea la televisión privada) y con el artículo 24 de la misma que clasifica la televisión nacional como de operación pública y de operación privada.

³³ El artículo 52 de la Ley 182 de 1995 establece quiénes se entienden beneficiarios reales de la inversión para estos efectos.

³⁴ Ley 182 de 1995. **“ARTICULO 52. Beneficiario real de la inversión.** Las normas previstas en esta Ley para evitar las prácticas monopolísticas, se aplican a las personas naturales o jurídicas que sean operadoras o concesionarias del servicio de televisión o concesionarias de espacios de televisión; a sus socios, miembros o accionistas; o en general, a las personas que participen en el capital del operador o concesionario; o a los beneficiarios reales de la inversión en éstos.

Para efectos de la presente Ley, se considera beneficiario real de la inversión cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por virtud de contrato, convenio o de cualquier otra manera, tenga respecto de una acción de una sociedad, o pueda llegar a tener, por ser propietarios de bonos obligatoriamente convertibles en acciones, capacidad decisoria; esto es, facultad o poder de votar en la elección de directivas o representantes o de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar o ordenar la enajenación o gravamen de la acción (...)

mismo tiempo “adjudicatario” de dos concesiones nacionales o regionales o locales o comunitarias, respectivamente.

Considera la Sala que si bien quien opera un canal nacional tiene cobertura en todo el territorio nacional, ello no implica, en el contexto de la Ley 182 de 1995, que sea “un operador local” o “regional” o “de espacios de televisión”, en tanto niveles diferentes de prestación del servicio; por tanto, no podría interpretarse que esta tercera prohibición es integral y engloba o reemplaza las previstas en los dos numerales anteriores, en concreto en relación con la imposibilidad de operar en *niveles territoriales* distintos de la televisión.

Esta prohibición de que nadie puede “resultar” adjudicatario de más de una concesión “dentro del *nivel territorial* que le ha sido asignado”, hace alusión más bien a los eventos en que en una misma licitación se ofrecen en concesión varios canales del mismo nivel territorial (por ejemplo canales locales para varios municipios), caso en el cual, si bien sería posible que un mismo interesado presente propuestas para varios de ellos, lo cierto es que sólo podrá “resultar adjudicatario” en un solo lugar, en cuanto se prohíbe expresamente que tenga más de una concesión *en el nivel territorial que le haya sido asignado*. Por lo mismo, por ejemplo, si se licitan dos canales nacionales de operación privada, la adjudicación de ambos no podría recaer en la misma persona, hipótesis que no cobijan los incisos anteriores del artículo.

Por tanto, esta tercera restricción cubre un ámbito distinto de aquél al que se refieren las dos prohibiciones anteriores, siendo su finalidad la de evitar que la simultaneidad de concesiones tampoco se dé *en el mismo nivel territorial*.

No sería entonces el caso objeto de consulta, en la medida que, como se ha visto, el problema se encuentra en saber si quien es concesionario del canal local o de espacios de televisión puede serlo en un “nivel territorial diferente”.

- En el cuarto caso, se contrapone la calidad de concesionario de espacio de televisión en una cadena, con la de concesionario de espacios en otra cadena. Se refiere a concesionarios de espacios de televisión en los canales públicos, pues en los canales privados nacionales no existe esa figura de “concesionarios de espacios”. Se trata así de la misma regla contenida en la Ley 14 de 1991 sobre imposibilidad de recibir concesiones en dos cadenas de televisión distintas. Como se observa, tampoco sería el objeto del caso consultado

- En quinto y último lugar se establecen los límites máximos y mínimos de horas que pueden ser adjudicados a los concesionarios de espacios de televisión, lo cual se refiere también a una hipótesis distinta a la consultada.

Así entonces, habida cuenta que se trata de determinar si los actuales concesionarios de espacios de televisión o de canales locales pueden participar en el proceso de adjudicación de un canal nacional de operación privada, la Sala encuentra que de estas 5 restricciones sólo la primera y la segunda son relevantes en cuanto prohíben a *los concesionarios de los canales nacionales de televisión privada, a sus socios y a los beneficiarios reales de esas inversiones* ser concesionarios de espacios de televisión en los canales públicos (primera hipótesis planteada en la consulta) y operar o ser concesionario de canales locales (segunda hipótesis).

Estas dos prohibiciones que constituyen el núcleo central de la consulta, se complementan así con las restricciones ya vistas del artículo 22 (parágrafo 3º

segunda parte) respecto a que no se podrá tener simultáneamente *participación* en el capital social de una estación local privada de televisión y participar en la prestación del servicio de televisión de los canales nacionales de operación pública o privada; y 37 (parágrafo 2º), en lo atinente a que los operadores de canales nacionales de operación privada no podrán serlo también de televisión local.

6. El análisis de las prohibiciones relevantes para el caso consultado

Con el fin de dar mayor claridad se transcriben nuevamente las 4 prohibiciones que según el análisis realizado anteriormente podrían aplicar en este caso:

a) Del artículo 22 de la Ley 182 de 1995:

Parágrafo 3º. (...) Quien participe en el capital de una estación local privada de televisión, no podrá participar en la prestación del servicio de televisión de los canales de operación pública o privada.

b) Del artículo 37 ibídem:

- “PARAGRAFO 2º— Ningún concesionario de Inravisión, ni ningún operador de televisión zonal [léase operador de canal nacional privado], podrán ser operadores de televisión local”. (Corchete fuera de texto)

c) Del artículo 56 ibídem, modificado por la Ley 335 de 1996:

(1) Quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, no podrá ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.

(2) En aras de la democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y sin perjuicio de los contratos de concesión de espacios de televisión vigentes, ningún concesionario en los Canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de éstos en los términos del artículo 52 de la Ley 182 de 1995, podrá ser Concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular.

Lo primero que observa la Sala es que la ley fue especialmente cuidadosa en la descripción de las personas sujetas a la prohibición, incluso a riesgo de ser reiterativa: se refiere en los artículos 22, 37 y 56 a *concesionario, titular, socio, contratista, beneficiario real y operador* y salvo en el caso de concurrencia de concesiones en el mismo nivel territorial (inaplicable como acaba de explicarse al caso analizado) no utiliza la expresión “adjudicatario” ni tampoco la de *participante, licitante o proponente* que son las condiciones que usualmente se adquieren cuando se participa en un proceso de contratación.

Así, en el caso de las normas citadas, la oposición surge entre las calidades de socio o partícipe de una concesión y *concesionario* (art.22); entre operador de televisión zonal (o sea de canal nacional privado) y *operador de televisión local* (art.37); y entre concesionarios de los canales nacionales de televisión privada,

sus socios y los beneficiarios reales de esas inversiones, por una parte, y *concesionarios de espacios de televisión en los canales públicos y operador o concesionario de canales locales*, por otra (Art.56 incisos 3 y 4).

Se trata, como se observa, de estados o condiciones definitivos en los que se ostentan ya unas calidades que suponen la explotación del espacio electromagnético (socio, operador, contratista, concesionario, prestador)³⁵, las cuales por tanto, en caso de concurrir, estarían prohibidas al conllevar concentración de los medios televisivos y restricciones a la pluralidad y competencia.

Ahora, como estas prohibiciones no permiten tener simultáneamente la calidad de “concesionario” de un canal nacional y de uno local o de un espacio de televisión, que es el objeto de la consulta, cabe preguntarse entonces qué se entiende por ello, es decir, cuál es la calidad que no se puede ostentar de manera concurrente.

En Sentencia C-350 de 1997, la Corte Constitucional al referirse a la concesión del servicio público de televisión se aproximó a esta figura de la siguiente manera:

- Sobre la forma en que se otorga la concesión de servicios públicos de televisión, la Corte indicó que se hace “mediante contrato”, previo un proceso de selección que en el caso de la televisión es por licitación pública.
- Sobre los sujetos que intervienen en la concesión, señaló la Corte que: “En cuanto a los sujetos que intervienen en la concesión de servicios públicos, se tiene que ellos son: **el concedente**, que es quien otorga la concesión, que siempre habrá de ser una persona pública; **el concesionario, que es a quien se le otorga la concesión** que puede ser una persona privada, pública, natural o jurídica; y **los usuarios** en cuyo beneficio se otorga la concesión.” (negrilla original, subraya fuera de texto)
- Sobre las relaciones que surgen del contrato de concesión dijo la Corporación:

“En cuanto a las relaciones jurídicas que surgen de un contrato de concesión de servicio público, se tiene, en primer lugar las que se establecen entre el concesionario y el concedente, a quienes una vez celebrado el contrato, que es un contrato con el Estado, los une un vínculo contractual, por lo que los conflictos que eventualmente surjan deberán resolverse en la jurisdicción contencioso administrativa; en segundo lugar se encuentran las relaciones que se establecen entre el concesionario y el usuario, su regulación depende de si se trata de un servicio público de uso obligatorio o facultativo, si es obligatorio la relación será reglamentaria, si es facultativo en principio la relación será contractual; en tercer lugar están las relaciones que se establecen entre el concesionario y el personal que colabora en la prestación del servicio, las cuales se regulan por el derecho privado, correspondiéndole a la justicia ordinaria dirimir los conflictos que de ellas surjan.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, al referirse a los tipos de concesiones señala que en la concesión de servicio público “se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público” (se subraya)³⁶. En otra oportunidad, apoyándose en

³⁵ Solamente, cuando consagra la imposibilidad de tener dos concesiones *del mismo nivel territorial* (que no es el caso analizado) el legislador utiliza la expresión “adjudicatario”, que claramente obedece a una calidad transitoria dentro de un proceso de contratación (Art.56. inciso 5º:

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2007, M.P. Ramiro Saavedra.

Vedel³⁷, señaló que la concesión es un procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal³⁸.

De lo anterior se deduce que la calidad de “concesionario” -igual se diría del operador, prestador, contratista o titular, que son las expresiones utilizadas en la ley- sólo es predictable de quien ha suscrito el contrato de concesión, pues es en virtud de éste que surgen sus relaciones con el Estado concedente y con los usuarios del servicio³⁹. Antes de ello, es claro que el simple participante de un proceso contractual y aún el adjudicatario no tienen ninguna de tales calidades, pues todavía no tienen a su cargo la prestación, titularidad, operación o concesión del respectivo servicio.

En el caso del licitante, apenas tiene una expectativa de ser contratista del Estado, la cual está sujeta a todo el proceso de comparación, evaluación y ponderación de ofertas propio de las licitaciones públicas; respecto del “adjudicatario”, esa expectativa si bien logra cierto estado de concreción, sólo adquiere relevancia en el ámbito de los usuarios y de las relaciones concedente-concesionario, con la firma del respectivo contrato, antes de lo cual no puede afirmarse que el licitante ganador tenga la calidad de “concesionario” del Estado.

Así, en tanto que la licitación es el procedimiento de formación del contrato que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público que se persiguen con la contratación estatal⁴⁰, es claro que en esa etapa previa aún no surgen las calidades a que aluden las normas transcritas de las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996.

Por tanto, un repaso literal de las referidas prohibiciones llevaría a concluir en un primer momento, que los concesionarios de canales locales y de espacios de televisión no estarían impedidos para participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal, en tanto que la norma no lo prohíbe expresamente.

Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que si bien en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones no cabe la analogía y se impone una interpretación restrictiva⁴¹, ello no impide la interpretación de las normas que las consagran desde un punto de vista finalista o teleológico, en orden a que queden cobijadas “aquellas situaciones que están insitas en el supuesto lógico de la norma”⁴².

³⁷ Derecho administrativo. . Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1980.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de 1998.

³⁹ La Real Academia de la Lengua define el término “concesionario” como un adjetivo: “Dicho de una persona o de una entidad a la que se hace o transfiere una concesión”.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de abril de 2002, M.P. Alier Hernández Enriquez.

⁴¹ “(...) es decir, que tienen una tipicidad legal rígida, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva, excluyen la analogía *legis* o *iuris*, excepto en lo favorable, y como quiera que limitan la libertad de las personas, se encuentran definidas en el tiempo, excepto aquellas constitucionales (vgr. 179 No.1; 197 y 267 C.P.”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Igualmente Corte Constitucional, Sentencia C-903 de 2008: “También, ha señalado esta corporación que, por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por ende, con exclusión de un criterio extensivo.”

⁴² Sección Tercera, M.P.- Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 11 de septiembre de 2003.

De acuerdo con lo anterior, la Sala debe revisar si la posible restricción a los actuales concesionarios de espacios de televisión y de canales locales vendría de las normas citadas a partir de los fines que ellas persiguen. Surgen en ese sentido varios interrogantes que es necesario despejar: si se prohíbe ser concesionario simultáneo de dos concesiones, ¿no se prohíbe necesariamente optar por una segunda concesión cuando ya se es titular de una primera? pues ¿qué finalidad tendría permitir la participación en el proceso contractual de una persona que en caso de ser favorecida no puede suscribir el nuevo contrato de concesión al ser titular de otro igual?. Por tanto, ¿al permitir la participación de esa persona que no puede tener concesiones simultáneas, no se desconocerían los principios de eficiencia y economía de la función administrativa y de la contratación estatal?

