

JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN - Procedimiento especial para la adopción de acuerdos / COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN - Obligación de publicidad durante la etapa de formación de los actos de carácter general / COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN – Nulidad de las definiciones de las expresiones “encadenamiento” y “desencadenamiento” contenidas en los artículos 4, 22 y 23 del Acuerdo 002 de 2012, porque no fueron incluidas en el texto del proyecto sometido a divulgación, conocimiento y discusión del público

El hecho de que la Jurisprudencia de esta Corporación, como quedó visto, ha sostenido que la finalidad del artículo 13 de la Ley 182 de 1995, al ordenar a la CNTV que se dé a conocer a los interesados la materia que se pretende reglamentar, es la de permitir el desarrollo del *“respectivo debate que el Legislador previó para la expedición de los actos generales de dicha entidad”*. Por lo tanto, no existe duda alguna de que para la adopción de actos de carácter general por parte de la CNTV, previamente, debe dar a conocer al público, a través de medios de comunicación de amplia difusión, la materia que se propone reglamentar, so pena de transgredir el procedimiento establecido en el artículo 13 de la Ley 182 de 20 de enero de 1995, previsto para tal efecto.

COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN – Para clasificar las modalidades del servicio público de televisión / Televisión Abierta Radiodifundida Digital Terrestre TDT – Adopción por avance tecnológico

La CNTV en virtud de la Ley sí tenía competencia para clasificar, de conformidad con la Ley, las distintas modalidades del servicio público de televisión y establecer otros criterios de clasificación o clases diferentes, “para mantener el sector actualizado con el desarrollo de los servicios y los avances tecnológicos”; por lo anterior no puede afirmarse como lo hace el actor, que la CNTV no tenía competencia para crear nuevas clasificaciones y que, además, derogó otras clasificaciones contenidas en la Ley. Lo que hizo la CNTV, dado que adoptó el estándar DVB de televisión digital terrestre europeo, hecho que no ha estado en discusión, fue crear una nueva clasificación que denominó Televisión Abierta Radiodifundida Digital Terrestre – TDT.

OPERADORES DE TELEVISIÓN ABIERTA – Emisión de programación destinada únicamente a determinados usuarios

Considera la Sala que el actor no desvirtuó la presunción de legalidad de que gozan los artículos 4º, en cuanto definió los “subcanales digitales” y 23 que permitió, en desarrollo de lo previsto en el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, la emisión, por parte de los operadores de televisión abierta, de programación destinada únicamente a determinados usuarios hasta el equivalente del 5% de la oferta televisiva mensual, y 15, que estableció que el 50% se debía prestar de manera libre y gratuita. Así pues, colige la Sala que la modalidad de pago, es decir, la parte que no es gratuita y, por lo tanto, el usuario paga el servicio de televisión, prevista en los artículos 4º y 15 del Acuerdo núm. 002 de 2012, tiene como título habilitante la misma Ley; en otras palabras, para la modalidad de televisión abierta el artículo 20, literal a), de la Ley 182 de 1995, autoriza que determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios, según lo disponga la CNTV, como en efecto lo hizo mediante el artículo vigésimo tercero del Acuerdo acusado, que lo permite, se reitera, para la televisión abierta solamente hasta el equivalente al 5% de la oferta televisiva mensual del canal analógico y su equivalente en el canal principal digital, o en 20% previa

solicitud del operador a la CNTV o entidad que haga sus veces, según su inciso segundo. Por lo anterior, la Sala considera que los operadores de televisión abierta, incluida la local, no requieren de otro título habilitante para emitir programación a determinados usuarios bien sea de manera gratuita o paga, pues por virtud de la Ley, la CNTV podía otorgarlo como en efecto lo hizo mediante el acto acusado.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 - ARTÍCULO 13 / LEY 182 DE 1995 - ARTÍCULO 37 PARÁGRAFO 4 / LEY 182 DE 1995 – ARTÍCULO 5 LITERAL C / LEY 182 DE 1995 – ARTÍCULO 18 / LEY 182 DE 1995 – ARTÍCULO 20 LITERAL A

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 002 DE 2012 (4 de abril) COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN HOY AGENCIA NACIONAL DE TELEVISIÓN – ARTÍCULO 4 PARCIAL, ARTÍCULO 22 Y ARTÍCULO 23 (Anulados) / ACUERDO 002 DE 2012 (4 de abril) COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN HOY AGENCIA NACIONAL DE TELEVISIÓN – ARTÍCULO 8, ARTÍCULO 9 PARAGRAFO 2 Y ARTÍCULO 13 PARÁGRAFO 3 (No anulados)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-24-000-2012-00278-00

Actor: ISAAC ALFONSO DEVIS GRANADOS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV-, HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN -ANTV

Referencia: Medio de control de Nulidad

Decide la Sala en única instancia la demanda presentada por el señor **ISAAC ALFONSO DEVIS GRANADOS**, en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A., contra el Acuerdo 002 de 4 de abril de 2012, *“Por medio del cual se establece y reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta*

radiodifundida digital terrestre – TDT”, expedido por la Comisión Nacional de Televisión –CNTV-, hoy Autoridad Nacional de Televisión -ANTV-.

I.- LA DEMANDA.

I.1- Solicita el actor que se declare la nulidad del Acuerdo 002 de 4 de abril de 2012, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, hoy Autoridad Nacional de Televisión -ANTV-.

Manifiesta que atendiendo que la legitimación en la causa por pasiva es la capacidad legal para poder tener en un litigio a determinada persona, como parte demandada en este proceso concurre la Autoridad Nacional de Televisión -**ANTV**-, en calidad de sucesor procesal de la extinta Comisión Nacional de Televisión - **CNTV**-, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1507 de 2012.

Solicita, además, que se condene en costas a la Autoridad Nacional de Televisión - ANTV-, conforme a lo señalado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

I.2- La parte actora señala, en resumen, los siguientes hechos, que la Sala consideró relevantes de extraer de su extenso escrito.

Que el Acuerdo 002 de 4 de abril de 2012 fue expedido faltando menos de 8 días para que la Comisión Nacional de Televisión perdiera su competencia, en forma atropellada e inconsulta; que después de esa fecha solo quedó con competencia para asuntos directamente relacionados con su liquidación, según el artículo 20 de la Ley 1507 de 2012.

Que el acto demandado tiene por objeto establecer y reglamentar la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre – TDT, el cual evidencia incoherencias y yerros legales en algunos de sus artículos.

Considera que con dicho acto lo que se logra es permitir a los operadores de televisión abierta prestar servicios de televisión “TDT paga” y de televisión por suscripción, sin necesidad de tener concesión para la prestación de esas modalidades de servicio, contrariando abiertamente lo reglado en el artículo 4° del artículo 37 de la Ley 182 de 1995, norma vigente que establece la imposibilidad de que un mismo concesionario del servicio de televisión local pueda ser titular de más de una concesión en dicho nivel; que en este sentido la determinación de la demandada de realizar ajustes en los contratos y/o licencias que favorecen solo a un grupo de operadores, rompe la ecuación económica del contrato, toda vez que éste debe mantener, desde su celebración, ejecución y terminación, el equilibrio contractual.

Estima que el artículo 26 del Acuerdo demandado, permite la modificación de los títulos habilitantes de los operadores de televisión abierta comercial, sin necesidad de recurrir a licitación pública, alterando sustancialmente el equilibrio económico del contrato de concesión, ya que se otorgan mayores derechos a los operadores que prestan el servicio público de televisión abierta sin que ello conlleve para dichos operadores mayores obligaciones y deberes para quienes fueron beneficiados.

Advierte que a los operadores de “TDT paga” no se les han impuesto las mismas cargas regulatorias a las que estarían sometidos los operadores de televisión por suscripción, lo que crea discriminación y desigualdad entre operadores del mismo servicio.

Que, además, las cargas que se imponen a los operadores de televisión por suscripción, en un alto porcentaje, son para financiar la televisión pública, lo cual quiere decir que los operadores de televisión por suscripción terminarían financiando a su competencia.

Explica que en el artículo 3º del Acuerdo acusado, de manera caprichosa, se creó un nuevo criterio de clasificación en el servicio de televisión denominada “*Televisión Abierta Radiodifundida Digital*”, sin proceder a determinar y ampliar la forma en que se modificarían los criterios de clasificación ya existentes, como lo es la televisión radiodifundida.

Finalmente, señaló que con la expedición del Acuerdo 002 de 2012 se transgredió el procedimiento establecido en el artículo 13 de la Ley 182 de 20 de enero de 1995 y demás normas concordantes, toda vez que incluyó contenidos que no fueron objeto de estudio al momento de difundir el proyecto, por lo que se adoptaron temas que no fueron tratados ni se pusieron en conocimiento, tomando por sorpresa a los administrados, lo cual contradice el principio de la buena fe con que debe actuar la Administración y la totalidad de los postulados del artículo 209 de la Constitución Política.

I.3- El actor considera que con la expedición de las disposiciones acusadas se han violado los artículos 13, 75, 77, 83, 209, 333 y 365 de la Constitución Política; y 13, 18 a 22 modificado por el 24 de la Ley 335 de 1996, de la Ley 182 de 1995; el acto acusado fue expedido irregularmente, porque se expidió en contravención notoria de las Ley en que debió fundarse.

Explica el alcance del concepto de violación en los siguientes términos:

1.- Considera que los artículos 23 y 24 del Acuerdo acusado violan el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, por no encontrarse debatido y/o difundido el tema en el proyecto respectivo ni lo reglamentado en la Ley en lo relacionado con la cobertura otorgada en las licencias o los contratos.

Que los artículos 35 y 36 de la Ley 182 de 1995, respectivamente, se refieren, al operador del servicio sobre un área determinada, y a la distribución territorial para la prestación del mismo, en concordancia con el artículo 16 *ídem*, por el cual se crea el registro único de operadores privados del servicio público de TV en el nivel de cubrimiento nacional que señala que las licencias y/o concesiones de los operadores nacionales de televisión abierta se otorgan bajo el nivel de cubrimiento nacional.

