

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación núm.: 11001 03 26 000 2011 00054 00

Actor: Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión, hoy Autoridad Nacional de Televisión Tesis: No es procedente excluir del estudio de legalidad formulado en la demanda, las disposiciones que han sido derogadas por un acto expedido posteriormente.

No es relevante para resolver la presente controversia, la decisión adoptada en el Laudo Arbitral del 3 de junio de 2009, convocado por Caracol Televisión, si en este último proceso se pretendió la declaratoria de incumplimiento de la CNTV del Contrato de Concesión 136 del 22 de diciembre de 1997, al exigir la emisión de la programación para adultos en horarios distintos a los señalados en la ley y en el contrato, reducir la extensión de la franja de programación para adultos, requerir que transmitiera únicamente programación infantil de lunes a viernes de 4:00 p.m. a 5:00 p.m., y restringir el pleno derecho de programar el servicio de televisión.

Hasta antes de la expedición de la Reforma Constitucional de 2011, la potestad regulatoria de la CNTV no era compartida con el Congreso de la República.

Es nula, por vulneración de norma superior, la normativa que indica que la programación de televisión incluye la radiodifusión de cualquier contenido, incluida la publicidad, si se trata de dos conceptos diferentes de acuerdo a las normas legales que tratan esa materia y tal consideración impondría responsabilidad del operador sobre esta última.

No son nulas, por vulneración de norma superior, las disposiciones regulatorias que indican que la programación que se emita entre las 05:00 y las 20:00 horas debe ser familiar, de adolescentes o infantil, si tal aspecto ya se encontraba establecido en la norma legal según la cual la programación para todos los públicos se comprendía entre las 07:00 a.m. y las 9:30 p.m., y hace que se reduzca la franja de adultos que con la norma legal comprendía entre las 9:30 p.m. y las 7:00 a.m., pues en el acto se indica que se presenta entre las 10:00 p.m. y las 5:00 a.m.

Es nula, por vulneración de norma superior, la normativa expedida por la CNTV que exige un código de autorregulación a los concesionarios de televisión, si es extensa, vaga, y vulnera la independencia periodística.

Son nulas, por vulneración de normas superiores, las disposiciones que ordenan a los concesionarios de servicio de televisión “suministrar a los televidentes elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido” en la franja de adultos, si tal exigencia configura un paternalismo televisivo y vulneración del pluralismo en un Estado democrático.

No son nulas, por infracción de norma superior, las disposiciones que no tienen en cuenta las repeticiones de programas infantiles, de adolescentes y de producción nacional o extranjera, para

la contabilización del número mínimo de horas trimestrales, si tal restricción no cuenta con sustento legal y desconoce el derecho a la libertad de expresión y difusión de contenidos.

SENTENCIA – ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide la demanda instaurada por Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra el Acuerdo 02 del 30 de junio de 2011 (parcial), “Por medio del cual se reglamenta la radiodifusión de contenidos en el servicio público de televisión abierta”, proferido por la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), en ejercicio de competencias que hoy están a cargo de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV).

LA DEMANDA

Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. interpusieron la demanda en los siguientes términos¹:

Pretensiones

¹ Folios 1 a 20 del cuaderno principal.

Formularon las siguientes²:

“Que se declare la NULIDAD -parcial- del Acuerdo 02 expedido por la CNTV el 30 de junio 2011, Por medio del cual se reglamenta la radiodifusión de contenidos en el servicio público de televisión abierta. El mencionado Acuerdo fue publicado el

30 de junio de 2011 en la edición 48.116 del Diario Oficial. Las normas demandadas del mencionado Acuerdo son las siguientes:

Artículo 3 (inciso final);

Artículo 24 (inciso segundo);

artículo (sic) 25 (parágrafo segundo);

Artículo 27 (frase final del inciso final);

Artículo 31 (frase final del inciso final);

Artículo 33 (parágrafo tercero);

Artículo 42;

Artículo 44 (parágrafo);

Artículo 48”³.

Las disposiciones cuestionadas

“ACUERDO 2 DE 2011

(junio 30)

COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

Por medio del cual se reglamenta la radiodifusión de contenidos en el servicio público de televisión abierta.

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN,

en ejercicio de sus facultades legales, especialmente las consagradas en los literales a) y c) del artículo 5o, a) del artículo 12 y artículo 29 de la Ley 182 de 1995, y

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 5o de la Ley 182 de 1995, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión determinada en la ley y velar por su cumplimiento.

Que de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del artículo 5o de la Ley 182 de 1995, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión y regular sus condiciones de operación y explotación, “particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del

² Folio 2 ibidem.

³ Visible a folio 2 del Cuaderno Principal

servicio, publicidad, comercialización y modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, entre otras”.

Que de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, corresponde a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión “Adoptar las medidas necesarias para desarrollar el objeto y las funciones constitucionales y legales de la Entidad”.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, entre otros aspectos, “(...) Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley, es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, los cuales no serán objeto de censura ni control previo. Sin embargo, los mismos podrán ser clasificados y regulados por parte de la Comisión Nacional de Televisión, con miras a promover su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen el servicio público de televisión, protegen (sic) a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial los niños y jóvenes, para garantizar su desarrollo armónico e integral fomentar la producción colombiana. En especial, la Comisión Nacional de Televisión, expedirá regulaciones tendientes a evitar las prácticas monopolísticas o de exclusividad con los derechos de transmisión de eventos de interés para la comunidad y podrá calificarlos como tales, con el fin de que puedan ser transmitidos por todos los operadores del servicio en igualdad de condiciones.

La Comisión Nacional de Televisión reglamentará y velará por el establecimiento y difusión de franjas u horarios en los que deba transmitirse programación apta para niños o de carácter familiar”.

Que la Comisión Nacional de Televisión expidió el Acuerdo 003 de 2010, por medio del cual se reglamenta la radiodifusión de contenidos en el servicio público de televisión, el cual fue modificado por los Acuerdos 004 de 2010 y 001 de 2011.

Que teniendo en cuenta la importancia del asunto a reglamentar, la Comisión Nacional de Televisión, además de dar cumplimiento con el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, adelantó reuniones de socialización de la materia con los padres de familia y diferentes organizaciones de la sociedad, con los operadores públicos y privados de televisión en los diferentes niveles de cubrimiento, con los concesionarios del servicio público de televisión, y con el público en general, con el fin de conocer los diferentes análisis que sobre el tema existen.

Debido a las observaciones de carácter jurídico y técnicas presentadas ante la Comisión Nacional de Televisión, tanto por parte de los padres de familia y organizaciones de la sociedad como de los operadores públicos y privados de televisión en los diferentes niveles de cubrimiento, y de los concesionarios del servicio público de televisión, de forma verbal y escrita, en relación con algunas disposiciones consagradas en el Acuerdo 03 de 2010, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en su sesión del 21 de junio de 2011, tal como consta en Acta 1738,

ACUERDA: CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES. (FEBRERO 5 DE 2001)

(...)

Artículo 3. Programación de televisión. Se entiende por programación la radiodifusión consecutiva de material audiovisual a través de un canal de televisión, para lo cual el concesionario determina su horario, ubicación y movimientos dentro de la parrilla.

La programación incluye la radiodifusión de cualquier contenido, incluida la publicidad.

(...)

Artículo 24. Clasificación de las franjas de audiencia. Las franjas de audiencia se clasifican en infantil, adolescente, familiar y adulta.

Entre las 05:00 y las 22:00 horas la programación debe ser familiar, de adolescentes o infantil.

Sólo a partir de las 22:00 horas y hasta las 05:00 horas se podrá presentar programación para adultos.

Para estos efectos, se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 25 del presente acuerdo.

Parágrafo. Para efectos de la calificación de niños, niñas y adolescentes, se tendrá en cuenta la definición que sobre esta materia consagra la Ley 1098 de 2006, o las normas que la modifiquen o deroguen.

Artículo 25. Clasificación de la programación. Los programas de televisión se clasifican de la siguiente manera:

Infantil:

Son aquellos programas que han sido diseñados y realizados para satisfacer las necesidades de entretenimiento, educación o formación de niños entre 0 y 12 años, cuya narrativa y lenguaje

responden al perfil de esa audiencia.

Su radiodifusión se deberá realizar en el horario comprendido entre las 07:00 y las 21:30 horas.

Estos programas deberán ser aptos para ser vistos por la audiencia infantil, sin la compañía de adultos.

Adolescente:

Son aquellos programas que han sido diseñados y realizados para satisfacer las necesidades de entretenimiento, educación o formación de niños entre 12 y 18 años, cuya narrativa y lenguaje responden al perfil de esa audiencia.

Su radiodifusión se deberá realizar en el horario comprendido entre las 07:00 y las 21:30 horas.

Estos programas deberán ser aptos para ser vistos por la audiencia de adolescentes, sin la compañía de adultos.

Familiar:

Son aquellos programas que han sido diseñados y realizados para satisfacer las necesidades de entretenimiento, educación o formación de la familia.

Su radiodifusión se deberá realizar en el horario comprendido entre las 05:00 y las 22:00 horas.

Estos programas deberán ser aptos para ser vistos por toda la familia y puede requerir la compañía de adultos.

Adulto

Son aquellos programas que han sido diseñados y realizados para satisfacer las necesidades de entretenimiento, educación o formación de los mayores de dieciocho (18) años.

Su radiodifusión se deberá realizar en el horario comprendido entre las 22:00 y las 05:00 horas.

Estos programas deberán ser aptos para ser vistos por la población adulta. La presencia de niños, niñas y adolescentes estará sujeta a la corresponsabilidad de los padres o adultos responsables de la mencionada población.

Parágrafo 1o. Para efectos de la calificación de niños, niñas y adolescentes, se tendrá en cuenta la definición que sobre esta materia consagra la Ley 1098 de 2006, o las normas que la modifiquen o deroguen.

Parágrafo 2o. En el horario comprendido entre las 05:00 y las 22:00 horas, toda la programación que no se clasifique por parte de la Comisión Nacional de Televisión como infantil o de adolescentes, deberá ser familiar.

Parágrafo 3o. Dentro de los primeros diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento de cada trimestre del año, cada concesionario deberá remitir a la Comisión Nacional de Televisión el reporte de la programación radiodifundida, en los formatos que para el efecto remita la Comisión Nacional de Televisión.

(...)

Artículo 27. Tratamiento de la violencia. En la programación infantil no se podrá transmitir contenidos violentos.

En la programación de adolescentes y en la familiar se podrá transmitir contenidos violentos, pero la violencia no podrá ser el tema central del programa o publicidad, ni ser intrínseca a su contenido; a menos que tenga una finalidad claramente pedagógica. En todo caso, no se podrá presentar primeros planos de violencia ni enfatizar en dichas escenas mediante repeticiones sucesivas o cualquier otro medio.

La radiodifusión de programación cuyo tema central es la violencia, y que no tenga una finalidad claramente pedagógica, deberá presentarse siempre en programación y franja para adultos. En estos casos, el concesionario deberá, en cada capítulo, suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido

(...)

Artículo 31. Tratamiento del sexo. En la programación infantil se prohíbe la presentación de escenas y/o temáticas sexuales.

En la programación familiar y de adolescentes se podrá presentar contenidos sexuales, pero el sexo no podrá ser el tema central del programa o publicidad, ni ser intrínseca a su contenido; a menos que tenga una finalidad claramente pedagógica. En todo caso, no se podrá presentar primeros planos de relaciones sexuales o eróticas ni enfatizar en dichas escenas mediante repeticiones sucesivas o cualquier otro medio.

La radiodifusión de programación cuyo tema central es el sexo o las relaciones sexuales o eróticas, y no tengan una finalidad claramente pedagógica, deberá presentarse siempre en programación y franja para adultos. En estos casos, el concesionario deberá, en cada capítulo, suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido

(...)

Artículo 33. Obligaciones de programación. Cada operador de televisión abierta nacional, regional y local con ánimo de lucro deberá cumplir las siguientes obligaciones de programación:

Programación Infantil

Cada operador de televisión abierta deberá radiodifundir un mínimo de horas trimestrales de programación infantil, teniendo en cuenta la definición consagrada en el artículo 25 del presente acuerdo, en el horario comprendido entre las 07:00 y las 21:30 horas, de la siguiente manera:

- Los operadores de televisión abierta de cubrimiento nacional, mínimo ciento ocho (108) horas trimestrales.
- Los operadores de televisión abierta de cubrimiento regional y local con ánimo de lucro, mínimo ochenta (80) horas trimestrales.

Programación de adolescentes

Cada operador de televisión abierta deberá radiodifundir un mínimo de horas trimestrales de programación de adolescentes, teniendo en cuenta la definición consagrada en el artículo 25 del presente acuerdo, en el horario comprendido entre las 07:00 y las 21:30 horas, de la siguiente

manera:

-- Los operadores de televisión abierta de cubrimiento nacional, mínimo sesenta

(60) horas trimestrales.

-- Los operadores de televisión abierta de cubrimiento regional y local con ánimo de lucro, mínimo cuarenta y cinco (45) horas trimestrales.