Para el Ministerio consultante, el problema tendría una solución, que es la que ha venido aplicando la Comisión Nacional de Televisión desde tiempo atrás. Dado que la Ley 335 de 1996 al mismo tiempo que prohibió la compatibilidad de concesiones (art.13) también previó la posibilidad de que los concesionarios renuncien a sus concesiones (art. 17), el adjudicatario del tercer canal de televisión privada, en caso de ser titular de una concesión local o de espacios de televisión, deberá renunciar a tales concesiones antes de firmar el nuevo contrato. De esa manera no habrá nunca simultaneidad de concesiones, ni concentración de los medios de comunicación, ni monopolio del espacio electromagnético, que es lo que prohíbe la ley.

Sobre ese aspecto, la Sala observa que en el proyecto de pliego de condiciones se prevé la obligatoriedad de esa renuncia y el deber de quien la presenta de estar a paz y salvo en el cumplimiento de las obligaciones económicas derivadas del contrato desistido (numeral 5.6). Además, en el Anexo 2 -Carta de Presentación de la Propuesta- el interesado debe obligarse de manera “clara, específica e inequívoca” a renunciar a las concesiones que tenga vigentes en caso de ser adjudicatario, todo lo cual estaría respaldado por la póliza de seriedad de la oferta en caso de que el adjudicatario decidiera no celebrar el contrato.

Para la Procuraduría General de la Nación, la preocupación principal estaría en la participación de *los canales locales*, no así de *los concesionarios de espacios de televisión*, en la medida que el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 no previó para aquéllos primeros la posibilidad de renuncia a sus concesiones, por lo que no tendría sentido permitir su participación en el proceso de adjudicación del tercer canal.

Por su parte, el apoderado de los actuales canales nacionales privados de televisión, señala en su intervención que el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 tuvo una vigencia temporal y estaba previsto únicamente para la transición que debía darse en el año 1998 cuando los primeros dos canales nacionales de operación privada. Por tanto no lo considera aplicable en el caso de adjudicación del tercer canal. Indica además que en la Sentencia C-200 de 1998, quedó clara esa transitoriedad del artículo 17.

Además considera que el artículo 56 de la Ley 182 de 1995 consagra una causal de “inhabilidad” para contratar, que por tanto cobija el proceso de selección del concesionario del tercer canal de televisión.

Para resolver este problema la Sala revisará dos aspectos: (i) la finalidad de las prohibiciones y (ii) la vigencia del artículo 17 de la Ley 335 de 1996, su alcance y la posibilidad de que los actuales concesionarios de canales locales y de espacios renuncien a sus contratos.

7. La finalidad de las prohibiciones.

Analizados en su conjunto, la Sala encuentra que los artículos arriba transcritos parten de una *regla común* aplicable a todos ellos, que facilita resolver los posibles inconvenientes derivados de su falta de claridad: el legislador busca que ninguna persona directa o indirectamente (beneficiarios reales de la inversión) tenga más de una concesión de televisión; ni en el mismo nivel territorial ni en diferentes niveles; ni como concesionario, operador, contratista, prestador o bajo cualquier otra denominación que signifique simultaneidad en la explotación del espacio electromagnético destinado a la televisión. Por tanto, opera tanto vertical como horizontalmente.

La finalidad de esta regla, es clara. Se deriva directamente, entre otros, de los artículos 1º, (democracia participativa y pluralista) 2º (derecho de participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación), 20 (derecho a informar y fundar medios masivos de comunicación) 75 (acceso al espacio electromagnético en condiciones de igualdad) y 334 de la Constitución (deber de evitar el abuso de posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia): el Estado debe garantizar pluralismo informativo y acceso al espacio electromagnético al mayor número de personas posibles en igualdad de condiciones; y debe, especialmente, evitar la concentración de los medios de comunicación y las prácticas monopolísticas en la televisión⁴³.

En la medida que se impide que una misma persona sea titular de varias concesiones de televisión, se garantizan mayores oportunidades de pluralismo informativo, se evita la concentración de los medios y se profundiza la competencia.

Es claro que en materia de televisión, no todos los interesados podrán tener acceso al espacio electromagnético por la naturaleza limitada de este bien⁴⁴; pero el Estado tiene el deber de asegurar que el mayor número de personas posibles participen de él en condiciones de igualdad y hagan efectivo su derecho fundamental a informar y fundar medios masivos de comunicación⁴⁵.

Para ello, el legislador ha previsto entonces, como se observa de las prohibiciones transcritas, que la obtención de una concesión, en cualquier nivel de la televisión, impida detentar simultáneamente otro título de explotación igual o equivalente.

⁴³ “El acceso a la operación o explotación del servicio público de televisión se encuentra restringido en relación a los derechos de libertad económica y libre iniciativa, en orden a evitar la concentración o conformación de monopolios, es decir, debe regir la apertura libre de la competencia.” (Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 5 de mayo de 1998, M.P. Juan de Dios Montes).

⁴⁴ Sentencias C-350 de 1997 y 200 de 1998.

⁴⁵ “...le corresponde al Estado compatibilizar y articular los objetivos que tienden a promover el bienestar general y a realizar los principios de igualdad de oportunidades, democratización de la propiedad y solidaridad, con aspectos tales como libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa, también consagrados y protegidos en la Constitución, los cuales no admiten exclusión por el hecho de que su titular adquiera, legítimamente, la calidad de concesionario que lo habilite para prestar un servicio público, siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio, las cuales están expresamente prohibidas en el artículo 75 de la C.P., en relación con el uso del espectro electromagnético; evitar el monopolio y la concentración de la propiedad es tarea del Estado y especialmente del legislador, el cual deberá, a través de la ley, diseñar e implementar los mecanismos necesarios para el efecto.” (Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 1996)

No es aleatorio que el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, forme parte del Título IV de la ley, denominado “Del Régimen para evitar prácticas monopolísticas”, en el cual se ubican otras disposiciones relacionadas con ese mismo objeto, tales como la determinación de los beneficiarios reales de las inversiones (art.52), las facultades sancionatorias en materia de competencia (art.53), la invalidez de negociaciones de acciones sin autorización del Estado (art.54), etc.

En la exposición de motivos de la Ponencia para segundo debate del respectivo proyecto de ley, se señaló:

“Para evitar la concentración en los canales nacionales de televisión, regionales y locales, “quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, no podrá ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador de estaciones locales de televisión.

Ordena la Ley que proponemos que quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.

Los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, de los canales regionales u operadores de los canales locales no podrán ser socios de un canal nacional de operación privada.

Ningún accionista o titular de derechos podrá ser adjudicatario de más de una concesión dentro del mismo nivel territorial.

Con medidas como éstas, contenidas en el artículo 13 del proyecto de ley, se pretende evitar la concentración y el monopolio de los medios televisivos en unas pocas personas. Creemos que el proyecto regula este importante punto de una forma muy acertada”⁴⁶ (se subraya).

Puede verse entonces que la Ley 182 de 1995 sigue la misma línea de la Ley 14 de 1991 (art.3) respecto al deber del Estado de impedir “la concentración del poder informativo, así como las prácticas monopolistas que tendieran a eliminar la competencia y la igualdad de oportunidades entre todas las empresas que prestan los servicios de comunicación social”.

Lo anterior, como se ha mencionado, tiene hondas raíces en la concepción democrática de la Carta, que desde diversos ámbitos busca asegurar que la información no sea un bien apropiable por los particulares y por los grupos económicos más fuertes, sino que responda a principios participativos que permitan hacer efectivo el derecho de todas las personas a informarse y a tener una opinión fundada a partir de la diversidad y el pluralismo. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

“Esa singular y significativa influencia del servicio público de la televisión en la sociedad contemporánea, en la cual el desarrollo integral del individuo y su fortalecimiento como ser autónomo e independiente dependen, en gran medida, de la capacidad que tenga éste como receptor y emisor de información, además del manifiesto interés de esa misma sociedad, en el sentido de que el manejo del medio masivo de comunicación más importante

⁴⁶ Gaceta del Congreso 573 de 1996.

de nuestra era, en nuestro país se sustrajera del dominio de los más fuertes grupos políticos y económicos, y en cambio se diseñaran e implementaran mecanismos que permitieran la democratización del mismo, hacen que los sistemas y mecanismos que defina el legislador para el acceso de los particulares al uso del espectro electromagnético con el objeto de fundar medios masivos de comunicación, sean definitivos para la realización efectiva de varios de los principios y derechos fundamentales que consagra el ordenamiento superior.⁴⁷

Luego es claro que un concesionario de un canal local no podrá serlo simultáneamente de uno nacional y viceversa, ni que un concesionario de espacios de televisión podrá serlo a su vez de cualquiera de dichos canales. La coexistencia o simultaneidad de concesiones no es permitida en la ley, pues ésta entiende que por esa vía se acapara el uso del espacio electromagnético, se producen fenómenos de concentración de la información y se pone en riesgo el pluralismo informativo y la participación, que son fundamentos de una sociedad democrática. La Sala concluye entonces que sobre esa regla de interdicción de acumulación de concesiones, no puede existir ninguna duda interpretativa.

Por tanto, para determinar si quien tiene una concesión de un canal local o de un espacio de televisión puede participar en la adjudicación de un canal nacional de operación privada, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si participar en ese proceso de adjudicación por quien ya tiene una concesión de menor nivel se hace sin una intención seria de contratar (porque no se podría suscribir el contrato de concesión) o conlleva la intención de lograr una simultaneidad de concesiones prohibida por la ley o es un medio para lograrla, la respuesta será, necesariamente, que tal participación no es permitida, en la medida que sería claramente contraria a la ley, a su finalidad y a los principios de eficacia y eficiencia administrativa. En cualquiera de esos supuestos, permitir la participación de dichas personas a pesar de que la ley no lo prohíba literalmente, sería una forma de violentar los fines de la ley y de la Constitución misma.

Si por el contrario, tal participación en el proceso contractual no conlleva ni se dirige a la obtención de la doble condición de concesionario, en cuanto sea posible terminar de mutuo acuerdo o renunciar válidamente a la primera concesión antes de recibir la segunda, la respuesta podría tener un sentido contrario en la medida que con ello no se desconocerían ni las prohibiciones en sí mismas consideradas ni su finalidad; ello porque, al liberarse la frecuencia local o los espacios de televisión como requisito para suscribir el contrato de concesión del canal nacional, no habría ningún fenómeno de concentración informativa o de acaparamiento del espacio electromagnético.

Para responder ese interrogante se pasa a revisar entonces cómo se encuentra regulada la renuncia de los concesionarios a sus contratos vigentes.

7. La vigencia del artículo 17 de la Ley 335 de 1996. Ampliación de su cobertura con la Ley 680 de 2001.

El artículo 17 de la Ley 335 de 1996 establece lo siguiente⁴⁸:

⁴⁷ Sentencia C-350 de 1997.

⁴⁸ Este artículo es nuevo y no modifica ninguno de la Ley 182 de 1995.

ARTICULO 17. Con el objeto de establecer la real y efectiva igualdad de condiciones para los concesionarios y los operadores del servicio público de televisión en los distintos niveles de cubrimiento territorial, en cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y en el acceso al espectro electromagnético, la Comisión Nacional de Televisión abrirá licitación pública para la adjudicación de los espacios de televisión pública, seis (6) meses antes de sus respectivos vencimientos.

Los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes, tendrán la facultad de renunciar a la concesión que les ha sido otorgada y proceder a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por éste concepto. Los espacios respectivos serán adjudicados mediante licitación pública que abrirá la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los tres (3) meses siguientes a dichas renuncias, si se dieren.

PARAGRAFO. La Comisión Nacional de Televisión deberá determinar las condiciones, requisitos, mecanismos y procedimientos que deberán cumplir los aspirantes a ser concesionarios de los espacios de televisión de que trata el presente artículo teniendo en cuenta para ello criterios que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de televisión y que eviten las prácticas monopolísticas, así como el aprovechamiento indebido de posiciones dominantes en el mercado.

PARAGRAFO TRANSITORIO. La Comisión Nacional de Televisión expedirá el régimen de transición según el cual los actuales concesionarios de televisión deberán renunciar a sus espacios en caso de que alguno de ellos resulte adjudicatario de un canal nacional de operación privada, o de una estación local de televisión con el objeto de evitar que pueda operar simultáneamente dos concesiones. (subraya y negrilla fuera de texto)

La Sala observa que esta norma contiene 2 tipos de renuncia:

- (i) una facultativa y general (segundo inciso), que en principio no tiene mayores restricciones, pero que como se verá enseguida, supone que el concesionario debe saldar sus obligaciones con el Estado, no puede repetir lo pagado por la concesión y está obligado a indemnizar perjuicios que cause con su decisión a la CNTV;
- (ii) una obligatoria (parágrafo transitorio) que en todo caso supone todo lo anterior y se da cuando los concesionarios de espacios resultan adjudicatarios de canales nacionales de operación privada “con el objeto de evitar que pueda operar simultáneamente dos concesiones”.

Esta última previsión es bastante ilustrativa, en el sentido que en el contexto de la Ley 335 de 1996, la renuncia permite articular la prohibición de tener dos concesiones (art.13) con la posibilidad de un concesionario con contrato vigente de participar en el proceso de adjudicación de los canales nacionales de operación privada (art.17). La renuncia a la concesión vigente, obligatoria en esos casos, evita, según la ley que se operen “simultáneamente dos concesiones”.

