

Radicado: 11001 03 24 000 2012 00267 00

Demandante: CEETTV S.A.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C, siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022) Radicación núm.: 11001 03 24 000 2012 00267 00 Actor: CEETTV S.A.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión (hoy Autoridad Nacional de Televisión).

Tesis: Operó la cosa juzgada si en el proceso respecto del cual se decreta tal fenómeno se declararon nulas las definiciones de las expresiones "Encadenamientos" y "Desencadenamientos", y en el asunto bajo examen se ataca su validez.

NULIDAD – ÚNICA INSTANCIA

La Sala procede a decidir el medio de control de nulidad de la referencia promovido por la sociedad CEETTV S.A. contra los artículos 4 y 23 del Acuerdo 02 de 2012, "Por medio del cual se establece y reglamenta el servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre - TDT", expedida por la entonces Comisión Nacional de Televisión (en adelante CNTV), hoy Autoridad Nacional de Televisión (en adelante ANTV).

LA DEMANDA

Pretensiones

La citada sociedad presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), en la cual solicitó lo siguiente¹:

"DECLARACIONES:

¹ Visible a folios 26 del Cuaderno No. 1.

Que es nulo el artículo VIGÉSIMO TERCERO del Acuerdo 02 de 2012, por medio del cual se establece y reglamenta el servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre – TDT, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, hoy en liquidación, actualmente representada legalmente por el Liquidador Doctor Reynel Fernando Bedoya Rodríguez por virtud del Decreto 0774 del 19 de abril de 2012.

Que es nulo el artículo CUARTO del mismo Acuerdo, en lo que se refiere a la definición de ENCADENAMIENTO.

Que una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a la presente acción, se comunique a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales consiguientes"

El acto cuestionado

A continuación se transcribirán los artículos 4 y 23 del Acuerdo 02 de 2012 "Por medio del cual se establece y reglamenta el servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre", proferido por la entonces CNTV hoy ANTV.

"ACUERDO NÚMERO 002 DE 2012

(abril 4)

"Por medio del cual se establece y reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre-TDT".

La Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión,

en ejercicio de sus facultades legales, especialmente las consagradas en el artículo 4º, literal c) del artículo 5º, literal a) del artículo 12, parágrafo del artículo 18 y literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, y

CONSIDERANDO:

(...)

ACUERDA:

(...)

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.

(...)

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 5º 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".²

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora sostuvo que las disposiciones demandadas desconocen los artículos 77 de la Constitución Política, así como el artículo 13, el literal b del artículo 22³, los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 182 de 1995. Sobre el artículo 4º demandado, específicamente se refirió al parágrafo segundo del artículo 22 y a los incisos séptimo y final del numeral tercero del artículo 37.

A continuación se realiza una síntesis del concepto de violación esgrimido:

El demandante hizo mención a que el artículo 77 constitucional establecía que la dirección de la política sobre el servicio público de televisión debía ser determinada por la Ley. En ese sentido, señaló que la citada disposición normativa

² Visto a folios 18 a 20 del Cuaderno Principal.

³ Modificado por el artículo 24 de la Ley 335 de 1996.

fue modificada por el Acto Legislativo No. 2 de 2011, en el que se consagró que el Congreso de la República debía fijar la política en materia de televisión.

En ese orden, dijo que ambas disposiciones constitucionales coincidían en disponer que el Legislador era la autoridad a la que le correspondía establecer la política del servicio público de televisión, a la cual debía subordinarse la autoridad regulatoria competente en esa materia. Por lo anterior, afirmó que la reglamentación expedida por la entonces CNTV tenía que adecuarse a lo dispuesto por las Leyes 182 de 1995, 335 de 1996, 506 de 1999 y 680 de 2001.

Hechas tales precisiones, pasó a hacer referencia a la ilegalidad del artículo 23 del Acuerdo 02 de 2012, advirtiendo que el mismo no observaba la política definida por la Ley en materia de clasificación del servicio de televisión, en función del nivel de cubrimiento, por las razones que pasan a explicarse:

Sostuvo que, de la lectura de las normas invocadas como vulneradas, era posible colegir que el país fue dividido en niveles territoriales de prestación del servicio, esto con el fin de promover ofertas televisivas en cada ámbito regional a través de:

(i) concesiones derivadas del mandato de la Ley o contrato, o (ii) licencias otorgadas por la autoridad habilitante mediante acto administrativo.

Alegó que, en relación con el nivel de cubrimiento nacional, la Ley clasifica el servicio en Televisión Nacional de Operación Pública y Privada, siendo esta última una alternativa de propiedad privada cuya transmisión es abierta al público a efectos de cubrir de manera permanente las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva en todo el territorio nacional. Destacó que los operadores de televisión RCN y Caracol son canales de Televisión Nacional de Operación Privada en virtud de la Licitación 003 de 1997, y los contratos 136 y 140 de 1998, respectivamente.

En lo referente al nivel regional, sostuvo que el servicio es prestado por los canales regionales por mandato legal dentro del ámbito espacial que le es autorizado; y que el nivel local es proporcionado por entidades con ánimo de lucro; particularmente, refirió que esa empresa era la encargada de suministrarlo en la ciudad de Bogotá, como consecuencia de que, mediante la Licitación 002 de 1998, le fue adjudicada

una estación local, respecto de la cual suscribió el contrato 167 de 1998 por diez

(10) años, negocio jurídico que en el año 2009 fue prorrogado por el mismo lapso.

Aseguró que la operación y explotación de las concesiones se deriva de un contrato; por ende, las actividades allí contempladas sólo pueden ser desarrolladas en la frecuencia radioeléctrica asignada y en el área autorizada. Para sustentar tal afirmación citó un concepto con número de radicado 5939 de 2003, expedido por la CNTV.

Igualmente, trajo a colación dos (2) sentencias proferidas por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de febrero y 21 de mayo de 2009, para indicar que la obligación de los prestadores del servicio de televisión de respetar el ámbito de las concesiones, deviene de la Ley y los contratos; por ende, mientras uno y otros estén vigentes, lo estarán también las obligaciones que comportan, sin que sea necesario una norma que prohíba la emisión de programas en niveles de cubrimiento territorial diferentes a los autorizados, por lo que los concesionarios deberán prestar el servicio de manera permanente, completa y uniforme en la zona correspondiente.

Luego, sostuvo que, si bien los anteriores argumentos dejaban en evidencia la nulidad del artículo 23 del Acuerdo censurado, procedería a referirse a lo que denominó las "particularidades de su contenido"⁴, las cuales pasarán a sintetizarse a continuación:

Indicó que el artículo 4 del Acuerdo 02 de 2012, demandado, define desencadenamiento como "la vinculación 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"⁵.

Resaltó que no obstante dicha definición, el artículo 23 del acto enjuiciado denomina desencadenamiento a una figura que no concuerda con lo allí indicado, dado que autoriza a que la señal que emite un canal de manera completa y

⁴ Visto a folio 40 del cuaderno principal.

⁵ Visible a folio 40 del Cuaderno No. 1

permanente en el ámbito de cubrimiento de su concesión sea segmentada y que pueda generarse otra programación exclusiva para un ámbito de cubrimiento diferente. Advirtió que tal situación

dista del concepto de desencadenamiento, toda vez que el mismo presupone el encadenamiento de diferentes estaciones de televisión. Por lo anterior, señaló que la norma demandada, pese a denominarla desencadenamiento, en realidad se refiere a la figura de la segmentación.

Sostuvo que, en todo caso, si se concluyera que la norma referida en el párrafo anterior en efecto define la figura de desencadenamiento, lo cierto es que el literal

c) del artículo 5 de la Ley 182 de 1996, el cual es citado en la definición del artículo

4 del Acuerdo enjuiciado, autoriza a la CNTV para reglamentar la figura del encadenamiento como una situación especial y excepcional frente a lo ordinario que es la emisión independiente de la programación por parte de cada operador del servidor.