Parágrafo 1o. Estos programas podrán presentarse en cualquier formato y el conteo por horas se tendrá en cuenta para contabilizar el tiempo total trimestral, para efectos del control posterior que sobre la programación corresponde a la Comisión Nacional de Televisión.

Así mismo, estos programas podrán transmitirse en otros horarios o en un número de horas trimestrales superior a las establecidas en el presente artículo, pero no

se tendrá en cuenta para efectos del mencionado conteo que realizará la Comisión Nacional de Televisión.

Parágrafo 2o. Cada hora de Programación Infantil y de adolescentes aplicará en una sola de dichas categorías. Es decir que, para efectos del control posterior que sobre la programación corresponde a la Comisión Nacional de Televisión, cada una de las referidas categorías se tendrá en cuenta de manera independiente.

Así por ejemplo, si el operador radiodifunde Programación Infantil, esta no se podrá contabilizar al tiempo de adolescentes ni viceversa.

Parágrafo 3o. Para la contabilización de lo dispuesto en el presente artículo no se tendrán en cuenta las repeticiones de programas.

Parágrafo 4o. En los casos en que el operador radiodifunda menos de veinticuatro

(24) horas diarias, las obligaciones de programación establecidas en el presente artículo se aplicarán proporcionalmente a las horas radiodifundidas.

Parágrafo 5o. Lo previsto en este artículo no aplica para los concesionarios de espacios de televisión ni a los operadores de televisión local sin ánimo de lucro.

(...)

Artículo 42. Responsabilidad. Los concesionarios de televisión deberán determinar la programación de los canales o espacios adjudicados y serán los únicos responsables ante la Comisión Nacional de Televisión por los contenidos radiodifundidos.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, en cuanto a la responsabilidad que en relación con la televisión regional corresponde a los contratistas de esta modalidad del servicio.

Artículo 44. Programación de producción nacional y extranjera. Para efectos de la contabilización de los porcentajes de producción nacional y extranjera consagrados en el artículo 33 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 4o de la Ley 680 de 2001, se tendrá en cuenta la programación como una unidad. Es decir, la calificación de la programación como nacional o extranjera será con base en el contenido de los programas y no de la publicidad.

Dentro de los primeros diez (10) días hábiles al vencimiento de cada trimestre, cada concesionario deberá remitir a la Comisión Nacional de Televisión el reporte de los porcentajes de producción nacional y extranjera radiodifundida en el período respectivo, de conformidad con los formatos que para el efecto suministre la Comisión Nacional de Televisión.

Parágrafo. Para la contabilización de lo dispuesto en el presente artículo no se tendrán en cuenta las repeticiones de programas.

(...)

Artículo 48. Código de autorregulación. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente acuerdo y con sujeción a la normatividad vigente, cada concesionario de televisión deberá presentar ante la Comisión Nacional de Televisión un Código de Autorregulación que contenga los parámetros que tendrá en cuenta para la prestación del servicio.

Dicho Código deberá contener, por lo menos, el tratamiento de los siguientes aspectos:

Respeto por las parrillas de programación: presentación de programas y cumplimiento de horarios.

Respeto por el televidente.

Clasificación de los contenidos como programación infantil, de adolescentes, familiar y adultos.

Tratamiento de la información.

Tratamiento de la opinión.

Separación entre opinión, información y publicidad.

Fortalecimiento de la Defensoría del Televidente.

Suministro de información al televidente sobre el contenido de la programación.

Parágrafo 1o. Los concesionarios pueden presentar sus Códigos de Autorregulación de manera individual o colectiva, y deberán publicarlos en su página web.

Parágrafo 2o. La Comisión Nacional de Televisión apoyará la divulgación de los Códigos de Autorregulación expedidos por cada concesionario, mediante su radiodifusión en los espacios institucionales de televisión.

Parágrafo 3o. En caso de que en el término previsto en este artículo, el concesionario no remita a la Comisión Nacional de Televisión el Código de Autorregulación o este no incluya todos los elementos mínimos exigidos, la Comisión Nacional de Televisión impondrá las sanciones que corresponda”. (Disposiciones demandadas en subrayas de la Sala).

Normas violadas y concepto de violación

Como normas infringidas, invocaron los artículos 20 y 73 de la Constitución Política, los artículos 5, literales c) y h), y 29, de la Ley 182 de 1995; 27 de la Ley 335 de 1996, y 4 de la Ley 680 de 2001, bajo las razones que se sintetizan a continuación:

En primer lugar, clasificó el contenido normativo de las disposiciones enjuiciadas, así:

TEMA	NORMAS ACUSADAS
La publicidad forma parte del contenido de la programación.	Artículo 3º (inciso final) Artículo 42
La franja de adultos se extiende desde las 22:00 hasta las 5:00 horas	Artículo 24 (inciso segundo) Artículo 25 (parágrafo segundo)
Obligación de "suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión"	Artículo 27 (frase final del inciso final) Artículo 31 (frase final del inciso final)
Restricción a la repetición de programas	Artículo 33 (parágrafo tercero) Artículo 44 (parágrafo)
Obligación del Código de Autorregulación	Artículo 48

Así, en cuanto a que "la publicidad forma parte del contenido de la programación. Violación de los artículos, 5º, literales c) y h) y 29 de la Ley 182 de 1995"⁴, alegaron que las mencionadas normas facultaron a la CNTV: (i) para clasificar las modalidades del servicio público de televisión y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente, en cuanto al contenido de la programación y a la publicidad, y (ii) para cumplir las decisiones de las autoridades y resolver las peticiones y quejas de los particulares en relación con la programación y la publicidad en los servicios de televisión.

Señalaron que las aludidas disposiciones legales distinguieron entre la programación del servicio de televisión propiamente dicha y la publicidad que se emite a través de este servicio.

Mencionaron que, entonces, el Legislador dio un tratamiento diferenciado a ambos conceptos.

Empero, alegaron que el inciso final del artículo 3 y el artículo 42 del Acuerdo 02 de 2011 establecen que la programación involucra la radiodifusión de cualquier contenido, incluida la publicidad, es decir, que confunden esos dos conceptos y atribuyen responsabilidad a los concesionarios frente al segundo, la cual únicamente debe recaer sobre los anunciantes.

"En cuanto a que la franja de adultos se extiende desde las 22:00 hasta las 5:00 horas. Violación del artículo 27 de la Ley 335 de 1996"⁵, dijo que el inciso segundo del artículo 24 y el parágrafo segundo del artículo 25 del Acuerdo 02 de 2011, demandados, que establecen que los operadores de televisión abierta solo pueden presentar programación para adultos entre las 10:00 p.m. y las 5:00 a.m., y que entre las 5:00 a.m.

⁴ Visible a folio 10 del Cuaderno Principal.

⁵ Visible a folio 11 ibídem.

y las 10:00 p.m., la programación debe ser familiar o infantil o de adolescentes, vulneran la anotada disposición legal, que expresamente consagra que la programación apta para todos los públicos debe presentarse entre las 7:00 a.m. y las 9:30 p.m.

Por tanto, el acto demandado se expidió sin competencia, pues la CNTV no podía regular las franjas de audiencia contra lo que dispuso el legislador.

Sobre el reproche relativo a "la obligación de "suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión". Violación del artículo 20 de la Constitución Política y del artículo 29 de la Ley 182 de 1995"⁶, alegó que las frases finales de los últimos incisos del artículo 27 y del artículo 31 del acto enjuiciado, que establecen la obligación en cabeza de los concesionarios de suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido, desconocen las

mencionadas normas debido a que prescriben que los programas cuya temática sea la violencia, el sexo o las relaciones sexuales o eróticas, solo pueden presentarse en la franja de adultos, y dispuso la obligación de suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión resulta exagerada y de imposible cumplimiento, además de que no se compadece con los principios pluralistas del Estado democrático.

Manifestaron que era de suponer que el público adulto tiene criterio propio para analizar y reflexionar respecto de los contenidos televisivos, y no podría el operador de televisión convertir su programación en una especie de cátedra para la reflexión sobre las temáticas sexuales o de violencia. Lo anterior, aseveraron, iría contra la libertad de los televidentes adultos que deciden ver ese tipo de programación. Además, cuestionaron que carecía de sentido que esa exigencia se haga solo a los operadores de televisión abierta y no a los de televisión cerrada, como si los televidentes adultos que podrían pretender acceder a esa clase de contenidos no fueran los mismos en ambos casos.

Resaltaron que las disposiciones demandadas de los artículos 27 y 31 del Acuerdo 02 de 2011, constituyen una forma de censura y control previo, en la medida en que hacen obligatoria la inclusión de determinados contenidos, en contra de la voluntad de los concesionarios, circunstancia que, a su juicio, se traduce en el desconocimiento del

⁶ Visible a folio 12 del Cuaderno del Tribunal

artículo 20 de la Constitución, que prevé que los medios de comunicación masiva son libres dentro del ámbito de la responsabilidad social, el cual debe ser delimitado por la ley, en cuanto implica la restricción de un derecho fundamental, y no por una norma de carácter reglamentario.

Expusieron que el inciso segundo del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 señala que son libres la expresión y la difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, y que no serán objeto de censura ni control previo. Agregaron que, aunque la CNTV puede clasificarlos y regularlos, dicha “facultad está enmarcada dentro de unos precisos límites como son el cumplimiento de los fines y principios del servicio de televisión, ninguno de los cuales legitima a la CNTV para imponerle a los operadores la obligación de interferir en la percepción y en el entendimiento que el público pueda y quiera tener respecto a la programación de contenidos sexuales o de violencia”⁷

De “la restricción a la repetición de programas. Violación del artículo 20 de la Constitución Política, artículos 29 de la Ley 182 de 1995 y 4 de la Ley 680 de 2001”, explicaron que el parágrafo 3° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 44 del Acuerdo 02 de 2011, establecen que, para la contabilización del número de horas de programación obligatoria infantil y de adolescentes no se tendrán en cuenta las repeticiones de programas, restricción que resulta caprichosa, no cuenta con habilitación legal y desconoce las mencionadas disposiciones legales.

Indicaron que, dentro de las políticas de programación de un canal de televisión, éste puede optar por repetir ciertos programas que en la primera emisión hayan tenido resultados positivos de audiencia. Es decir que, en concordancia con el artículo 20 de la Carta, la decisión de repetir o no determinados contenidos es de su resorte exclusivo, teniendo en cuenta los gustos de la teleaudiencia. Y, por tanto, iría en contra de su legítimo objetivo de lograr más audiencia, presentar programación que no sea del gusto de la mayoría de los televidentes.

Arguyeron que el artículo 33 del acto censurado, además, impuso a los operadores de televisión abierta la obligación de emitir trimestralmente un número mínimo de horas de

programación infantil y de adolescentes, en los horarios dispuestos en el artículo 25 ibidem, el cual, iteró, es ilegal, pues restringe la duración de la franja de adultos, desconociendo el artículo 20 de la Constitución Política y 29 de la Ley 182 de 1995, que prevén que los concesionarios tienen derecho a programar libremente los canales de televisión abierta, salvo restricción legal.

Destacaron que el artículo 44 del acto acusado consagra la obligación de los operadores de televisión abierta de presentar determinados porcentajes de producciones nacionales, con fundamento en el artículo 33 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 4 de la Ley 680 de 2001, normativa que, en todo caso, no contiene limitaciones a la libertad de programación para los canales privados. Sin embargo, reiteraron que ello no acontecía con el parágrafo de dicha disposición, pues allí se determinó que la contabilización de lo dispuesto en dicha norma no tendría en cuenta las repeticiones de los programas, desconociendo lo previsto en los artículos 20 de la Constitución Política, 29 de la Ley 182 de 1995 y 4 de la Ley 680 de 2001.

“Respecto a la obligación del Código de Autorregulación. Violación del artículo 20 y 73 de la Constitución Política y del artículo 29 de la Ley 182 de 1995”⁸, explicaron que el artículo 48 del Acuerdo 02 de 2011 obliga a los concesionarios de televisión a presentar a la CNTV un código de autorregulación, so pena de sanción; imposición que, a su juicio, resulta arbitraria y que afecta injustificadamente la autonomía y la esfera privada de dichas empresas, en clara vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de la Carta Política.

Manifestaron que dicha norma también infringía el artículo 6° Superior, pues la CNTV pretendía hacer responsables a los operadores, sin que exista ninguna conducta reprochable en la Constitución o en la Ley.

Resaltaron que lo que pretende la entidad al exigir el código de autorregulación es tener la descripción expresa, minuciosa y detallada de la forma cómo los concesionarios ejercen el derecho fundamental a la información, lo cual es una expresión del dirigismo estatal. En tal sentido, indicaron que no es admisible que una autoridad exija a un canal

de televisión codificar al detalle la conducta que despliega en el ejercicio del mencionado derecho fundamental.