Al revisar los antecedentes de la Ley 335 de 1996 la Sala encuentra que era entendido que la adjudicación de los canales privados de televisión podría recaer en quienes ya tenían concesiones de televisión (no necesariamente se pensaba en nuevos operadores), quienes serían los primeros interesados en participar en su proceso de adjudicación; pero ello no se concebía como una forma de

concentrar los medios de comunicación -pues el mismo proyecto de ley prohibía tener dos concesiones simultáneas, art.13-, sino de liberar los espacios que dejarían los concesionarios de espacios de televisión en los canales públicos, los cuales deberían salir a licitación inmediatamente, tal como quedó consagrado en la norma transcrita⁴⁹.

En ese sentido, no aparece en los antecedentes de la ley ni en el texto definitivo de ésta que la renuncia se hubiere previsto con el propósito de permitir la devolución de las concesiones por parte de concesionarios que tenían problemas económicos para continuar con ellas, de manera que ahora deba entenderse que esa situación de agotamiento económico es condicionante de su ejercicio⁵⁰. Por el contrario, el debate central de la Ley 335 de 1996, giró en torno del papel privilegiado que tenían los concesionarios de espacios de televisión en ese momento, quienes estaban favorecidos con la prórroga automática de sus concesiones, a lo cual se quería poner veto por el legislador⁵¹.

Ahora bien, hace notar la Sala que solamente el último inciso del artículo 17 tiene carácter de “transitorio” y por ende es el único del que se puede predicar la perdida de vigencia. Este se refería exclusivamente a que en ese momento (1998), por el cambio del esquema televisivo, fuera necesario contar con un régimen de transición que facilitara el cumplimiento de la obligación de los concesionarios de espacios de televisión de renunciar a sus contratos si resultaban adjudicatarios de los canales nacionales de operación privada.

Pero, respecto de los demás apartes del artículo y en especial en lo relativo a la posibilidad de renuncia por parte de los concesionarios de espacios de televisión, la Sala no observa condicionamientos temporales, ni que su vigencia dependa del

⁴⁹ Véase intervención del Representante Alfonso Acosta Osio (Gaceta del Congreso 609 del 17 de diciembre de 1996, p. 15: “..si bien es cierto que unas programadoras se van a retirar de la Cadena Uno y , porque así va a ser, porque van a montarse en el negocio de los canales nacionales (...). Igualmente intervención de la Representante Marta catalina Daniela: “Estoy convenida que con esta ley en la cual estamos permitiendo que los canales privados se conviertan en una realidad, pero que al mismo tiempo les estamos exigiendo a los propietarios de estos canales privados que se salgan de los canales del Estado que hoy están usufructuando en la mejor franja (...) (Gaceta del Congreso 609 de 1996, p.11). Igualmente Gaceta del Congreso 553 de 199, p.40)

⁵⁰ La crisis de los concesionarios de espacios de televisión en el Canal A y la Cadena Uno (canales públicos) si fue tema de la Ley 680 de 2001, momento en el cual, según los debates parlamentarios, los concesionarios de espacios de televisión afrontaban problemas económicos por la competencia con los canales nacionales de operación privada (RCN y caracol); no obstante, el instrumento que se discutió y aprobó fue la autorización a la Comisión Nacional de Televisión para que renegociara las tarifas y términos de los contratos de concesión vigentes, lo cual quedó plasmado en la primera parte del artículo 6 de la Ley: “ARTICULO 6o. Se autoriza, a la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), como a las Juntas administradoras de los Canales Regionales para que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, revise, modifique y reestructure los actuales contratos con los operadores privados, con los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, así como con los contratistas de otras modalidades del servicio público de televisión en materia de rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión.”

⁵¹ En ese sentido, el artículo 10 de la Ley 335 de 1996 prohibió la prórroga de las concesiones de espacios de televisión: “El artículo 49 de la Ley 182 de 1995 quedará así: (...) En todo caso los contratos de concesión de espacios de televisión pública son improrrogables.” Véase exposición de motivos en la gaceta del Congreso 532 de 1996; igualmente Gacetas 552, 553, 573, 606, todas de 1996, entre otras. De hecho, las discusiones centrales del proyecto estuvieron en si la eliminación de la prórroga vulneraba los derechos adquiridos y en el hecho de si lo que se pretendía con ello era sacar de la competencia a los noticieros y programas de opinión de la oposición (intervenciones de la representante Ingrid Betancur, Gaceta 553 de 1996).

parágrafo transitorio que ha perdido vigor⁵². Además no encuentra una razón para que dicha renuncia haya sido válida cuando se adjudicaron los dos primeros canales de televisión privada, pero no pueda serlo ahora cuando en esa materia, el ordenamiento vigente, en su esencia, es el mismo.

Reafirma lo anterior, el que la Ley 680 de 2001⁵³ ampliara esa facultad de renuncia y de terminación anticipada a *todos los concesionarios*, al señalar que “los demás concesionarios del servicio de Televisión también serán titulares de la renuncia y de la terminación anticipada de los contratos autorizada en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996” (art. 21).

Con esta previsión, los concesionarios de *canales locales* también quedaron cobijados con la posibilidad de renuncia, con lo cual estaría cubierta la preocupación de la Procuraduría General de la Nación en relación con dichos concesionarios.

Ahora, cabe señalar que esta facultad de renuncia fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-200 de 1998⁵⁴, en la cual se rechazaron los cargos fundados en la infracción del artículo 58 de la Constitución (desconocimiento de los derechos contractuales adquiridos de la Comisión Nacional de Televisión), en la violación del principio de primacía del interés general y en la vulneración del principio de continuidad de los servicios públicos.

Lo primero que señala la Corte Constitucional es que cuando se trata del contrato de concesión de espacios de televisión, el interés general no se identifica con el interés patrimonial de la CNTV, sino con el que tienen los usuarios del servicio público en su prestación eficiente (C.P. art. 365), “objetivo que la CNTV debe hacer prevalecer sobre los intereses particulares de los concesionarios y, también, sobre cualquier interés atribuible a la Comisión, que se aparte de lo previsto en el ordenamiento.”

Señala igualmente que la renuncia puede tanto perjudicar (pues se abandona la explotación de una actividad lucrativa de un bien escaso) como, eventualmente, beneficiar al concesionario, siendo la previsión del parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 335 de 1996 (renuncia del adjudicatario de un canal nacional a las concesiones de espacios de televisión) uno de los casos en que la renuncia a la concesión “es ordenada por la ley” y por tanto exigible por la Comisión Nacional de Televisión, “para evitar prácticas monopolísticas o abuso de posiciones dominantes en el mercado”.

Indica la Corte que abierta la posibilidad para que los particulares operen directamente canales nacionales de televisión abierta, el legislador tenía dos opciones igualmente válidas: (i) permitir la participación de actuales concesionarios de televisión para darles acceso a la explotación del uso del espectro a nivel nacional (en cuyo caso opera la renuncia de los espacios) o (ii)

⁵² En el texto original del proyecto de ley solamente se consagraba la posibilidad de terminar los contratos de mutuo acuerdo: “Los concesionarios y la Comisión Nacional de Televisión o Inravisión, podrán convenir la terminación anticipada de los contratos y proceder a su liquidación.” (Gaceta del Congreso 437 de 1996, p.7). Luego, el artículo se transformó y en él se previó la renuncia como una facultad, tal como quedó en la norma actual (Gaceta del Congreso 532 del 22 de noviembre de 1996); el parágrafo transitorio sólo viene a aparecer en el Pliego de Modificaciones para Segundo Debate, sin que el mismo hubiera sido determinante de los demás apartes del artículo (Gaceta del Congreso 573 de 1996, p. 7).

⁵³ 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.

⁵⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

imponer una barrera de entrada a fin de procurar que el grupo de los concesionarios permanezca inalterado durante cada período de adjudicación de espacios. Dijo la Corte:

En ese período de transición -diferente a todos los que se han vivido desde que en 1954 se inició la televisión en Colombia-, el interés general sigue siendo el señalado por el Constituyente: la eficiente prestación del servicio; pero, ¿cuál será la política contractual que mejor permita realizar tal interés en la adjudicación de espacios?; ¿aquella que facilite a más concesionarios tener acceso a la explotación del uso del espectro, o la que impone una barrera de entrada a fin de procurar que el grupo de los concesionarios permanezca inalterado durante cada período de adjudicación de espacios? La primera de esas políticas de contratación, parece dirigida a garantizar el pluralismo informativo y la libre competencia, objetivos que consagra el artículo 75 Superior; y la segunda, sin apuntar en esa dirección, puede optimizar los ingresos de la CNTV y abaratar sus costos de funcionamiento; pero ambas pueden redundar en una prestación eficiente del servicio, por lo que es el legislador el llamado a escoger entre esas y otras (C.P. art. 77), la que mejor se ajuste a los designios del Constituyente.

Por tanto, como ambas opciones son legítimas constitucionalmente, porque con cualquiera de ellas se propende por la prestación eficiente del servicio (que es el interés general que debe asegurar el Estado), dice la Corte, la opción adoptada por el legislador en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 de permitir un mayor número de participantes en los procesos de adjudicación de canales nacionales de operación privada, no vulnera la Constitución Política de 1991.

Para la Sala es importante tener en cuenta que, como se señala en la referida sentencia, el hecho de permitir y no poner barreras de entrada a la participación de actuales concesionarios de espacios y canales locales de televisión, también tiene una finalidad constitucionalmente válida, en la medida que enriquece el proceso contractual, genera competencia y facilita el pluralismo informativo. Y eso tiene una explicación adicional que la Sala ya había dejado esbozada: para acceder a un canal nacional de operación privada las exigencias son tales, por la responsabilidad social que ello implica, que no son muchas las personas con capacidad económica, técnica y operativa para licitar; por tanto, si se excluye a los actuales titulares de concesiones de menor nivel, que en la estructura del sistema estarían interesados en evolucionar y asumir mayores retos en la prestación del servicio de televisión, la competencia podría reducirse incluso hasta el punto de impedir la apertura del proceso contractual por la ausencia de proponentes o por el hecho de que no hubiera más de un interesado. En este último caso, porque como se verá en la segunda parte de la consulta, la ley exige licitación pública y para ello es presupuesto necesario la pluralidad de oferentes.

En esa medida, la solución legislativa refleja, a juicio de la Sala, el énfasis constitucional en la pluralidad, tanto de prestadores del servicio de televisión, como de participantes en los procesos de adjudicación del espacio electromagnético.

Adicionalmente, respecto a que la renuncia desconocía los derechos patrimoniales de la CNTV, la Corte Constitucional señaló que el legislador podía modificar, como lo hizo la Ley 335 de 1996, el régimen contractual de las concesiones de espacios de televisión en pro del interés general; y que si en Sentencia C-350 de 1997 se declaró exequible que el legislador modificara las expectativas de los concesionarios con contratos de concesión vigentes

prohibiendo su prórroga, “con mayor razón puede alterar las del órgano administrativo al que compete aplicar la política oficial sobre la prestación del servicio”.

Respecto a que la renuncia podría afectar la *continuidad y eficiencia* del servicio, el Tribunal Constitucional señala que la norma no es por esa sola causa inexcusable, pues obliga al Estado a abrir licitaciones de manera inmediata y a tener previsiones para afrontar el vacío que pueda dejar la renuncia a una concesión⁵⁵. A ello cabría agregar por parte de esta Sala de Consulta que, precisamente, la exigencia legal de que la prestación del servicio se encuentre repartida entre varios operadores públicos y privados y tenga diferentes ámbitos de cobertura y medios de transmisión, hace que la retirada de un sólo concesionario no tenga por efecto la suspensión o discontinuidad del servicio, como podría ocurrir en otros servicios públicos estructurados bajo el esquema de afiliación y prestación individual y particularizada: agua, luz, aseo, salud etc.; eventualmente producirá la reducción parcial de las opciones de programación, que en todo caso sería temporal por la obligación del Estado de abrir inmediatamente una nueva licitación para la concesión de la frecuencia que se devuelve. Y, si en el supuesto que se analiza, se trata de un concesionario que renuncia a una concesión local o de espacios de televisión para tomar una concesión de un canal abierto a nivel nacional, donde cualquier persona puede ser receptor de la señal, es claro que por esa vía se amplía la cobertura del servicio (no se disminuye) y se compensan de alguna manera los efectos negativos que pudieran existir para el usuario.

Es importante tener en cuenta que aún si la renuncia no estuviera expresamente prevista en la ley como una facultad, para la Corte Constitucional la concesión de espacios de televisión *puede terminar como cualquier contrato por el acuerdo mutuo*, de forma que “si se presenta la renuncia del concesionario y la aceptación de la misma por la Comisión, se configuraría una resiliación.”⁵⁶ En esa medida, nada obsta para que atendiendo razones de interés general, la CNTV pueda acordar la terminación anticipada de los contratos de concesión.