Que la misma CNTV ha reafirmado en diversos pronunciamientos que los canales de televisión abierta solo pueden pasar el servicio de televisión por su frecuencia asignada y en el área autorizada.

Que, entonces, los operadores nacionales de televisión abierta no pueden desencadenar en sus subcanales puesto que sus licencias y/o contratos se encuentran regidos por la Ley 182 de 1995, que señala que su cobertura es nacional, luego si se les permite el desencadenamiento sin restricciones temporales o porcentuales en los sub-canales digitales, se violaría la Ley 182 de 1995, más aún si los operadores locales o regionales tienen un contrato dentro de una zona de cubrimiento determinada por la misma Ley, que debe ser respetado y, por lo tanto, no se puede permitir que un operador nacional preste servicios exclusivamente en su territorio desencadenando, pues este actuar afectaría su equilibrio económico derivado de la pauta publicitaria.

Que la CNTV toma como fundamento jurídico para reglamentar el desencadenamiento -artículo 23 del Acuerdo-, el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, que señala que la televisión abierta es aquella en la que la señal puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, sin perjuicio de que determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios; que no obstante dicha disposición solamente se refiere al porcentaje pago que se puede prestar, mas no a un desencadenamiento.

Que, además, el artículo 23 del Acuerdo acusado establece que el desencadenamiento se permite para el canal analógico, siendo que su objeto era regular la televisión digital TDT y no la analógica, con lo cual se está desconociendo la unidad de materia.

Agrega que, así mismo, la Ley 182 de 1995, solamente permite que se realice el encadenamiento en una situación especial, regulada en el numeral 2 del artículo 22; de manera que la CNTV desbordó su facultad de regular la Ley, puesto que la modificó.

2.- Expone que el Acuerdo acusado modificó los criterios de clasificación de la televisión establecidos en la Ley 182 de 1995; que la Ley 1507 de 2012 consagró facultades a la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC para modificar los criterios de clasificación de la televisión, facultades que antes recaían en la CNTV acorde con el literal c) del artículo 5, el párrafo del artículo 18 y el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995.

Que, sin embargo, en forma sorprendente casi a sólo ocho días de que perdiera su competencia, la CNTV expidió el acto demandado en el cual reguló la TDT en Colombia; en el Acuerdo estableció un nuevo criterio de clasificación del servicio de televisión para permitir prestar el servicio por suscripción a los operadores de televisión abierta, lo cual pone en evidencia su sospechosa urgencia; la nueva categoría de servicio de televisión denominada “*televisión abierta radiodifundida digital terrestre*”, permite que los operadores de televisión abierta pasen por los nuevos subcanales que se les otorgaron, un porcentaje de su programación de televisión, en el cual el pago por el servicio consiste en el único criterio de autorización a los usuarios para su recepción, lo cual quiere decir que sin necesidad de concesión y sin haber tenido que ir al proceso de licitación, se les está permitiendo prestar el servicio de televisión por suscripción, por las siguientes razones:

. Se les permite, gratuita y generosamente, a los canales abiertos comerciales, transmitir un mayor número de canales, utilizando para ello un bien del Estado, cual es el espectro radioeléctrico, sin contraprestaciones adicionales para éste.

. Creó un nuevo criterio de clasificación que le permite a los operadores de televisión abierta prestar el servicio de televisión por suscripción mediante la transmisión de subcanales con porcentaje de transmisión “pago” que sólo serán recibidos por usuarios autorizados o que hayan pagado el servicio.

. Ordenó la modificación de los títulos habilitantes de los operadores de televisión abierta para la prestación del servicio de televisión por suscripción, de tal forma que se haga mediante la misma concesión que ya se les ha otorgado.

Anota que además la CNTV ha considerado que la *“televisión abierta radiodifundida digital terrestre”*, es *“nuevo criterio de clasificación que no corresponde a ninguno de los cuatro ya previstos en el artículo 18 de la Ley 182”*, para lo cual no tenía competencia.

Considera que en el hipotético caso en que se considere que la CNTV tenía competencia para regular y/o modificar los conceptos establecidos por la Ley, debió definir de manera armónica lo relacionado con los demás servicios de televisión definidos en la norma y no lo hizo, como es el caso de la televisión radiodifundida ya existente en la Ley 182 de 1995; que pareciera que la entidad se basó en la clasificación del servicio en función de la tecnología de transmisión para crear un nuevo criterio, pero lo que hace es derogar la televisión radiodifundida.

Que entonces no se sabe si ese nuevo criterio derogó las categorías de clasificaciones que se desarrollan en los artículos 19 a 22 de la Ley 182 de 1995, y si no fuera así, la CNTV debió establecer cómo este nuevo criterio no afecta las clasificaciones que ya tiene la Ley.

3.- La “TDT paga” es en realidad un servicio de televisión por suscripción; que la CNTV de manera desafortunada estableció que el “servicio de televisión por suscripción” existe por oposición a la televisión abierta y no a la televisión gratuita, y que dentro de la definición legal en esta clase de servicios el hecho de que se trate de televisión gratuita o paga, no se toma en cuenta como elemento esencial.

Estima que el pago es un elemento esencial del contrato de televisión por suscripción y, por ende del servicio, pues no se concibe la televisión por

suscripción como gratuita, ya que si ello fuera así, el servicio no existiría porque no podría sustentar las altas cargas regulatorias a que está sometido.

Que según un informe de la firma CGI, contratado en el año 2011, *“Respecto de los servicios como TDT paga y Web TELEVISIÓN paga cuyo desarrollo está empezando en Colombia, se establece que en el momento no es pertinente concluir en cuál de los mercados relevantes participan, sin embargo, debe resaltarse que la entrada de estos servicios conlleva a presiones competitivas sobre los operadores de televisión por suscripción”*.

Señala que es evidente que las características legales del servicio de televisión por suscripción son: i) ser un servicio al que solo acceden los usuarios “autorizados” como está definido en la definición legal y ii) La autorización para acceder al servicio se da al usuario a cambio de un precio.

Que el Consejo de Estado, en un caso muy similar al presente, ya se ha pronunciado sobre la imposibilidad de desconocer la clasificación dispuesta en la ley sobre el servicio de televisión por suscripción, cuando cuestionó que la CNTV hubiera sustraído el servicio DTH del régimen jurídico de televisión por suscripción; que entonces no cabe duda sobre la necesidad, para restablecer el equilibrio entre los actores del sector y no afectar el mercado, de imponer cargas al servicio TDT pago, las que deben ser idénticas a las que soportan los operadores de televisión por suscripción.

4.- Asevera que el Acuerdo acusado creó un desequilibrio de cargas y obligaciones entre los operadores de TDT y la televisión por suscripción, y mientras no se tomen medidas efectivas para normalizar el mercado y equilibrar las cargas, y no se tengan en cuenta las particularidades del mismo, se

sobrecargará injustamente a unos participantes a favor de otros y se privilegiará el no cumplimiento de las obligaciones que surgen por la prestación de servicio público de televisión.

Que, por lo anterior, no es de recibo lo afirmado por la CNTV en cuanto expresó que la nueva clasificación *“lejos de generar asimetrías regulatorias entre la reglamentación destinada a regular la prestación del servicio de televisión radiodifundidas y las existentes para la televisión por suscripción, no siendo procedente el sometimiento de los operadores de TELEVISIÓN radiodifundida digital a la reglamentación de los operadores por suscripción”*.

5.- El Acuerdo demandado les modifica el título habilitante a los operadores de televisión abierta que quieran prestar televisión TDT paga, sin siquiera ir a licitación, causando un claro detrimento patrimonial al Estado y burlando las normas de contratación estatal, que tienen como pilar el deber de establecer el equilibrio económico cuando éste se haya visto afectado.

Señala que al comparar lo establecido en la Ley 182 de 1995 y lo ordenado por el artículo 24 del Acuerdo 10 de 2006 de la CNTV, es claro que esta entidad tiene confusión respecto del Contrato de Concesión y la Licencia, para favorecer a unos actores en detrimento de otros y sembrando anarquía en el sector de la televisión por suscripción; indica que la concesión de un servicio público se otorga previo un proceso de selección que bien puede ser, por invitación para efectuar una contratación directa, o por licitación, a través de la celebración de un contrato administrativo, que supone un acuerdo de voluntades y por lo tanto una negociación entre las partes así exista una parte dominante, tanto así que sólo pueden ser modificados por las partes mediante un otrosí o por virtud de la Ley y

por motivos de orden público, pero no a través de un Acuerdo, como ocurrió en este caso.

Que por su parte, la Licencia o Título Habilitante que el Estado profiere para otorgar permiso de prestar un servicio público y utilizar el espectro electromagnético, es un acto administrativo que surge como consecuencia de una solicitud y del cumplimiento de una serie de requisitos; este acto administrativo no es negociable.

Que la Ley no permite tener dos concesiones para la prestación del servicio de televisión, y el acto acusado permite a los operadores de televisión abierta prestar este servicio junto con el de televisión por suscripción, cuando ambos servicios deben ser otorgados mediante concesiones diferentes; advierte que en ese momento la ANTV no ha tomado ninguna medida para permitir la prestación del servicio de TV por suscripción a los operadores constituidos con capital proveniente de las regiones, a quienes se les ha discriminado sometiéndolos a gravámenes mayores para la prestación del servicio de televisión por suscripción, porque éstos sí tienen que hacer un proceso licitatorio.

6.- Sostiene que en cuanto a las consideraciones técnicas, los artículos 24 y 25 imponen a los operadores de televisión por suscripción las obligaciones de distribuir la señal abierta radiodifundida sin costo alguno, y de garantizar la recepción de las señales radiodifundidas de los canales colombianos, respectivamente.