Agregó que la Ley 182 de 1995 regula el encadenamiento en dos (2) eventos puntuales, estos son: (i) en el parágrafo 2º del artículo 22 de la Ley 182 de 1995, que trata de la televisión local, como una de las clasificaciones del servicio en función del nivel de cubrimiento, indicando que las estaciones locales podrán encadenarse, y (ii) en el séptimo inciso y en el último del numeral 3 del artículo 37 ejusdem al tratar el nivel de servicio regional, autorizando el encadenamiento en canales regionales; en ambos eventos se determinó que la CNTV debía reglamentar la materia.

De lo anterior concluyó que la Ley sólo autoriza el encadenamiento de canales locales entre sí y entre canales regionales, por lo que sólo en esos casos la CNTV puede reglamentar dicha figura.

Aseguró que la entidad demandada desbordó sus potestades reglamentarias al definir el encadenamiento en el artículo 4 del acto censurado, pues no sólo previó la posibilidad de aplicar tal figura en el caso de los canales regionales y locales, sino que la permitió a todas las estaciones de televisión abierta radiodifundida, como sería el caso de canales de cubrimiento nacional, razón por la cual, a su juicio, la mencionada disposición normativa adolece de nulidad.

Aludió a que, en caso de insistirse en que la segmentación de la señal prevista en el artículo 23 demandado es un desencadenamiento, tampoco podría predicarse su funcionamiento respecto de los canales nacionales de operación pública y privada, dado que tal figura presupone un encadenamiento, que como se vio no es permitido para ese tipo de canales al no encontrarse dentro de las previsiones contenidas en el parágrafo del literal d) del numeral 2 del artículo 22, ni en el séptimo inciso del numeral 3 del artículo 37 de la Ley 182 de 1995.

Anotó que lo expuesto anteriormente coadyuva los argumentos de nulidad del artículo vigésimo tercero, además de demostrar las razones por las que debe declararse nulo el artículo cuarto en lo que respecta a la definición de encadenamiento.

Manifestó que entre los artículos demandados existe una contradicción en el fundamento jurídico de la figura del desencadenamiento. En efecto, señaló que el artículo 4º del Acuerdo 002 de 2012 cita el literal c) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 (como sustento de la figura Desencadenamiento), mientras que el 23 del acto acusado remite al literal a) del artículo 20 ibídem.

En esa línea, adujo que la referencia a éste último reconduce necesariamente al artículo 4º también atacado, que al definir los subcanales digitales, determinó que son porciones de multiplex digital que se radiodifunden por los concesionarios del servicio y que la recepción de los contenidos podría ser libre o bajo la modalidad de pago. Es decir, "las porciones del multiplex digital pueden ser radiodifundidas por el concesionario o licenciataria de manera libre,

lo cual implica gratuidad, o bajo la modalidad de pago, último caso para el que aplica lo previsto en el literal a) del artículo 20 mencionado, por las siguientes razones"⁶: (a) el hecho de que la TDT posibilite ofrecer subcanales no significa que se desdibuje el ámbito de cubrimiento nacional, regional o local previsto en la licencia; (b) la condición de libre y gratuita impone el deber de los licenciarios de observar el derecho a la igualdad de los habitantes del territorio; por ende, los prestadores del servicio de televisión abierta radiodifundida tienen el deber de no discriminar en contenidos, razón por la cual, los mismos deben cumplir las condiciones de la concesión en los términos de cubrimiento; (c) la citada norma utiliza la expresión "usuarios", término que, según

⁶ Folio 42 del Cuaderno número 1.

el artículo 3 del Acuerdo 11 de 2006, se predica de "la persona natural que en razón de su domicilio y/o habitación se beneficia con la señal de televisión por suscripción suministrada por el operador"⁷

En ese orden, apuntó que sólo por la modalidad de pago y de forma excepcional, podría prestarse el servicio en un ámbito de cubrimiento distinto al de la concesión, en tanto dicha opción requiere la manifestación de la voluntad del usuario, en el sentido de recibir una determinada programación y su anuencia en pagar por la misma. Así, resaltó que en ese sentido, la posibilidad prevista en el artículo 23 del acto censurado no puede tener como sustento el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, dado que esa disposición no tiene el alcance que le dio el ente regulador.

Sostuvo que ese "aspecto fue ampliamente discutido y analizado en las mesas de trabajo realizadas por la CNTV con distintos operadores y concesionarios para debatir los temas objeto de reglamentación, toda vez que la solicitud de incluir una disposición como la prevista en el artículo VIGESIMO TERCERO provino de los Canales Nacionales de Operación Privada, a lo cual claramente hubo oposición de otros operadores de televisión, compartida en ese momento por el equipo de la CNTV que no dudó en recordar la existencia de los antecedentes y conceptos que se han citado en este escrito como razón para no poder acceder a la petición de los canales nacionales, siendo por demás para todos claro que no podía mediante Acuerdo modificarse la Ley 182 de 1995"⁸.

Resaltó que las citadas reuniones fueron lideradas por la Oficina de Contenido de la CNTV, en donde se concluyó que el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995 sólo aplicaba para la modalidad de pago, de ahí que la figura de desencadenamiento no proceda para la televisión radiodifundida abierta gratuita, lo que derivó en que la disposición cuestionada no fuera incluida en el texto del borrador del acuerdo para observaciones. No obstante, aseguró que, de forma sorpresiva, en el acto definitivo sí fue incorporada, en abierto desconocimiento de los derechos de los operadores de televisión abierta radiodifundida en los niveles regional y local.

⁷ Visible a folio 43 del Cuaderno No. 1

⁸ *Ibidem*.

Relató que el 5% a que hace referencia el artículo 23 del acto censurado como autorización de desencadenamiento, "pareciera ser considerado por la CNTV como una nimiedad que no afecta a las condiciones de competencia en la oferta televisiva ni en el mercado de la pauta publicitaria, pues sólo se ocupa de estos efectos cuando quiera que se solicite por parte del interesado un porcentaje superior al 5 % y hasta un 20 %, máximo establecido por el regulador"⁹.

En ese orden, advirtió que el mencionado porcentaje del 5% lograría el rompimiento del equilibrio económico de los contratos suscritos por los canales de televisión abierta radiodifundida que participen del mercado de la pauta publicitaria; lo que conllevaría a reclamaciones y demandas, en tanto el valor de las prórrogas otorgadas a RCN y Caracol, en su condición de canales privados de nivel nacional, y a la empresa demandante, en su calidad de canal local con ánimo de lucro, tuvo como supuesto la participación del citado mercado.

Señaló que cualquier alteración del mercado como producto de la aplicación del acto enjuiciado, se enmarcaría en el concepto de "hecho del príncipe" para los concesionarios, puesto que no sólo desconocería el contexto del mercado en el que se otorgaron las concesiones, sino que también lo haría en abierta violación de las disposiciones legales especiales aplicables al servicio público de televisión. Resaltó que también se violarían las cláusulas contenidas en los contratos 136 y 140 de 1998, y lo establecido en el Pliego de Condiciones de la Licitación 0037 de 1997, las cuales, a su juicio, indican todo lo contrario de lo que posibilita el artículo 23 del acto enjuiciado.

Tras citar dos providencias acerca de la teoría del hecho del príncipe, un fallo con número de radicado 12311 de 1999, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y una sentencia con número de radicación 14577 de 2003 expedida por el Consejo de Estado, agregó que no conocen los estudios que sirvieron de fundamento a la CNTV para determinar el citado porcentaje del 5%, que mencionan que la autorización dada a los canales de televisión para segmentar la señal y emitir programación destinada únicamente a determinados usuarios en el aludido

⁹ Visible a folio 44 del Cuaderno No. 1.

porcentaje, no afectaba las condiciones de competencia en la oferta televisiva ni en el mercado de la pauta publicitaria.

Afirmó que el artículo 23 enjuiciado vulnera el principio de igualdad al contener una protección respecto de los canales regionales, los cuales, si bien son operadores públicos, no son acreedores de un tratamiento especial en detrimento de los derechos de los demás concesionarios y licenciatarios.