Ahora bien, lo que si aclara la Corte Constitucional en su sentencia y hace extensivo la Sala a este concepto, es que el hecho de que el legislador haya señalado que la renuncia en sí misma *no da lugar a ningún tipo de indemnización*, no implica la condonación de las obligaciones pecuniarias que tenga el concesionario del canal local o del espacio de televisión, ni da derecho a la devolución de lo que se ha pagado por la concesión de la frecuencia que se restituye⁵⁷. Tampoco implica la exoneración de perjuicios en caso de que la

⁵⁵ “En este último caso, si los particulares concurren bajo la dirección de un órgano estatal especializado y se produce una interrupción en la prestación del servicio, imputable directamente a que uno de los concesionarios decide ejercer una facultad que expresamente le concede la ley, ello no quiere decir que la ley que confirió tal facultad al particular sea inexcusable, sino que el ente estatal encargado de la gestión y control fue ineficiente al grado de no prever las consecuencias de que los particulares se acojan a los beneficios legales”.

⁵⁶ Sentencia C-200 de 1998.

⁵⁷ “En cuanto hace a la tarifa que todos los concesionarios deben cancelar por el uso del bien público que administra la CNTV, debe anotarse que el inciso acusado faculta a los titulares de las concesiones para renunciar a ellas sin pagar indemnización, pero no les otorga derecho a reclamar, en caso de ejercer esa potestad, siquiera una parte de la tarifa anual que todos los concesionarios deben cancelar anticipadamente por el uso del espectro electromagnético, o parte del pago que hace cada uno de ellos al serle adjudicada la concesión por el derecho a

renuncia cause un daño a la Comisión Nacional de Televisión, los cuales deberán ser exigidos por ésta en caso de ser procedente⁵⁸. En tal sentido, el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 fue declarado exequible por la Corte Constitucional “en el entendido de que la facultad que otorga a los concesionarios no constituye una excepción al principio de que debe repararse el daño causado, cuando se ha incurrido en alguna de las hipótesis que conforme a nuestro ordenamiento dan lugar a la reparación.”

En este orden, se considera acertado que, como aparece en el proyecto de pliegos publicado, la CNTV exija *el compromiso irrevocable del licitante de renunciar a las concesiones de espacios de televisión y de canales locales en caso de ser favorecido con el tercer canal y que se incluya la advertencia de que se deberá estar a paz y salvo en el cumplimiento de las obligaciones económicas derivadas del contrato que se renuncia, a lo cual se sugiere adicionar que tampoco habrá devolución de suma alguna pagada por la respectiva concesión, según lo entendió la Corte Constitucional.* En ese contexto, la aceptación de la renuncia sería obligatoria, no sólo en virtud del principio de buena fe, sino porque además la CNTV no podría permitir la simultaneidad de concesiones.

Precisa la Sala que esta sentencia C-200 de 1998 del Tribunal Constitucional a que se ha hecho referencia, tampoco condiciona en el tiempo la validez del artículo 17 de la Ley 335 de 1996, ni expresamente en su parte resolutiva, ni tampoco por deducción de su parte motiva.

Es importante señalar además que la posibilidad de renuncia **no es nueva** y tiene un antecedente directo en el artículo 38 de la Ley 182 de 1995 –derogado por la desaparición de los canales zonales- que la consagraba expresamente para permitir también la participación de los concesionarios de espacios de televisión y de los contratistas y operadores de los canales regionales en la conformación de los “canales zonales”, que eran los que, bajo el esquema inicial de dicha ley (antes de la Ley 335 de 1996) estaban llamados a ser operadores de cobertura nacional, según se explicó anteriormente. Decía el artículo 38:

ARTICULO 38. Participación nacional y zonal. Las empresas concesionarias de espacios de televisión de Inravisión y las empresas productoras de los canales regionales podrán participar en el capital de un operador zonal.

A partir del primero de enero del año dos mil (.2000) el concesionario de espacios de televisión de Inravisión o los contratistas de televisión regional que participen en el capital de un operador zonal, deberán renunciar a la ejecución de los contratos de concesión de espacios de televisión o de elaboración de programación regional que tengan suscritos o vigentes en tal fecha. En caso contrario, los mismos se darán por terminados unilateralmente, y los respectivos espacios y horarios de programación

aprovecharse del bien público; así, la renuncia de un concesionario, no significa una merma en las rentas ordinarias de la CNTV.”

⁵⁸ “En aquellos casos en los que sí se presente un daño imputable a la renuncia del concesionario, se debe aplicar el principio general, no exceptuado por el inciso demandado, y quien ocasionó un perjuicio debe repararlo. El texto de esa norma es muy claro al estipular que no habrá lugar a indemnización por el sólo hecho de renunciar a la concesión; pero de él no se desprende la irresponsabilidad patrimonial del concesionario que causa un daño con su renuncia pues, cuando se ha incurrido en alguna de las hipótesis que conforme a nuestro ordenamiento dan lugar a la reparación, bastará a la CNTV acreditar debidamente el perjuicio para reclamar su consecuente indemnización.”

deberán concederse nuevamente mediante licitación pública por la Comisión Nacional de Televisión o las Organizaciones Regionales de Televisión.

No habrá lugar al pago de perjuicios o compensaciones por la renuncia o terminación de los contratos mencionados en este artículo.

La Junta Directiva de la comisión reglamentará la presente materia."

Como se observa, esta norma también buscaba evitar la concentración de los medios y la concurrencia de concesiones, obligando a la renuncia de las titularidades que se tuvieran en espacios de televisión y en canales regionales, como presupuesto para participar en los canales zonales.

8. Conclusión

El entendimiento que se deriva de lo que se ha expuesto por la Sala es claro: en la medida que el eventual adjudicatario se obligue por su propia voluntad, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, ampliado por la Ley 680 de 2001, a devolver la concesión de la cual es titular como requisito previo a la firma de la nueva concesión del tercer canal, las prohibiciones legales contenidas en los artículos 22, 37 y 56 de la Ley 182 de 1995 habrán cumplido su propósito; no habría entonces ningún fenómeno de concentración informativa o de acaparamiento del espacio electromagnético, pues a la vez que se accede a una concesión se renuncia a la otra sin que en ningún momento coexistan las dos.

En ese sentido, la renuncia cumple una función articuladora entre las expectativas legítimas de los canales locales y de los concesionarios de espacios de televisión de acceder a un estadio de prestación del servicio mayor al que detentan actualmente y la prohibición expresa de ejercer simultáneamente más de una concesión de televisión.

Para la Sala la estructura actual de la televisión lleva implícita cierta lógica de *progreso o de avance* que favorece al propio Estado en su función de garante de la debida asignación del espacio electromagnético. No parece contrario al método de distribución territorial y de organización de la ley, que quien empieza en la televisión como concesionario de un espacio de televisión o de un canal local, pueda aspirar posteriormente a ser concesionario de un canal nacional y que en tal caso, el Estado pueda evaluar la experiencia y capacidad lograda en esos niveles menores de prestación del servicio. No parece tampoco en esa lógica organizacional, que la ley haya reservado el ingreso al nivel máximo de explotación del espacio electromagnético únicamente a *nuevos prestadores* del servicio y que haya excluido de la competencia por la asignación de los canales nacionales de operación abierta a quienes han acumulado experiencia y capacidad en niveles menores de operación del servicio.

De hecho, lo más coherente será, como ocurrió en la asignación de los dos primeros canales nacionales de operación privada, que el interés en operarlos recaiga en personas que de una u otra forma se han dedicado a la televisión, entre otras razones porque la experiencia es uno de los factores que interesa verificar al Estado conforme a los criterios de adjudicación previstos en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995. En ese sentido, la lógica de excluir a los actuales concesionarios de canales locales y de espacios de televisión sólo daría participación en el proceso de adjudicación del tercer canal a los particulares que acreditaran esa experiencia en otros países distintos a Colombia o que la hubieran obtenido en algún tiempo anterior y nunca actual; es decir, en últimas, que los

eventuales proponentes sólo podrían ser personas no vinculadas a la televisión en el país.

Respecto de esto último, la Sala encuentra un dato adicional que es importante tener en cuenta: la ley no hace coincidir la terminación de las concesiones de espacios de televisión y de los canales locales con la apertura de las licitaciones para la adjudicación de los canales nacionales privados de operación abierta. De hecho, en el caso Colombiano, el ofrecimiento de concesión de un nuevo canal de televisión no es un *dato jurídico periódico y preestablecido*, sino que es eventual y obedece a una decisión discrecional del Estado que se toma teniendo en cuenta múltiples consideraciones de interés general. Por tanto, actuales operadores locales o de espacios de televisión no tienen la posibilidad de proyectar su actividad alrededor de esa expectativa, en el sentido de poder optar por no ser concesionarios en un periodo dado, a la espera, en una fecha cierta, de la convocatoria a un proceso de adjudicación de un nuevo canal de televisión abierta nacional, que es una expectativa legítima de cualquier medio de comunicación.

Así entonces, es dable concluir que la participación de concesionarios de espacios y de canales locales de televisión en la adjudicación del tercer canal no vulnera directa ni indirectamente, las prohibiciones contenidas en los artículos 22, 37 y 56 de la Ley 182 de 1995, ni en su tenor literal, ni respecto de su finalidad; tampoco observa la Sala que esa sola participación afecte de alguna manera los principios de transparencia (que garantiza imparcialidad⁵⁹), publicidad (que protege el libre acceso a la información del proceso contractual)⁶⁰, economía (que persigue procesos eficaces)⁶¹ y responsabilidad⁶² que rigen la contratación del Estado, en

⁵⁹ “Dicho de otra manera, este principio fue consagrado por el legislador con el fin de garantizar la imparcialidad, que la escogencia del contratista siempre se efectúe a través de la licitación o concurso público, que no es otra cosa que el ejercicio de la función administrativa correspondiente a la actividad que en materia contractual le compete al Estado, la cual se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios rectores ya citados y el seguimiento de procedimientos claros, nítidos, transparentes, que han de ser utilizados para la escogencia del contratista, en aras de asegurar la prevalencia del interés general como principio fundante del Estado social de derecho.” (Consejo de Estado, Sentencia del 20 de octubre de 2005, M.P. Ruth Stella Correa Palacio).

⁶⁰ Con relación al principio de publicidad, el legislador recordó que es de la esencia de las instituciones democráticas el carácter público de las actuaciones de la administración, que en materia de contratación estatal tiene como fin el de garantizar “tanto la igualdad de oportunidades para todos los proponentes, como el adecuado control del proceso de selección, además de hacer insospechable el proceder de los servidores públicos que han intervenido en su desarrollo”. (ibídem)

⁶¹ Art.25, Ley 80 de 1993: cumplimiento de procedimientos y etapas necesarios para la selección objetiva de la propuesta. “Con el principio de economía consagrado por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se persigue eliminar trámites, requisitos y en general procedimientos innecesarios que entablen o dilaten injustificadamente el proceso de contratación (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 811 de 1996.

⁶² “Este principio [el de responsabilidad] fue consagrado como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores de la cosa pública y una contratación semejante a la de los particulares, que de suyo, conlleva, una mayor responsabilidad. Así, como contrapeso a esa mayor libertad en la gestión contractual -que no absoluta-, el Legislador estableció en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, precisos supuestos en los cuales se compromete la responsabilidad no sólo del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual (art. 90 C.P.), sino de los servidores públicos y los contratistas que en ella intervienen, y en los Títulos V (50 a 59) y VII (arts. 62 a 67) desarrolló la responsabilidad contractual y el control de la gestión contractual, respectivamente. (Corchete fuera de texto. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de diciembre de 2007.)

tanto que los concesionarios de espacios de televisión y canales locales participarían en igualdad de condiciones con los demás interesados⁶³.

Bajo tales supuestos, la participación de concesionarios de espacios de televisión y de canales locales en el proceso contractual de adjudicación del tercer canal no carecería de eficacia, ni se dirigiría directa o indirectamente a la obtención de una doble condición de concesionario, caso en el cual sí operaría *ipso iure* el artículo 56 de la Ley 182 de 1995; la posibilidad de renuncia a la primera concesión impide que se acumulen dos concesiones y garantiza la posibilidad de que nuevos interesados liciten en igualdad de oportunidades por aquéllas áreas del espacio electromagnético que han sido regresadas al Estado.

Cabe decir que la participación en el proceso de contratación del tercer canal no garantiza ni supone su adjudicación, lo cual constituye un hecho eventual que depende, como se verá en la segunda parte de esta consulta, de que se haga el mejor ofrecimiento, conforme a los parámetros objetivos previstos en el pliego de condiciones; por tanto, resultaría desproporcionado y no guardaría relación con los fines de la prohibición, exigir que la renuncia a la concesión que se detenta sea previa al inicio del proceso contractual cuando lo único que tienen sus participantes es una expectativa que depende de muchas y diversas eventualidades; nada ganaría el Estado con esa exigencia previa y tampoco le aportaría más objetividad o transparencia al proceso de selección, y sí se sacrificarían innecesariamente los derechos de explotación del espacio electromagnético de los concesionarios con contratos vigentes.

Por lo dicho, el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por la Ley 335 de 1996, no contiene realmente una *inhabilidad o causal de inelegibilidad* para contratar. Al respecto el Consejo de Estado, al referirse a las inhabilidades del régimen de contratación, ha señalado que a través de ellas se tiende al desempeño de la función pública por sujetos idóneos “*mediante la exigencia de determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella, y a prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público*”⁶⁴, circunstancias que claramente no son las que regula el artículo 56 de la Ley 182 de 1995⁶⁵.