Considera que no es técnicamente posible que los operadores de televisión por suscripción pasen el porcentaje desencadenado a una parte específica de la población que pague por ellos; la entrega de contenido TDT a una población

específica no es viable sea desencadenando o no; no es posible garantizar la interactividad entre el usuario y el operador del canal de TDT cuando se pasa la señal por parte de un operador de suscripción por cableado; la obligación de pasar el canal principal de TDT únicamente se puede satisfacer decodificando la señal en la cabecera para luego ser transmitida al usuario.

Explica que el canal de TDT que le llega al usuario de televisión por suscripción por medio del cable no es el estándar DVB-T2; que la red de los operadores de televisión por suscripción no fue concebida para manejar dicho estándar; por tal motivo si un usuario del servicio desea recibir la TDT, puede acceder a comprar un decodificador en el mercado para dicho fin. No es posible que a los operadores de televisión por suscripción se les imponga la carga de proveer a sus usuarios de nuevos decodificadores que permitan recibir la TDT con sus características originales; los decodificadores que actualmente se encuentran en poder de algunos usuarios del servicio de televisión por suscripción son diferentes a los que se necesitan para acceder a la TDT, sin que esto implique incompatibilidad con el decodificador que adquiera el usuario para DVB-T2.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada, una vez explica la naturaleza jurídica de la CNTV, sus funciones y transcribe Jurisprudencia sobre el particular, manifiesta que se opone a las pretensiones por carecer de sustento en los hechos y en el derecho invocado.

Resaltó que hasta el 10 de abril de 2012, la Comisión Nacional de Televisión y su Junta Directiva gozaban de competencia y se encontraban facultadas para ejercer sus funciones en los términos de los artículos 5º y 12 de la Ley 182 de 1995, de manera que el acto acusado fue expedido en uso de sus competencias, con las

formalidades legales e indicando las disposiciones legales con base en las cuales procedió a su expedición.

Que a dicha entidad le correspondía dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión determinada en la ley y velar por su cumplimiento y, en este sentido, clasificó cada servicio de televisión según los criterios enunciados en la Ley y podía establecer otros criterios de clasificación o clases diferentes, para mantener el sector actualizado con el desarrollo de los servicios y los avances tecnológicos.

Que a través del Plan Estratégico CNTV 2008-2012 la entidad previó la implementación del servicio de televisión digital terrestre en Colombia; que la principal función de la Comisión Nacional de Televisión fue la de intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión.

Que la CNTV en ejercicio de sus funciones debía ejercer su facultad de intervención desde varios puntos de vista: i) como autoridad administrativa que ejerce funciones de inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio público de televisión, ii) manifestarse en función del ejercicio de autoridad de competencia en el mercado del servicio público de televisión, iii) como autoridad estatal otorgante de las licencias y concesiones para la prestación del servicio público de televisión y iv) como entidad estatal que celebra contratos de concesión con los particulares para la prestación de dicho servicio público.

Señala que en la expedición del Acuerdo núm. 002 de 2012, se cumplió con el procedimiento que la Ley establece, por lo cual publicó el proyecto en el Diario oficial de 22 de agosto de 2011 y recibió 38 observaciones, incluidas las

expuestas en la jornada de socialización llevada a cabo el 31 de agosto de 2011, escenario abierto en aras de la construcción conjunta de la regulación.

Que todas las observaciones fueron objeto de estudio y respuesta según documento publicado en la página web de la entidad, bajo un análisis que contó con el acompañamiento y asesoría de un experto externo, de acuerdo con las determinaciones de Junta Directiva núms. 1765 y 1775.

Que observó el trámite establecido en los artículos 12, parágrafo y 13 de la Ley 182 de 1995, y la Junta Directiva de la CNTV en sesión de 4 de abril de 2012, según consta en el Acta núm. 1805; y aprobó la expedición del Acuerdo por medio del cual se reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida en tecnología digital terrestre – TDT.

Que de acuerdo con lo establecido en el literal c) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, a la Comisión Nacional de Televisión le correspondía clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión y regular sus condiciones de operación y explotación, particularmente en materia de cubrimiento y expansión del área asignada; de acuerdo con el artículo 12, literal a), *ídem*, corresponde a la Junta Directiva de la CNTV adoptar las medidas necesarias para desarrollar su objeto y las funciones constitucionales y legales; y el artículo 4° de la Ley 182 de 1995, dispone que le corresponde ejercer, en representación del Estado la titularidad y reserva del servicio público de televisión, dirigir la política de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público que presta de acuerdo con los que determine la Ley, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y aplicación.

Explica que el artículo 19, literal a), de la Ley 182 de 1995, define la televisión radiodifundida como *"aquella en la que la señal de televisión llega al usuario desde la estación transmisora por medio del espectro electromagnético, propagándose sin guía artificial"*, y que según el artículo 20, literal a), de la misma ley, se entiende por televisión abierta *"aquella en la que la señal puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, sin perjuicio de que, de conformidad con las regulaciones que al respecto expida la Comisión Nacional de Televisión, determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios"*.

Aclara que la TDT, antes que promover la homogeneidad de la programación del operador del canal, permite la emisión de diferente programación, de manera tal que se amplíe la oferta televisiva de los operadores de los canales nacionales, regionales o locales en los términos del literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, sumado al ofrecimiento de beneficios adicionales para los televidentes.

Manifiesta que es cierto que en el proceso núm. 2012-00267 promovido por la sociedad CEETTV S.A., se solicitó la suspensión provisional y la nulidad de los artículos 4º y 23 del Acuerdo 002 de 2012, objeto de impugnación en este proceso, por presunta violación de los artículos 22, 35, 36 y 37 de la Ley 182 de 1995, por cuanto a juicio de la demandante, las figuras de "encadenamiento" y "desencadenamiento", tal como fueron reguladas en el Acuerdo, son ilegales en tanto que "desconocen la clasificación del servicio en función del nivel de cobertura, lo que da lugar a que los canales segmenten su señal y desdibujan la naturaleza de la clasificación del servicio y posibilita a los operadores incursionar en niveles diferentes a los autorizados en la concesión", mientras que en el presente proceso el concepto de violación y la solicitud de nulidad del Acuerdo es

diferente, toda vez que el actor señala como violado el artículo 13 de la Ley 182 de 1995 y no sus artículos 22, 35, 36 y 37.

Expone que lo que se pretende en esta oportunidad es verificar si la entidad demandada atendió cabalmente el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995 o si, contrario a ello, omitió la obligación de “comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión la materia que se propongiera reglamentar”.

Considera que es claro que la materia que fue reglamentada es “la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre –TDT, cuyo estándar fue adoptado mediante el Acuerdo 008 de 22 de diciembre de 2010, en el cual se hace referencia a la norma internacional de telecomunicaciones en relación con la Recomendación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, aspecto que fue relacionado en el acto acusado.

Anota que tanto en la parte considerativa del proyecto como en el Acuerdo, señaló que de conformidad con lo consagrado en el parágrafo del artículo 18 de la Ley 182 de 1995, *“cada servicio de televisión será objeto de clasificación por parte de la Comisión Nacional de Televisión según los criterios enunciados en este artículo. La entidad podrá establecer otros criterios de clasificación o clases diferentes, para mantener el sector actualizado con el desarrollo de los servicios y avances tecnológicos”*.

Destaca que el Acuerdo acusado también tuvo en cuenta que la Asamblea de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en su recomendación, UIT-R SM. 1603 *“Reorganización del espectro como método de gestión nacional del espectro”*, expresó que a fin de poder utilizar el espectro para

nuevas aplicaciones puede ser necesaria la reorganización con el objeto de emplear otras bandas de frecuencias o la utilización de nuevas tecnologías, por lo cual establece que *“Todas las administraciones tienen previsto introducir nuevos servicios de radiocomunicaciones y es posible que para algunos de éstos sea necesario desplazar los usuarios existentes del espectro radioeléctrico hacia nuevas bandas de frecuencias o hacer que utilicen nuevas tecnologías”*.

Concluye que el acto acusado cumplió con todas y cada una de las etapas y el procedimiento establecido para el proyecto de Acuerdo; que se recibieron 38 observaciones, incluida las de la jornada de socialización llevada a cabo en ACIEM el 31 de agosto de 2011, en aras de la construcción conjunta de la regulación; que dentro de los comentarios de ACIEM se lee que *“Considera que el mismo generará nuevas condiciones de competencia en el mercado en favor de la oferta televisiva que los colombianos requerimos”*, razón por la cual apoyan la expedición del Acuerdo”.

Que en relación con las definiciones establecidas en el artículo 4º del Acuerdo demandado, expresamente se indicó que en caso de presentarse alguna diferencia en el alcance, significado o interpretación de los términos definidos en el Acuerdo, se acudirá a lo definido por la UIT y en su defecto por la ETSI, organismos pioneros en la regulación de telecomunicaciones a nivel internacional, por lo que no existe razón para considerar la definición contenida en el artículo 4º del Acuerdo 002 de 2012, en relación con lo que se entiende por “encadenamiento”.

Que, por su parte, en el artículo 23 *ídem*, en referencia al “desencadenamiento” no se advierte que la reglamentación al permitir un mínimo porcentaje del 5% de la

programación mensual a determinados usuarios persiga efectos diferentes a lo expuesto.

Finalmente, menciona un conjunto de actos administrativos expedidos por el Ministerio de Tecnologías de la Información, y de antecedentes que, en su decir, permiten establecer que el acto acusado cumple con los presupuestos de legalidad y que guarda proporción con los cambios que deben producirse en desarrollo de la implementación de los modelos y las tecnologías en el sector de la televisión.

Que según recomendación de la UIT, la reorganización del espectro responde a cambios en las atribuciones internacionales de frecuencia, que además ha precisado que la reorganización del espectro es una evolución natural puesto que los usuarios existentes cambian el modo de realizar las radiocomunicaciones utilizando nuevas tecnologías y modificando los requisitos de funcionamiento; anota que por lo anterior, los cambios se producen como consecuencia de dicha evolución.