Adujo que la CNTV era consciente de los efectos nocivos que podía producir el artículo 23 del acto censurado, al punto que determinó una protección especial para los canales regionales, "como si las demás concesiones y licencias no resultaran afectadas, máxime tratándose de los canales locales, entre ellos el Canal Local con Ánimo de Lucro Citytv, en cuyos cálculos fundados en la Ley y en el contrato, no estaba que pudieran existir tantas concesiones locales con ánimo de lucro como decisiones en ese sentido tomaran los Canales Nacionales de Operación Privada^{10"11}

Afirmó que el Acuerdo censurado carece de unidad de materia, por cuanto, si bien su epígrafe y objeto hacen referencia a que éste reglamenta la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida digital terrestre - TDT, lo cierto es que, con la creación de la figura del desencadenamiento, la CNTV determinó que esta última aplicaba también para la televisión analógica.

Sin embargo, aclaró que lo señalado con anterioridad no implicaba que el artículo 23 demandado resultara aplicable a la TDT, pues lo allí dispuesto "tampoco puede predicarse legítimamente del canal principal digital y de los subcanales digitales, puesto que, como ya se dijo, se

desnaturalizarían las concesiones desde el punto de vista del ámbito del cubrimiento"¹².

¹⁰ "Sentencia de fecha 5 de febrero de 2009, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, M.P. Bertha Lucy Ceballos Posada: "(...) de esta manera se comparte lo expresado por la Comisión Nacional de Televisión en la Resolución 638 del 8 de Octubre de 2004, cuando sostuvo que permitir la emisión del servicio de televisión de manera segmentada (vg. el nacional al regional o el regional al local) conlleva a que el concesionario del servicio de televisión nacional sea concesionario de cuantas Concesiones regionales o locales sea posible, en su ámbito de cubrimiento, vulnerándose así los derechos de los demás concesionarios de otros niveles." (negrilla fuera de texto")

¹¹ Visible a folio 46 del Cuaderno No.1.

¹² Folio 47 ibídem.

Reiteró que la disposición contemplada en el artículo 23 del Acuerdo enjuiciado fue solamente incluida en el texto del Acuerdo definitivo, por lo que los afectados con dicha disposición, esto son, los canales regionales y locales, no tuvieron el derecho de hacer observaciones en relación con su contenido.

Iteró que, por iniciativa de los canales nacionales de operación privada, el tema de desencadenamiento fue objeto de debate en las mesas de trabajo realizadas en la CNTV que se hicieron de forma previa a la publicación del proyecto de acuerdo, en las que se llegó a la conclusión de que resultaba improcedente.

Finalmente, manifestó su sorpresa ante el hecho de que la CNTV hubiese expedido el Acuerdo 002 de 2012 a seis (6) días de perder competencia para ello e incluyendo una disposición que desconoce el artículo 13 de la Ley 182 de 1995 y que claramente favorece a los canales nacionales de operación privada, en detrimento de los demás operadores de televisión abierta radiodifundida en los niveles locales y regionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ANTV a través de memorial calendado el 17 de mayo de 2013, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda bajo los argumentos que pasan a sintetizarse:

Como cuestión previa, anunció un recuento de las normas que regulan el servicio de televisión por suscripción y la reglamentación que para el efecto expidió la CNTV; en este orden de ideas, adujo que la Carta Política, en sus artículos 76 y 77, señaló que la intervención del espectro electromagnético que es utilizado para el servicio de televisión estaría a cargo de una entidad de derecho público, con personería jurídica y autonomía administrativa, sujeta a un régimen legal propio. Dijo que en desarrollo de tal mandato fue expedida la Ley 182 de 1995, que creó la entonces CNTV, que sería la titular y encargada de la reserva del servicio público de televisión; además se le atribuyeron potestades para dirigir, regular, desarrollar y ejecutar planes y programas de ese servicio.

Aseguró que fue el Legislador quien concedió expresas facultades a la CNTV para que clasificara discrecionalmente los distintos géneros o modalidades del servicio

de televisión y reglamentara su funcionamiento. Indicó que el artículo 5 ibídem dispuso que era función de esa entidad clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión y

regular las condiciones de operación y explotación de éste y que, a su turno, el artículo 12 radicó en cabeza de la Junta Directiva de esa entidad la función de adoptar las medidas necesarias para obtener el desarrollo de su objeto y funciones.

Manifestó que el artículo 19 clasificó el servicio público de televisión en función de la tecnología de transmisión y definió 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"¹³, mientras que el literal a) del artículo 20 definió la televisión abierta como "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 la respecto expida la Comisión Nacional de Televisión, determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios"¹⁴.

Afirmó que, a partir de la vigencia de las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, la CNTV expidió los actos administrativos que regulan el servicio público de televisión, línea en la cual se profirió el Acuerdo número 02 de 2012, "con el objeto de 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 la televisión abierta radiodifundida analógica"¹⁵

Luego, en el acápite de razones de la defensa, sostuvo que esta Corporación, al resolver la solicitud de suspensión provisional del acto censurado en providencia del 29 de abril de 2013, destacó que la Ley 182 de 1995 contempla la posibilidad de que los operadores de diferentes categorías de cubrimiento acudan a la figura del encadenamiento con el fin de transmitir en un área distinta a la de su concesión.

¹³ Folio 83 ibídem.

¹⁴ Ibíd.

¹⁵ Folio 84 ibídem.

Expresó que el asunto de la referencia se centra en definir si el artículo 23 del Acuerdo 02 de 2012 desconoció los niveles de cubrimiento en la prestación del servicio determinados en las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996; y si el artículo 4 ibídem, al definir la figura de encadenamiento vulneró las disposiciones legales que regulan esa materia.

En ese orden, tras hacer mención a la parte considerativa del Acuerdo 02 de 2012, señaló que el mismo fue expedido luego de cumplir con todas y cada una de las etapas de procedimiento establecido para el proyecto de Acuerdo, dentro de las cuales esa entidad recibió un total de treinta y ocho (38) observaciones, incluidas las expuestas en la jornada de socialización que se llevó a cabo el 31 de agosto de 2011, esta última según consta en las Actas Directivas números 1750, 1754, 1765

y 1775 de 2011.

Aludió a las conclusiones contenidas en el documento denominado "RECOMENDACIÓN UIT – R SM. 1603 – Reorganización del espectro como método de gestión del espectro"¹⁶, en el que se habla de satisfacer las nuevas demandas del mercado de forma planificada. Asimismo, resaltó las observaciones llevadas a cabo por la Asociación Colombiana de Ingenieros – ACIEM al proyecto de Acuerdo censurado, quien consideró que el mismo generaría nuevas condiciones de

competencia en el mercado de la oferta televisiva, y por ende, expresó su respaldo al mismo.

Expresó que el literal c) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 contempló que la CNTV era la competente para clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión, así como para regular las condiciones de operación y explotación de este. Agregó que la CNTV era un organismo autónomo, al cual le compete la ejecución y desarrollo de la política del servicio de televisión trazada por la Ley. Además, sostuvo que es la encargada de reglamentar dicho servicio, conforme lo expuesto por la citada norma y la Corte Constitucional en sentencia C- 310 de 1996.

Señaló que las afirmaciones del demandante carecían de fundamento, como quiera que el acto censurado fue expedido teniendo en cuenta las facultades

¹⁶ Visto a folio 90 del cuaderno principal

reglamentarias en cabeza de la Junta Directiva de la CNTV. Asimismo, refirió que no existió extralimitación de las funciones atribuidas a esa entidad, toda vez que las mismas fueron ejercidas con apego al procedimiento especial fijado en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, esto es, dando oportunidad a los interesados de dar sus opiniones.

Argumentó que las competencias investidas a la CNTV para expedir la reglamentación de cualquiera de las diferentes modalidades de operación y explotación del servicio de televisión, atienden, entre otros, a: (i) que dicho servicio público es inherente a la finalidad social del Estado; (ii) que el mismo está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país; (iii) que según los estudios e investigaciones científicas en la materia, la televisión es el medio de mayor penetración social, y es decisiva para la formación de opiniones, valores, pautas de conducta individual y colectiva, hábitos y gusto de la ciudadanía; (iv) que el artículo 333 superior determina que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común y que la empresa tiene una función social que implica obligaciones; (v) que el artículo 29 de la Ley 182 de 1995 estipuló que el servicio de televisión estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia y control de la CNTV, la cual podrá clasificar y regular los contenidos de publicidad para promover su calidad y garantizar el cumplimiento de los fines y principios generales.