Como dice la misma Corporación con base en la doctrina, “*las inhabilidades se erigen en circunstancias negativas o impeditivas preexistentes para acceder a la*

⁶³ Como se verá más adelante, la Corte Constitucional declaró inexistente parcialmente el literal n del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, que le otorgaba a la experiencia una calificación del 70% en la adjudicación de los canales nacionales e operación privada. Para la Corte, es válido que se evalúe la experiencia, pero al asignarle un porcentaje tan alto se favorecía a quienes ya operaban concesiones de televisión en perjuicio de quienes pretendía ingresar por primera vez al servicio de televisión.

⁶⁴ Consejo de Estado, sentencia del 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁵ En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que “*Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello, que se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con las cuales contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato.* (Sentencia C-489 de 1996).

función pública (inelegibilidad), evitando el ingreso de sujetos que no reúnen determinadas condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad, para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, ora para acceder a la contratación estatal...⁶⁶.

En esa misma línea, la Corte Constitucional⁶⁷ ha señalado que las inhabilidades se pueden agrupar en dos niveles:

- Las de tipo sancionatorio, donde cometida la conducta que la ley considera reprochable, “el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más –la inhabilidad- que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad”.
- Las derivadas de la oposición que pueda presentarse entre los intereses de la persona y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades.

Es así, que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han diferenciado las inhabilidades, en cuanto causales de inelegibilidad, de las incompatibilidades y de otras prohibiciones en general que sin estar calificadas de una u otra manera⁶⁸, son establecidas por el legislador en busca de fines específicos constitucionalmente válidos, entre ellos, la imposibilidad de acumular cargos o privilegios, que es lo que sucede en el caso analizado. Ha dicho la Corte Constitucional:

“Si bien las inhabilidades y las incompatibilidades son especies de un mismo género, es decir, son ambas tipos distintos de prohibiciones, se trata de dos categorías que no son equiparables. La diferencia entre una y otra, a pesar de compartir dicho propósito común, fue expuesta con claridad en la sentencia C-564 de 1997: “...con las **inhabilidades** se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. // Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén **incompatibilidades** para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos.”⁶⁹

Como se ha visto, en el caso concreto, la prohibición no se refiere a la falta de calidades de idoneidad, imparcialidad o moralidad del operador de televisión, como sí sucede por ejemplo con el artículo 58 de la misma ley⁷⁰, sino a la

⁶⁶ Sentencia del Consejo de Estado de la Sección Tercera del 3 de diciembre de 2007). En la sentencia se concluye que por tanto, “en la contratación estatal se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas. Pueden tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de una pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc. “

⁶⁷ Sentencia C-652 de 2003.

⁶⁸ Sentencia C-893 de 2003.

⁶⁹ Sentencia C-179 de 2005.

⁷⁰ Modificado por el artículo 1º de la Ley 506 de 1999: “ARTICULO 58. DE ALGUNAS PROHIBICIONES PARA PRESTAR EL SERVICIO. La Comisión Nacional de Televisión se abstendrá de adjudicar la correspondiente licitación u otorgar la licencia, cuando en la sociedad o en la comunidad organizada interesada en la concesión tuviere participación, por sí o por

imposibilidad de tener simultáneamente la misma condición de concesionario en más de uno de los niveles en que se estructura la televisión, lo que se previene con la exigencia de renuncia a la primera concesión, conforme lo permite expresamente el mismo legislador; por tanto, en la medida que dicha circunstancia de simultaneidad no se presente, sino se evite, la Administración estará garantizando la aplicación estricta de la prohibición, sin restringir innecesariamente los espacios de participación y pluralismo que la misma ley y la Constitución promueven⁷¹.

Debe tenerse en cuenta que ese derecho de participación aparece reconocido expresamente por la Corte Constitucional en Sentencia C-350 de 1997 al analizar la constitucionalidad, entre otros, del artículo 10 de la Ley 335 de 1996 que consagraba el carácter improrrogable de las concesiones de espacios de televisión⁷². La Corte Constitucional consideró que la prorroga automática e indefinida de tales concesiones de espacios era contraria a la Constitución, porque restringía la garantía constitucional de acceso al espacio electromagnético, al facilitar la petrificación de los prestadores e impedir el acceso de nuevos operadores⁷³. Pero además señaló y ello es lo que resulta importante para el caso

interpuesta persona, una persona que haya sido condenada en cualquier época a pena privativa de la libertad, con excepción de quienes hayan sido condenados por delitos políticos o culposos.

El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo es causal de nulidad absoluta de la adjudicación de la licitación u otorgamiento de la licencia correspondiente.

Cuando uno de los socios o partícipes de la sociedad o comunidad organizada beneficiaria de la concesión, hubiere sido condenado por alguno de los delitos mencionados en el inciso anterior, la sociedad o comunidad correspondiente perderá el contrato y la Comisión Nacional de Televisión procederá a terminarlo unilateralmente. Si se tratare de licencia, la Comisión procederá a revocarla, sin que en este último caso se requiera el consentimiento del titular de la concesión; sin que ninguno de los casos hubiere derecho a indemnización alguna.

Estas sanciones no son aplicables a las sociedades anónimas cuyas acciones estén inscritas en bolsas de valores. Tratándose de este tipo de sociedades, las transacciones que se realicen en bolsas de valores sobre acciones de empresas concesionarias de espacios o frecuencias de canales de televisión y cuyo beneficiario sea una persona que haya sido condenada en cualquier época a pena privativa de la libertad en los términos del presente artículo, no producirán efecto alguno y por consiguiente será causal de nulidad absoluta de esa transacción y no afectará en manera alguna el contrato o la licencia otorgada a esta clase de sociedad". (se subraya)

⁷¹ Este tipo de prohibiciones operan de manera similar a aquélla que por ejemplo existe para el empleado público, a quien se le prohíbe expresamente desde la misma Constitución "desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público" (Art.128). Quiso el constituyente que el empleo público no fuera acaparado por unos pocos y que se democratizara el acceso a la función pública. Pero, ¿constituye tal prohibición, tajante y expresa, una "inhabilidad" para el servidor público? ¿Le impide al aspirar a otro cargo o participar en igualdad de condiciones con los particulares en un concurso que se abra para ese efecto? Claramente no, pues ello castigaría su experiencia y restringiría su derecho de participación. Por tanto, sus méritos y capacidades le permitirán concursar para alcanzar mayores responsabilidades en la Administración. Sólo que para tales efectos, no podrá acumular cargos sino que deberá renunciar al que detenta como condición necesaria para posesionarse del nuevo empleo. La Administración por su parte, no pierde la posibilidad de evaluar esa experiencia, ni margina innecesariamente al funcionario de los procesos de selección a los que quiera someterse en igualdad de condiciones que los particulares que se postulan desde afuera de la Administración.

⁷² Posibilidad que estaba prevista en la Ley 182 de 1995 y que se encontraba pactada en los contratos vigentes en ese momento.

⁷³ "Ahora, ¿por qué eran inexequibles las normas que consagraban las prórrogas sucesivas e ilimitadas, equivalentes a la concesión perpetua de espacios de televisión?

Porque quebrantaban, en primer lugar, el artículo 75 de la Constitución, especialmente estas disposiciones contenidas en él:

"Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso [el del espectro electromagnético] en los términos que fije la ley".

analizado, que lo inconstitucional sería restringir el derecho de los concesionarios de televisión con contratos vigentes de participar en los procesos de adjudicación de nuevas concesiones. Dijo la Corte Constitucional:

“Es importante aclarar, que las disposiciones que se acusan⁷⁴ no le impiden al actual concesionario participar en los nuevos procesos de adjudicación, lo que si sería violatorio de sus derechos fundamentales y de otras normas de la Constitución. Ellos podrán hacerlo en igualdad de condiciones junto con otros que no hayan tenido la oportunidad de explotar ese bien público, con la ventaja de que podrán acreditar una experiencia que muy probablemente repercutirá positivamente en la calificación que como aspirantes obtengan; no se trata, como lo plantea uno de los actores, de que esa experiencia se constituya en inhabilidad; al contrario, ésta será una ventaja comparativa importante a la hora de competir por un espacio, de lo que se trata es de dar cumplimiento a las disposiciones del artículo 75 superior :

(...)

En consecuencia, si la prórroga de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, tal como estaba concebida en el artículo 40 de la ley 14 de 1991, restringía el acceso democrático e impedía la realización del principio de igualdad de oportunidades para aspirar al uso del espectro electromagnético, es claro entonces, que la prohibición de la misma, respecto de los contratos vigentes y los que se celebren en el futuro, sí contribuye a la democratización en el uso de ese bien público, y que ese propósito se impone como un motivo de interés general y utilidad común, que de una parte, dota de legitimidad la medida impugnada, y de otra, justifica que la situación jurídica de los particulares, concesionarios de espacios públicos de televisión que tenían la expectativa de que se prorrogaran sus contratos, ceda al interés público, sin que se evidencie en la medida ningún elemento que pueda respaldar la acusación de que ella constituye una “forma de censura”.

Tampoco encuentra la Corte, que la prohibición de prórroga, que como se ha visto, en el caso sub-examine, contribuye a garantizar una mayor democratización en el uso de un bien público restringido como lo es el espectro electromagnético, yulnere o impida el ejercicio del derecho a la información, al contrario, con ella se amplía el espectro de posibilidades de que un mayor número de personas, incluidas las que actualmente son beneficiarias de concesiones, participen en los procesos de selección para otorgar nuevos contratos y ejerzan su derecho a fundar medios masivos de comunicación, propiciándose la realización de principios superiores como el de pluralismo y libre competencia, con lo que se desvirtúan las acusaciones

“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”.

¿Cómo conciliar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro, con estas prórrogas sucesivas e ilimitadas, equivalentes a la concesión perpetua? ¿Cómo hablar de competencia entre los concesionarios perpetuos de los espacios de televisión, y todas las demás personas?

Pero, además, también las normas derogadas violaban el artículo 20 de la Carta Política, en lo relativo al derecho de todos a “fundar medios masivos de comunicación”. ¿Para qué fundar uno de tales medios, si los espacios de televisión en los cuales podría difundirse, estaban concedidos a perpetuidad, en virtud de las prórrogas sucesivas e ilimitadas?”

⁷⁴ Resalta la Sala de Consulta que entre las normas demandadas se encontraba, precisamente, el artículo 13 de la Ley 335 de 1996 al que se ha venido haciendo referencia, que contiene la prohibición de concesiones simultáneas.

que corresponden al segundo cargo de inconstitucionalidad. (subraya y negrilla fuera del texto)

Como señala esta Sentencia, el legislador no pretende de manera alguna que la experiencia constituya “inhabilidad” para contratar y por ello amplía el espectro de posibles participantes en los procesos de adjudicación de nuevas concesiones.

En ese mismo sentido, refiriéndose a la posibilidad de ser concesionario de servicios telemáticos y de aspirar a la vez la explotación del servicio de televisión por suscripción, la Corte Constitucional se refirió al deber del Estado de conciliar los objetivos de interés general y la prohibición de monopolio del espacio electromagnético utilizado para la televisión (art.75) con la libertad de empresa y libre iniciativa privada de los medios de comunicación (Arts.20 y 333 C.P):

Es decir, que le corresponde al Estado compatibilizar y articular los objetivos que tienden a promover el bienestar general y a realizar los principios de igualdad de oportunidades, democratización de la propiedad y solidaridad, con aspectos tales como libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa, también consagrados y protegidos en la Constitución, los cuales no admiten exclusión por el hecho de que su titular adquiera, legítimamente, la calidad de concesionario que lo habilite para prestar un servicio público, **siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio**, las cuales están expresamente prohibidas en el artículo 75 de la C.P., en relación con el uso del espacio electromagnético; evitar el monopolio y la concentración de la propiedad es tarea del Estado y especialmente del legislador, el cual deberá, a través de la ley, diseñar e implementar los mecanismos necesarios para el efecto.

No se puede desconocer que la productividad depende en gran parte de la racional utilización de los recursos, y que los concesionarios y licenciatarios de servicios de valor agregado y telemáticos, y los concesionarios de otros servicios de telecomunicaciones, deben efectuar grandes inversiones en infraestructura, que paralelamente puede servir para la prestación de otros servicios, generando economías de escala que harán más rentable su actividad como operadores y haciéndolos en consecuencia más competitivos; impedirles competir por el otorgamiento de otras concesiones, implicaría desestimular sus actividades e inversiones, en detrimento del desarrollo de la economía nacional; el Estado debe si propiciar el equilibrio y evitar las prácticas de monopolio, pero no por la vía de la exclusión, sino utilizando otros instrumentos que le brinda la misma Carta Política, como por ejemplo la promoción de empresas de economía solidaria, que como tales deberán ser objeto de medidas que estimulen su desarrollo (negrilla original, subraya fuera de texto)⁷⁵

⁷⁵ Sentencia C-711 de 1996. Concluyó la Corte: “No encuentra entonces la Corte en la disposición impugnada, ningún elemento que permita concluir violación de los artículos 75, 76 y 77 de la C.P.; como tampoco del artículo 365, que garantiza la posibilidad de que los servicios públicos sean prestados no solo por el Estado sino también por comunidades organizadas o particulares, posibilidad que no se obstruye o impide con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 182 de 1995, norma que se declarará exequible condicionada, en el sentido de que ello no implique concentración o conformación de monopolios, los cuales como se dijo fueron expresamente prohibidos por el Constituyente a través del artículo 75 de la Carta Política.”