Finalmente, señala que el artículo 5º, literal c), de la Ley 182 de 1995, facultó a la Comisión Nacional de Televisión para regular las condiciones de operación y explotación del servicio público de televisión, entre otras, en materia de cubrimientos y encadenamientos de los canales para la transmisión de la programación.

Que, en concordancia con la anterior disposición, el artículo 37 *ídem*, al tratar lo relacionado con el régimen de prestación del servicio público, señala que los canales regionales de televisión podrán encadenarse para la transmisión de eventos de interés regional de acuerdo con la reglamentación que para el efecto

expida la CNTV, y el artículo 22 de la misma Ley, consagra la facultad para reglamentar el encadenamiento para las estaciones de televisión local sin ánimo de lucro.

Que entonces la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tenía la facultad de expedir una reglamentación dirigida a establecer lineamientos y procedimientos para que los operadores y concesionarios del servicio de televisión abierta en sus diferentes ámbitos de cubrimiento, puedan encadenarse.

III.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN.

De conformidad con lo ordenado por el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 10. de junio de 2015 se declaró abierta la Audiencia Inicial, a la cual asistieron la parte demandante, la parte demandada, hoy ANTV y el Ministerio Público; no compareció la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien fue notificada oportunamente de su realización.

Antes de proceder al saneamiento del proceso, se realizó un recuento de las actuaciones procesales adelantadas hasta ese momento, dentro de las cuales, teniendo en cuenta la solicitud del actor, se decretó la suspensión provisional del artículo 4º del acto acusado, respecto de las definiciones de “desencadenamientos” y “encadenamientos” y de los artículos 22 y 23 relativos a dichas definiciones, y dispuso denegar la medida cautelar de suspensión provisional respecto de los artículos 8º y 9º, parágrafo 2º, y 13, parágrafo 3º.

Enseguida se procedió al saneamiento del proceso, sobre el cual las partes y el Ministerio Público no observaron ningún vicio que pudiera acarrear nulidad

procesal, por lo que el Despacho declaró debidamente saneados los vicios de nulidad relativa de que pudiere adolecer el mismo.

Se entró a decidir sobre las excepciones previas y mixtas. El Secretario señaló que verificada la base de datos que se lleva en la Secretaría de la Sección Primera, se advirtió que el Acuerdo núm. 002 de 2012, artículos 4º y 23, fue demandado por la **CEETTV**, en ejercicio del medio de control de nulidad, demanda que fue asignada por reparto al doctor Guillermo Vargas Ayala, la cual no se podía acumular, al tenor del artículo 306 del C.P.A.C.A., toda vez que la audiencia inicial tuvo lugar el 20 de septiembre de 2013, sin que las partes hubieran solicitado oportunamente la acumulación de los citados procesos. Por lo demás, se dejó constancia de que no se propusieron excepciones, lo cual no obsta para que en el curso del proceso se puedan encontrar hechos que constituyan una excepción.

Acto seguido se fijó el litigio, en determinar si el Acuerdo núm. 002 de 4 de abril de 2012, ***“Por medio del cual se establece y reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre – TDT”***, expedido por la Comisión Nacional de Televisión vulnera, por indebida aplicación, lo dispuesto en los artículos 13, 37, parágrafo 4º, 5º, literal c), 18, parágrafo y 20, literal a), de la Ley 182 de 1995.

Las partes y el Ministerio Público manifestaron no tener objeción a la fijación del litigio.

El Despacho dispuso tener como pruebas, en cuanto fueren conducentes y por el valor que les corresponda en derecho, los documentos aportados por el actor en la demanda y por la demandada en la contestación de la misma y puso de presente

que el asunto es de puro derecho y, en consecuencia, prescindió de la audiencia de pruebas, conforme a lo dispuesto por el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011.

Así mismo, de conformidad con lo consagrado en el inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A., se consideró innecesaria la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se concedió a las partes el término de diez días a partir del día hábil siguiente al de la audiencia, para que si así lo consideraban pertinente presentaran alegatos de conclusión, lapso dentro del cual el Ministerio Público podría rendir concepto. Ninguna de las partes ni el Ministerio Público objetó la decisión.

Finalmente, las partes y el Ministerio Público manifestaron que no encuentran irregularidad alguna en la audiencia que pudiere viciar de nulidad las actuaciones surtidas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se declaró saneado el proceso.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo considera que el problema jurídico que debe resolverse es el que se fijó en la audiencia inicial realizada el 10. de junio de 2015.

Concluye que el actor logró desvirtuar la presunción de legalidad de las definiciones de “desencadenamiento” y “encadenamiento” previstas en el artículo 4º, así como los artículos vigésimo segundo y vigésimo tercero del Acuerdo núm. 002 de 4 de abril de 2012, por violar el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, así como parcialmente, la legalidad del artículo 4º, en relación con la definición de

subcanales digitales, y el artículo décimo quinto, al ser incompatibles con el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, razón por la cual los apartes “o bajo la modalidad de pago”, del artículo 4º y “Por lo menos el 50%”; deben desaparecer del ordenamiento jurídico. Que los demás cargos, en su concepto, no tienen vocación de prosperidad.

Se refiere a cada uno de los cargos contra el Acuerdo núm. 002 de 4 de abril de 2012, en los siguientes términos:

Cargo 1. La Comisión Nacional de Televisión incluyó temas de encadenamiento y desencadenamiento que no fueron contemplados con anterioridad en el respectivo proyecto, contrariando la Ley 182 de 1995 y en consecuencia no fueron difundidos ni debatidos ampliamente.

Expresa que comparte plenamente lo expresado por la Magistrada ponente mediante auto de 17 de febrero de 2014, por medio del cual decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los artículos 4º, únicamente en cuanto a las definiciones de “encadenamientos” y “desencadenamientos”, 23 y 24 del Acuerdo 002 de 4 de abril de 2012, que transgredió el artículo 13 de la ley 182 de 20 de enero de 1995, por cuanto *“no formó parte del proyecto sometido a conocimiento y discusión del público interesado, tampoco fue incluido en el Proyecto de Acuerdo que establecía las condiciones técnicas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida en TDT, ni existe evidencia de que tal inclusión en el Acuerdo definitivo haya ocurrido con ocasión de las observaciones presentadas por la comunidad durante el proceso de socialización del Proyecto”*.

Anota que el demandante también manifiesta que están viciados de nulidad los artículos vigésimo tercero (desencadenamiento) y vigésimo cuarto (distribución de

la señal abierta radiodifundida de los canales colombianos por parte de los operadores de televisión cerrada, sin costo alguno a sus usuarios), porque los operadores nacionales de televisión abierta no pueden desencadenar en subcanales, puesto que sus licencias y/o contratos se encuentran regidos por la Ley 182 de 1995, y su cobertura es nacional y si se les permite ejecutar desencadenamientos sin restricciones temporales o porcentuales en los subcanales digitales se estaría violando la ley y afectando el equilibrio económico de los operadores locales o regionales.

Al respecto el Ministerio Público considera que el artículo vigésimo tercero del Acuerdo demandado, tiene sustento normativo en el artículo 20, literal a), de la Ley 182 de 1995, que dispone que la televisión abierta es aquella cuya señal puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, sin perjuicio de que la CNTV determine que ciertos programas se destinen únicamente a determinados usuarios.

Explica que el Acuerdo núm. 002 de 2012 tiene por objeto el establecimiento y reglamentación de la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre (TDT), atendiendo que la CNTV adoptó para Colombia el estándar DVB de televisión digital terrestre europeo, lo que implicó el paso de la televisión analógica a la digital terrestre, así como el cese de emisiones de televisión abierta radiodifundida analógica.

Resalta que, por lo anterior, la reglamentación adoptada se está refiriendo a la modalidad de televisión abierta, que tiene en cuenta a los usuarios a los cuales está destinada la señal y no la tecnología empleada como lo sugiere el demandante, frente a la cual, la ley ha previsto que, conforme a la reglamentación que expida la CNTV, determinados programas se destinen únicamente a

determinados usuarios, por lo que, en su concepto, el artículo vigésimo tercero está regulando las condiciones en las cuales es posible que ciertos programas se destinen únicamente a usuarios específicos, por lo que no le asiste razón al demandante en su argumentación.

Cargo 2. El Acuerdo núm. 002 de 2012, modificó los criterios de clasificación de la televisión establecidos en la Ley 182 de 1995, porque introdujo una nueva categoría de servicio de televisión denominada “televisión abierta radiodifundida digital terrestre”.

Estima la Procuraduría Delegada que es necesario referirse a la naturaleza jurídica de los actos administrativos expedidos por la CNTV, para efectos de realizar un control de legalidad, para lo cual trajo a colación la sentencia de 20 de octubre de 2014 (expediente núm. 2008-00087 (35853), Magistrado ponente doctor Enrique Gil Botero), en la cual precisó que la regulación de la CNTV no tenía que supeditarse a lo establecido en otros reglamentos o en disposiciones o políticas ministeriales, porque la competencia se la asignó directamente la Constitución Política, “*de conformidad con la Ley*”, pudo ejercerla en los términos que ella le indicó; que la Sala precisó que es claro que las normas generales que contiene la regulación del sector de la televisión, cuando las expidió la CNTV, debían observar la Constitución y la Ley, a las cuales estaba subordinada.

Que dicho fallo consideró que la función regulatoria general, propia de cualquier servicio público, aún se funda en el artículo 365 de la Constitución Política, pese a que desapareció el artículo 77 original (Acto Legislativo 2 de 2011), pues las condiciones de existencia de la función administrativa se mantienen porque hay normas que la impulsan y le dan soporte, en este caso, las Leyes 182 de 1995 y 1507 de 2012; que en otro sentido, es evidente la dispersión de la titularidad de la

competencia regulatoria, tal como la distribuyó la Ley 1507 de 2012, que remite a la Ley 182 de 1995, porque se asignó a varias autoridades estatales así: Comisión de regulación de Comunicaciones – CRC, Agencia Nacional de Espectro –ANE, y Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, aunque es evidente que principalmente quedó recogida en la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV, entidad que dejó de ser órgano constitucional para tener origen legal, por lo cual son entidades que no pueden reemplazar al Presidente de la República para reglamentar la Ley 182 de 1995 o la 1507 de 2012.