Cuestionaron que el artículo atacado exige que los operadores reporten a la CNTV el tratamiento que dan a la información y a la opinión, requerimiento que resulta extenso y a la vez vago, al tiempo que vulnera el artículo 73 de la Carta, el cual consagra la libertad e independencia de la actividad periodística.

Posteriormente, mediante memorial radicado el 22 de noviembre de 2011, señalaron que la CNTV, a través del Acuerdo 03 del 18 de noviembre de 2011, modificó y derogó las siguientes disposiciones demandadas del Acuerdo 02 de 2011: (i) eliminó la expresión “En estos casos, el concesionario deberá, en cada capítulo, suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido”, contenida en el último inciso del artículo 27 y en el último inciso del artículo 31, (ii) derogó el parágrafo 3° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 44, y (iii) adicionó un parágrafo al artículo 42.

COADYUVANCIA

La Asociación Nacional de Medios de Comunicación (Asomedios)⁹ intervino como coadyuvante de la parte actora con el mismo alcance de los reparos a que se aludió en el libelo introductorio y

alegó que, como entidad gremial de los medios de comunicación, buscaba impedir que se introdujeran en el ordenamiento jurídico un catálogo de normas mediante las cuales el Estado imponía limitaciones injustificadas a la libertad de expresión. Cuestionó que la CNTV, bajo la supuesta intención de mejorar la calidad de la televisión y garantizar los derechos de los menores y adolescentes, en las disposiciones enjuiciadas se dotó de instrumentos ilegítimos y arbitrarios para determinar la forma en la que debe programarse el servicio público de televisión y convertir a los operadores en sujetos de responsabilidades y deberes que no tienen sustento jurídico.

Alegó que, si bien los operadores del servicio público de televisión abierta deben cumplir diversos deberes y aceptar algunas restricciones, éstos no pueden ser empleados por

⁹ Folios 160 a 176 *ibidem*.

las autoridades para imponer limitaciones caprichosas a la libertad de expresión, como hizo la CNTV al expedir el acto demandado.

A su juicio, son ilegítimas las siguientes determinaciones de los actos demandados, pues no cuentan con autorización legal: (i) tratar como un único concepto la programación y la publicidad; (ii) aumentar, más allá de lo establecido en la ley, las restricciones sobre el horario de la programación destinada a la audiencia familiar; (iii) imponer el deber de suministrar a los televidentes, elementos que interfieran en el libre derecho de recibir información; (iv) impedir que los operadores repitan programas y (v) imponer un código de autorregulación que somete la programación al capricho de la entidad y a unos parámetros que riñen con la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Carta.

Mencionó que el hecho de que los operadores utilicen frecuencias radioeléctricas no legitima a la CNTV para forzar determinados criterios de programación, máxime cuando las limitaciones al derecho fundamental a la información solo pueden ser impuestas por la ley y no por un acto reglamentario. Resaltó que esa clase de restricciones no son propias del Estado Social de Derecho, sino de las dictaduras que someten a los medios de comunicación, y en todo caso, ninguna de las normas invocadas en los considerandos del acto demandado facultan a la CNTV para imponerlas.

Explicó las reuniones de socialización que se llevaron a cabo antes de la expedición del acto y manifestó estar en desacuerdo con las medidas que en éste adoptaban, pues en un Estado de Derecho a las autoridades solo les está permitido limitar el ejercicio del derecho constitucional a la información cuando se trate de proteger otros derechos de mayor categoría, lo cual no ocurrió en este caso.

DE LA MEDIDA CAUTELAR

A través de auto calendarado el 7 de noviembre de 2012, el Magistrado Danilo Rojas Betancourth, de la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, admitió la demanda y denegó la petición de medida cautelar de suspensión de los efectos de las disposiciones enjuiciadas, que fue solicitada por la parte actora¹⁰.

¹⁰ Folios 225 a 233 del Cuaderno principal.

Inconforme con ésta última decisión, las accionantes presentaron recurso de súplica que fue desatado favorablemente a sus peticiones en auto del 10 de junio de 2014¹¹, en el que se decretó la suspensión provisional de: (i) el inciso final del artículo 3º, (ii) el inciso segundo del artículo

24, (iii) el párrafo del 2 del artículo 25, (iv) el artículo 42, y (v) el artículo 48 del Acuerdo 02 de junio de 2011, modificado por el Acuerdo 03 de noviembre de ese mismo año¹².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)¹³ contestó la demanda y solicitó que se denieguen las pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos:

Sobre la “intervención del espectro electromagnético para los servicios públicos”, afirmó que a la CNTV le correspondía, de acuerdo con los literales a) y c) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio público de televisión y velar por su cumplimiento, así como regular las condiciones de operación y explotación de dicho servicio, particularmente en materia de franjas y contenidos de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad y comercialización.

Afirmó que, de acuerdo con el artículo 12 *ibidem*, a la Junta Directiva de la Comisión le correspondía adoptar las medidas necesarias para el desarrollo del objeto y las funciones constitucionales y legales de la entidad. Explicó que, si bien el artículo 29 de la misma ley señala que es libre la expresión y la difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad, los cuales no son objeto de censura ni control previo, también establece que éstos podrán ser clasificados y regulados por la Comisión, con la finalidad de promover su calidad y de proteger a la familia y a los grupos vulnerables de la población, como los niños y los jóvenes.

¹¹ Folios 256 a 265 *ibidem*.

¹² Mediante auto del 5 de octubre de 2018, el Consejero Ponente, Ramiro Pazos Guerrero, remitió el proceso de la referencia a la Secretaría de la Sección Primera por considerar que era la competente para resolver la litis (Folios 362 a 364 *ibidem*). Mediante acta de reparto del 27 de noviembre del mismo año el expediente pasó al Despacho del Magistrado Ponente (Folio 366 *ibidem*).

¹³ Folios 275 a 291 *ibidem*.

Resaltó que, en virtud de lo previsto en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución Política, antes de la modificación efectuada por el Acto Legislativo 02 de 2011, y con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 182 de 1995, a la CNTV le correspondía, en representación del Estado, la titularidad y la reserva del servicio público de televisión, así como su regulación. Además, le correspondía intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de tal servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia, evitando prácticas monopolísticas.

Adujo que la Corte Constitucional, en la sentencia C-298 de 1999, señaló que la CNTV estaba facultada para dirigir la política en materia de televisión y regular la prestación del servicio, funciones que se complementaban para concentrar en ese órgano la regulación, el manejo y el control de dicho servicio. Asimismo, expresó que la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia del 27 de septiembre de 2001¹⁴, sostuvo que el literal c) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 había conferido a la CNTV amplias facultades para clasificar los géneros o modalidades del servicio y para expedir el reglamento tendiente a su implementación o funcionamiento, potestad que supone un amplio margen de discrecionalidad.

En dicho contexto, afirmó que la Comisión fue el organismo de ejecución y desarrollo de la

política trazada por la ley y sobre la base de ésta, dirigió y reguló la televisión en su condición de ente autónomo.

En cuanto al “régimen regulatorio”, destacó que la CNTV estaba facultada para reglar la operación y explotación del servicio público de televisión en sus diferentes modalidades, pues el mismo estaba sujeto a su intervención, dirección, vigilancia y control. En tal sentido, explicó que esa entidad no podía establecer control previo sobre la radiodifusión de los canales de televisión, pero sí podía hacer un control posterior, en los términos establecidos por la Ley 182 de 1995.

Respecto a “la norma demandada”, arguyó que, mediante el Acuerdo 03 de 2011, la CNTV derogó la frase final del último inciso del artículo 27, la frase final del último inciso del artículo 31, el parágrafo 3º del artículo 33, el parágrafo del artículo 44 y

¹⁴ Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, radicación: 11001-03-24-000-1999-05908- 01(5908).

adicionó un parágrafo al artículo 42. Además, dijo que la Sección Tercera de esta Corporación, mediante providencia del 10 de julio de 2014¹⁵, proferida dentro del presente proceso, suspendió el último inciso del artículo 3, el inciso segundo del artículo 24, el parágrafo segundo del artículo 25, el artículo 42 y el artículo 48.

Sobre las disposiciones demandadas que permanecieron vigentes tras la expedición del Acuerdo No. 003 y que fueron suspendidas por la anotada providencia emitida por la Sección Tercera de esta Corporación, las cuales tienen que ver con los horarios de programación, expresó que, en el Laudo Arbitral del 3 de junio de 2009, convocado por Caracol Televisión, se denegaron las pretensiones de esa empresa consistentes en la declaratoria de incumplimiento de la CNTV del Contrato de Concesión 136 del 22 de diciembre de 1997, al exigir la emisión de la programación para adultos en horarios distintos a los señalados en la ley y en el contrato, reducir la extensión de la franja de programación para adultos, requerir que transmitiera únicamente programación infantil de lunes a viernes de 4:00 p.m. a 5:00 p.m., y restringir el pleno derecho de programar el servicio de televisión.

Dijo que el servicio público de televisión debe cumplir con los fines del Estado Social de Derecho promoviendo el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades establecidas en la Carta Política, de ahí que esa entidad tuviera facultades para reglamentar el mismo.

De las “razones para solicitar despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda”, reiteró que los artículos 4 y 5 literal c) y 12 de la Ley 182 de 1995, determinó que esa Comisión debe cumplir con el deber de ejercer el control al servicio público de televisión, y que el Legislador ha dotado a esa entidad de herramientas y mecanismos necesarios para garantizar los fines y pilares del servicio público de televisión sin que ello traiga como consecuencia una violación al derecho de libertad de expresión, y que a esa misma conclusión arribó el laudo arbitral del 3 de junio de 2009.

Anotó que, como las normas censuradas tienen que ver con la reglamentación de horarios para la programación infantil o de adolescentes, familiar y de adultos, dicha

¹⁵ Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo (no indicó la radicación) (folios 256 a 265).

prerrogativa gozaba de soporte legal y desarrollo jurisprudencial, por lo que no quebrantaban

ninguna de las normas superiores invocadas en la demanda y en la coadyuvancia.

Aseguró que el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, en cuanto a la libertad de operación, expresión y difusión, estableció que los contenidos de la programación y de publicidad en el servicio de televisión pueden ser clasificados por esa entidad, con miras a proveer su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen el servicio público de televisión, proteger a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial a los niños y jóvenes, y para fomentar la producción colombiana.

Afirmó que, en las sentencias C-714 de 2010 y C-289 de 1999, la Corte Constitucional se pronunció respecto de la exequibilidad de las funciones establecidas en el literal c) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 y del artículo 25 ibidem, sobre la regulación de los contenidos de publicidad en la televisión y de la dirección de la política en materia de televisión y la regulación en la prestación de ese servicio, respectivamente.

Destacó que, en la jornada de socialización del proyecto de modificación del Acuerdo 02 de 2011, llevada a cabo el 25 de mayo de 2011, y mediante comunicación del 20 de octubre de ese año, la Red de Padres y Madres (Papaz), que asocia a ciento cincuenta y seis mil (156.000) padres de familia, presentó comentarios que fueron acogidos por la CNTV. Por ejemplo, advirtió que el numeral 2° del artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia establecía la responsabilidad de los medios de comunicación de abstenerse de realizar transmisiones o publicaciones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de los menores, o que inciten a la violencia, hagan apología de hechos delictivos o contravenciones o que contengan descripciones morbosas o pornográficas. Asimismo, la Asociación dijo que el artículo 49 del mismo Código señalaba que la CNTV debía garantizar el interés superior de la niñez y la familia, así como la preservación y ampliación de las franjas infantiles, en las que no se podrían presentar escenas o mensajes violentos.

Dijo que las disposiciones censuradas prevén la obligación de los operadores de realizar el respectivo control de legalidad de los anuncios publicitarios a la luz de las

normas vigentes, con observancia en lo previsto en los artículos 20 de la Constitución Política y 29 de la Ley 182 de 1995.

Por último, solicitó que se decreten oficiosamente las excepciones que se encuentren probadas, de conformidad con lo consagrado en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil (CPC) y del artículo 282 del Código General del Proceso (CGP).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)¹⁶ presentó escrito de alegatos de conclusión en el que expuso que, teniendo en cuenta que el Acuerdo 03 de 2011 derogó la frase final del último inciso del artículo 27, la frase final del último inciso del artículo 31, el párrafo 3° del artículo 33, el párrafo del artículo 44, y adicionó un párrafo al artículo 42, a su juicio, la fijación del litigio tendría que recaer únicamente sobre el inciso final del artículo 3, el inciso segundo del artículo 24, el párrafo segundo del artículo 25, el artículo 42 y el artículo 48.

Respecto a que la “potestad reglamentaria de la Comisión Nacional de Televisión. Su carácter especial por cuanto devenía directamente de la Constitución. Cuestión Previa”¹⁷, mencionó que la Corte Constitucional, en la sentencia C-570 de 2010, sostuvo que la intervención del Estado frente a la utilización del espectro electromagnético para la prestación del servicio de televisión

estaba privativamente en cabeza de la CNTV, entidad que tenía principalmente las funciones de dirigir la política en la materia y de regular dicha prestación.