Por tanto, concluye la Sala que para el legislador no es incompatible la prohibición de simultaneidad de concesiones (art.13 de la Ley 335 de 1996 -que modifica el artículo 56 de la Ley 182/1995-), con la participación de los concesionarios de espacios de televisión y de canales locales en el proceso de licitación de los canales nacionales (art.17 Ley 335 de 1996), siempre que, como se ha dicho, la renuncia de los contratos vigentes en caso de ser adjudicatario sea condición necesaria para la entrega de la nueva concesión.

Esta solución, antes que impedir, facilita la pluralidad de oferentes para la adjudicación de un tercer canal de televisión privada, el cual gana en transparencia y competencia, sin que exista un sacrificio o desconocimiento de los principios que rigen la contratación pública ni de la prohibición constitucional de concentración y monopolio de los medios de televisión.

Así las cosas, quienes en la actualidad son concesionarios de espacios de televisión o socios de los canales locales podrán participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión nacional de operación privada, pero deberán renunciar a las concesiones de las cuales sean titulares en caso de resultar adjudicatarios.

II. SOBRE EL CARACTER FACULTATIVO U OBLIGATORIO DE LA SUBASTA

La segunda parte de la Consulta se refiere la necesidad de que la adjudicación del tercer canal nacional de televisión abierta sea hecha por subasta. Para ello, la Sala hace extensivas las consideraciones expuestas en la primera parte de este concepto sobre el marco constitucional de la televisión y el énfasis del constituyente en que la sociedad reciba una información plural, veraz e imparcial, que consulte los fines de una democracia participativa y evite que los medios de comunicación se concentren simplemente en quienes tienen la mayor capacidad económica de acceder a ellos. En los debates de la Asamblea Nacional Constituyente se señaló expresamente:

“Ante la confusión existente en materia de prestación de servicios públicos por parte del Estado es conveniente elevar a norma constitucional el principio de propiedad del Estado de los canales radioeléctricos y la naturaleza de servicio público de las telecomunicaciones.

Así mismo, consideramos importante que la Constitución reconozca la finalidad de las telecomunicaciones, como un fin superior a los meramente comerciales o privados de los concesionarios. Esta sería una forma de evitar que las razones económicas se impongan sobre un interés común de elevar el nivel cultural de la población, de preservar y enaltecer las tradiciones nacionales, de favorecer la cohesión social y la paz nacional, la democracia y la cooperación internacional.” (Gaceta Constitucional, No. 96 del 12 de junio de 1991)

Por ello no es superfluo reiterar que la televisión tiene unos efectos definitivos en la formación de opinión y en el derecho de las personas a ser informadas, pilares fundamentales de la democracia, lo que obliga al Estado a actuar con autonomía, responsabilidad y criterio de interés general en la asignación del espacio electromagnético. Al respecto señaló la Corte Constitucional:

“...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 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 solo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente." ⁷⁶

Y en sentencia posterior, también señaló ese Tribunal Constitucional sobre la clara intención del constituyente de que la televisión no se concentrara en los grupos económicos y políticos más fuertes, sino que su acceso se hiciera basado en un principio de igualdad de oportunidades

"Esa singular y significativa influencia del servicio público de la televisión en la sociedad contemporánea, en la cual el desarrollo integral del individuo y su fortalecimiento como ser autónomo e independiente dependen, en gran medida, de la capacidad que tenga éste como receptor y emisor de información, además del manifiesto interés de esa misma sociedad, en el sentido de que el manejo del medio masivo de comunicación más importante de nuestra era, en nuestro país se sustrajera del dominio de los más fuertes grupos políticos y económicos, y en cambio se diseñaran e implementaran mecanismos que permitieran la democratización del mismo, constituyeron el fundamento de la decisión plasmada en la Carta Política de 1991, de que fuera un organismo autónomo (art. 77 C.P.), sujeto a un régimen legal propio, el encargado de dirigir el desarrollo de la política que en materia de televisión determine la ley. (se subraya)⁷⁷

Partiendo de lo anterior, la Sala observa en primer lugar que el artículo 33 de la Ley 80 de 1993 establece que "los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia"⁷⁸.

En ese sentido, el artículo 46 de la Ley 182 de 1995⁷⁹ establece que la operación y explotación del servicio público de televisión y el uso del espacio electromagnético atinente a dicho servicio, requiere de *una concesión estatal*, esto es, de un título habilitante previo del Estado, cuya asignación corresponde a la Comisión Nacional de Televisión (art.5º ibídem).

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁷ Sentencia C-711 de 1996.

⁷⁸ Concordante con el artículo 5 de la Ley 182 de 1995, según el cual a la CNTV le corresponderá reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, así como "los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio".

⁷⁹ "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 entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones".

Para esa asignación, la misma Ley 182 de 1995 ordena utilizar *la licitación pública*, como mecanismo de selección objetiva por antonomasia. Así, el artículo 47 señala que la asignación de los canales locales y comunitarios se hará por licitación y audiencia pública y el artículo 48, aún con mayor énfasis, establece que la escogencia de los operadores de los canales zonales (léase canales nacionales de operación privada⁸⁰) “se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública”.

Entendió el legislador que la licitación pública garantiza al máximo tanto la objetividad, publicidad y transparencia de la selección de los concesionarios del servicio de televisión nacional privada, como la igualdad de los proponentes, frente a la expectativa legítima de acceder al uso del espacio electromagnético. Como éste, por su naturaleza, no se puede otorgar a todas las personas, el legislador está obligado, por lo menos, a brindar una regulación que al tiempo que no interfiera en el derecho de las personas a expresar sus ideas y fundar medios masivos de comunicación, “les garantice a todas igualdad de oportunidades para acceder a su uso, y se garantice a la sociedad que el mayor número de ciudadanos tendrá la oportunidad de hacerlo”⁸¹.

Ahora bien, sobre los *criterios de selección de las licitaciones* de canales nacionales de operación privada, la Ley 182 de 1995 excluyó expresamente el mecanismo de subasta al señalar: “de ninguna manera, la concesión se hará por subasta” (art. 48.). Pero además, fijó en el mismo artículo los criterios materiales que debe tener en cuenta la Comisión Nacional de Televisión para la adjudicación de dichos canales. Se trata de los literales b), I) y n) de ese mismo artículo que señalan lo siguiente:

“b) Los criterios que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta para la adjudicación de los contratos, serán los evaluados en el registro de proponentes y la calidad del diseño técnico, la capacidad de inversión para desarrollo del mismo, la capacidad de cubrir áreas no servidas, el número de horas de programación ofrecida, mayor número de horas de programación nacional y la viabilidad económica de programación del servicio, entre otros.

Solamente serán elegibles aquellos proponentes que cumplan estrictamente con las exigencias establecidas para el diseño técnico, de conformidad con los pliegos de condiciones y que demuestren de manera satisfactoria una capacidad económica suficiente para cumplir con el plan de inversión correspondiente; (...)

I) Igualmente se tendrán en cuenta como criterios de evaluación adicionales a los previstos en literal b) de este artículo, la capacidad de los oferentes para ofrecer una programación más ventajosa para el interés público, con el fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, la necesidad de diversificación de las informaciones, así como de evitar los abusos de posición dominante en el mercado como las prácticas restrictivas de la libre competencia; (...)

⁸⁰ Se recuerda que de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 335 de 1996, cuando en la Ley 182 de 1995 se utilice la expresión “canales zonales” deberá entenderse que se trata de “Canales Nacionales de Operación Privada”.

⁸¹ Sentencia C-350 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

n) Además de los establecidos en el literal b), los criterios de adjudicación que se deberán tener en cuenta son: experiencia, capacidad y profesionalismo, ~~condiciones a las cuales se les debe conceder el 70% al registro de empresas concesionarias~~⁸².

Lo anterior refleja, a juicio de la Sala, la intención clara del Constituyente de que la concesión del servicio público de televisión no sea hecha exclusivamente con criterio económico, sacrificando la calidad de la televisión y el acceso democrático al espacio electromagnético en favor de la obtención de mayores recursos para el Estado. En la ponderación de ambos intereses, la Constitución privilegia la función de la televisión y por ende de criterios de adjudicación del espacio electromagnético que garanticen que la televisión cumplirá la función social que le corresponde.

Al respecto se pronunció la Corte Constitucional, que si bien declaró inexequible que a la experiencia se le diera un puntaje del 70% (literal n), encontró ajustado a la Carta que aspectos como la experiencia, capacidad y profesionalismo fueran parámetros para la adjudicación de los canales de televisión privada:

La ley 182 de 1995 es precisamente el desarrollo de las normas superiores anteriormente citadas y, por tanto, es de su resorte reglamentar el servicio de televisión en todos aquellos campos que la propia Constitución habilite y que el legislador, en ejercicio de su autonomía, estime convenientes. Así entonces, es procedente que algunas de estas disposiciones contemplen los parámetros generales que debe tener en cuenta la Comisión Nacional de Televisión para la escogencia de los operadores zonales y la respectiva adjudicación de los espacios de televisión, que de conformidad con las nuevas políticas de privatización del servicio de televisión, abre camino a los particulares para operarlo, a partir del 1º de enero de 1998 (artículo 37 de la ley 182 de 1995, declarado exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 1996).

(...)

Así entonces, partiendo de la base de que la Constitución Política busca preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, en forma tal que si no es el Estado quien presta directamente los servicios públicos, quien los preste a su nombre lo haga en forma adecuada, es apenas lógico suponer que para hacerse acreedor a la adjudicación de una licitación, sea necesario acreditar requisitos tales como la experiencia, capacidad y profesionalismo. (se subraya)⁸³

Se trata, como se observa, de factores de escogencia orientados a garantizar que la televisión cumpla la función constitucional y legal que le corresponde como servicio público. Factores que no son de poca importancia y cuya valoración se torna forzosa, si se tiene en cuenta que la televisión tiene relación directa con los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a fundar medios de comunicación y a la información, los cuales, como se señaló en la primera parte de esta consulta, forman parte estructural de los sistemas democráticos basados

⁸² El aparte tachado fue declarado inexequible en Sentencia C-310 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, porque al asignar un porcentaje del 70% a la experiencia y capacidad, se estaba privilegiando a quienes ya operaban concesiones de televisión, en desventaja de quienes por primera vez pretendían acceder al espectro electromagnético.

⁸³ Sentencia C-310 de 1996.

en la pluralidad, la libre circulación de las ideas y el derecho a estar informado. Y porque tales derechos, en su ejercicio convergen con otros derechos fundamentales como el buen nombre, la honra, la igualdad, la educación, los derechos de los menores, etc., frente a los cuales el Estado tiene un deber de garantía irrenunciable.

Como ha señalado la Corte Constitucional, la información que se suministre a través de medios masivos de comunicación, específicamente de la televisión, “debe reunir unas especiales características para que contribuya efectivamente a la realización paralela de los derechos fundamentales de cada individuo receptor, específicamente de aquellos a los que se refiere el artículo 20 de la Constitución y no contrarie ninguna disposición del ordenamiento superior”⁸⁴.

Todo ello determina entonces que para el Estado no puedan ser indiferentes, como no lo son en la Ley 182 de 1995, las condiciones de idoneidad técnica, económica y profesional del futuro concesionario de televisión y que por tanto no sea suficiente para quien pretende serlo la simple posibilidad de ofrecer una contraprestación económica mayor que cualquier otro por el uso del espacio electromagnético⁸⁵. En ese sentido, la adjudicación de espacios y frecuencias para la televisión no es asimilable a la venta de un bien cualquiera o de una empresa del Estado⁸⁶.

Lo anterior no quiere decir en todo caso que el precio no sea un factor importante y evaluable dentro de la licitación (aunque no por subasta hasta la Ley 182 de 1995), pues la misma ley establece que la asignación del espacio electromagnético da lugar a una serie de derechos, tasas y tarifas a favor del Estado⁸⁷. Sólo que en favor de estas contraprestaciones, el Estado no puede renunciar a verificar la idoneidad y calidades de quien va a explotar el servicio de televisión conforme lo ordena el artículo 48 de la Ley 182 de 1995.

Se pregunta entonces, ¿en qué cambió este claro esquema de regulación -que comprende licitación pública, exclusión absoluta de subasta y factores objetivos de escogencia adicionales al precio-, con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009?

La Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones, tiene por objeto determinar el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la

⁸⁴ Sentencia C-350 de 1997.

⁸⁵ “Así entonces, partiendo de la base de que la Constitución Política busca preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, en forma tal que si no es el Estado quien presta directamente los servicios públicos, quien los preste a su nombre lo haga en forma adecuada, es apenas lógico suponer que para hacerse acreedor a la adjudicación de una licitación, sea necesario acreditar requisitos tales como la experiencia, capacidad y profesionalismo.” (Sentencia C-310 de 1996).

⁸⁶ Sentencia C-093 de 1996.