Precisó que en el mencionado fallo se expresó que la Comisión Nacional de Televisión - CNTV, estaba sujeta directa e inmediatamente a la Ley 182 de 1995 para regular la materia a su cargo, constituyendo una potestad reglamentaria máxima amparada por el artículo 77 original de la Constitución Política.

Concluyó el Ministerio Público que según las apreciaciones del mencionado fallo el Acuerdo 002 de 4 de abril de 2012, debió respetar las disposiciones de la Ley 182 de 1995, y de conformidad con su artículo 5º, literal c) a la Comisión Nacional de Televisión, entre otras funciones, le correspondía clasificar de conformidad con dicha ley, las distintas modalidades del servicio público de televisión y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos y explotación, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, etc.

Que el artículo 18 *ídem*, reguló la clasificación de los servicios de televisión y en su párrafo estableció que cada uno sería objeto de clasificación por parte de la CNTV según los criterios enunciados en el artículo, pero que esta entidad podía establecer otros criterios de clasificación para mantener el sector actualizado con el desarrollo de los servicios y los avances tecnológicos.

Que en relación con la tecnología principal, el artículo 19 de la Ley 182 de 1995, clasificó los servicios en: televisión radiodifundida, televisión cableada y cerrada, y televisión satelital; y el párrafo, modificado por el artículo 4º de la Ley 335 de 1996, dispuso que los concesionarios del servicio podían utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado para transportar y distribuir la señal al usuario, previo acuerdo entre los operadores de redes y los concesionarios.

Que en relación con la clasificación del servicio en función de los usuarios, que atiende a la destinación de las señales emitidas, éste se clasificó en televisión abierta y televisión por suscripción, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 *idem*.

De lo anterior, el Ministerio Público coligió que cuando la CNTV establece y reglamenta la clase de servicio denominada “Televisión Abierta Radiodifundida Digital”, está siguiendo los postulados de los artículos 19 y 20 de la Ley 182 de 1995, que reglamentan las modalidades de televisión radiodifundida y televisión abierta, en consonancia con el párrafo del artículo 18 *idem*.

Explica que ello se hizo necesario, puesto que la CNTV adoptó para Colombia el estándar DVB de televisión digital terrestre europeo, lo que implicó el paso de la televisión analógica a la digital terrestre, así como el cese de emisiones de televisión abierta radiodifundida analógica, lo que requería la actualización de la reglamentación, atendiendo el avance tecnológico, dentro del marco de la Ley 182 de 1995, por lo cual el cargo no prospera.

Que, de otro lado, el actor considera que los artículos 4º y 23, inciso primero del Acuerdo acusado, prevén, dentro del régimen de la televisión abierta radiodifundida digital terrestre, la modalidad de pago, por lo que ha debido ser

considerado como un servicio de televisión por suscripción sometido a las mismas cargas de éste.

Aclara que el artículo 4º demandado al definir lo que debe entenderse por subcanales digitales, menciona que la recepción de los contenidos de éstos podrá ser libre o bajo la modalidad de pago, en aplicación de lo establecido en el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, y el artículo décimo quinto del Acuerdo indica que “por lo menos el 50% de la totalidad de la oferta televisiva anual radiodifundida en los subcanales deberá ser libre y gratuita”.

Que entonces la modalidad de pago prevista en los artículos 4º y 15 del Acuerdo demandado debe estar sometida al régimen jurídico que regula la televisión por suscripción, razón por la cual los apartes “o bajo la modalidad de pago” del artículo 4º y “por lo menos el 50%” del artículo 15, deben desaparecer del ordenamiento jurídico.

Que lo anterior no implica que el artículo 26 del Acuerdo sea contrario a la Ley, toda vez que éste se refiere, de manera general, a los ajustes que deben realizarse a los contratos y licencias, con ocasión de la reglamentación adoptada, sin que específicamente haya aludido a la modalidad de pago de la televisión abierta radiodifundida digital, la cual quedaría excluida de conformidad con lo antes expuesto; considera que el simple hecho de que se hubiera realizado una actualización de la normatividad producto del avance tecnológico que supuso la adopción del estándar DVB de televisión digital terrestre europeo lo que implicó el paso de la televisión analógica a la digital terrestre, plantea la necesidad de que se ajusten los contratos de concesión y licencias.

Aclara que como ya lo indicó, dicha modalidad de pago debe cumplir con la normatividad aplicable a la televisión por suscripción, en particular, los artículos 41, 42 y 43 de la Ley 182 de 1995, los cuales sustentan el cargo endilgado por el actor, consistente en que “se les modifica el título habilitante a los operadores de televisión abierta que quieran prestar televisión TDT paga, sin siquiera ir a licitación, causando un claro detrimento patrimonial al Estado y burlando las normas de contratación”.

Cargo 3. El demandante plantea consideraciones técnicas en el cargo que denomina “Definición de aspectos técnicos de la televisión digital terrestre y recepción de la televisión abierta”, relativas a los artículos vigésimo cuarto y vigésimo quinto del Acuerdo acusado, en las que se imponen a los operadores de televisión por suscripción, respectivamente, las obligaciones de distribuir la señal abierta radiodifundida sin costo alguno y de garantizar la recepción de las señales radiodifundidas de los canales colombianos.

Considera el Ministerio Público que tales consideraciones técnicas no constituyen cargos de legalidad, sino dificultades de dicha índole, lo cual escapa al alcance del medio de control, por lo que se abstiene de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Considera el actor que el Acuerdo núm. 002 de 4 de abril de 2012 ***“Por medio del cual se establece y reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre –TDT”***, expedido por la entonces Comisión Nacional de Televisión –CNTV, según quedó definido en la Audiencia Inicial celebrada el 1º de junio de 2015, vulneró, por indebida aplicación,

lo dispuesto en los artículos 13, 37, parágrafo 4º, 5º, literal c), 18, parágrafo y 20, literal a), de la Ley 182 de 1995.

Debe la Sala referirse a las normas fijadas en la audiencia inicial como vulneradas por el Acuerdo núm. 002 de 4 de abril de 2012, de la Ley 182 de 20 de enero de 1995, **"Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se 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"**.

Cargo 1: Violación del artículo 13 de la Ley 182 de 1995, porque no se cumplió con el procedimiento señalado para expedir el acto acusado.

Los artículos 4º, 22 y 23 del Acuerdo Acusado, prevén:

"Artículo 4º. Definiciones. Para los efectos de este acuerdo, los términos contemplados en el presente artículo tendrán el significado que aquí se les asigna. En caso de presentarse alguna diferencia en el alcance, significado o interpretación de los términos definidos en el presente acuerdo, se acudirá a lo definido o establecido por la UIT y en su defecto, por la ETSI.

Canal digital de televisión: Secuencia de programas bajo el control de un operador que utiliza para su emisión parte de la capacidad de un múltiplex digital.

Canal principal digital: Porción del múltiplex digital que se radiodifunde y que debe cumplir todas las obligaciones consagradas en la regulación vigente para la televisión abierta radiodifundida analógica y que durante el período de transición, deberá transmitir la misma programación abierta radiodifundida en la televisión analógica. La recepción del canal principal digital siempre será libre y gratuita para el televidente.

Canal radioeléctrico: Parte del espectro de frecuencias atribuido para la transmisión de señales de televisión desde una estación

radioeléctrica y que queda definido por la frecuencia central y el ancho de banda, de acuerdo con la reglamentación de la UIT. Se puede llamar también frecuencia radioeléctrica.

Desencadenamiento: Desvinculación entre diferentes estaciones de televisión previamente encadenadas, con el fin de emitir diferente programación según las condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas por la CNTV, de conformidad con lo previsto en el literal c) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995.

Encadenamiento: Vinculación entre diferentes estaciones de televisión abierta radiodifundida con el fin de emitir el mismo contenido, según las condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas por la CNTV, de conformidad con lo previsto en el literal c) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995.

Espacio de televisión: Unidad de tiempo determinada que se utiliza para radiodifundir material audiovisual a través de los canales de televisión.

Múltiplex digital: Conjunto de canales de televisión digital, canales de audio y/o datos que ocupa un canal radioeléctrico.

Oferta televisiva digital: Es aquella conformada por la totalidad del múltiplex digital, es decir, por la radiodifusión del Canal Principal Digital y los Subcanales Digitales.

Período de transición: Es el período de tiempo durante el cual cada operador de televisión abierta radiodifundirá su programación en la tecnología analógica y digital, de manera simultánea.

Programa de televisión: Conjunto de contenidos audiovisuales dotado de identidad propia, que constituye un elemento unitario dentro del esquema de programación de un canal de televisión digital.

Programación de audio: Secuencia de contenidos sonoros para la cual, el concesionario determina su horario, ubicación y movimientos en el tiempo.

Programación de televisión: Es la secuencia de contenidos o material audiovisual que se programa y emite en un canal de televisión, para lo cual el concesionario determina su horario, ubicación y movimientos de la parrilla. La programación incluye la radiodifusión de contenidos, incluida la publicidad.

Red de frecuencia única: Conjunto de estaciones radioeléctricas sincronizadas que permite cubrir ciertas zonas o todo el territorio, llamada zona de servicio, utilizando la misma frecuencia o canal radioeléctrico en todas las estaciones.

Red multifrecuencia: Conjunto de estaciones radioeléctricas que permite cubrir ciertas zonas o todo el territorio, llamada zona de servicio, utilizando más de una frecuencia o canal radioeléctrico en las estaciones que conforman la red.

Servicio de Datos: Secuencia de datos para la cual, el concesionario determina su horario, ubicación y movimientos en el tiempo.