Expresó que, para una mejor explicación de las razones que llevaron a la CNTV a la expedición del Acuerdo 002 de 2012, era necesario mencionar que en el Artículo

demandado se precisó que en caso de presentarse alguna diferencia en el alcance, significado o interpretación de los términos allí indicados, se acudiría a la definición brindada por la UIT y en su defecto, por la ETSI. En ese orden, citó un artículo de Wikipedia en el que se expone que la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante UIT) es el organismo especializado de Telecomunicaciones de la Organización de las Naciones Unidas encargado de regular las telecomunicaciones a nivel internacional entre las distintas administraciones y empresas operadoras; por ende, arguyó que, al ser tal organismo pionero sobre la regulación en telecomunicaciones a nivel internacional, no existe razón para considerar que el artículo enjuiciado adolezca de nulidad al definir la figura del encadenamiento.

En cuanto al artículo 23 censurado, relacionado con la figura del desencadenamiento, aseveró que no era cierto que dicha reglamentación, al permitir un porcentaje del cinco por ciento (5%) de la programación mensual a determinados usuarios, persiga efectos diferentes a los allí expuestos.

Sostuvo que el conjunto de actos que conforman los antecedentes administrativos del acto demandado, permite colegir que se cumplen con los requisitos de legalidad para su conformación, y que "los reparos formulados por la parte actora no están fincados en argumentos de hecho y de derecho que permitan infirmar el acto demandado, menos aún obtener la suspensión provisional del mismo"¹⁷.

Dijo que la actuación censurada guarda proporción con los cambios que deben producirse en desarrollo de la implementación de los modelos y tecnologías en el sector de la televisión. En ese sentido, expresó que, conforme con las recomendaciones de la UIT, la reorganización del espectro es una evolución natural puesto que los usuarios cambian el modo de realizar las telecomunicaciones utilizando nuevas tecnologías y generando modificaciones en los requisitos de funcionamiento, por lo que no es dable afirmar que la nueva reglamentación quebrante el orden jurídico.

Reiteró que el literal c) del artículo 50 de la Ley 182 de 1995 facultó a la CNTV para regular las condiciones de operación y explotación del servicio público de televisión, entre otras, en lo relacionado con las áreas de cubrimiento y el encadenamiento de los canales para la transmisión de la operación. Refirió que el numeral 3 del artículo 37 ibídem, al tratar lo relacionado con el régimen de la prestación del citado servicio, señaló que los canales regionales de televisión podrían encadenarse para la transmisión de eventos de interés regional de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la CNTV; añadió que el artículo 22 ejusdem dispuso que esa entidad tiene potestades para regular el encadenamiento de estaciones de televisión local sin ánimo de lucro.

Concluyó que la Junta Directiva de la CNTV tenía competencias para expedir, en el acto censurado, una reglamentación dirigida a establecer los lineamientos y

¹⁷ Visible a folio 95 del Cuaderno No. 1

procedimientos para que los operadores y concesionarios del servicio de televisión abierta en sus distintos ambientes de cubrimiento pudieran encadenarse.

AUDIENCIA INICIAL

El día veinte (20) de septiembre de 2013, se llevó a cabo audiencia inicial, en la que se fijó el litigio de la siguiente manera:

"el objeto del presente litigio, de acuerdo con la demanda, consiste en determinar si los artículos 4 y 23 del Acuerdo 02 de 4 de abril de 2012 expedido por la Comisión Nacional de Televisión vulneran las siguientes normas superiores: Los artículos 77 de la Constitución Política y 13, 22, 35, 36 y 37 de

la Ley 182 de 1995"¹⁸

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante escrito calendado el 2 de junio de 2016, la ANTV recorrió el mencionado traslado en los siguientes términos:

Como consideraciones previas a las alegaciones, manifestó que en el proceso con radicado No. 2012-00278, promovido por el ciudadano Isaac Alfonso Devis Granados, fueron demandados los

artículos 4, 8, 9 parágrafo 2º, 13 parágrafo 3º, 22, 23 y 29 del Acuerdo No. 02 de 2012.

Resaltó que mediante providencia del 17 de febrero de 2014, esta Corporación resolvió suspender los artículos 4, 22 y 23 ibídem en lo relacionado con las definiciones de desencadenamientos y encadenamientos.

Precisado lo anterior, consideró que, aun cuando no se discute la facultad reguladora de la entonces CNTV, era necesario aclarar que aquella estaba habilitada para expedir la reglamentación de la prestación de servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre – TDT, como lo hizo en las disposiciones enjuiciadas. En ese orden, explicó que el servicio público de televisión requiere para su funcionamiento hacer uso de un bien público técnicamente restringido como lo es el espectro electromagnético, razón por la cual,

¹⁸ Visible a folio 116 del Cuaderno No. 1.

el Legislador estaba en la obligación de regular el mismo, de manera que se garantice la igualdad en oportunidades para acceder a su uso.

Reiteró lo señalado en la contestación de la demanda acerca de los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, así como que en desarrollo de dichas normas fue expedida la Ley 182 de 1995, que creó la entonces CNTV. Expuso que el artículo 1 de esta última definió la televisión como un servicio público sujeto a la titularidad y reserva por parte del Estado, cuya prestación se realizará mediante una concesión a entidades públicas, particulares y comunidades organizadas; recordó que el artículo 5 ibídem le impuso como función clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión, así como de regular las condiciones de operación y explotación de éste, así como que fue a partir de la vigencia de las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, que la CNTV profirió el Acuerdo cuyos artículos 4 y 23 se demandan.

Tras citar las sentencias C – 289 de 1999 y C – 310 de 1996, manifestó que la CNTV tenía funciones de ejecución y regulación del servicio de televisión, e intervención del espectro utilizado por ese servicio; además, de las funciones de inspección, vigilancia y control de la correcta utilización y prestación del mismo.

Por último, manifestó que esa entidad estaba investida de competencias para regular la operación y explotación del servicio público de televisión en sus diferentes modalidades, resaltando que "la Comisión Nacional de Televisión fue un organismo de ejecución y desarrollo de la política trazada por la ley y sobre la base de la misma, dirigió y reguló la televisión en su condición de ente autónomo, teniendo competencia para desarrollar la política en materia de televisión para ejecutar los planes y programas del Estado en ese servicio, conforme a lo trazado por el legislador"¹⁹.

La parte demandante, a través de memorial calendado el 2 de junio de 2016, presentó en tiempo sus respectivos alegatos de conclusión, en los que reiteró su solicitud de declaratoria de nulidad de los artículos 4 y 23 del Acuerdo 02 de 2012, acudiendo a las razones esgrimidas en el libelo introductorio y agregando lo que a continuación se enuncia²⁰:

¹⁹ Visible a folio 216 del Cuaderno No. 2.

²⁰ Visible a folios 217 a 254 del Cuaderno No. 2

Señaló que las disposiciones demandadas desconocieron el artículo 13 de la Ley 182 de 1995,

circunstancia que se acredita con la suspensión de los artículos que definieron las figuras de encadenamiento y desencadenamiento por parte de la Sección Primera de esta Corporación en el proceso de nulidad simple identificado con número de radicado 2012 -00272, en el cual, esta Corporación concluyó que la CNTV incluyó las mencionadas figuras en los artículos 23 y 24 del Acuerdo 02 de 2012, sin que se hubieren incluido en el texto del proyecto del Acuerdo.

Bajo tal perspectiva, sostuvo que se había desconocido el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, al incluirse dichas disposiciones en el texto final del Acto censurado sin que previamente se hubieren difundido y, luego, debatido por parte de los interesados.