⁸⁷ Art.48 -c) “El otorgamiento de la concesión por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión por contrato o licencia, dará lugar al pago de una tarifa que será independiente de aquella que se cause por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio.”

administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información (art.1).

Respecto de su ámbito de aplicación, el parágrafo del mismo artículo 1º señala que la televisión seguirá rigiéndose por las normas especiales pertinentes “con las excepciones específicas” contenidas en dicha ley. Una de tales normas específicas que influiría en el régimen jurídico de la Televisión, es el artículo 72 que genera la presente consulta, el cual incluye expresamente las concesiones a cargo de la Comisión Nacional de Televisión. Señala dicho artículo lo siguiente (se subraya la parte pertinente que origina la consulta):

“ARTICULO 72. REGLAS PARA LOS PROCESOS DE ASIGNACION DE ESPECTRO CON PLURALIDAD DE INTERESADOS. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:

Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.

En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.

Cuando prime el interés general, la continuidad del servicio, o la ampliación de cobertura, el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa.”

Como se observa en su título, el artículo está dirigido a establecer reglas para los procesos de asignación del espacio electromagnético cuando existe *pluralidad de oferentes*. Su observancia es obligatoria, pues la ley utiliza la expresión “deberán”.

Tales reglas tienen una finalidad específica (primer y tercer inciso): que en presencia de varios interesados se utilicen por la Administración mecanismos que permitan “maximizar los recursos para el Estado”, en especial, para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión.

Para ello, el artículo obliga en primer lugar a que previamente al inicio del proceso contractual se determine si existe o no un número plural de interesados, lo cual, en caso de la televisión, se logra con la exigencia de inscripción previa en el RUO (art.182-a⁸⁸).

⁸⁸ Art. 182 (...) “a) Sólo podrán participar en la licitación respectiva y celebrar contratos, las personas que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas con anterioridad a la apertura de la licitación en el registro único de operadores del servicio de televisión, que estará a cargo de la Comisión Nacional de Televisión y cuya reglamentación corresponderá a la Junta Directiva de ésta.

Si se establece la pluralidad de oferentes, el artículo prevé la aplicación de *procesos de selección objetiva*⁸⁹ que permitan mejorar las ofertas, entre ellos *la subasta*, lo que antes no permitía la Ley 182 de 1995 en materia de Televisión.

Considera la Sala que en el contexto del artículo (reglas para *la asignación* del espacio electromagnético), la expresión “*medios de selección objetiva*” no se debe entender como las *modalidades de contratación* (adjudicación, selección abreviada, contratación directa o concurso –art.2 Ley 1150 de 2007), sino como los *mecanismos de adjudicación o de asignación* de las respectivas concesiones, entre los cuales se menciona la subasta.

Respecto de este mecanismo, el Consejo de Estado⁹⁰ ha señalado que se caracteriza porque la definición del adjudicatario del contrato estatal se hace *únicamente* en consideración del precio que el proponente está dispuesto a ofrecer al Estado:

“Es la doctrina la que ha establecido “que son contratos al mejor postor o en pública subasta”, aquellos en los que “una persona ofrece su celebración al público o a cierto grupo de individuos en las condiciones que ella misma señala, pero entendiéndose que el contrato se celebrará con el que ofrezca el mejor precio... Pero difieren en que el precio no está determinado en forma definitiva. Será la subasta la que lo determine; su objeto es precisamente obtener el mejor precio posible. ... La subasta puede hacerse con señalamiento de minimum o sin él. En el primer caso, el contrato se celebrará con quien ofrezca el minimum o un precio superior... **Pero, haya o no señalamiento de minimum, el contrato se reputará celebrado siempre con el que ofrezca el precio más alto**⁹¹”. (Subrayado original, negrilla fuera de texto, pie de página de la sentencia que se cita)

En dicho registro se evaluarán fundamentalmente la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, su experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía. La calificación y clasificación de los inscritos tendrán una vigencia de dos (2) años. Esta vigencia es lo que se exigirá para participar en la licitación.

Esta vigencia sólo se exigirá para participar en la licitación o la celebración del contrato o licencia respectiva. Los factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio; (...)” Concordante con el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, que establece que en tratándose de cualquier tipo de concesiones no se requiere el Registro Único de Proponentes y que en tal caso cada entidad cumplirá con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

⁸⁹ El artículo utiliza la expresión “se aplicarán” que tiene carácter imperativo.

⁹⁰ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, octubre 20 de 2005.

⁹¹ Los destacados son de la sala. Arturo Alessandri Rodríguez. *De los contratos*. Ed. Temis.S.A. pags. 116, 117. Juan Carlos Cassagne –*El contrato administrativo*- por su parte señala que el remate público, también denominado “*subasta*” “difiere de la licitación pública en cuanto se realiza previa convocatoria al público en general debidamente publicitada, una puja para ofrecer el mejor precio para la Administración. Precisamente, esta puja que se produce entre los concurrentes a la subasta y que no finaliza hasta no tener más postores que la última oferta, constituye una de las principales diferencias con el procedimiento de la licitación. En cambio, si la subasta se realiza con la recepción de ofertas bajo sobre obviando la puja, el procedimiento se asemeja al de la licitación pública”.(p. 48). Para MARIENHOFF, remate público y subasta “trasuntan situaciones de hecho distintas a la licitación”, en cuanto en ésta las ofertas se hacen por escrito, de acuerdo con un procedimiento pre establecido y la adjudicación del contrato no es simultánea con el conocimiento de la mejor oferta, pues esa adjudicación demora un tiempo en trámites ulteriores, en cambio en la subasta, las ofertas se hacen de viva voz en presencia de todos los asistentes al acto, y el contrato se concluye simultáneamente con el conocimiento de la mejor oferta. (*Tratado de*

En el mismo sentido, conforme a la doctrina económica, la subasta no se identifica necesariamente con un *sistema de pujas sucesivas*, que es sólo uno de los varios modelos de adjudicación o de compra de un bien por “subasta”; lo que caracteriza dicho mecanismo, como indica la sentencia en cita, es la venta o adquisición de un bien en razón del precio ofrecido, ya sea en uno solo o en varios ofrecimientos.⁹²

Ahora bien, al llegar a este punto de los mecanismos de adjudicación (parte final del inciso 3º), la ley otorga un amplio margen de apreciación al utilizar la expresión “entre ellos”, la cual le otorga carácter ejemplificativo, no imperativo, a la palabra “subasta”, pudiendo entonces analizarse por la entidad concedente su procedencia o el uso de otras alternativas que permitan el logro del mismo fin (maximizar los recursos para el Estado en la asignación del espacio electromagnético), sin que necesariamente se ordene abandonar los demás criterios de selección previstos en normas especiales; de lo contrario, la ley habría dicho directamente que la adjudicación “se hará por subasta” y toda la expresión que le antecede “se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos”, carecería de todo efecto útil dentro de la norma.

En este sentido los antecedentes legislativos de la disposición son bastante claros. En el Acta de Plenaria 119 del 18 de junio de 2008 Cámara⁹³, se propone un artículo nuevo (el analizado), que en su parte pertinente ordenaba la adjudicación por subasta a partir de la siguiente redacción:

Derecho Administrativo, Tomo III-A. P.187). (Pie de página corresponde al texto original de la Sentencia que se cita)

⁹² Así, la doctrina distingue cuatro tipos básicos de subasta: **Subasta con sobre cerrado a primer precio:** el comprador sólo puede realizar una oferta, sin conocer cuál es el precio que ofrecen los demás; es decir, que “cada uno de los postores sabe cuánto valora el bien, pero ignora la valoración de los otros” (Singer, Marcos, 2002). La adjudicación se hace a la oferta más alta. En este esquema, pujar alto para estar por encima de las otras propuestas (que se desconocen) supone aumentar la probabilidad de ganar, pero se asume pagar un precio alto por el bien ofrecido. Según Riascos Villegas “en esta subasta los agentes observan su valoración (información) y hacen una oferta. Gana el que ofrece más alto y paga por lo ofertado.” (Introducción a la Teoría de las Subastas, 2008, Universidad de los Andes)

Subasta Vickrey o de Segundo Precio: opera igual que la anterior (una sola oferta a sobre cerrado), pero el precio a pagar por el ganador corresponde al de la segunda mejor oferta.

Subasta Inglesa (ascendente): los compradores emiten ofertas de manera ascendente, empezando por precios bajos y mejorando sus ofertas, hasta que ningún comprador puede superar el precio del último ofertante, a quien por tanto se le asigna el respectivo bien;

Subasta Holandesa (descendente): el vendedor o subastador empieza anunciando un precio, normalmente alto, y lo va disminuyendo hasta que alguno de los interesados toma la oferta.

Cada una de estas subastas es a su vez susceptible de muchas variantes. (Al respecto pueden verse, entre otros, Usategui, José María; Subastas, señales y otras respuestas a las asimetrías de información, Universidad del País Vasco, 2003, p.23-26; Singer Marcos, Una introducción a la teoría y práctica de las subastas, Revista Abante, Volumen 5, 2002; Mavila Daniel, Las Subastas, Instituto de Investigación, Facultad de Ingeniería Industrial UNMSM, 2003; Millán Placi María Florencia, Aplicación de la Teoría de las Subastas, www.aaep.org.ar/esp/anales/PDF_02/millan.pdf; Aparicio Roqueiro Carlos, La Regulación de las OPA, regulación europea y ofertas sobre empresas; Comisión Nacional del Mercado de Valores, Monografía No.20, Madrid, 2007; Durá Juez Pedro, teoría de las Subastas y Reputación del Vendedor, Comisión Nacional del Mercado de Valores Monografía 3, Madrid, 2003)

⁹³ Gaceta del Congreso 424 de 2008 del 17 de julio de 2008.

“En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicará la subasta como mecanismo de selección.”

Se argumentaba por el representante que presentaba la propuesta que la subasta había demostrado su eficacia y la garantía de transparencia en la adjudicación de bienes del Estado, poniendo como ejemplos los casos de ECOPETROL Megabanco, Acerías Paz del Río, Bancafé y Granahorrar. No obstante, en ese momento el Ministerio de Comunicaciones objetó la propuesta advirtiendo que dicho mecanismo podría llevar a la exclusión de los pequeños operadores y a la concentración de los medios en quienes simplemente tiene mayor capacidad económica y desincentivaría las inversiones posteriores si el valor de adjudicación es demasiado alto:

Para el Gobierno no es pertinente este artículo, por lo siguiente: Efectivamente el Gobierno Nacional ha asignado por subasta algunas de las franjas de frecuencia, pero no nos puede condicionar a que sea lo único porque, primero, se evita así el acceso democrático al espectro, nos sacarían a los chiquitos, a los radioaficionados y a tantos otros pequeños que requieren el uso del espectro radioeléctrico.

Segundo: Se concentraría en aquel que tenga mayor capacidad de pago.

Tercer argumento que es importante. Se ha demostrado en la Unión Europea que no necesariamente la subasta genera más recursos para el Estado, porque puede generar un incentivo perverso de colusión, inclusive hay un artículo similar que fue sacado en la Comisión Sexta del Senado del proyecto de televisión, y lo que se deja es como una de las alternativas que se pueda considerar la subasta.

Cuarto. Este Proyecto de ley no toca temas de televisión, entonces no es procedente incluir temas de televisión porque ya se exceptúan desde el principio.

Quinto. Si solo se hiciera por subasta, es tan alto el monto que van a pagar, que genera un desintensivo a inversiones en innovación y desarrollo, que fue el caso fundamental que vimos en los canales de televisión durante los primeros seis años, y en el campo de los celulares durante los primeros cinco años (...)

Frente a esa objeción, el ponente del proyecto manifiesta que la intención de la norma no es perjudicar a los pequeños operadores; el Ministerio propone entonces que sea una de las alternativas “siempre que sea viable desde el punto de vista de la banda para la cual se va a trabajar y de las características del servicio que se va a prestar”. Y entonces se llega a la redacción final del artículo señalándose por el ponente lo siguiente:

“Señor Presidente, con el fin de conciliar el texto con el Representante Felipe Orozco, hemos acordado que el inciso final cambie de redacción de la siguiente forma, y quede así:

Donde dice que se aplicará la subasta como mecanismo de selección, diga, se aplicarán procesos de selección objetivas, entre ellos la subasta, con el fin de que no quede exclusivamente señalado para que sea el único medio, sino que sea uno de los medios que se pueden aplicar".

Por tanto, para la Sala es claro que el artículo en cuestión no impone la obligación de adjudicar por subasta el servicio de televisión (da esa alternativa si se considera viable) y mucho menos deroga los criterios de adjudicación que se establecen en la Ley 182 de 1995 para la concesión de canales nacionales de operación privada.

De hecho podría afirmarse que esa posibilidad (no obligación) de acudir a la subasta en el caso de la televisión ya era consecuencia de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 que permite (no exige) el uso de la subasta en los procesos de licitación pública, *según lo considere más adecuado* para los fines de la contratación la entidad pública contratante⁹⁴. Ello porque, el artículo 32 de esa Ley 1150 derogó expresamente las disposiciones de la Ley 182 de 1995 "que sean incompatibles con ella" y podría afirmarse entonces que la prohibición de subasta contenida en esta última caía en ese supuesto de contradicción normativa.