Subcanales digitales: Porciones del múltiplex digital que se radiodifunden y cuyos contenidos serán determinados libremente por los concesionarios y licenciatarios del servicio con sujeción a las obligaciones consagradas en el presente acuerdo. La recepción de los contenidos de estos subcanales podrá ser libre y gratuita o bajo modalidad de pago, en aplicación de lo establecido en el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995.”

“**Artículo 22. Encadenamientos.** El encadenamiento procederá de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2° del artículo 22 de la Ley 182 de 1995.”

“**Artículo 23. Desencadenamientos.** En desarrollo de lo previsto en el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, los canales podrán emitir programación destinada únicamente a determinados usuarios, hasta por el equivalente al cinco por ciento (5%) de la oferta televisiva mensual del canal analógico y su equivalente en el canal principal digital.

Tales emisiones podrán alcanzar como máximo un total del veinte (20%) de la oferta televisiva mensual, previa solicitud del operador interesado a la Comisión Nacional de Televisión o la entidad que haga sus veces. Para efectos de otorgar o no la autorización correspondiente, la CNTV o la entidad que haga sus veces, realizará un estudio de las condiciones de competencia en la oferta televisiva y las implicaciones que sobre la pauta televisiva pueda generar el desencadenamiento, con base en el cual adoptará la decisión más favorable al mercado analizado.

Los espacios informativos noticieros, entendidos estos espacios como aquellos programas televisivos que se encargan de transmitir a los televidentes las noticias actualizadas del día y de las últimas horas, se emitirán en horarios que no coincidan con los horarios de los informativos y espacios noticiosos de los operadores públicos regionales.

Se permitirá, igualmente, el desencadenamiento sin restricciones temporales o porcentuales en los subcanales digitales.

Parágrafo. La CNTV o la entidad que haga sus veces, podrá modificar de oficio las autorizaciones concedidas en aplicación del presente artículo, siempre que como resultado del estudio de competencia que de manera posterior se realice, resulte necesario para evitar posibles fallas o distorsiones en el mercado.”

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, dispone:

“ARTICULO 13. Procedimiento especial para la adopción de acuerdos. Para la adopción de los actos de carácter general que sean de competencia de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, deberá seguirse siempre el siguiente procedimiento:

a) La Junta Directiva deberá comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión la materia que se propone reglamentar;

b) Se concederá un término no mayor de dos (2) meses a los interesados, para que presenten las observaciones que consideren pertinentes sobre el tema materia de regulación;

c) Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en la información disponible, se adoptará la reglamentación que se estime más conveniente;

d) Dicha reglamentación será comunicada de la manera prevista por la Ley 58 de 1985 o en las normas que la modifiquen o sustituyan”.

Cabe resaltar que la Sala Unitaria, mediante auto de 17 de febrero de 2014, decretó la medida cautelar de suspensión provisional que solicitó el actor frente a las definiciones de “encadenamiento” y “desencadenamiento” contenidas en el artículo 4º del acto acusado - Acuerdo núm. 002 de 2012-, **porque no fueron incluidas en el texto del proyecto sometido a divulgación, conocimiento y discusión del público, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 182 de 1995.**

Al efecto, resulta útil traer a colación todas las precisiones hechas en el mencionado auto, frente al deber legal consagrado en la Ley, esto es, la obligación de publicidad durante la etapa de formación de los actos generales emanados de la Comisión Nacional de Televisión. Expresó la Sala Unitaria¹:

“De todo lo anterior se desprende que en el proceso de expedición del acto acusado, la demandada no dio cumplimiento cabal al requisito de publicidad que exige el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, pues si bien es cierto que, como lo advirtió el Despacho en el auto recurrido, la CNTV adelantó las etapas de publicación y discusión de la materia a reglamentar, no lo es menos que era indispensable que en dichas etapas se dieran a conocer a los interesados los **estudios** que sirvieron de base al proyecto de Acuerdo que se sometió a discusión, a fin de que pudiera desarrollarse el respectivo debate

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 26 de septiembre de 2013, proferido en el expediente núm. 2012-00064-00. Magistrada Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

que el Legislador previó para la expedición de los actos generales de dicha entidad.

En este orden de ideas, de la comparación del contenido del acto demandado y del artículo 13 de la Ley 182 de 1995 examinado, advierte la Sala Unitaria que efectivamente no se cumplió totalmente con el requisito de publicidad en la formación de los actos generales de la CNTV, porque **no se dio a conocer la materia que se iba a reglamentar**, pues, se repite, el Acuerdo 002 de 2012 se expidió **sin someter a discusión los estudios** exigidos para tal efecto, que, según su parte motiva, sirvieron de fundamento para que esa entidad adoptara el reglamento de los sistemas que garantizan el acceso de las personas sordas e hipoacúsicas al servicio público de televisión.

Frente a este asunto en particular, la Sección Primera ha sostenido que:

“Se observa que según ese texto [artículo 13, Ley 182 de 1995], la Comisión Nacional de Televisión puede proferir Acuerdos, y que éstos constituyen actos administrativos de carácter reglamentario en el ejercicio de sus funciones y sobre los asuntos a su cargo o de su competencia, esto es, los relativos al servicio público de televisión, en los términos señalados en los artículos 76 y 77 de la Constitución Política y de la Ley 182 de 1995, artículos 6º y ss.

*Que para la adopción de los referidos reglamentos o ‘acuerdos’, **el procedimiento se debe iniciar con una amplia divulgación de ‘la materia que se propone reglamentar’**, mediante publicación en medios masivos de comunicación.*

(...).

*Así las cosas, en relación con **tales reglamentaciones**, esa disposición es inequívoca en cuanto a lo imperativo o ineludible del trámite en ella señalado para su adopción, de suerte que **este aspecto procedimental o formal de los acuerdos de la CNTV, es reglado, y por lo tanto se trata de una formalidad sustancial**, según calificación de la doctrina y la jurisprudencia, que por lo demás es un claro desarrollo del carácter participativo de la democracia Colombiana, consagrada en el artículo 1º de la Constitución Política., y del artículo 40 de la Constitución Política en cuanto al derecho de los Colombianos a tener iniciativa en corporaciones públicas en relación con asuntos de especial interés general y social, como justamente son los relativos a la regulación de la televisión.”² (Resaltado fuera del texto).*

Asimismo, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que:

“Lo anterior demuestra que en esta materia, ha sido intención del legislador brindarles la oportunidad de participación a los destinatarios de las normas reglamentarias del servicio de la televisión en la elaboración de las mismas, dándoles oportunidad de opinar, antes de que sean tomadas las decisiones definitivas por la entidad competente, es decir, por la Comisión Nacional de Televisión.

*Observa la Sala que **el Consejo de Estado ya se ha pronunciado sobre la exigencia de este requisito legal de formación de actos administrativos de carácter general como el demandado –Acuerdos de la Junta Directiva de la CNTV-, considerando que su omisión vicia estas decisiones y***

² Providencia de 13 de mayo de 2010. Expediente núm. 2004-00375. Consejero ponente: doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

declarando nulo el acto que ha incurrido en dicha irregularidad.³
(Resaltado fuera del texto).

En el auto de 17 de febrero de 2014, la Sala Unitaria hizo hincapié en el hecho de que la Jurisprudencia de esta Corporación, como quedó visto, ha sostenido que la finalidad del artículo 13 de la Ley 182 de 1995, al ordenar a la CNTV que se dé a conocer a los interesados la materia que se pretende reglamentar, es la de permitir el desarrollo del *“respectivo debate que el Legislador previó para la expedición de los actos generales de dicha entidad”*.

Por lo tanto, no existe duda alguna de que para la adopción de actos de carácter general por parte de la CNTV, previamente, debe dar a conocer al público, a través de medios de comunicación de amplia difusión, la materia que se propone reglamentar, so pena de transgredir el procedimiento establecido en el artículo 13 de la Ley 182 de 20 de enero de 1995, previsto para tal efecto.

Por lo anterior, en el presente caso, la Sala reitera lo expresado por la Sala Unitaria mediante el auto de 17 de febrero de 2014, en el sentido de que las definiciones de **“encadenamiento”** y **“desencadenamiento”** contenidas en los artículos 4°, 22 y 23 del acto administrativo acusado, Acuerdo 002 de 2012, no fueron incluidas en el texto del proyecto sometido a divulgación, conocimiento y discusión del público, y por ello decretó la medida cautelar de suspensión provisional. Argumentó la Sala Unitaria lo siguiente:

“En efecto, a folios 17 a 30 del cuaderno principal, obra el Proyecto de Acuerdo, **“Por medio del cual se reglamenta la prestación del servicio público de televisión radiodifundida en tecnología digital terrestre -TDT-”**, en cuyo artículo contentivo de “DEFINICIONES”, visible a folio 21, no se alude a los temas de **“encadenamiento”** y **“desencadenamiento”**, y tampoco se desarrollan en parte alguna de dicho proyecto, pero sí fueron incluidos en los artículos 4°, 22 y 23 del acto acusado, que obra a folios 54 a 68.

³ Providencia de 13 de mayo de 2009. Expediente núm. 2004-00020. Consejero ponente: doctor Ramiro Saavedra Becerra.

El acto administrativo acusado expuso en su parte considerativa, entre otros, los siguientes argumentos:

“Que la CNTV **en curso del estudio del proyecto regulatorio, procedió a publicarlo en el Diario Oficial** No. 48169 del 22 de agosto de 2011, y en cumplimiento de las determinaciones de Junta Directiva números 1750 y 1754 de 2011, **recibió 38 observaciones, incluidas en las expuestas en la jornada de socialización** llevada a cabo en ACIEM el 31 de agosto de 2011, escenario abierto por la CNTV **en aras de la construcción conjunta de la regulación.**

Que **todas las observaciones fueron objeto de estudio y respuesta** según documento publicado en la página web de la entidad, bajo un análisis que contó con el acompañamiento y asesoría de un experto externo, de acuerdo con las determinaciones de Junta Directiva números 1765 y 1775.