Alegó que, en el marco de dichas funciones, la CNTV tenía a cargo la potestad reglamentaria y regulatoria, que emanaban directamente del artículo 76 de Carta Política. No obstante, sostuvo que el Acto Legislativo 02 de 2011 derogó dicha norma constitucional y ordenó que, dentro de los seis (6) meses siguientes a su entrada en vigor, el Congreso de la República debía expedir las normas que redistribuyeran las competencias de dirección, gestión y control del servicio de televisión. Es decir, que, hasta la expedición del mencionado acto legislativo, la CNTV era la titular de parte

¹⁶ Folios 316 a 336.

¹⁷ Visible a folio 321 del Cuaderno del Tribunal

importante de la potestad reglamentaria del servicio de televisión, por disposición directa de la Carta, facultad que compartía con el Legislador.

En cuanto a que “no se presenta vulneración del Art. 5 literales c) y i) del Art. 29 de la Ley 182 de 1995, por parte del Art. 3 inciso final y del Art. 42 del Acuerdo 02 de 2011”, mencionó que el literal c) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 señala que la CNTV tiene la función de regular las condiciones de operación y explotación del servicio de televisión, entre otras materias, en cuanto al contenido de la programación y a la publicidad. A su vez, explicó que el literal i) ibídem establece que la entidad debe resolver las peticiones y quejas sobre la programación y la publicidad.

Por su parte, anotó que el inciso segundo del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 determinó que, salvo lo dispuesto en la Constitución y la Ley, es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, pero que los mismos podrían ser regulados por la Comisión Nacional de Televisión.

Así, resaltó que, en las anotadas disposiciones legales, no se indicó de manera expresa ni tácita que programación y publicidad sean conceptos diferentes o contrapuestos, y que afirmar que sí lo son implicaría que otros conceptos allí contenidos, como calidad del servicio y obligaciones con los usuarios, fueran, asimismo, necesariamente disímiles. Siendo así, expresó que, teniendo en cuenta que los literales c) e i) del artículo 5 y el artículo 29 de la Ley 182 de 1995 no establecen distinción entre los conceptos programación y publicidad, la CNTV contaba con la potestad para emitir regulaciones sobre el servicio de televisión que los entendieran como uno solo, en la forma en que, en efecto, lo hizo a través del inciso final del artículo 3 y del artículo 42 del Acuerdo 02 de 2011.

Agregó que la demanda no se fundamenta en el contenido que real y objetivamente se desprende de la ley, sino en la interpretación que de ésta hacen las demandantes, y que éstos partían de una premisa jurídica errada.

De hecho, acotó que la Sección Cuarta de esta Corporación, en la sentencia del 6 de septiembre de 2012¹⁸, dijo que el mensaje comercial o pauta publicitaria (publicidad) hacía parte del programa de televisión, componentes ambos del concepto de Unidad Audiovisual.

En relación con que “no se presenta vulneración del Art. 27 de la Ley 335 de 1996, por parte de los Art. 24 inciso final y el Art. 25 parágrafo 2, del Acuerdo No. 02 de 2011. Los horarios

señalados por dicha ley son unos mínimos establecidos por el legislador. Estos mínimos no hacen relación a la franja de adultos”¹⁹, señaló que el artículo 27 de la Ley 335 de 1996 establece que en la franja comprendida entre las 7:00 a.m. y las 9:30 p.m. solo se pueden emitir programas aptos para todo público. Sin embargo, esta disposición no regula ni establece una franja especial para adultos, comprendida entre las 9:30 p.m. y las 7:00 a.m., sino que su intención es instaurar un parámetro mínimo de emisión del servicio, en el que se deben respetar los derechos de los niños, los adolescentes y la familia.

Además, explicó que el artículo 5 de la misma ley señaló que esa entidad reglamentará las franjas de audiencia y fijará el número de horas de emisión diaria de los concesionarios de televisión pública y privada. En ejercicio de esa facultad, mediante el inciso final del artículo 24 y el párrafo 2º del artículo 25 del Acuerdo 02 de 2011, la Comisión reglamentó las franjas de audiencia, garantizando que la programación comprendida entre las 7:00 a.m. y las 9:30 p.m. sea apta para todo público, lo que en todo caso, no implica que el horario de 9:30 p.m. y las 7:00 a.m. constituya un derecho preestablecido legalmente para los adultos, pues éstos no son sujetos de especial protección constitucional y, en consecuencia, éste también podía ser regulado por la entidad.

Respecto a que “no se presenta vulneración de los Arts. 20 y 73 de la Constitución Política. El artículo 48 del Acuerdo No. 02 de 2011 no está regulando ni la libertad de expresión ni la libertad de prensa”. Apreciación aislada de la demanda. Cumplimiento de la Ley 182 de 1995”, mencionó que el artículo 20 Superior dispuso que a toda persona se le garantizará la libertad de expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, así como de recibir información veraz e imparcial. Mientras

¹⁸ Consejera ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia (no indicó la radicación).

¹⁹ Visible a folio 331 del Cuaderno Principal.

que el artículo 73 ibidem determinó que la actividad periodística gozará de protección para garantizar su independencia.

Resaltó que el artículo 48 del Acuerdo 02 de 2011 no regula ni afecta la libertad de expresión ni la libertad de prensa al exigir que los concesionarios presenten a la CNTV un código de autorregulación, dado que la televisión es un servicio público que se presta por concesión del Estado, razón por la cual los particulares no pueden hacer valer una autonomía absoluta, justamente porque están sometidos a las regulaciones y especificaciones que la autoridad determine.

Afirmó que las exigencias del artículo atacado no inciden sobre las referidas libertades, sino que simplemente buscan la garantía de los derechos de los usuarios del servicio público, a través de: (i) el respeto por los horarios mediante el suministro de la información sobre la programación; (ii) el fortalecimiento de la defensoría del televidente; (iii) la clasificación de los contenidos como programación infantil, de adolescentes, familiar y para adultos, y (iv) la separación entre opinión, información y publicidad.

La Asociación Nacional de Medios de Comunicación (Asomedios)²⁰ presentó escrito de alegatos en el que reiteró los argumentos del escrito de coadyuvancia en relación con la alegada nulidad del inciso final del artículo 3, del artículo 42, del inciso segundo del artículo 24, del párrafo segundo del artículo 25 y del artículo 48 del Acuerdo 02 de 2011, y agregó las razones que expuso esta Corporación en la providencia del 10 de julio de 2014, que suspendió

provisionalmente esas disposiciones, las cuales, adujo, no fueron desvirtuadas a lo largo del proceso.

Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A.²¹, parte demandante, presentaron escrito de alegatos de conclusión en el que sostuvieron que no existe ninguna razón jurídica que desvirtúe los fundamentos del auto del 10 de julio de 2014, que decretó la suspensión provisional de varias de las disposiciones demandadas.

Las normas atacadas limitan de manera injustificada los derechos de los concesionarios del servicio de televisión. Si bien en la contestación de la demanda la

²⁰ Folios 337 a 346 ibidem.

²¹ Folios 347 a 360 ibidem.

ANTV alegó que era deber de la CNTV velar por la protección de los derechos de la infancia y la familia, los cuales priman sobre el derecho a la información, lo cierto es que, como indicó la Corporación en el auto del 7 de diciembre de 2017, que denegó el levantamiento de la suspensión provisional decretado en proveído del 10 de junio de 2014, dicha protección debe hacerse conforme con el orden legal, es decir, de acuerdo con las disposiciones que rigen su competencia.

Respecto a la “nulidad del artículo 48 que impone la obligación de presentar un “Código de Autorregulación”, tras iterar los reparos del libelo introductorio, dijeron que la Corte Constitucional, en la sentencia C-170 de 2012, que estudió la constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2011, que a su vez derogó el artículo 76 de la Carta, señaló que el constituyente no asignó a la CNTV funciones que pudiera ejercer al margen de la regulación adoptada por el Legislador. Por el contrario, prefirió que fuera este último el encargado de trazar la política en materia de televisión, otorgando a la Comisión autonomía administrativa, patrimonial y técnica, pero dejando en claro que debía ejercer sus funciones de manera coordinada con las demás entidades del Estado, sujetas en todo caso a los lineamientos previstos en la ley.

Resaltó que lo anterior significaba que las funciones regulatorias que el artículo 76 de la Constitución otorgaba a la CNTV debían ser ejercidas de acuerdo con el principio de reserva legal, por lo que la obligación de expedir un código de autorregulación, que no contaba con sustento en la ley, desbordaba el marco normativo superior.

Agregó que el auto del 10 de julio de 2014 sostuvo que el artículo 48 del Acuerdo 02 de 2011 imponía un código de comportamiento con elementos mínimos no previstos por el Congreso de la República, lo cual desconocía el principio de reserva de ley, al cual se sujeta la regulación de los derechos, deberes y garantías constitucionales fundamentales.

Sobre la “referencia a los argumentos de defensa de la ANTV”, expusieron que la defensa de dicha entidad consistió básicamente, en que ésta cuenta con facultades para expedir la regulación necesaria para proteger a la familia y a los menores de edad, eludiendo el debate, relacionado con el desconocimiento de las normas superiores que fueron invocadas como vulneradas.

Resaltaron que el laudo arbitral invocado en la contestación de la demanda no es vinculante y que, en todo caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

DECISIÓN

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

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 128 del Código Contencioso Administrativo y el 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 lo expuesto en la demanda y la contestación, la Sala advierte que la controversia propuesta en este caso gira en torno a los siguientes asuntos: sobre las disposiciones que deben ser objeto del análisis de validez que proponen los actores, pues para la CNTV ello sólo debe recaer en los preceptos que no fueron derogados por el Acuerdo 03 de 2011, emanado de esa autoridad.

También existe discrepancia en torno al alcance del Laudo Arbitral del 3 de junio de 2009, convocado por Caracol Televisión, en el cual se denegaron las pretensiones de

esa empresa consistentes en la declaratoria de incumplimiento de la CNTV del Contrato de Concesión 136 del 22 de diciembre de 1997, al exigir la emisión de la programación para adultos en horarios distintos a los señalados en la ley y en el contrato, reducir la extensión de la franja de programación para adultos, requerir que transmitiera únicamente programación infantil de lunes a viernes de 4:00 p.m. a 5:00 p.m., y restringir el pleno derecho de programar el servicio de televisión, dado que, para la entidad demandada, es útil traer a colación los argumentos allí vertidos sobre las anotadas peticiones, mientras que las accionantes indican que tal decisión no resulta vinculante para dirimir el presente conflicto.

Se evidencian diferencias en lo que hace al alcance de la potestad regulatoria de la CNTV, como quiera que, para esta autoridad, esa facultad es compartida con el Congreso de la República hasta la expedición del Acto Legislativo 02 de 2011, que la derogó; pero, para los demandantes, tal afirmación es incompatible con el modelo democrático en el que se estructura el Estado colombiano atendiendo lo dispuesto en la sentencia C-170 de 2012, emitida por la Corte Constitucional.

Adicionalmente, se advierte desacuerdo en la competencia para la expedición de algunas disposiciones del Acuerdo 2 del 30 de junio de 2011, habida cuenta de que, para Caracol y RCN, la CNTV la desbordó en lo atinente a los reparos que se esgrimen seguidamente:

Cuando expidió el inciso final del artículo 3 y el artículo 42 del acto censurado, se actuó por fuera de las atribuciones que le son reconocidas por el orden jurídico, pues se desconocieron los literales c) y h) del artículo 5 y 29 la Ley 182 de 1995, que distingue entre los conceptos de

programación y publicidad; por lo que, a su juicio, únicamente deben responder frente al primero y no frente al segundo, el cual atañe a los anunciantes. Mientras que, para la CNTV, dicha norma no hace tal distinción, de lo que se desprende que el libelo no estaba fundado en el contenido real de la ley, sino en la interpretación que de ésta hacen las demandantes.

De igual manera, las partes discuten sobre la competencia de la CNTV para regular el horario de la programación apta para todos los públicos pues, para los demandantes, éste ya se encontraba consagrado en el artículo 27 de la Ley 335 de 1996, entre las 7:00 a.m. y las 9:30 p.m., por lo que la entidad no podía establecerlo

entre las 5:00 a.m. y las 10:00 p.m.; medida que, además, redujo la franja para adultos, que antes estaba comprendida entre las 9:30 p.m. y las 7:00 a.m., al horario de 10:00

p.m. a 5:00 a.m. Mientras tanto, la CNTV estima que dicha norma legal no tiene por finalidad establecer una franja especial para adultos, comprendida entre las 9:30 p.m. y las 7:00 a.m. –pues ellos no son sujetos de especial protección constitucional–, sino únicamente establecer el horario de la programación apta para todos los públicos; por lo tanto, con fundamento en las competencias que le otorgaban la Constitución y la ley para reglar y dirigir la operación y explotación de este servicio público de televisión, podía regular los horarios, con la finalidad de proteger los derechos de los niños, los adolescentes y la familia.