De cualquier modo y más allá de esa posible discusión, es claro que la Ley 1341 de 2009 viene a despejar cualquier duda que pudiera existir sobre el particular, permitiendo que las entidades que tienen a su cargo la asignación de frecuencias del espacio electromagnético evalúen la posibilidad de acudir a mecanismos que, como la subasta, permitan mejorar el precio de la adjudicación. Al respecto, como la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara al señalar que las entidades estatales no pueden utilizar mecanismos de adjudicación distintos a los autorizados por la ley⁹⁵, lo que se tiene es que la Ley 1341 de 2009 viene a cumplir esa función de permitir, que no obligar, el uso de la subasta o de otros mecanismos similares en un ámbito en el que antes, como se vio, estaba totalmente restringido.

En todo caso, también debe tenerse en cuenta que se trata de una autorización general de uso de la subasta en el ámbito de las telecomunicaciones, pero no una orden específica de aplicación para determinado servicio en particular. Como quedó expuesto en los antecedentes de la ley, en cada caso debe armonizarse tal autorización general con las normas que ríjan el respectivo servicio (televisión, telefonía móvil, radio, etc.)

⁹⁴ ARTICULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCION. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. **Licitación pública.** La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento." (se subraya)

⁹⁵ El Consejo de Estado ha entendido que existe una reserva de ley que impide incluso que el reglamento establezca formas de adjudicación distintas a las previstas en la ley. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Igualmente auto de suspensión provisional del 27 de mayo de 2009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Visto lo anterior, la confrontación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 con lo que dispone la Ley 182 de 1995 respecto al procedimiento y criterios que deben usarse para adjudicar el servicio de televisión, lleva a la Sala a las siguientes conclusiones:

- 1.) El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no eliminó la licitación pública como regla general de selección de los adjudicatarios de canales nacionales de televisión privada.

Todas las modalidades de contratación (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa) son mecanismos de “selección objetiva”, es decir, obligan a que la escogencia del contratista esté separada de cualquier elemento subjetivo, de afecto o preferencia⁹⁶. Por tanto, el uso de esa expresión en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, aún si se entendiera que se refiere a las modalidades de contratación y no a los mecanismos de adjudicación como se señaló, vendría a ratificar antes que a derogar la exigencia de licitación pública en materia de asignación de frecuencias para la televisión, tal como lo establece originalmente la Ley 182 de 1995.

- 2.) No observa tampoco la Sala que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 haya derogado expresa o tácitamente, los literales b), l) y n) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995 que establecen los criterios de adjudicación adicionales al precio que deben orientar la decisión final de la Comisión Nacional de Televisión. Por tanto, no se encuentra que por virtud de la Ley 1341 de 2009 se haya liberado a la Comisión Nacional de Televisión de tener en cuenta aquéllos aspectos que permitan garantizar que el futuro concesionario, además de sus posibilidades económicas, será quien mejor asegure el cumplimiento de los fines y funciones del servicio público de televisión.

Por tanto, en el caso concreto de la televisión, la Sala encuentra lo siguiente: por una parte, la ley le ordena a la Comisión Nacional de Televisión tener en cuenta diversos criterios de adjudicación que garanticen la idoneidad de la propuesta del licitante y que éste estará en capacidad de cumplir los fines del servicio de televisión; de otra, existe una autorización general para que se evalúe el uso de la subasta en la asignación del espacio electromagnético.

Dados los fines del servicio público de televisión suficientemente expuestos a lo largo de este concepto, sin perjuicio de que se estudien mecanismos que permitan maximizar los recursos que recibirá el Estado, la Sala considera que en lo que hace relación concreta con la asignación de un tercer canal nacional de televisión abierta, el precio no puede ser el único criterio de adjudicación aplicable, no sólo porque la ley obliga a tener en cuenta otros parámetros, sino porque ello significaría, en contravía de claros mandatos constitucionales, que el uso del espacio electromagnético destinado a la televisión estuviera determinado exclusivamente por el poder económico del licitante y no por lo que su propuesta pueda significar para el servicio de televisión.

⁹⁶ ARTICULO 5o. *DE LA SELECCION OBJETIVA.* Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Como ha establecido la jurisprudencia, siendo el espectro electromagnético elemento esencial para la prestación del servicio público de telecomunicaciones, el Estado ejerce una significativa intervención orientada a dar cumplimiento a sus fines y hacer realidad los principios superiores en los servicios públicos y garantizar su utilización racional, equitativa, eficaz y económica.⁹⁷

En consecuencia, el uso de la subasta sólo podría hacerse, de considerarse conveniente a juicio de la Comisión Nacional de Televisión y dentro de la autonomía y margen de apreciación que le concede la Constitución y la ley⁹⁸, una vez estuvieran satisfechas las necesidades relacionadas con la verificación de las condiciones técnicas, profesionales y de idoneidad de los eventuales concesionarios, así como “*la capacidad de los oferentes para ofrecer una programación más ventajosa para el interés público, con el fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, la necesidad de diversificación de las informaciones*” y “*el número de horas de programación ofrecida, mayor número de horas de programación nacional y la viabilidad económica de programación del servicio*”. (art, 48 de la Ley 182 de 1995, literales b, l y n)

Ello, claro está, sin perjuicio de que la valoración del precio mínimo de la adjudicación y en la estructuración del proceso de contratación se puedan utilizar mecanismos que permitan lograr la finalidad de maximización de recursos del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, sin que se sacrifiquen en todo caso los demás criterios de adjudicación previstos en la ley.

En el caso consultado, la Sala observa que el proyecto de pliego de condiciones⁹⁹, elaborado y publicitado antes de la expedición de la Ley 1341 de 2009¹⁰⁰, establece que previa verificación de ciertas condiciones técnicas, jurídicas y

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-838-02, M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

⁹⁸ Sobre las competencias de la Comisión Nacional de Televisión en materia contractual, en concreto para adjudicar los contratos de concesión y reglamentar las respectivas licitaciones puede verse la Sentencia del 14 de agosto de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, en la que se rechazó la nulidad de la reglamentación expedida por esa Comisión para el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión en la modalidad de servicio de Televisión por Suscripción”. El Consejo de Estado recuerda que el artículo 33 de la Ley 80 de 1993 establece que “los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia” y que a su vez el artículo 5 de la Ley 182 de 1995 dispone que a la CNTV le corresponderá reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, así como “los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio”. En Sentencia C-949 de 2001 la Corte Constitucional declaró exequible el aparte subrayado anteriormente: “por lo que respecta al parágrafo del artículo 33 de la Ley 80 de 1993, la acusación será desestimada, pues tal como se determinó en acápite precedente, la competencia del Congreso de la República para dictar un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, conforme a lo preceptuado en el inciso final del canon 150 Superior, no comporta la obligación para el legislador de adoptar un estatuto único mediante la modalidad legislativa de las Leyes Estatutarias o de las Leyes Marco reguladas en los artículos 150-19 y 152 del Ordenamiento Fundamental, sino la de expedir una ley ordinaria contentiva de principios y reglas destinadas a orientar la actividad contractual del Estado (...) De igual forma, podía el legislador por medio del parágrafo impugnado preservar la especialidad de las normas que regulan la contratación de los servicios de televisión. Las anteriores consideraciones son suficientes para declarar la constitucionalidad del parágrafo demandado en relación con los cargos imputados por el actor.” Igualmente, puede verse Sentencia C-351 de 2004.

⁹⁹ De acuerdo con el texto disponible en el Portal Único de Contratación Pública www.contratos.gov.co.

¹⁰⁰ Según los datos que aparecen en el portal único de contratación www.contratos.gov.co., el proyecto de pliego de condiciones fue fijado el 22 de abril de 2009 y las observaciones hechas al mismo fueron presentadas antes de la expedición de la Ley 1341 de 2009.

financieras de los participantes, la adjudicación del tercer canal de televisión se haría teniendo en cuenta (numeral 2.2.):

- La Oferta de Mejoramiento del Plan Básico de Programación: otorga el 50% de la calificación y corresponde a aquello adicional al *Plan Básico de Programación* que se ofrece por el licitante. Así, entre más “medias horas” de programación infantil, de opinión, de producción nacional y de Géneros No Cubiertos Suficientemente¹⁰¹ se ofrezcan, se obtiene un mayor puntaje. El pliego prevé unas tablas y unos puntajes con base en las cuales se califica este ítem utilizando como factor de referencia el mayor tiempo ofrecido de tales tipos de programas.
- La Oferta Económica para competir y ser elegido: Otorga el otro 50% de calificación y corresponde al valor adicional al *precio base de la concesión* que ofrece cada licitante.

Ambas ofertas (la de mejoramiento y la económica) se entregan en sobre cerrado. Una vez calificadas y otorgados los puntajes a cada una de ellas, se promedian y se establece el orden de elegibilidad entre los participantes. En caso de empate, que se presentaría, según el proyecto de pliegos, si entre dos o más proponentes no existe una diferencia en el puntaje total superior al 10%, se suspende la Audiencia de Adjudicación por 30 minutos para que los proponentes empatados presenten otro sobre cerrado con una “oferta económica de mejoramiento”. El empate se dirimirá en ese momento “a favor del proponente que presente la Oferta Económica de Mejoramiento más alta” (numeral 2.2.)

En este esquema, la Sala considera que en caso de empate, donde ya se daría por sentado que ambas propuestas serían técnicamente elegibles y se encontrarían en las mismas condiciones en cuanto a las calidades de los aspirantes y de la programación ofrecida, sería posible analizar la conveniencia y viabilidad de usar mecanismos para maximizar el precio que se recibiría por la concesión, entre ellos, precisamente, la subasta.

Sin embargo, esa decisión es exclusiva de la Comisión Nacional de Televisión dentro del margen de apreciación que le permite la ley y de acuerdo con la ponderación que haga de los diferentes intereses generales que puedan entrar en conflicto. Esa valoración no corresponde a esta Sala.

En todo caso, en la medida que la Ley 1341 de 2009 del 30 de julio de 2009 es posterior a la fecha en que la Comisión Nacional de Televisión elaboró el proyecto de pliegos de condiciones y que antes de dicha ley no era clara la posibilidad de acudir a la subasta como uno de los posibles medios de adjudicación del espacio electromagnético, la Sala recomienda que dicha Comisión antes de iniciar el proceso de contratación evalúe lo pertinente si aún no lo hubiere hecho.

Además, deberá tenerse en cuenta lo que pueda resultar de la demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 72 de esta Ley, que según la página oficial de la Corte Constitucional fue radicada el 10 de septiembre de 2009.

LA SALA RESPONDE:

¹⁰¹ El proyecto de pliegos define “Géneros No Cubiertos Suficientemente” aquéllos definidos como tal en la Gran Encuesta de Televisión Colombiana y que corresponden a: documentales, musicales, cine o películas, humos y deportes (numeral 1.10 Glosario).

1. *¿La concurrencia de concesiones a la que se refiere el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, representa inhabilidades que se predican del proponente y deben verificarse al momento de presentar su propuesta, o son de quien vaya a ser concesionario y, por lo tanto, deberán verificarse al momento de la suscripción del respectivo contrato de concesión?*

O dicho de otra manera, ¿les está prohibido presentar propuesta en la licitación de un canal nacional de operación privada a quiénes hoy tienen la calidad de concesionarios o son socios de canales locales?

Respuesta: Las prohibiciones contenidas en el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, no son causales de inhabilidad para contratar sino que comportan la imposibilidad de ser simultáneamente titular de más de una concesión de televisión.

Por tanto, quienes en la actualidad son concesionarios de espacios de televisión, o de canales locales, o socios de éstos, podrán participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión nacional de operación privada, pero deberán renunciar a las concesiones de las cuales sean titulares en caso de resultar adjudicatarios.

2. *De conformidad con el marco legal vigente, especialmente lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y los fines de la prestación del servicio de televisión contemplados en la Ley 182 de 1995 ¿la subasta es el único mecanismo de selección objetiva por el cual se debe adelantar el proceso de adjudicación de un tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional, o puede la CNTV acudir a otros mecanismos que garanticen la selección objetiva más favorable?*

Respuesta. La Comisión Nacional de Televisión no está obligada a usar el mecanismo de subasta para la adjudicación del tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional; el uso de ese mecanismo es facultativo y en caso de acudirse a él deberá hacerse en concordancia con el deber que le asiste a la Comisión de tener en cuenta también los criterios de adjudicación previstos en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995.

3. *¿De conformidad con el marco legal vigente, el otorgamiento de una concesión para la operación del servicio público de televisión debe hacerse a través de un proceso público de selección en el que únicamente se tenga como factor de evaluación el mayor precio ofrecido, o por el contrario debe en todo caso incluirse en el proceso de selección factores que permitan la evaluación de los criterios adicionales a los que expresamente se refiere el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, entre otros, mayor número de horas de programación nacional, programación más ventajosa para el interés público, pluralidad de ideas, diversificación de informaciones?*

Respuesta. De conformidad con el marco legal vigente, el precio no puede ser el único factor de selección de los concesionarios de canales nacionales de operación privada, pues en todo caso se deberán tener en cuenta los criterios de adjudicación establecidos en la Ley 182 de 1995.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA
Con impedimento aceptado

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaría de la Sala