Que así, observando el trámite establecido en el parágrafo del artículo 12 y en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, y de acuerdo con las competencias antes descritas, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de televisión en sesión del 4 de abril de 2012, según consta en el Acta No. 1805, aprobó la expedición del Acuerdo por medio del cual se reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida en tecnología digital terrestre –TDT-” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Ahora bien, con la demanda, el actor aportó copia del documento denominado ***“Respuesta a observaciones sobre el proyecto de Acuerdo “por medio del cual se reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida en tecnología digital terrestre -TDT-” Diciembre de 2011”***, que en su página 3ª, mencionó lo siguiente:

“En este documento se agrupan las observaciones de los distintos remitentes, según los títulos dispuestos en el proyecto de acuerdo y se presenta una respuesta consolidada respecto del tema materia de análisis. Los textos completos de las observaciones recibidas oportunamente están disponibles en la página web de la CNTV www.cntv.org.co.

Es importante advertir que **el presente documento solamente hará referencia a las observaciones formuladas en relación con los asuntos de que trata el proyecto de Acuerdo sometido a discusión**, de manera que **aquellos que no guardan relación directa con su contenido, no serán objeto de respuesta.**” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

En el punto 2.2 de dicho documento, se trató el tema correspondiente a **“Definiciones”**, frente a una observación presentada por TVPC, en cuanto al concepto de “programación de televisión”, que fue resuelta

por la CNTV en el sentido de que “El proyecto no está llamado a regular a los operadores de TV por Suscripción”.

Con dicha respuesta se agotó la discusión sobre el tema de “DEFINICIONES”, de manera que no se hizo alusión ni se discutió la materia de “encadenamiento” y “desencadenamiento”, que resultó incluida en el acto administrativo acusado, esto es, en el artículo 4º del Acuerdo 002 de 2012.

Similar situación se presenta frente a los artículos 22 y 23 del citado Acuerdo, que consagraron la regulación de la materia mencionada, pues no se advierte que ésta haya sido objeto de discusión por parte del público interesado, si se tiene en cuenta que en el documento denominado “*Respuesta a observaciones sobre el proyecto de Acuerdo*”, no se hace referencia alguna a la misma, es decir, que no se formularon acotaciones en tal sentido, que dieran lugar a incluir la regulación de “encadenamiento” y “desencadenamiento” en el Acuerdo definitivo, lo cual, bien puede hallar explicación en el hecho de que el tema no formaba parte del proyecto previamente difundido.

Adicionalmente, a folios 83 a 92 del cuaderno que contiene la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional, obra copia del proyecto de Acuerdo “**POR MEDIO DEL CUAL SE ESTABLECEN CONDICIONES TÉCNICAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIR EN TECNOLOGÍA DIGITAL EN COLOMBIA**”, dentro del cual tampoco se mencionan los conceptos de “encadenamiento” y “desencadenamiento”.

En tales circunstancias, para la Sala Unitaria, del análisis del acto administrativo acusado y su confrontación con la norma superior invocada como violada (artículo 13 de la Ley 182 de 20 de enero de 1995), y del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud⁴, **es evidente que la regulación del tema de “encadenamiento” y “desencadenamiento”, incluida en el Acuerdo 002 de 4 de abril de 2012, no formó parte del proyecto sometido al conocimiento y discusión del público interesado; tampoco fue incluido en el Proyecto de Acuerdo que establecía las condiciones técnicas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida en TDT, ni existe evidencia de que tal inclusión en el Acuerdo definitivo haya ocurrido con ocasión de las observaciones presentadas por la comunidad durante el proceso de socialización del citado Proyecto.** (Resalta y subraya la sala)

Ello deja claro que la materia que pretendía regular la CNTV, en cuanto a encadenamientos y desencadenamientos, no cumple, en principio, con el requisito previsto en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, para la adopción de actos generales, a saber, el de “**comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión la materia que se propone reglamentar**”, lo cual impone decretar medida cautelar de suspensión provisional de los artículos 4º, únicamente en cuanto a las

⁴ Proyecto de Acuerdo “Por medio del cual se reglamenta la prestación del servicio público de televisión radiodifundida en tecnología digital terrestre –TDT-”; Proyecto de Acuerdo “Por medio del cual se establecen condiciones técnicas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida en tecnología digital en Colombia” y documento denominado “Respuesta a observaciones sobre el proyecto de Acuerdo “Por medio del cual se reglamenta la prestación del servicio público de televisión radiodifundida en tecnología digital terrestre –TDT-”.

definiciones de “encadenamientos” y “desencadenamientos”; 22 y 23 del Acuerdo 002 de 4 de abril de 2012, emanado de la entidad demandada.

Coherente con lo expresado, se declarará la nulidad de las expresiones “encadenamientos” y “desencadenamientos” contenidas en los artículos 4°, 22 y 23 del Acuerdo acusado.

Cargo 2. Violación del artículo 37, parágrafo 4°, de la Ley 182 de 1995. Esta norma dispone:

. Artículo 37, parágrafo 4°.

“ARTICULO 37. Régimen de prestación. En cada uno de los niveles territoriales antes señalados, el servicio público de televisión será prestado en libre y leal competencia, de conformidad con las siguientes reglas:

... .

PARAGRAFO 4o. Ningún concesionario del servicio de televisión local podrá ser titular de más de una concesión en dicho nivel”.

Aduce el actor que la Ley no permite a los operadores tener dos concesiones para la prestación del servicio de televisión, disposición ésta violada por el Acuerdo acusado, porque permite a todos los operadores de televisión abierta prestar el servicio de televisión abierta junto con el de televisión por suscripción.

Al respecto, cabe precisar que, en principio, se podría pensar que la prohibición es solo para los concesionarios de televisión local⁵; pero el asunto quedará dilucidado

⁵ El artículo 22 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 24 de la Ley 335 de 1996, realiza una clasificación del servicio de televisión en función a su nivel de cubrimiento, así:

“ARTICULO 22. Modificado por el art. 24, Ley 335 de 1996. **Clasificación del servicio en función de su nivel de cubrimiento.** La Comisión Nacional de Televisión definirá y clasificará el servicio así:

1. Según el país de origen y destino de la señal:

más adelante cuando la Sala defina si el paso a la televisión digital implica en algunos casos un proceso licitatorio y posterior concesión, o si el título inicial, por virtud de la Ley, es habilitante, dado que según el artículo 3° del Acuerdo, cualquier operador de televisión abierta puede emitir diferente programación para diferentes usuarios a través de subcanales digitales, que el actor asimila a televisión por suscripción.

Cargo 3. Violación de los artículos 5°, literal c), y 18, parágrafo, de la Ley 182 de 1995. Consagran estos artículos:

. Artículos 5°, numeral c) y 18, parágrafo.

“ARTÍCULO 5o. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:

... .

c) Clasificar, de conformidad con la presente Ley, las distintas modalidades del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad, comercialización en los términos de esta Ley, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, y obligaciones con los usuarios;

ARTÍCULO 18. Regla de clasificación. El servicio de televisión se clasificará en función de los siguientes criterios:

a) Tecnología principal de transmisión utilizada;

a) Televisión internacional. ...

b) televisión colombiana. ...

2. En razón de su nivel de cubrimiento territorial:

a) Televisión nacional de operación pública:

b) Televisión nacional de operación privada:

d) Televisión local: es el servicio de televisión prestado en un área geográfica continua, siempre y cuando ésta no supere el ámbito de un mismo municipio o distrito, área metropolitana o asociación de municipios. (resaltado fuera de texto)

e) Televisión comunitaria sin ánimo de lucro.

- b) Usuarios del servicio;
- c) orientación general de la programación emitida;
- d) Niveles de cubrimiento del servicio.

PARÁGRAFO. Cada servicio de televisión será objeto de clasificación por parte de la Comisión Nacional de Televisión según los criterios enunciados en este artículo. **La entidad podrá establecer otros criterios de clasificación o clases diferentes, para mantener el sector actualizado con el desarrollo de los servicios y los avances tecnológicos.** (Se resalta fuera de texto)

Según el actor el Acuerdo acusado modificó los criterios de clasificación establecidos en la Ley 182 de 1995, porque introdujo en el artículo 3° una nueva categoría de servicio de televisión denominada “Televisión abierta radiodifundida digital terrestre”.

Sin embargo, las normas que considera violadas, en especial el parágrafo del artículo 18, indican que la CNTV⁶ en virtud de la Ley sí tenía competencia para clasificar, de conformidad con la Ley, las distintas modalidades del servicio público de televisión y establecer otros criterios de clasificación o clases diferentes, “para mantener el sector actualizado con el desarrollo de los servicios y los avances tecnológicos”; por lo anterior no puede afirmarse como lo hace el actor, que la CNTV no tenía competencia para crear nuevas clasificaciones y que, además, derogó otras clasificaciones contenidas en la Ley.

Lo que hizo la CNTV, dado que adoptó el estándar DVB de televisión digital terrestre europeo, hecho que no ha estado en discusión, fue crear una nueva clasificación que denominó Televisión Abierta Radiodifundida Digital Terrestre – TDT.

⁶ El Acuerdo núm. 002 fue expedido el 4 de abril de 2012, y la CNTV entró en liquidación el 10 de abril de 2012.

Como lo explica la ANTV es necesario entender que la televisión tradicional envía sus ondas de manera analógica, y la televisión digital terrestre - TDT codifica sus señales en forma binaria, habilitando nuevas opciones, como mejor calidad de video y sonido, interactividad (consultas sobre programas, cambio de idioma, entre otros), y tiene por objeto la ampliación de la oferta televisiva, el fortalecimiento del pluralismo informativo y la promoción de la competencia.

En el documento “Respuesta a observaciones sobre el proyecto de Acuerdo ‘Por medio del cual se reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida en tecnología digital terrestre – TDT’ ”, de diciembre de 2011, que obra en el expediente, la CNTV explicó que se trata de migrar de la televisión analógica a la digital terrestre, adoptada por Colombia, por lo tanto la televisión analógica desaparece.