Aseguró que el artículo 23 demandado fue agregado en el texto del Acuerdo 02 de 2012 al finalizar la etapa de socialización, y que si bien en dicha fase se puso a consideración de manera informal en discusiones de mesas de trabajo un texto denominado desencadenamiento, lo cierto es que en el momento en que se introdujo tal disposición en el borrador del Acuerdo a solicitud de los canales nacionales, los demás operadores se opusieron a esa inclusión al considerarla ilegal, en tanto se soportaba en una errada interpretación del literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995.

Advirtió que en ningún caso la inclusión del aludido texto parcial e informal satisface el deber de socialización y en especial el de sustentación de la medida regulatoria, en tanto el introducido en la versión final del acto enjuiciado es diametralmente distinto al que fue expuesto de manera informal en las mesas de trabajo.

Aseveró que las disposiciones censuradas están dirigidas a favorecer a los canales nacionales de operación privada, en detrimento de los canales de televisión abierta radiodifundida en los niveles locales y regionales, sin que estos últimos tuvieran la posibilidad de conocer el texto final de la figura de desencadenamiento a efectos de hacer observaciones respecto a su contenido. Recalcó que la CNTV tampoco contaba con ningún estudio técnico que soportara tal concesión en favor de los solicitantes.

Expuso que el párrafo 4° del artículo 37 de la Ley 182 de 1995 dispone que ningún concesionario del servicio local podrá ser titular de más de una concesión en dicho nivel; además, resaltó que el artículo 24 de la Ley 336 de 1996 realizó una clasificación del servicio de televisión en función a su nivel de cubrimiento, a saber: (i) según la clasificación de origen y destino de la señal, ya sea televisión internacional y colombiana; o (ii) de acuerdo con el nivel cubrimiento territorial, el cual se divide en televisión nacional de operación pública, televisión nacional de operación privada, televisión regional, televisión local y televisión comunitaria sin ánimo de lucro.

Sostuvo que el artículo 4° del Acuerdo enjuiciado, al definir la figura del encadenamiento, vulneró las disposiciones legales que la regulan, lo que implicó que la CNTV desbordara sus capacidades al permitir la misma como una posibilidad de todos los operadores de televisión abierta radiodifundida. Particularmente, arguyó que fueron desconocidos los incisos 7° y final del artículo 37 de la Ley 182 de 1995, que determinaron que el encadenamiento sólo procede para estaciones locales y canales regionales, y sólo en los eventos que son permitidos por la Ley.

Resaltó que las concesiones de canales de televisión se otorgan a través de un contrato estatal, cuyos términos pueden verse afectados por decisiones de la administración pública dirigidas a la mejora del servicio, o por disposiciones reglamentarias adoptadas por motivos de utilidad pública o interés general. Dijo que los contratos de concesión son un acuerdo de voluntades que

solo pueden ser modificados por un otrosí entre las partes o por virtud de la ley o por motivos de interés público; para sustentar tal afirmación citó una sentencia proferida por ésta Corporación el 14 de abril de 2010, con ponencia de la entonces Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio, dentro del expediente identificado con número de radicado 11001 03 26 000 2005 00044 00.

Indicó que la CNTV desbordó ampliamente su facultad para regular la ley, dado que en las disposiciones censuradas modificó la Ley 182 de 1995, y vulneró además el parágrafo 4° del artículo 37 de la Ley 182 de 1995.

En relación con la improcedencia de los argumentos de la contestación de la demanda, en su gran mayoría reiteró los argumentos desarrollados tanto en el libelo introductorio como los ya descritos en el traslado para alegar de conclusión. No

obstante, en lo tocante a la defensa de la legalidad del demandado artículo 4° del acto acusado, según la cual dicha norma debe interpretarse a la luz de lo dispuesto por la UIT, puso de presente la carencia de sustento legal de dicha afirmación objetando que la indicación que allí se hace no implica que la definición enjuiciada, per se, se ajuste a la ley.

Adujo que la materialización de las normas cuestionadas genera una efectiva y notable distorsión en el mercado de la pauta publicitaria y una alteración de las condiciones contractuales pactadas, toda vez que, como se expresó en la demanda, el valor de la concesión y de las prórrogas tanto de los canales de operación privada como de las locales con ánimo de lucro se basaron en estudios de mercado referidos a los niveles territoriales materia de concesión.

Ilustró la manera en como entendía la disposición impugnada afirmando que significaba que los canales nacionales de operación privada pueden emitir: (i) noticieros regionales en horarios diferentes a los noticieros de los canales regionales, (ii) noticieros locales, en cualquier horario, y (iii) todo tipo de programación (diferente a la noticiosa) dirigida a satisfacer audiencias regionales o locales sin limitación de horario. Señaló lo siguiente con el propósito de ejemplificar el caso:

"Así por ejemplo la señal de los canales privados nacionales RCN y CARACOL, que hasta el omento, por mandato legal, ha sido la misma – sin segmentación-

, emitida de manera completa y permanente en todo el territorio nacional, ahora podrá ser diferente, y así, los televidentes de la costa atlántica que sintonicen por ejemplo, en canal RCN, verán un contenido diferente al que, sintonizando el mismo canal verán, a la misma hora, los televidentes en Medellín o Cali, por cuenta de que RCN habrá segmentado su señal -que se insiste debería ser única, completa y permanente a nivel nacional- para que en cada región se pueda ver contenidos especialmente dirigidos a cada región, invadiendo con ello la esfera propia, naturaleza y objetivo de los canales regionales o locales que justamente es a lo que se dedican y vulnerando la naturaleza y alcance de sus títulos habilitantes (Contratos de Concesión). Y así mismo, podrá un canal regional replicar el modelo de un canal local -como es el caso del canal de Bogotá-, generando contenidos especialmente dirigidos a dicha audiencia. Y por supuesto, todo ese ejercicio de programación especializada y segmentada, tiene como propósito y efecto, atraer y concentrar la pauta publicitaria que de otra manera sería -y ha sido por virtud de la Ley 182 de 1995- la base y fuente de ingresos de los operadores de cubrimiento regional y local, en cada caso, y que fueron objeto de las valoraciones respectivas en el caso del canal local con ánimo de lucro. Con ello los dos canales nacionales, hoy en día un duopolio y ampliamente

mayoritarios en su participación en la torta publicitaria, terminarán por acaparar la ya de por sí reducida porción de pauta que ha venido sosteniendo la operación de los canales regionales y locales.

Surge con esto una competencia -imprevista e imprevisible por los actuales operadores regionales y locales-, por los recursos de la televisión regional o local, en la medida que los canales nacionales que aprovechando la norma incluida por la CNTV para su complacencia, pueden vender pauta segmentada generándose una amenaza a la supervivencia de la televisión pública regional y local, lo cual, claramente no fue el espíritu de la Ley 182 de 1995, inspirada en el derecho constitucional de la libre y leal competencia, tal como lo dispone principalmente el artículo 75 de la C.P y el artículo 333 de la misma normativa y el artículo 4º de la citada Ley, todo lo cual incluso es reconocido por la máxima autoridad de las telecomunicaciones, según se expondrá al final del escrito."²¹

Agregó que el impacto negativo de las normas acusadas no fue debidamente calculado y previsto por la CNTV, pues el Acuerdo que se censura no estuvo precedido, en particular en la regulación del desencadenamiento, de un estudio de conveniencia, legalidad y de impacto que dicha medida tendría para los prestadores del servicio público de televisión, sin que se haya aportado prueba para acreditar lo contrario por la parte accionada.

Indicó que:

"Debió la CNTV haber considerado cuál era el impacto que tendría permitirle a los canales privados de cubrimiento nacional, que desencadenen (léase segmenten) la señal que según la ley debe ser única y uniforme para todo el territorio nacional, y generen contenidos segmentados por regiones, esto es, comportándose en cada región, como un operador de cubrimiento regional que provee contenidos especialmente dirigidos a la comunidad respectiva.

No existe -y al respecto nada aporta la ANTV- un estudio que cuantifique el impacto económico que una medida como. Esta tiene en el mercado, y la grave afectación que representa para los canales regionales y locales, que por virtud de esta medida deberán afrontar una competencia que no estaba prevista -por cuanto precisamente por no ser viable bajo la Ley 182 de 1995 vigente al momento de suscribir los contratos de concesión- ni valorada al momento de iniciar su operación o de firmar los contratos respectivos ni aún las prórrogas de los mismos.

Tampoco aparece prueba alguna de cuál es el sustento técnico económico para haber determinado el porcentaje mínimo y máximo de programación que podría ser objeto de desencadenamiento, como si tal regulación y determinación pudiera salir del mero arbitrio y apreciaciones de la CNTV. Nótese que al respecto el apoderado de la ANTV apenas apunta a expresar su opinión de ser "mínima", lo que no pasa de ser una consideración subjetiva, sin fundamento técnico, jurídico ni económico."²²

Manifestó que esa empresa no ha sido la única que ha considerado las normas acusadas como contrarias a la realidad jurídica y económica del mercado,

²¹ Folios 243 y 244 del Cuaderno número 2.

²² Folios 247 y 248 ibídem.

así como altamente inconvenientes y perjudiciales; sino que varios entes coinciden en que las mismas traerían graves implicaciones. Así, trajo a colación las declaraciones que el Exministro

de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones Diego Molano dio en entrevista realizada el 16 de septiembre de 2013, a la emisora W radio, en la que sostuvo que dicha normatividad pone en riesgo el futuro de los canales regionales de televisión.

Asimismo, citó la entrevista que la aludida emisora realizó el 12 de septiembre de 2013 al Gerente del canal Telecaribe, en la que aquel expone sus motivos de inconformidad con el artículo 23 del Acto demandado. Finalmente, el accionante trajo a colación la columna de opinión del señor Heriberto Fiorillo, publicada en el periódico El Tiempo el día 8 de septiembre de 2013, titulada "De un "mico" y una isla".

A través de memorial del 25 de noviembre de 2016²³, la parte actora, dando alcance a algunas de las manifestaciones realizadas en los alegatos de conclusión, informó que en el proceso con número de radicado 2012-00278, esta Sección declaró la nulidad de las expresiones desencadenamiento y encadenamiento contenidas en los artículos 4º, 22 y 23 del Acuerdo No 002 de 4 de abril 2012. En consecuencia, aportó copia informal de la referida providencia²⁴

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El **Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado** rindió concepto mediante memorial²⁵ radicado en la Secretaría de esta Sección el día 21 de febrero de 2020. Con el fin de abordar la controversia bajo estudio, planteó el siguiente problema jurídico "¿se encuentran afectados de nulidad los artículos 4 y 23 del Acuerdo 002 de 2012, expedido por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVESIÓN "por medio del cual se establece y reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre -TDT"?"²⁶; el cual resolvió conforme a los argumentos que se sintetizan a continuación:

²³ Visto a folios 260 y 261 del cuaderno principal.

²⁴ Visto a folios 262 a 323 ibídem.

²⁵ Visto a folios 354 a 362 ibídem.

²⁶ Visto a folio 355 ibídem.

Manifestó que la entonces CNTV era la encargada de la intervención del espacio electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la política que en esa materia determinara la ley. Adujo que esa entidad fue suprimida por la Ley 1507 de 2012, que a su vez creó la ANTV, a quien le correspondió asumir las funciones de la primera entidad en cita. Posteriormente, advirtió que la Ley 1978 de 2019 derogó a la referida norma del 2012 y ordenó la entrada en liquidación de la ANTV.

Expuso que la CNTV contaba con potestad regulatoria sobre la televisión nacional, aspecto éste que no fue discutido en la demanda, y que fue abordado por la Corte Constitucional en sentencia C-570 de 2010. Así, indicó que, con la expedición del Acuerdo 02 de 2012, la citada Comisión ejerció su función de regulación en los temas propios de su competencia.

Arguyó respecto del asunto de la referencia, que la Sección Primera del Consejo de Estado profirió sentencia el día 22 de septiembre de 2016, dentro del expediente con número de radicado 11001 23 24 000 2012 00278 00, promovido por el señor Isaac Alfonso Devís Granados, en la que se declaró la nulidad de las expresiones encadenamiento y desencadenamiento contenidas en los artículos 4, 22 y 23 del Acuerdo número 002 de abril de

2012.

Resaltó que, en dicha oportunidad, esta Sección estudió la presunta vulneración del artículo 13 de la Ley 182 de 1995, al no haberse cumplido con el procedimiento para la expedición del acto acusado, previsto en "el artículo 37, parágrafo 4º, 5º, literal c); 18 parágrafo y del Artículo 20, literal a) de la Ley 182 de 1995"²⁷

Sostuvo que, si bien en ese momento no se analizaron los cargos relativos a la posible vulneración de los artículos 22, 35, 36 y 37 de la Ley 182 de 1995, lo cierto es que esta Corporación confrontó el texto de los artículos 4 y 23 del Acuerdo No. 002 del 4 de abril de 2012 con el contenido de la Ley 182 de 1995, particularmente estudió los reproches que fueron elevados en el asunto de la referencia, dado que coincidentemente la demanda allí analizada planteó argumentos, entre otros, relacionados con la afectación del equilibrio económico derivado de la pauta

²⁷ Visible a folio 361 del Cuaderno No. 2

publicitaria, la unidad de materia y el no sometimiento del acuerdo a consulta pública.

En ese sentido, dijo que la sentencia en cuestión no sólo declaró la nulidad de la definición encadenamiento y desencadenamiento contenida en los artículos 4 y 23 del Acuerdo 02 de 2012, sino que además estudió que el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, que permite que algunos programas exclusivos se destinen únicamente a determinados usuarios, y de ahí estimó que el artículo 23 del Acuerdo acusado se ajustaba a derecho al reglamentar las condiciones en las cuales eran posibles que ciertos programas del servicio de televisión abierta se destinaran únicamente a usuarios específicos, sin diferenciar si debía ser gratuito o pago.

Expresó que en la aludida providencia se indicó que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del artículo 4º del acto enjuiciado en cuanto definió los subcanales digitales, ni del artículo 23 ibídem, el cual, en desarrollo del literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, permitió que los operadores de televisión abierta realizaran programación destinada únicamente a determinados usuarios hasta el equivalente al 5% de la oferta televisiva mensual, dado que dicha modalidad de televisión abierta se ajustaba dentro de los parámetros definidos por el literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995.

En ese sentido, aseveró que, frente a la pretensión de declarar la nulidad del artículo 4 del Acuerdo 002 de 2012, en lo que se refiere a la definición de encadenamiento, existe cosa juzgada; de otro lado, respecto a la pretensión de declarar nulo el artículo 23 ibídem, afirmó que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de éste, por lo que no cuenta con vocación de prosperidad.

Para sustentar lo anterior, sostuvo que el citado Acuerdo tuvo como 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; así como el cese de las emisiones de dicha forma de producir televisión.

Expresó que por ello la reglamentación adoptada por la CNTV se refiere a los usuarios a quienes está destinada la señal de televisión analógica. Agregó que la

ley dispuso que, conforme a la reglamentación que adoptara la mencionada Comisión, determinados programas podrían emitirse únicamente a ciertos usuarios, razón por la cual el

artículo 23 acusado se encargó de regular las condiciones en las que era posible llevar a cabo tal actividad.

Alegó que, contrario a lo sostenido por el demandante, quien aseguró que el artículo

23 demandado desconoce la clasificación del servicio en función del nivel de cubrimiento, lo cierto es que dicha disposición normativa se fundamenta en el literal

a) del artículo 20 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 autoridad competente determine que ciertos programas se destinen únicamente a determinados usuarios.

Para finalizar su intervención, el Agente del Ministerio Público concluyó que no hay lugar a estimar las pretensiones de la demanda, por lo siguiente:

"i) Las definiciones de las expresiones "Encadenamiento" y "Desencadenamiento", contenidas en los artículos 4º y 23 del Acuerdo 002 de

4 de abril de 2012, fueron declaradas nulas en la sentencia del 22 de septiembre de 2016, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, dentro del expediente radicado con el No. 11001-03-24-000-2012-00278, demandante ISAAC ALFONSO DEVIS GRANADOS, por lo que existe cosa juzgada.

ii) Tal como lo concluyó el Consejo de Estado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016, radicado No. 11001-03-24-000-2012-002748-00, la Ley 182 de 1995 autoriza que determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios. De ahí 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. La CNTV podía regular las condiciones en las que resultaba posible que ciertos programas de servicios de televisión abierta se destinaran únicamente a usuarios específicos, lo que hizo al expedir el artículo 23 del Acuerdo 002 de 2012. En esa oportunidad, el actor no desvirtuó la presunción de legalidad de que goza el artículo 23 de la Ley 182 de 1995, al confrontarlo con las normas consideradas violadas y enunciadas previamente"²⁸.

DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

²⁸ Visible a folio 362 V y 363 del Cuaderno Principal.

CONSIDERACIONES

Competencia.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

Planteamiento

De acuerdo con el contenido y alcance de la demanda y su respectiva contestación, se observa que las partes coinciden en que la CNTV expidió el Acuerdo 002 de 2012, en el que establecieron 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. También coinciden en que el citado acuerdo es aplicable a los operadores, licenciarios y concesionarios de espacios de televisión.

Ahora, discrepan sobre si las disposiciones censuradas incurrieron o no en violación de normas superiores, pues para la parte demandante las contenidas en los artículos 4 (en lo que hace a la definición de encadenamiento) y 23, desconocen los niveles de cubrimiento en la prestación del servicio de televisión previstos en el parágrafo 2º del artículo 22 de la Ley 182 de 1995, en tanto que habilita la prestación del servicio de televisión en un ámbito territorial distinto al que se autorizó en los contratos de concesión y según lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la misma Ley.

Tampoco presentan acuerdo en lo referente al concepto de encadenamiento previsto en el artículo 4 del acto censurado, como quiera que para la actora se desconoce lo dispuesto en el parágrafo 2 artículo 22 y numeral 3 del artículo 37 ibídem, al permitir que dicha figura opere respecto de canales nacionales de televisión abierta, cuando el Congreso de la República sólo la habilitó para los

zonales y regionales; mientras que la ANTV es del concepto que la Ley 182 de 1995 permite el encadenamiento sin importar el área de cobertura y que, en todo caso, una eventual diferencia en la interpretación de la disposición enjuiciada debe ser definida de acuerdo con lo que para ese caso hubiere brindado la UIT.

Difieren también en cuanto al alcance del desencadenamiento definido en el artículo 23 de la decisión censurada, pues para la CEETTV al no existir la posibilidad de que un canal nacional se encadene es inviable que se desencadene, y en todo caso, de admitir que un canal nacional pueda emitir programación especial de acuerdo a la región en que trasmita lo que se presenta es una segmentación que no encuentra sustento en ninguna disposición legal.

La divergencia además se presenta en el alcance de la reglamentación del literal a) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995, pues para la accionante tal precepto determina que la televisión abierta debe ser gratuita, mientras que el desencadenamiento, según su lectura, solamente puede ser concebido en la modalidad de pago, luego habría una evidente contradicción.

De igual forma, existe confrontación en lo atinente a los porcentajes contenidos en el artículo 23 del Acuerdo 02 de 2012, pues para la demandante generan un rompimiento del equilibrio económico de los contratos suscritos por los canales de televisión abierta radiodifundida que participan en el mercado de la pauta publicitaria, todo lo cual se enmarcaría en un título de responsabilidad por el "hecho del príncipe".

Discute la actora que no existen estudios que definan que los porcentajes a que se ha hecho mención no afectaban las condiciones de competencia en oferta televisiva ni en el mercado de la pauta publicitaria.

Adicionalmente, se reprocha la legalidad del artículo 23 del acto acusado por vulneración del

artículo 23 Superior, pues a juicio de la accionante la norma reglamentaria brinda una especial protección a los canales regionales sobre los locales sin ningún fundamento.

Cuestiona la actora que la creación de la figura del desencadenamiento fue aplicada a la televisión analógica y que por ende, desconoció la unidad de materia

en la reglamentación, pues el objeto del Acuerdo 02 de 2012 era la regulación de la televisión abierta radiodifundida digital terrestre (en adelante TDT).

Por último, controvierte que el artículo 23 de la decisión enjuiciada no fue sometido a los procesos de consulta pública a efectos de que se surtieran las observaciones de rigor; mientras que la ANTV recalcó que las normas censuradas fueron sometidas a consulta por parte de los interesados, por lo que, a su juicio, fueron proferidas siguiendo el trámite establecido para esos efectos previsto en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995.

Ahora, es pertinente señalar que tanto la CEETTV como el Ministerio Público dieron cuenta de que en sentencia emitida el 22 de septiembre de 2016, la Sala de la Sección Primera de esta Corporación declaró la nulidad de dichas afecciones encadenamiento y desencadenamiento, por lo que debe analizarse el asunto a la luz de la existencia de cosa juzgada.

Vistas así las cosas, es preciso adelantar el análisis de los puntos ya discernidos en el orden planteado, no sin antes abordar el estudio del anotado fenómeno de cosa juzgada, como se efectuará a continuación.

Cosa juzgada

La citada figura se encuentra referida a los atributos de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad de que están revestidas las sentencias ejecutoriadas. En esa lógica, el artículo 189 del CPACA establece los efectos de dichas providencias, indicando lo siguiente:

"Artículo 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa

juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición". (Subrayas de la Sala).

Por lo que se refiere a este punto y en específico, en lo tocante con los procesos de nulidad, esta Sección, en sentencia del 11 de junio de 2020, precisó lo que sigue:

"26. Esta Corporación²⁹ ha explicado, acerca de la declaratoria de cosa juzgada en el marco de una acción de nulidad simple, lo siguiente:

"(...) El fenómeno de la cosa juzgada se encontraba regulado en los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, cuyo contenido es el siguiente:

(...) De conformidad con la norma transcrita, la sentencia que decrete la nulidad de un acto administrativo tiene efectos erga omnes de manera plena, por lo que respecto de dicho acto no resulta posible adelantar un nuevo proceso en el que se solicite su anulación. **Sin embargo, cuando se trate de sentencias en las que se denieguen la nulidad, los efectos de cosa juzgada solo recaen sobre la causa petendi, razón por la cual es posible que respecto de los actos que son objeto de la decisión se puedan tramitar nuevos procesos, los cuales deben tener por fundamento una causa distinta a la resuelta en la sentencia que negó la pretensión nugatoria (...)**"(Destacado fuera de texto).

²⁹[17]Sección Primera, sentencia de 7 de diciembre de 2017, radicado Nro. 05001-23-33-000-2015- 02253-01, Consejero ponente doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

La Sala reitera, de conformidad con la normativa y jurisprudencia citada supra, que en los procesos de nulidad, si la sentencia accede a las pretensiones de la demanda, producirá efectos de cosa juzgada erga omnes, "(...) lo cual significa que la decisión judicial en firme que haya declarado la nulidad de un acto administrativo, se hace extensiva a aquellos procesos en los cuales el acto demandado sea exactamente el mismo, independientemente de cuál sea la causa invocada para sustentar la nulidad deprecada (...)"³⁰; es decir, que la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes, para todo el mundo y sin importar la causa petendi o los argumentos alegados, situación que impide que pueda presentarse un nuevo pronunciamiento en relación con el acto acusado.

Por el contrario, si se trata de una sentencia desestimatoria de las pretensiones, esta producirá efectos de cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi que, entendida

como la razón o los motivos por los cuales se demanda, está contenida en los cargos esgrimidos o en el concepto de la violación que se invoca como sustento de la solicitud de nulidad; de ello se infiere que la sentencia desestimatoria de las pretensiones de una acción de nulidad hace tránsito a cosa juzgada erga omnes, solo respecto de los cargos que dan lugar a su interposición"³¹. (Paréntesis y negrillas dentro del texto, subrayas de la Sala).

Así las cosas, en tratándose de procesos de nulidad los efectos de una decisión previa que haya controlado las disposiciones que se ventilan en un juicio actual tienen efectos erga omnes, es decir, afectan incluso a sujetos que no hayan intervenido en el proceso inicial. No obstante, dependiendo del sentido de la decisión adoptada en la sentencia se definirá si existe o no cosa juzgada absoluta o relativa.

En ese orden, si la sentencia frente a la cual se pretende efectuar el análisis de la excepción fue estimatoria, el efecto de la cosa juzgada será absoluto respecto de las disposiciones cuya ilegalidad fue declarada y, en esa medida, es claro que resultaría improcedente efectuar posteriores análisis de validez de esas mismas normas, en tanto resultaron expulsadas del orden jurídico al ser contrarias a éste.

Cuestión distinta acontece en el evento de que la decisión fuese desestimatoria de los cargos de nulidad, pues en ese caso el efecto de la cosa juzgada es relativo, lo que significa que se predicará únicamente de los cargos en ella analizados y respecto de las disposiciones acusadas, por lo que la delimitación del objeto y la

³⁰[18] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de octubre de 2010, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, número único de radicación 11001 03 25 000 2006 00388 00.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Hernándo Sánchez Sánchez, sentencia de 11 de junio de 2020, radicación número 11001-03-24- 000-2009-00357-00.

causa petendi en esa hipótesis resulta necesaria y por ello el estudio de la figura deberá circunscribirse a los elementos previstos en el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en virtud de la remisión normativa del artículo 306 del CPACA, es decir: **1.** que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; **2.** que se funde en la misma causa anterior, y **3.** que en los procesos haya identidad jurídica de parte. Requisito, este último, del que debe aclararse que no es aplicable en procesos de nulidad, ya que en éstos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino todo lo contrario, en interés del orden jurídico³².

Así pues, en lo que hace a la sentencia del 22 de septiembre de 2016 proferida dentro del proceso número 11001 03 24 000 2012 00278 00 (en adelante 2012 00278), respecto de la cual, como se anunció, es pertinente acometer el estudio de cosa juzgada, debe señalarse que esta Sección estimó parcialmente las pretensiones de nulidad en contra del Acuerdo 02 de 2012 emitido por la CNTV, circunstancia que nos ubica en la segunda de las hipótesis anteriormente explicada. En efecto, la parte resolutoria de la anotada providencia dispuso lo que se lee a continuación:

"F A L L A:

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

DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda."

Siendo ello así, en aras de determinar si en el caso sub examine se configura o no el fenómeno de la cosa juzgada, resulta indispensable examinar si el objeto y la causa de la demanda incoada coinciden total o parcialmente con las que ocuparon la atención de la Sala en el proceso que culminó con la mencionada sentencia.

Similitud de objeto.

Sobre el particular, se observa que en el proceso identificado con número de radicación 2012 00278, en el que fungía como demandante el señor Isaac Alfonso

³² En ese mismo sentido se pronunció esta Sección en audiencia inicial celebrada el 25 de enero de 2021, dentro del proceso identificado con número de radicación 11001 03 25 000 2015 00190 00.

Devis Granados, se pretendió la declaratoria de nulidad del Acuerdo 002 de 2012, "Por medio del cual se establece y reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre – TDT".

Entre tanto, en el presente asunto se solicitó que se declare la ilegalidad de los artículos 4 en cuanto a la definición de "encadenamiento" y el artículo 23 del Acuerdo 002 de 2012, "Por medio del cual se establece y reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre – TDT".

En ese orden, se observa que existe una similitud parcial de objeto entre el proceso 2012 00278 y el presente asunto, en la medida que ambos se busca la declaratoria de nulidad del artículo 23 y de la noción de "encadenamiento" dispuesta en el artículo 4º del citado acto administrativo.

Identidad de causa.

- a. En el proceso con radicado **2012 00278** la causa petendi consistió en la violación de los artículos los artículos 13, 75, 77, 83, 209, 333 y 365 de la Constitución Política y 13, 18 a 22 y 37 modificado por el 24 de la Ley 335 de 1996, de la Ley 182 de 1995; en tanto allí se consideró que la decisión impugnada "fue expedida irregularmente, porque se expidió en contravención notoria de las Ley (Sic) en que debió fundarse".
- b. En lo que hace al proceso de la referencia el móvil para controvertir la validez de las disposiciones censuradas fue la violación de los artículos 13 y 77 de la Constitución Política y los artículos 22, 35, 36 y 37 de la Ley 182 de 1995 con las modificaciones introducidas por las Leyes 335 de 1996, 506 de 1999 y 680 de 2001.

Los cargos que se expusieron fueron los de infracción de normas en que debe fundarse y falsa motivación.

- c. En ese orden, se observa que tanto el proceso 2012 00278 como el asunto de la referencia, coinciden en reprochar que la ANTV vulneró las normas en que debió fundarse. Siendo ello así, lo que se impone es definir lo que se expuso en la sentencia previa sobre las disposiciones que aquí se cuestionan; veamos:

"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 4°, 22 y 23 del Acuerdo Acusado, prevén:

"Artículo 4°. 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." (Subrayas de la Sala).

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 Unitaria³³:

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

³³ 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.

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 6° 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 1° 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."³⁴ (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**

³⁴ Providencia de 13 de mayo de 2010. Expediente núm. 2004-00375. Consejero ponente: doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

estas decisiones y declarando nulo el acto que ha incurrido en dicha irregularidad."³⁵
(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 4º, 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 4º, 22 y 23 del acto acusado, que obra a folios 54 a 68.

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

³⁵ Providencia de 13 de mayo de 2009. Expediente núm. 2004-00020. Consejero ponente: doctor Ramiro Saavedra Becerra.

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 RADIODIFUNDIDA 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 solicitud³⁶, **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 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 4º, 22 y 23 del Acuerdo acusado".

(...)

FALLA

"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". (Subrayas de la Sala).

Vistas así las cosas, coincide la Sala con la apreciación de la demandante y del Ministerio Público en cuanto que no se evidencia duda alguna acerca de la existencia del fenómeno de cosa juzgada en relación con los artículos 4 y 23 del Acuerdo 002 del 4 de abril de 2012 proferido por la CNTV, pues tales disposiciones regularon lo concerniente a los conceptos de "encadenamiento" y "desencadenamiento", respectivamente, y el fallo proferido el 22 de septiembre de 2016 por esta Sección declaró la nulidad de esas expresiones en tanto trasgredieron el mandato que para ese efecto estaba contenido en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, como quiera que no fue objeto de conocimiento y discusión del

³⁶ 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-".

público interesado, ni incluido en el proyecto de Acuerdo que establecía las condiciones técnicas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida en TDT, ni en el Acuerdo definitivo con ocasión de las observaciones presentadas por la comunidad durante el proceso de socialización del proyecto³⁷.

Las normas respecto de las cuales recayó la declaración de invalidez son las siguientes:

"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.

(...)

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 5º 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.

³⁷ Lo dicho, fue concebido a partir del análisis que efectuó el Despacho Sustanciador del proceso en la adopción de la medida cautelar de suspensión provisional, discernimiento que fue acogido en su integridad en el fallo y que, como se vio, dio lugar a la declaración de ilegalidad en la forma indicada anteriormente.

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".³⁸

En consecuencia, como las disposiciones cuya legalidad se discute en el proceso de la referencia fueron expulsadas del orden jurídico por haberse desvirtuado el atributo de legalidad en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 proferida en el proceso identificado con el número 11001 03 24 000 2012 00278 00, se reafirma la conclusión ya anunciada respecto del acaecimiento del fenómeno de cosa juzgada.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR PROBADO EL ACAECIMIENTO DEL FENÓMENO DE

COSA JUZGADA, respecto de los artículos 4 y 23 del Acuerdo 002 de 2012 proferido por la Comisión Nacional de Televisión, y en relación con la sentencia emitida el 22 de septiembre de 2016, en el proceso identificado con el número 11001 03 24 000 2012 00278 00, expedida por la Sección Primera de esta Corporación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 7 de abril de 2022.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Presidente Consejero de Estado

Consejero de Estado

³⁸ Visto a folios 18 a 20 del Cuaderno Principal.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejera de Estado Consejero de Estado Aclaro voto

La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad y conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