Las partes también debaten sobre la competencia de la CNTV para exigir un código de autorregulación a los concesionarios de televisión, pues los demandantes estiman que las funciones regulatorias que el artículo 76 de la Constitución otorgaba a dicha entidad debían ser ejercidas de acuerdo con el principio de reserva legal, el cual fue desconocido con tal exigencia, en trasgresión de los artículos 20 y 73 Superiores y 29 de la Ley 182 de 1995, toda vez que es arbitrario y afecta injustificadamente la autonomía y la esfera privada de dichas empresas, en clara vulneración de los derechos fundamentales de libertad de prensa, la libertad de expresión y difusión de contenido, implica describir expresa, minuciosa y detalladamente la forma como los concesionarios ejercen el derecho de información y ordena que se reporte a la CNTV el tratamiento que dan a la información y a la opinión, aspecto extenso y vago que quebranta la libertad e independencia de la actividad periodística. Por su parte, la ANTV considera que los particulares no pueden exigir autonomía absoluta pues la televisión es un servicio público que se presta por concesión del Estado, por lo que se sujeta a las regulaciones que éste determine, las cuales no afectan los derechos aludidos en la demanda, y simplemente están orientadas a la defensa de los derechos de los usuarios, a través del respeto por los horarios, el fortalecimiento de la defensoría del televidente, la clasificación de los contenidos y la separación entre opinión, información y publicidad.

Por otro lado, la controversia se presenta frente al derecho fundamental a la libertad de expresión y difusión de contenidos, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política y en el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, pues los demandantes consideran que las frases finales de los últimos incisos del artículo 27 y del artículo 31 del acto enjuiciado, que determinan la exigencia a los concesionarios de suministrar a los

televidentes elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido en el horario de adultos, constituye censura y un irrespeto a los usuarios, porque obliga la inclusión de contenidos en contra de la voluntad de los concesionarios, además de configurar un paternalismo televisivo y vulneración del pluralismo en un Estado democrático. Así mismo, indican que se infringe al principio de igualdad, pues los demandantes alegan que esta exigencia solo se hace a los

operadores de televisión abierta y no a los de televisión cerrada.

Por último, las demandantes discuten que la restricción impuesta para la contabilización del número mínimo de horas trimestrales de producciones nacionales y de programación infantil y adolescente que deben transmitir, en el sentido de que no se tengan en cuenta las repeticiones de programas, infringe el artículo 4 de la Ley 680 de 2001, el artículo 29 de la Ley 182 de 1995 y el artículo 20 de la Carta, debido a que no cuenta con sustento legal y desconoce el derecho a la libertad de expresión y difusión de contenidos, pues la decisión de repetición es del resorte del concesionario de acuerdo con el estudio de mercado.

Vistas así las cosas, el examen de legalidad seguirá el orden atrás enunciado.

De la derogatoria de algunas disposiciones censuradas

Visto como quedó dispuesto el planteamiento, lo primero que corresponde a la Sala dilucidar es si es procedente excluir del estudio de legalidad formulado en la demanda, las disposiciones que han sido derogadas por un acto expedido posteriormente.

Para resolver tal aspecto, resulta oportuno poner de relieve que las partes coinciden, y así lo constata la Sala, que, en efecto, el Acuerdo nro. 03 del 18 de noviembre de 2011, “Por medio del cual se modifica el Acuerdo 002 de 2011 que reglamenta la radiodifusión de contenidos en el servicio público de televisión abierta”, derogó y modificó expresamente algunas disposiciones del Acuerdo 002 de 2011, tal y como se observa a continuación en lo pertinente:

“ARTÍCULO 3o. Se modifica el último inciso del artículo 27 del Acuerdo 002 de 2011, el cual quedará así:

“La radiodifusión de la programación cuyo tema central es la violencia, y que no tenga una finalidad claramente pedagógica, deberá presentarse siempre en programación y franja para adultos”.

ARTÍCULO 4o. Se modifica el último inciso del artículo 31 del Acuerdo 002 de 2011, el cual quedará así:

“La radiodifusión de la programación cuyo tema central es el sexo o las relaciones sexuales o eróticas, y que no tenga una finalidad claramente pedagógica, deberá presentarse siempre en programación y franja para adultos”.

ARTÍCULO 5o. Se deroga el párrafo 3 del artículo 33 del Acuerdo 002 de 2011.

(...)

ARTÍCULO 7o. Se adiciona el siguiente párrafo al artículo 42 del Acuerdo 02 de 2011:

“Párrafo. De conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política y el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, se protege el derecho a la libertad de expresión y difusión de contenidos. En desarrollo del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 los contenidos publicitarios deben adecuarse a los fines y principios que rigen el servicio público de televisión. Bajo este entendido, la CNTV realizará el control de legalidad frente a los mismos”.

ARTÍCULO 8o. Se deroga el párrafo del artículo 44 del Acuerdo 002 de 2011.

(...)

ARTÍCULO 10. VIGENCIA. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial, el párrafo 3o del artículo 33 y el párrafo del artículo 44 del Acuerdo 002 de 2011.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 18 de noviembre de 2011.

El Director,

JAIME ANDRÉS ESTRADA.”

Pues bien, ha sido una posición uniforme, pacífica y reiterada de esta Corporación, la de admitir la posibilidad de enjuiciar las decisiones de la administración, aun cuando han sido derogadas, pues para ello ha distinguido los conceptos de validez y eficacia.

En ese orden, no cabe duda de que la desaparición de los actos administrativos del ordenamiento jurídico como consecuencia de su derogatoria, expresa o tácita, no implica la imposibilidad de examinar en sede judicial si en su expedición fueron cumplidos los requisitos y elementos esenciales para predicar de ellos su validez. Esto, por cuanto, si se llegare a demostrar la existencia de vicios en su expedición,

sería procedente declarar su nulidad desde el mismo momento de su nacimiento, esto es, con efectos ex tunc.

Bajo tales premisas, el juicio de legalidad que en esos casos se adelanta se hace bajo el entendido de que, mientras estuvieron vigentes, produjeron efectos, y sólo hasta que una autoridad judicial competente las anule, continúan amparadas por el principio de legalidad.

Lo anterior se traduce en que su enjuiciamiento debe efectuarse con base en los fundamentos de hecho y de derecho existentes en el momento de su expedición, máxime si se considera que sólo el fallo de nulidad, al producir los efectos anotados, desvirtuaría la presunción de legalidad que los acompañó en su vigencia²².

En suma, a la luz del presente análisis, se impone concluir que el criterio de la CNTV no tiene vocación de prosperidad y, por ende, la Sala acometerá el análisis del cargo de nulidad por exceso en la potestad reglamentaria/violación de normas superiores, respecto de todas las normas que se indicaron viciadas de ilegalidad en el libelo introductorio.

Del laudo arbitral

Sobre el particular tendrá la Sala que dirimir si es relevante para resolver la presente controversia, la decisión adoptada en el Laudo Arbitral del 3 de junio de 2009, convocado por Caracol Televisión, si en este último proceso se pretendió la declaratoria de incumplimiento de la CNTV del Contrato de Concesión 136 del 22 de diciembre de 1997, al exigir la emisión de la programación para adultos en horarios distintos a los señalados en la ley y en el contrato, reducir la extensión de la franja de programación para adultos, requerir que transmitiera únicamente programación infantil de lunes a viernes de 4:00 p.m. a 5:00 p.m., y restringir el pleno derecho de programar el servicio de televisión.

²² Al respecto, ver entre otras la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de octubre de 2020. Expediente nro. 50001-23-31-000-2010-00200-01(2307-18). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Revisado el fallo al que se alude, emitido por el Tribunal de Arbitramento, lo que se encuentra es que el objeto del proceso allí adelantado difiere del que se ventila en esta sede, en atención a que lo pretendido es la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal, mientras que lo buscado en el asunto bajo análisis es la declaración de invalidez de unas normativas contenidas en un acto administrativo expedido por una autoridad pública.

En consecuencia, lo dicho en el laudo no constituirá elemento de juicio para desatar la controversia en el proceso de la referencia.

De la potestad regulatoria de la CNTV

Se precisará entonces si, hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2011, la potestad regulatoria de la CNTV era compartida con el Congreso de la República.

Para responder tal cuestión es menester aludir al razonamiento efectuado por esta Sección, a propósito de las sentencias C-351 de 2004 y C-564 de 1995 y las facultades reconocidas a la CNTV en el texto constitucional de 1991²³, dado que el objeto de lo allí resuelto es similar al que se propone en esta sede:

“Sobre el alcance de la autonomía reconocida por la Constitución a la CNTV, la jurisprudencia constitucional ha advertido que no es absoluta, pues no le confiere el carácter de órgano superior del Estado ni le concede un ámbito ilimitado de competencias”. **Como cualquier entidad pública, y por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, dicho organismo está llamado a ejercer sus funciones dentro del marco previsto por la Constitución y la ley.**

En efecto, los artículos 76 y 77 de la Carta, al tiempo que le otorgan a la CNTV autonomía para el cumplimiento de sus funciones, también subordinan el ejercicio de la misma a la ley, atribuyéndole al legislador la competencia para regular el servicio de televisión, lo cual implica la facultad para definir el alcance de las funciones y para fijar los parámetros bajo los cuales debe operar dicha entidad.²⁴ Recogiendo esta posición, en Sentencia C-351 de 2004, la Corte Constitucional afirmó:

“La autonomía administrativa, patrimonial y técnica de la Comisión Nacional de Televisión es una atribución que le permite al organismo desarrollar libremente sus funciones, pero **no implica una emancipación del ordenamiento jurídico.** Como ente ejecutor de la política estatal televisiva, la Comisión es un organismo integrado a la estructura administrativa del

²³ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 16 de marzo de 2012. Proceso número: 11001 03 24 000 2001 0041 01. M.P. María Claudia Rojas Lasso.

²⁴ Sentencia C-564 de 1995.

Estado que desempeña sus funciones sujeta a la voluntad de la Ley, nunca fuera de ella.

...

Tal dependencia se deriva del propio texto de los artículos 76 y 77 de la Carta, así como de otras disposiciones constitucionales, que determinan su sujeción a la Constitución y a la Ley. En este entendido, por ejemplo, el artículo 76 constitucional establece que la Comisión Nacional de

Televisión “desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio” de televisión, mientras que el artículo 77 remarca que dicha comisión dirigirá “la política que en materia de televisión determine la ley”, con lo cual se quiere resaltar que este organismo está sujeto a las disposiciones constitucionales y legales en materia de televisión, correspondiéndole estrictamente un papel de ejecución y coordinación en la materia.” (Negritas del original y subrayas de esta Sala).

Ese criterio fue consistente tanto en la Corte Constitucional como en esta Corporación, cuando la primera analizó la exequibilidad del Acto Legislativo 02 de 2011 y esta las facultades de la CNTV en relación con las definidas por el Congreso en materia de franjas de emisión; a saber:

“[...] Ahora bien, sobre los alcances de la reserva legal en materia de políticas de televisión cabe recordar uno de los más recientes pronunciamientos. La sentencia C-170 de 2012, se pronunció sobre la demanda interpuesta contra el Acto Legislativo 2 de 2011, por el cual se derogó el artículo 76 y se modificó el artículo 77 de la Constitución. **En aquella ocasión la jurisprudencia constitucional reiteró que la autonomía otorgada al ente regulador no significaba, de manera alguna, vaciar de contenido la potestad del legislador ordinario, sino que, por el contrario, es el Congreso la institución encargada de señalar el alcance y los contornos dentro de los que el órgano regulador debe ejercer su función**²⁵. Preciso la Corte –subrayas añadidas–:

“El Constituyente se abstuvo de asignar competencias puntuales y prefirió que fuera el Congreso el encargado de fijar la política en materia de televisión y lo concerniente a la organización y funcionamiento del organismo rector. En este sentido la Corte ha destacado que al Legislador compete 'trazar las directrices de la política televisiva', cumpliendo así un rol que bien puede calificarse de 'decisivo y trascendental’”.

Y más adelante indicó –subrayas añadidas–:

“(...) cuando se hace referencia a la autonomía del organismo a cargo de la televisión, 'es necesario entender que la misma sólo se exhibe frente a las autoridades administrativas del Estado –y, por extensión, frente a cualquier organismo, entidad o grupo de presión capaz de incidir en la adopción de medidas concretas-', mientras que en relación con el Legislador, 'cuando éste fija las pautas generales y diseña las

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2012. En esta providencia se estudió la exequibilidad del Acto Legislativo 2 de 2011, por el cual se derogó el artículo 76 y se modificó el artículo 77 de la Constitución. Lo primero que se planteó fue el hecho de que la autonomía otorgada a lo que en aquel momento era la Comisión Nacional de Televisión no vació de contenido la potestad del Legislador ordinario, sino que al contrario, es el Congreso la institución encargada de señalar su alcance y contornos concretos

políticas fundamentales en la materia, (...) debe plena obediencia y sumisión'. Es por ello por lo que la Corte ha reconocido que aun cuando el órgano regulador mantiene una autonomía orgánica y funcional, en particular frente al Gobierno, aquélla “no se predica de la Constitución ni de la Ley”.

Finalmente sostuvo –subrayas añadidas–:

“Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a concluir que la Constitución de 1991 reconoció la autonomía del órgano encargado de regular el servicio público de televisión. Fue

esta una 'garantía institucional' diseñada para sustraer dicho servicio de los vaivenes de la política, de los intereses económicos y alejarlo de la influencia del Ejecutivo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió con otras entidades del Estado, en su diseño institucional el Constituyente no le asignó funciones específicas y concretas que pudieren ejercerse al margen de la regulación adoptada por el Legislador. En efecto: (i) el Constituyente prefirió que fuera el Congreso de la República el encargado de definir sus contornos, para lo cual le asignó la misión de trazar la política en materia de televisión y lo concerniente a la organización y funcionamiento del organismo rector; (ii) la autonomía reconocida fue de naturaleza administrativa, patrimonial y técnica, frente a las demás autoridades administrativas del Estado, desligándose como entidad adscrita o vinculada a otro órgano del sector central, pero cuyas funciones -esencialmente de ejecución y desarrollo- fueron supeditadas a la política trazada por el Legislador; (iii) se mantuvo el deber de colaboración armónica, de modo que sus funciones se desarrollarían de manera coordinada con las demás entidades del Estado, sujetas en todo caso a los lineamientos previstos en la Ley; (iv) fue una autonomía restringida, en tanto estuvo circunscrita al servicio público de televisión cuando se utiliza el espectro electromagnético, de manera que no comprendió otros medios de comunicación ni otros canales informáticos o tecnológicos...".

Entonces, si es verdad que la Carta Política prevé la existencia de un organismo regulador de la política en materia de televisión con suficiente autonomía técnica y patrimonial respecto de otras autoridades administrativas, **no menos cierto es que las atribuciones del ente regulador se contraen a desarrollar o ejecutar las políticas que en la materia sean definidas por el Congreso de la República, esto es, deben someterse a estricta reserva de ley. La justificación de esa rigurosa reserva legislativa no radica en nada distinto que en la importancia que tiene la materia para la cristalización del Estado social, democrático y pluralista de derecho y en la triple legitimidad que le subyace a la institución congresal para velar porque las disposiciones constitucionales obtengan plena realización [...]**".^{26,27} (Subrayas del original y negritas de la Sala).

Correlato de lo expuesto lo es que no es acertado afirmar que la CNTV y el Congreso de la República compartan la función regulatoria hasta antes de la expedición del Acto

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA -

SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Sentencia de diez (10) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001032600020110005400(42016). Actor: Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A.

²⁷ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 7 de marzo de 2019. Proceso número 11001 03 24 000 2006 00109 00. C.P. Oswaldo Giraldo López.

Legislativo 2 de 2011, puesto que, desde su consagración en el texto Superior, la CNTV se encuentra sometida a los postulados constitucionales y también los legales, sin que goce de algún tipo de privilegio en la expedición de mandatos imperativos que supongan una equiparación con el rango de estos últimos preceptos, por lo que se impone el rechazo del argumento así esbozado por la demandada y correlativamente, el análisis del acto acusado a la luz del marco emitido por el Legislador.

Del exceso en la potestad reglamentaria/Vulneración de normas superiores

Publicidad – programación

La Sala tendrá que determinar si son nulas, por vulneración de norma superior, las disposiciones que indican que la programación de televisión incluye la radiodifusión de cualquier contenido, incluida la publicidad, si, en palabras del demandante, se trata de dos conceptos diferentes de acuerdo a las normas legales que tratan esa materia y tal consideración impondría responsabilidad del operador sobre esta última.

No obstante, de manera previa a resolver tal cuestión, la Sala deberá definir si las normas legales que se citan como infringidas por las disposiciones vertidas en el acto administrativo, permiten concluir que programación y publicidad son dos conceptos diferentes, dado que, para la CNTV, el problema que plantean las accionantes no está fundado en el contenido real de la ley, sino en la interpretación que de ésta ellas hacen.

Es entonces pertinente traer a colación los literales c) y h) del artículo 5 y el artículo 29 de la Ley 182 de 1995:

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

(...)

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

especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, y obligaciones con los usuarios;

(...)

h) Formular los planes y programas sectoriales para el desarrollo de los servicios de televisión y para el ordenamiento y utilización de frecuencias, **en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones**²⁸.”

Del contexto normativo descrito se desprende que la regulación de la CNTV recae sobre las condiciones de operación y explotación del servicio público de televisión, entre las cuales se encuentran los cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas, gestión y calidad del servicio, comercialización, modificaciones en razón de transmisión de eventos especiales, utilización de redes y servicios satelitales, obligaciones de los usuarios, y por supuesto, el contenido de la programación y la publicidad.

Así pues, lo que se pone en evidencia es una lista de actividades que conciernen al servicio de televisión y que deben ser reguladas por la accionada, sin que se encuentre una equivalencia entre la regulación de programación de contenidos y la publicidad.

El artículo 29 *ibídem*, dispone:

“**Artículo 29. Libertad de operación, expresión y difusión.** El derecho de operar y explotar medios masivos de televisión debe ser autorizado por el Estado, y depender de las posibilidades

del espectro electromagnético, de las necesidades del servicio y de la prestación eficiente y competitiva del mismo. Otorgada la concesión, el operador o el concesionario de espacios de televisión harán uso de la misma, sin permisos o autorizaciones previas. En todo caso, el servicio estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia y control de la Comisión Nacional de Televisión.

Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley, es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, los cuales no serán objeto de censura ni control previo. Sin embargo, los mismos podrán ser clasificados y regulados por parte de la Comisión Nacional de Televisión, con miras a promover su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen el servicio público de televisión, protegen a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial los niños y jóvenes, para garantizar su desarrollo armónico e integral y fomentar la producción colombiana. En especial, la Comisión Nacional de Televisión, expedirá

²⁸ Aparte subrayado declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-310-96 del 11 de julio de 1996, “bajo el entendido de que la coordinación a que se refieren dichos preceptos es sólo de carácter técnico”.

regulaciones tendientes a evitar las prácticas monopolísticas o de exclusividad con los derechos de transmisión de eventos de interés para la comunidad y podrá calificarlos como tales, con el fin de que puedan ser transmitidos por todos los operadores del servicio en igualdad de condiciones.²⁹

La Comisión Nacional de Televisión reglamentará y velará por el establecimiento y difusión de franjas u horarios en los que deba transmitirse programación apta para niños o de carácter familiar.

Los operadores, concesionarios del servicio de televisión y contratistas de televisión regional darán cumplimiento a lo dispuesto en la ley sobre derechos de autor. Las autoridades protegerán a sus titulares y atenderán las peticiones o acciones judiciales que éstos les formulen cuando se transgredan o amenacen los mismos.

Parágrafo. Todos los canales nacionales, regionales, zonales y locales deberán anteponer a la transmisión de sus programas un aviso en donde se indique en forma escrita y oral la edad promedio apta para ver dicho programa, anunciando igualmente si contiene o no violencia y a su vez la existencia de escenas sexuales para público adulto, esto con el objetivo de brindar un mejor servicio a los televidentes en la orientación de la programación”. (Subrayas de la Sala).

De aquí se extrae que es función de la CNTV la clasificación de los contenidos de programación y de la publicidad, con lo cual se busca promover su calidad, proteger a la familia, los grupos vulnerables de la población, especialmente niños y jóvenes, de modo que se garantice el desarrollo integral y armónico de esa población, y que también busca fomentar la producción colombiana.

Bajo tal perspectiva, no observa la Sala que el Congreso de la República haya dado un trato de similitud a estas dos actividades; por el contrario, las enlista dentro de los aspectos pasibles de regulación de la accionada, evidenciando su naturaleza disímil, tal y como también se puede observar de la potestad prevista en el literal i) del artículo

5 ibidem, cuando indica que la Comisión debe resolver las peticiones, quejas y reclamaciones

que surjan a propósito del contenido y calidad de la programación y la publicidad de los servicios de televisión; veamos:

²⁹ Texto en negrita declarado EXEQUIBLE en el entendido resuelto por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-333 de 1999. La parte resolutive es del siguiente tenor: “Declarar EXEQUIBLE la expresión acusada del artículo 29 de la Ley 182 de 1995, la cual literalmente dice: “En especial, la Comisión Nacional de Televisión, expedirá regulaciones tendientes a evitar las prácticas monopolísticas o de exclusividad con los derechos de transmisión de eventos de interés para la comunidad y podrá calificarlos como tales, con el fin de que puedan ser transmitidos por todos los operadores del servicio en igualdad de condiciones”, en el entendido de que la CNTV en virtud de su competencia, deberá necesariamente definir los eventos de interés para la comunidad de una manera general, impersonal y previa y limitarse de forma cierta y precisa a aquellos, que de manera objetiva, sean manifiestamente relevantes para la comunidad y para la generación de una opinión pública plural.”

“i. Cumplir las decisiones de las autoridades y resolver las peticiones y quejas de los particulares o de las Ligas de Televidentes legalmente establecidas sobre el contenido y calidad de la programación, la publicidad de los servicios de televisión y, en general, sobre la cumplida prestación del servicio por parte de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y los contratistas de televisión regional;

Así las cosas, coincide la Sala con el criterio que invocan las demandantes cuando aseveran que del alcance de los anotados preceptos no se deriva un trato de semejanza, lo que supone resolver el problema que plantearon las empresas actoras.

Para ello es necesario traer a colación las normas que se acusan que corresponden a los apartes subrayados:

“**Artículo 3. Programación de televisión.** Se entiende por programación la radiodifusión consecutiva de material audiovisual a través de un canal de televisión, para lo cual el concesionario determina su horario, ubicación y movimientos dentro de la parrilla.

La programación incluye la radiodifusión de cualquier contenido, incluida la publicidad

”.

Artículo 42. Responsabilidad. Los concesionarios de televisión deberán determinar la programación de los canales o espacios adjudicados y serán los únicos responsables ante la Comisión Nacional de Televisión por los contenidos radiodifundidos.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, en cuanto a la responsabilidad que en relación con la televisión regional corresponde a los contratistas de esta modalidad del servicio”.

Sin duda, la regulación a que se alude en el artículo 3 acusado incorpora dentro del concepto de programación el de publicidad, circunstancia que no se allana al alcance que de uno y otro se dio por parte de la Ley 182 de 1995, en tanto que se trata de dos aspectos distintos que hacen parte de la operación y explotación del servicio de televisión, y que tampoco supondría un régimen de responsabilidad en el que la violación de alguna conducta por parte de los contenidos en la publicidad se atribuya, sin justificación alguna, al operador.

En esa medida, atendiendo a que es la expresión “incluida la publicidad” contenida en el último inciso del artículo 3 del Acuerdo 002 de 2011 expedido por la CNTV, la que genera el reproche de ilegalidad al desconocer lo dispuesto por el Legislador en los

artículos 5 (literales c) y h) y en el artículo 29 de la enunciada Ley 182 de 1995, se declarará la nulidad de esa parte de la normativa acusada.

Sin embargo, no se accede a la petición de invalidez del artículo 42 del mencionado Acuerdo, habida cuenta de que las disposiciones en él contenidas suponen la vulneración solo si entienden en contexto con el inciso final del artículo 3 ibidem, o, en otras palabras, no representan en sí mismas el desconocimiento de la dualidad conceptual que indican las citadas normas legales sobre programación y publicidad.

La franja de programación

Para las demandantes son nulas, por vulneración de norma superior, las disposiciones regulatorias que indican que la programación que se emita entre las 05:00 y las 20:00 horas debe ser familiar, de adolescentes o infantil, si tal aspecto ya se encontraba establecido en la norma legal según la cual la programación para todos los públicos se comprendía entre las 07:00 a.m. y las 9:30 p.m., y hace que se reduzca la franja de adultos, que, con la norma legal, comprendía entre las 9:30 p.m. y las 7:00 a.m., pues en el acto se indica que se presenta entre las 10:00 p.m. y las 5:00 a.m.

No obstante, y dado que la CNTV discute que el precepto legal que se invoca como desconocido no tiene por finalidad establecer una franja especial para adultos comprendida entre las 9:30 p.m. y las 7:00 a.m., sino únicamente el horario de la programación apta para todos los públicos, la Sala deberá definir si la regulación que se discute ya se encontraba determinada en la norma legal.

Para resolver este aspecto es menester señalar el alcance del artículo 27 de la Ley 335 de 1996:

“Artículo 27. Para la correcta prestación del servicio público de televisión, la franja comprendida entre las 7 a.m. y las 9:30 p.m. deberá ser para programas aptos para todos los públicos. Si en uno de éstos se violare <sic> las disposiciones del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) o cualquier ley que proteja los derechos de los niños, de los jóvenes y de la familia, la Comisión Nacional de Televisión impondrá sanciones, según la gravedad del hecho, desde la suspensión temporal del programa hasta la cancelación del mismo”. (Subrayas de la Sala)

De acuerdo con lo anterior, es imperativo que en el horario allí establecido (de las 7:00 a.m. a las 9:30 p.m.), la programación que se emita sea apta para “todos los públicos”, estos son, infantil, adolescente, familiar y adultos, pues así los clasifica el artículo 25 del acto acusado definiendo la pertenencia a cada una de acuerdo al rango de edad y estableciendo el horario en el que deben ser radiodifundida la programación respectiva:

“Artículo 25. Clasificación de la programación. Los programas de televisión se clasifican de la siguiente manera:

Infantil:

Son aquellos programas que han sido diseñados y realizados para satisfacer las necesidades de entretenimiento, educación o formación de niños entre 0 y 12 años, cuya narrativa y lenguaje

responden al perfil de esa audiencia.

Su radiodifusión se deberá realizar en el horario comprendido entre las 07:00 y las 21:30 horas.

Estos programas deberán ser aptos para ser vistos por la audiencia infantil, sin la compañía de adultos.

Adolescente:

Son aquellos programas que han sido diseñados y realizados para satisfacer las necesidades de entretenimiento, educación o formación de niños entre 12 y 18 años, cuya narrativa y lenguaje responden al perfil de esa audiencia.

Su radiodifusión se deberá realizar en el horario comprendido entre las 07:00 y las 21:30 horas.

Estos programas deberán ser aptos para ser vistos por la audiencia de adolescentes, sin la compañía de adultos.

Familiar:

Son aquellos programas que han sido diseñados y realizados para satisfacer las necesidades de entretenimiento, educación o formación de la familia.

Su radiodifusión se deberá realizar en el horario comprendido entre las 05:00 y las 22:00 horas.

Estos programas deberán ser aptos para ser vistos por toda la familia y puede requerir la compañía de adultos.

Adulto

Son aquellos programas que han sido diseñados y realizados para satisfacer las necesidades de entretenimiento, educación o formación de los mayores de dieciocho (18) años.

Su radiodifusión se deberá realizar en el horario comprendido entre las 22:00 y las 05:00 horas.

Estos programas deberán ser aptos para ser vistos por la población adulta. La presencia de niños, niñas y adolescentes estará sujeta a la corresponsabilidad de los padres o adultos responsables de la mencionada población.

Parágrafo 1o. Para efectos de la calificación de niños, niñas y adolescentes, se tendrá en cuenta la definición que sobre esta materia consagra la Ley 1098 de 2006, o las normas que la modifiquen o deroguen.

Parágrafo 2o. En el horario comprendido entre las 05:00 y las 22:00 horas, toda la programación que no se clasifique por parte de la Comisión Nacional de Televisión como infantil o de adolescentes, deberá ser familiar.

Parágrafo 3o. Dentro de los primeros diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento de cada trimestre del año, cada concesionario deberá remitir a la Comisión Nacional de Televisión el reporte de la programación radiodifundida, en los formatos que para el efecto remita la Comisión Nacional de Televisión". (Subrayas de la Sala).

De la lectura de esa disposición se advierte que las franjas infantil y adolescente cubren desde las 7:00 a.m. a las 9:30 p.m., que la familiar cubre desde las 5:00 a.m. hasta las 10:00 p.m. y que la

de adultos es la que comprende de las 10:00 p.m. a las 5:00 a.m.

Ahora bien, el artículo 24 censurado apunta a que la franja comprendida entre las 5:00 a.m. hasta las 10:00 p.m., debe ser familiar, para adolescentes o infantil; veamos:

Artículo 24. Clasificación de las franjas de audiencia. Las franjas de audiencia se clasifican en infantil, adolescente, familiar y adulta.

Entre las 05:00 y las 22:00 horas la programación debe ser familiar, de adolescentes o infantil.

Sólo a partir de las 22:00 horas y hasta las 05:00 horas se podrá presentar programación para adultos.

Para estos efectos, se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 25 del presente acuerdo.

Parágrafo. Para efectos de la calificación de niños, niñas y adolescentes, se tendrá en cuenta la definición que sobre esta materia consagra la Ley 1098 de 2006, o las normas que la modifiquen o deroguen”. (Subrayas de la Sala).

Los dos preceptos permiten concluir que la franja de las 5:00 a.m. a las 10:00 p.m. está orientada a que se emita programación no sólo familiar, como lo indica el numeral 3 del artículo 25 anotado, sino que incorpora la infantil y de adolescentes.

En tal orden, no asiste razón al extremo activo de la litis al afirmar que las normativas impugnadas generan la reducción de la franja de adultos que con la norma legal comprendía entre las 9:30 p.m. y las 7:00 a.m., dado que tal conclusión no se deriva del artículo 27 de la Ley 336 de 1995, que apenas indica un lineamiento para la posterior clasificación de la programación que se emita, para lo cual tiene expresa competencia la CNTV, de acuerdo con el contenido del inciso tercero del artículo 29 de la Ley 182 de 1995.

En otras palabras, lo que la ley establece son franjas para niños, adolescentes y familia, pero no para adultos, dejando así la posibilidad de regulación en la CNTV, facultad que ejerció y no trasgrede la norma legal en la que se funda.

Código de autorregulación

Para el extremo activo de este litigio es nula, por vulneración de norma superior, la normativa expedida por la CNTV que exige un código de autorregulación a los concesionarios de televisión, si, según su dicho, es arbitrario y afecta injustificadamente la autonomía y la esfera privada de dichas empresas, dado que implica describir expresa, minuciosa y detalladamente la forma como los operadores ejercen el derecho de información y ordena que se reporte a dicha entidad el tratamiento que dan a la información y a la opinión y además resulta una exigencia extensa y vaga que vulnera la independencia periodística.

Resolver tal pretensión conduce a la Sala a examinar el contenido del artículo 48 acusado:

“**Artículo 48. Código de autorregulación.** Dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente acuerdo y con sujeción a la normatividad vigente, cada concesionario de televisión deberá presentar ante la Comisión Nacional de Televisión un Código de Autorregulación que contenga los parámetros que tendrá en cuenta para la prestación del servicio.”

Dicho Código deberá contener, por lo menos, el tratamiento de los siguientes aspectos:

Respeto por las parrillas de programación: presentación de programas y cumplimiento de horarios.

Respeto por el televidente.

Clasificación de los contenidos como programación infantil, de adolescentes, familiar y adultos.

Tratamiento de la información.

Tratamiento de la opinión.

Separación entre opinión, información y publicidad.

Fortalecimiento de la Defensoría del Televidente.

Suministro de información al televidente sobre el contenido de la programación.

Parágrafo 1o. Los concesionarios pueden presentar sus Códigos de Autorregulación de manera individual o colectiva, y deberán publicarlos en su página web.

Parágrafo 2o. La Comisión Nacional de Televisión apoyará la divulgación de los Códigos de Autorregulación expedidos por cada concesionario, mediante su radiodifusión en los espacios institucionales de televisión.

Parágrafo 3o. En caso de que en el término previsto en este artículo, el concesionario no remita a la Comisión Nacional de Televisión el Código de Autorregulación o este no incluya todos los elementos mínimos exigidos, la Comisión Nacional de Televisión impondrá las sanciones que corresponda". (Subrayas de la Sala).

Pues bien, no halla la Sala una exigencia de la CNTV a los concesionarios sobre la necesidad de que estos describan de manera detallada la forma en que ejercen el derecho de información y ello obedece a que las exigencias allí contenidas son tan amplias y, como lo indican los actores, vagas, que es imposible precisar el alcance de lo requerido por la CNTV cuando demanda de los operadores información sobre el "tratamiento" de la información, de la opinión o la separación entre estos dos conceptos y el de publicidad, entre otros.

De allí que tal regulación redunde en la continua posibilidad de incurrir en una conducta que, por demás, es sancionable, dada la falta de certeza del alcance de los parámetros que señala el citado artículo 48, y entonces implique la trasgresión de derechos de raigambre constitucional como el de contradicción, defensa y debido proceso.

Vistas así las cosas, encuentra ajustado el discernimiento que proponen las demandantes cuando indican que tal disposición infringe el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, pues, aun cuando no se discute la potestad regulatoria de la CNTV en la materia y tampoco que los derechos de los concesionarios a la libertad de expresar y difundir

pensamiento y opiniones no son absolutos, lo cierto es que aquel ejercicio debe observar el marco constitucional y legal previsto, que para el asunto que nos ocupa se encuentra contenido en los artículos 20 y 73 Superiores³⁰, de tal suerte que la regulación sobre la prestación del

servicio público consulte patrones ciertos y precisos de conducta en los que se observe la garantía del derecho fundamental al debido proceso y los postulados constitucionales de libertad e independencia, pero sobre parámetros concretos que brinden líneas ciertas de conducta orientadas a la protección de grupos vulnerables de la población lo mismo que, tal y como lo expresa en artículo 29 de la Ley 182 de 1995:

“Artículo 29. Libertad de operación, expresión y difusión. El derecho de operar y explotar medios masivos de televisión debe ser autorizado por el Estado, y depender de las posibilidades del espectro electromagnético, de las necesidades del servicio y de la prestación eficiente y competitiva del mismo. Otorgada la concesión, el operador o el concesionario de espacios de televisión harán uso de la misma, sin permisos o autorizaciones previas. En todo caso, el servicio estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia y control de la Comisión Nacional de Televisión.

Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley, es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, los cuales no serán objeto de censura ni control previo. Sin embargo, los mismos podrán ser clasificados y regulados por parte de la Comisión Nacional de Televisión, con miras a promover su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen el servicio público de televisión, protegen a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial los niños y jóvenes, para garantizar su desarrollo armónico e integral y fomentar la producción colombiana. En especial, la Comisión Nacional de Televisión, expedirá regulaciones tendientes a evitar las prácticas monopolísticas o de exclusividad con los derechos de transmisión de eventos de interés para la comunidad y podrá calificarlos como tales, con el fin de que puedan ser transmitidos por todos los operadores del servicio en igualdad de condiciones.

La Comisión Nacional de Televisión reglamentará y velará por el establecimiento y difusión de franjas u horarios en los que deba transmitirse programación apta para niños o de carácter familiar.

Los operadores, concesionarios del servicio de televisión y contratistas de televisión regional darán cumplimiento a lo dispuesto en la ley sobre derechos de autor. Las autoridades protegerán a sus titulares y atenderán las peticiones o acciones judiciales que éstos les formulen cuando se transgredan o amenacen los mismos.

³⁰ **“Artículo 20.** Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

“Artículo 73. La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”.

Parágrafo. Todos los canales nacionales, regionales, zonales y locales deberán anteponer a la transmisión de sus programas un aviso en donde se indique en forma escrita y oral la edad promedio apta para ver dicho programa, anunciando igualmente si contiene o no violencia y a su vez la existencia de escenas sexuales para público adulto, esto con el objetivo de brindar un mejor servicio a los televidentes en la orientación de la programación”. (Subrayas de la Sala).

En consecuencia, la Sala estima la pretensión de nulidad del artículo 48 del Acuerdo 02 de 2011, pero por las razones aquí concernidas.

Deber de suministrar elementos de análisis y reflexión para televidentes

Ahora bien, la Sala deberá definir si son nulas, por vulneración de normas superiores, las disposiciones que ordenan a los concesionarios de servicio de televisión a “suministrar a los televidentes elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido” en la franja de adultos, si, en palabras de los demandantes, tal exigencia constituye censura porque obliga la inclusión de contenidos en contra de la voluntad de los concesionarios, además de configurar un paternalismo televisivo y vulneración del pluralismo en un Estado democrático, lo mismo que se traduce en la trasgresión del principio de igualdad, toda vez que tal condición solo se predica de los operadores de televisión abierta y no a los de televisión cerrada.

Las disposiciones en cuestión son del siguiente tenor en los apartes subrayados:

“Artículo 27. Tratamiento de la violencia. En la programación infantil no se podrá transmitir contenidos violentos.

En la programación de adolescentes y en la familiar se podrá transmitir contenidos violentos, pero la violencia no podrá ser el tema central del programa o publicidad, ni ser intrínseca a su contenido; a menos que tenga una finalidad claramente pedagógica. En todo caso, no se podrá presentar primeros planos de violencia ni enfatizar en dichas escenas mediante repeticiones sucesivas o cualquier otro medio.

La radiodifusión de programación cuyo tema central es la violencia, y que no tenga una finalidad claramente pedagógica, deberá presentarse siempre en programación y franja para adultos. En estos casos, el concesionario deberá, en cada capítulo, suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido”.

Artículo 31. Tratamiento del sexo. En la programación infantil se prohíbe la presentación de escenas y/o temáticas sexuales.

En la programación familiar y de adolescentes se podrá presentar contenidos sexuales, pero el sexo no podrá ser el tema central del programa o publicidad, ni ser intrínseca a su contenido; a menos que tenga una finalidad claramente

pedagógica. En todo caso, no se podrá presentar primeros planos de relaciones sexuales o eróticas ni enfatizar en dichas escenas mediante repeticiones sucesivas o cualquier otro medio.

La radiodifusión de programación cuyo tema central es el sexo o las relaciones sexuales o eróticas, y no tengan una finalidad claramente pedagógica, deberá presentarse siempre en programación y franja para adultos. En estos casos, el concesionario deberá, en cada capítulo, suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido”.

Como se anotó en el anterior cargo, el servicio de televisión es libre e independiente, y sólo puede ser limitado por la Constitución y la ley, atendiendo los parámetros allí vertidos; estos son la prohibición de censura (artículo 20 de la Carta), la protección de la familia, grupos vulnerables, en especial niños y jóvenes, todo bajo la égida de fomentar su desarrollo armónico e integral (artículo 29 de la Ley 182 de 1995).

Siendo ello así, la Sala no observa que el deber impuesto a los operadores para el caso de la

programación cuyos temas sean violencia o sexo en las franjas dispuestas para adultos, se allane a los objetivos que indica el ordenamiento jurídico como límite al ejercicio de las libertades de expresión y difusión.

Esto es así porque en dicho horario la programación se diseña para “satisfacer las necesidades de entretenimiento, educación o formación de los mayores de dieciocho

(18) años”³¹, es decir, supone un destinatario que se reputa capaz plenamente para efectos de recibir la información suministrada a través del servicio de televisión, por lo que es a este consumidor al que le corresponde asumir el análisis y reflexión de los contenidos provistos.

En tal orden, imponer la obligación al concesionario de entregar al televidente adulto elementos de análisis y reflexión del contenido que emite en la franja correspondiente a ese tipo de consumidor, no solo desborda el ámbito propio de los deberes de estas personas, sino que además no se acompasa con los cometidos que deben ser alcanzados a través de la regulación de la actividad dispuestos en el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, habida cuenta de que no se halla justificación en el amparo a grupos vulnerables ni de niños y jóvenes, todo lo cual conduce a la Sala a declarar la nulidad de los apartes demandados de los artículos 27 y 31 del Acuerdo 02 de 2011, y releva el estudio del mismo cargo por vulneración del derecho a la igualdad.

³¹ Artículo 25 numeral 4 del Acuerdo 02 de 2011.

Repetición de programas

Finalmente, la Sala deberá determinar si son nulas, por infracción de norma superior, las disposiciones que no tienen en cuenta las repeticiones de programas infantiles, de adolescentes y de producción nacional o extranjera, para la contabilización del número mínimo de horas trimestrales, si, en términos de las demandantes, tal restricción no cuenta con sustento legal y desconoce el derecho a la libertad de expresión y difusión de contenidos.

Es pertinente traer nuevamente el texto de las normativas que se enjuician:

“Artículo 33. Obligaciones de programación. Cada operador de televisión abierta nacional, regional y local con ánimo de lucro deberá cumplir las siguientes obligaciones de programación:

Programación Infantil

Cada operador de televisión abierta deberá radiodifundir un mínimo de horas trimestrales de programación infantil, teniendo en cuenta la definición consagrada en el artículo 25 del presente acuerdo, en el horario comprendido entre las 07:00 y las 21:30 horas, de la siguiente manera:

-- Los operadores de televisión abierta de cubrimiento nacional, mínimo ciento ocho (108) horas trimestrales.

-- Los operadores de televisión abierta de cubrimiento regional y local con ánimo de lucro, mínimo ochenta (80) horas trimestrales.

Programación de adolescentes

Cada operador de televisión abierta deberá radiodifundir un mínimo de horas trimestrales de programación de adolescentes, teniendo en cuenta la definición consagrada en el artículo 25 del presente acuerdo, en el horario comprendido entre las 07:00 y las 21:30 horas, de la siguiente

manera:

-- Los operadores de televisión abierta de cubrimiento nacional, mínimo sesenta

(60) horas trimestrales.

-- Los operadores de televisión abierta de cubrimiento regional y local con ánimo de lucro, mínimo cuarenta y cinco (45) horas trimestrales.

Parágrafo 1o. Estos programas podrán presentarse en cualquier formato y el conteo por horas se tendrá en cuenta para contabilizar el tiempo total trimestral, para efectos del control posterior que sobre la programación corresponde a la Comisión Nacional de Televisión.

Así mismo, estos programas podrán transmitirse en otros horarios o en un número de horas trimestrales superior a las establecidas en el presente artículo, pero no

se tendrá en cuenta para efectos del mencionado conteo que realizará la Comisión Nacional de Televisión.

Parágrafo 2o. Cada hora de Programación Infantil y de adolescentes aplicará en una sola de dichas categorías. Es decir que, para efectos del control posterior que sobre la programación corresponde a la Comisión Nacional de Televisión, cada una de las referidas categorías se tendrá en cuenta de manera independiente.

Así por ejemplo, si el operador radiodifunde Programación Infantil, esta no se podrá contabilizar al tiempo de adolescentes ni viceversa.

Parágrafo 3o. Para la contabilización de lo dispuesto en el presente artículo no se tendrán en cuenta las repeticiones de programas.

Parágrafo 4o. En los casos en que el operador radiodifunda menos de veinticuatro

(24) horas diarias, las obligaciones de programación establecidas en el presente artículo se aplicarán proporcionalmente a las horas radiodifundidas.

Parágrafo 5o. Lo previsto en este artículo no aplica para los concesionarios de espacios de televisión ni a los operadores de televisión local sin ánimo de lucro". (Subrayas corresponden a los apartes acusados).

“Artículo 44. Programación de producción nacional y extranjera. Para efectos de la contabilización de los porcentajes de producción nacional y extranjera consagrados en el artículo 33 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 4o de la Ley 680 de 2001, se tendrá en cuenta la programación como una unidad. Es decir, la calificación de la programación como nacional o extranjera será con base en el contenido de los programas y no de la publicidad.

Dentro de los primeros diez (10) días hábiles al vencimiento de cada trimestre, cada concesionario deberá remitir a la Comisión Nacional de Televisión el reporte de los porcentajes de producción nacional y extranjera radiodifundida en el período respectivo, de conformidad con los formatos que para el efecto suministre la Comisión Nacional de Televisión.

Parágrafo. Para la contabilización de lo dispuesto en el presente artículo no se tendrán en cuenta las repeticiones de programas". (Subrayas corresponden a los apartes acusados)

En efecto, la censura se funda en que no existe respaldo legal que permita a la CNTV no tener en cuenta las repeticiones de programas con contenido infantil, adolescente, nacional y extranjero, del número mínimo de horas que deben ser emitidos por los concesionarios de conformidad con el artículo 4 de la Ley 680 de 2001³².

No obstante, la Sala es del criterio que tal consideración responde a las facultades previstas en el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, que le permiten a esa autoridad regular la prestación del servicio de televisión y por ende sí encuentra sustento legal,

³² Que modificó el artículo 33 de la Ley 182 de 1995.

en tanto que no rebasa ningún límite del derecho y libertad reconocida a los operadores para expresarse y sí fomenta la producción colombiana.

Para un mejor entendimiento es menester aludir al artículo 4 enunciado, que establece los porcentajes mínimos de programación de producción nacional; veamos:

“**Artículo 4.** El artículo 33 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

Cada operador de televisión abierta y concesionario de espacios en los canales de cubrimiento nacional, deberá cumplir trimestralmente los siguientes porcentajes mínimos de programación de producción nacional:

a. Canales nacionales

De las 19:00 horas a las 22:30 horas (triple A), el 70% de la programación será producción nacional.

De las 22:30 horas a las 24:00 horas, el 50% de la programación será de producción nacional.

De las 00:00 horas a las 10:00 horas, el 100% de la programación será libre.

De las 10:00 horas a las 19:00 horas el 50% será programación de producción nacional.

Parágrafo. En sábados, domingos y festivos el porcentaje de producción nacional será mínimo del 50% en horario triple A;

b. Canales regionales y estaciones locales.

En los canales regionales y estaciones locales, la emisión de programación de producción nacional deberá ser el 50% de la programación total.

Para efecto de esta ley se establecerán las siguientes definiciones:

Producción Nacional. Se entiende por producciones de origen nacional aquellas de cualquier género realizadas en todas sus etapas por personal artístico y técnico colombiano, con la participación de actores nacionales en roles protagónicos y de reparto. La participación de actores extranjeros no alterará el carácter de nacional siempre y cuando, ésta no exceda el 10% del total de los roles protagónicos;

La participación de artistas extranjeros se permitirá siempre y cuando la normatividad de su país de origen permita la contratación de artistas colombianos;

Coproducción. Se entenderá por coproducción, aquella en donde la participación nacional en las áreas artística y técnica no sea inferior a la de cualquier otro país.

El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a la imposición de sanciones por parte de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), que según la gravedad y reincidencia pueden consistir en la suspensión del servicio por un período de tres (3) a seis (6) meses a la declaratoria de caducidad de la concesión respectiva

sin perjuicio de las acciones judiciales a que haya lugar y del incumplimiento de la norma y principios del debido proceso”.

En tal perspectiva, no halla la Sala que proceda estimar la pretensión de nulidad, pues, aun cuando el operador es quien determina el rating de su programación de acuerdo al gusto del consumidor, lo cierto es que la contabilización que se ordena es trimestral; luego, no tendría sentido que, siendo un mínimo, no se garantice tales contenidos en un periodo tan corto.

No se trasgrede la independencia en la manera que lo visibiliza la parte accionante, dado que el regulador no está reemplazando la decisión de repetición del concesionario, pues sigue siendo éste quien define tal aspecto; sólo que, se reitera, no podrá emitir programas repetidos para los fines de la contabilización mínima en tres (3) meses.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, de los apartes subrayados de las siguientes disposiciones:

Artículo 3. Programación de televisión. Se entiende por programación la radiodifusión consecutiva de material audiovisual a través de un canal de televisión, para lo cual el concesionario determina su horario, ubicación y movimientos dentro de la parrilla.

La programación incluye la radiodifusión de cualquier contenido, incluida la publicidad.

(...)

Artículo 27. Tratamiento de la violencia. En la programación infantil no se podrá transmitir contenidos violentos.

En la programación de adolescentes y en la familiar se podrá transmitir contenidos violentos, pero la violencia no podrá ser el tema central del programa o publicidad, ni ser intrínseca a su contenido; a menos que tenga una finalidad claramente pedagógica. En todo caso, no se podrá presentar primeros planos de violencia ni

enfaticar en dichas escenas mediante repeticiones sucesivas o cualquier otro medio.

La radiodifusión de programación cuyo tema central es la violencia, y que no tenga una finalidad claramente pedagógica, deberá presentarse siempre en programación y franja para adultos. En estos casos, el concesionario deberá, en cada capítulo, suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido

(...)

Artículo 31. Tratamiento del sexo. En la programación infantil se prohíbe la presentación de escenas y/o temáticas sexuales.

En la programación familiar y de adolescentes se podrá presentar contenidos sexuales, pero el sexo no podrá ser el tema central del programa o publicidad, ni ser intrínseca a su contenido; a menos que tenga una finalidad claramente pedagógica. En todo caso, no se podrá presentar primeros planos de relaciones sexuales o eróticas ni enfatizar en dichas escenas mediante repeticiones sucesivas o cualquier otro medio.

La radiodifusión de programación cuyo tema central es el sexo o las relaciones sexuales o eróticas, y no tengan una finalidad claramente pedagógica, deberá presentarse siempre en programación y franja para adultos. En estos casos, el concesionario deberá, en cada capítulo, suministrar al televidente elementos de análisis y reflexión sobre el contenido radiodifundido

(...)

Artículo 48. Código de autorregulación. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente acuerdo y con sujeción a la normatividad vigente, cada concesionario de televisión deberá presentar ante la Comisión Nacional de Televisión un Código de Autorregulación que contenga los parámetros que tendrá en cuenta para la prestación del servicio.

Dicho Código deberá contener, por lo menos, el tratamiento de los siguientes aspectos:

Respeto por las parrillas de programación: presentación de programas y cumplimiento de horarios.

Respeto por el televidente.

Clasificación de los contenidos como programación infantil, de adolescentes, familiar y adultos.

Tratamiento de la información.

Tratamiento de la opinión.

Separación entre opinión, información y publicidad.

Fortalecimiento de la Defensoría del Televidente.

Suministro de información al televidente sobre el contenido de la programación.

Parágrafo 1o. Los concesionarios pueden presentar sus Códigos de Autorregulación de manera individual o colectiva, y deberán publicarlos en su página web.

Parágrafo 2o. La Comisión Nacional de Televisión apoyará la divulgación de los Códigos de Autorregulación expedidos por cada concesionario, mediante su radiodifusión en los espacios institucionales de televisión.

Parágrafo 3o. En caso de que en el término previsto en este artículo, el concesionario no remita a la Comisión Nacional de Televisión el Código de Autorregulación o este no incluya todos los elementos mínimos exigidos, la Comisión Nacional de Televisión impondrá las sanciones que

corresponda".

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 16 de marzo de 2023.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Presidente Consejera de Estado

Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado Consejero de Estado

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.



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)