El acto acusado, entre otras, consideró:

“Que se requiere establecer mecanismos indispensables y necesarios para posibilitar una adecuada transición de la televisión analógica a la televisión digital terrestre, aprovechando las mejoras técnicas, que por su propia naturaleza tiene la televisión digital terrestre en términos de mayor calidad, interactividad, desarrollo de nuevos servicios y uso más eficiente del espectro radioeléctrico.

Que le corresponde a la CNTV hacer posible el incremento de la oferta televisiva y el pluralismo, reforzando la libertad de elección de los ciudadanos en su acceso a los servicios de televisión, buscando la consolidación de un mercado de televisión más plural y competitivo.

Que se requiere impulsar el desarrollo e implementación de la televisión digital terrestre en nuestro país, procurando la asignación de mayor capacidad de transmisión en la prestación de servicios de TDT con programación novedosa, innovadora y diferenciada”.

Así pues, no prospera entonces este cargo según el cual se creó una nueva clasificación, porque la CNTV en virtud de la Ley, si podía hacerlo pues es claro que atendió un avance tecnológico, para prestar un mejor servicio a los usuarios.

Cargo 4. Violación del Artículo 20, literal a).

Dicha norma prevé:

“ARTICULO 20. Clasificación del servicio en función de los usuarios. La clasificación del servicio en función de los usuarios, atiende a la destinación de las señales emitidas. En tal sentido la Comisión clasificará el servicio en:

- a) Televisión abierta: es aquella en la que la señal puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, **sin perjuicio de que, de conformidad con las regulaciones que al respecto expida la Comisión Nacional de Televisión, determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios;** (resaltado fuera de texto)
- b) Televisión por suscripción: es aquella en la que la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción”.

Según el actor el Acuerdo acusado, permitió, gratuitamente, a los canales abiertos comerciales, transmitir un mayor número de canales, utilizando para ello un bien del Estado, como lo es el espectro radioeléctrico, sin contraprestación para éste, que permite a los operadores de televisión abierta prestar el servicio de televisión por suscripción, mediante la transmisión por subcanales digitales, término definido en el artículo 4º del acto acusado, que permite la televisión digital terrestre paga – “TDT paga”, cuya señal solo será recibida por usuarios autorizados que hayan pagado el servicio y que, además, en el artículo 26 del Acuerdo ordenó la modificación de los títulos habilitantes de los operadores de televisión abierta para la prestación del servicio de televisión por suscripción, de tal forma que la prestación del servicio de televisión por suscripción se hará mediante el mismo título que se les ha otorgado o concedido; considera el actor que la “TDT paga” debe otorgarse por concesión previo un proceso licitatorio.

Para la Sala, el artículo 20, literal a), de la Ley 182 de 1995, arriba transcrito, es claro en permitir para los operadores de la televisión abierta que determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios, y además, señaló que la CNTV regularía estos casos.

Antes de proceder al examen de dichas normas, y la manera como el actor las considera violadas, es necesario referirse al objeto, al ámbito de aplicación y a las precisiones que hace el Acuerdo acusado núm. 002 de 4 de abril de 2012, en sus artículos 1°. 2° y 3°. Dichas normas establecen:

“Artículo 1°. Objeto. El presente acuerdo tiene por objeto establecer las condiciones básicas para la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida digital terrestre (TDT) y para adelantar la transición de la televisión analógica a la televisión digital terrestre, así como el cese de las emisiones de televisión abierta radiodifundida analógica.

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. El presente acuerdo se aplicará a concesionarios de espacios de televisión, operadores y licenciatarios del servicio público de televisión abierta radiodifundida.

Artículo 3°. Televisión abierta radiodifundida digital terrestre. Con el fin de mantener el sector actualizado con el desarrollo de los servicios y avances tecnológicos, se establece la clase del servicio de televisión denominada Televisión Abierta Radiodifundida Digital, la cual llega al usuario desde la estación transmisora por medio del espectro electromagnético propagándose sin guía artificial, en donde el canal radioeléctrico se podrá multiplexar de manera que el operador puede emitir diferente programación para diferentes usuarios en el territorio nacional, en desarrollo de los beneficios que ofrece la tecnología digital”.

Como puede verse, el Acuerdo se refiere únicamente a los operadores de televisión abierta y, además, en sus considerandos alude, entre otras, al artículo 20, literal a) transcrito.

Dentro de este cargo el actor considera que los artículos 4° y 23, inciso primero, del Acuerdo demandado, prevén en esta nueva clasificación “Televisión abierta

radiodifundida digital terrestre”, la modalidad de “TDT pago” por lo tanto, ha debido tenerse como un servicio de televisión por suscripción sometido a las mismas cargas de éste, entre ellas, requerir de una nueva concesión.

El artículo 4º del Acuerdo acusado 002 de 2012, que el actor considera que transgredió la Ley, dispone:

“ARTÍCULO CUARTO: DEFINICIONES: Para los efectos de este Acuerdo, los términos contemplados en este artículo tendrán el significado que aquí se les asigna.

“Subcanales digitales: Porciones de multiplex digital que se radiodifunden y cuyos contenidos serán determinados libremente por los concesionarios y licenciatarios del servicio con sujeción a las obligaciones consagradas en el presente Acuerdo. La recepción de los contenidos de estos subcanales podrá ser libre y gratuita **o bajo la modalidad de pago**, en aplicación de lo establecido en el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995”. (Resaltado fuera de texto)

Según se desprende del artículo 20, literal a), de la Ley 182 de 1995, éste sí permite que en el servicio de televisión abierta, de conformidad con las regulaciones que expida la CNTV, determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios.

Consecuente con lo anterior, el artículo 23 del Acuerdo acusado, regula las condiciones en las cuales es posible que ciertos programas del servicio de televisión abierta se destinen únicamente a usuarios específicos. Reza la disposición:

“**ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO: DESENCADENAMIENTOS: En desarrollo de lo previsto en el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995**, los canales podrán emitir programación destinada únicamente a determinados usuarios, hasta por el equivalente al 5% de la oferta televisiva mensual del canal analógico y su equivalente en el canal principal digital.

Tales emisiones podrán alcanzar como máximo un total del 20% de la oferta televisiva mensual, previa solicitud del operador interesado a la Comisión Nacional de Televisión o la entidad que haga sus veces... ”. (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, el artículo décimo quinto del Acuerdo acusado, que se encuentra dentro del título V “CONTENIDOS EN LA TELEVISIÓN DIGITAL TERRESTRE”, señala el porcentaje de gratuidad de los subcanales digitales (el canal principal sigue siendo libre y gratuito), en los siguientes términos:

“ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO: PORCENTAJE DE GRATUIDAD: Por lo menos el 50% de la totalidad de la oferta televisiva anual radiodifundida en los subcanales digitales deberá ser libre y gratuita”.

Estima la Sala que fue la Ley la que permitió que la televisión abierta pudiera destinar programación a determinados usuarios en las condiciones que estableciera la CNTV, lo que, en efecto, equivaldría a una televisión por suscripción; sin embargo, la Ley no hizo diferencia entre si ésta debía ser gratuita o paga.

Por lo anterior, considera la Sala que el actor no desvirtuó la presunción de legalidad de que gozan los artículos **4º**, en cuanto definió los “subcanales digitales” y **23** que permitió, en desarrollo de lo previsto en el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, la emisión, por parte de los operadores de televisión abierta, de programación destinada únicamente a determinados usuarios hasta el equivalente del 5% de la oferta televisiva mensual, y **15**, que estableció que el 50% se debía prestar de manera libre y gratuita.

Así pues, colige la Sala que la modalidad de pago, es decir, la parte que no es gratuita y, por lo tanto, el usuario paga el servicio de televisión, prevista en los artículos 4º y 15 del Acuerdo núm. 002 de 2012, tiene como título habilitante la misma Ley; en otras palabras, para la modalidad de televisión abierta el artículo 20, literal a), de la Ley 182 de 1995, autoriza que determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios, según lo disponga la CNTV, como en efecto lo hizo mediante el artículo vigésimo tercero del Acuerdo acusado, que lo permite, se reitera, para la televisión abierta solamente hasta el equivalente al 5% de la oferta televisiva mensual del canal analógico y su equivalente en el canal principal digital, o en 20% previa solicitud del operador a la CNTV o entidad que haga sus veces, según su inciso segundo.

Por lo anterior, la Sala considera que los operadores de televisión abierta, incluida la local, no requieren de otro título habilitante para emitir programación a determinados usuarios bien sea de manera gratuita o paga, pues por virtud de la Ley, la CNTV podía otorgarlo como en efecto lo hizo mediante el acto acusado.

Consecuente con lo anterior, la Sala considera que no se desvirtuó la presunción de legalidad de que gozan los artículos 4º, 15 y 23 del Acuerdo acusado, así como tampoco del artículo 26, que reza:

“ARTÍCULO VIGÉSIMO SEXTO: AJUSTES EN LOS TÍTULOS HABILITANTES: Con ocasión de la reglamentación consagrada en el presente Acuerdo, se deberán realizar los ajustes a que haya lugar, en los respectivos contratos y/o licencias por medio de los cuales se adjudicó y habilitó la prestación del servicio público de televisión abierta en todos los niveles de cubrimiento”.

En cuanto a las consideraciones técnicas, como lo expresó el señor Agente del Ministerio Público, no constituyen cargos de legalidad, sino dificultades de dicha

índole, lo cual escapa al alcance del medio de control y, por lo mismo, no obliga a la Sala a hacer pronunciamiento alguno al respecto.

Consecuente con lo anterior, la Sala declarará la nulidad de las expresiones “Desencadenamiento” y “encadenamiento”, definiciones contenidas en los artículos 4º, 22 y 23 del Acuerdo acusado, y denegará las demás pretensiones de la demanda, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

DECLÁRASE la nulidad de la definición de las expresiones “Desencadenamiento” y “Encadenamiento”, contenida en los artículos 4º, 22 y 23 del Acuerdo núm. 002 de 4 de abril de 2012.

DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 22 de septiembre de 2016.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA