

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Radicación:	25000-23-41-000-2015-01321-01
Demandante:	Jaime Omar Jaramillo Ayala
Demandados:	Autoridad Nacional de Televisión -ANTV-; Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –MinTIC-; Comisión de Regulación de las Comunicaciones –CRC- y Superintendencia de Industria y Comercio -SIC-
Vinculados:	Casa Editorial El Tiempo S.A. -CEET-, canal City Tv y Casa Editorial El Tiempo Televisión S.A. -CEETTV-
Referencia:	Acción popular – recurso de apelación de sentencia
Tema:	Servicio público de televisión abierta. Deber de retransmisión o transporte de la señal de televisión abierta. Dimensión colectiva del derecho a la libre competencia económica

Sentencia de segunda instancia

La Sala procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por el ciudadano Jaime Omar Jaramillo Ayala, en su condición de demandante, y por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –MinTIC-, como integrante de la parte demandada, en contra de la sentencia de 17 de julio de 2020, proferida por la Subsección «A» de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Antecedentes

I.1. La demanda

El ciudadano Jaime Omar Jaramillo Ayala, en ejercicio de la acción popular establecida en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por las leyes

472 de 1998 y 1437 de 2011, presentó demanda¹ en contra de la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV-, de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones -CRC-, de la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- y del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -

¹ Cfr.: Sistema de consulta judicial “SAMAI” - consulta de procesos: Radicado N.º 25000-23-41-000-2015- 01321-01 Jaime Omar Jaramillo Ayala contra la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV- y otros. Registro N.º 2: “Actuación: EXPEDINTE DIGITAL”, “Anotación/detalle: 1 CUADERNO DIGITAL. JSCR”. Documento denominado:

“ED_01CUADERNOPRINCIPA(.pdf) Nr oActua 2”.

Folios 1 y ss. del Cuaderno Principal del expediente de la referencia. Demanda presentada el 19 de junio de 2015.

MinTIC-, con miras a obtener la protección de los derechos colectivos previstos en los literales b), e) e i) del artículo 4.º de la Ley 472².

El argumento expuesto por el demandante consiste en que la señal de televisión del canal City Tv está siendo sintonizada en todo el territorio nacional, pese a que solo fue autorizada para ser emitida en la ciudad de Bogotá. En su criterio, dicha situación, además de desconocer el contrato de concesión otorgado a la sociedad Casa Editorial El Tiempo Televisión S.A. –en su condición de propietaria del canal aludido–, también atenta contra los intereses económicos del Estado y de los operadores de televisión de los niveles regional y nacional, pues aquella sociedad estaría recibiendo ingresos por pauta publicitaria en todo el país a cambio de una contraprestación que se habría tasado solo para el Distrito Capital.

Adicionalmente, el actor acusó que los derechos colectivos invocados también están siendo transgredidos debido a que las autoridades competentes, desde 1997, no han adjudicado en concesión el funcionamiento de un segundo canal de televisión para la ciudad de Bogotá.

Con fundamento en los anteriores supuestos, el actor formuló las siguientes pretensiones:

«4.1. Se ordene a la Autoridad Nacional de Televisión adoptar de manera inmediata una decisión que imponga a la Casa Editorial El Tiempo Televisión S.A. la obligación de emitir y retransmitir su señal de televisión sólo en el área de cubrimiento para la cual tiene la concesión en virtud del Contrato Número 167 de 1998 y el otrosí No. 4 de 2009 y no permitir ni tolerar que el Canal City Tv preste servicio de televisión en todo el territorio nacional a través de operadores de televisión cerrada, cableada o satelital.

Se ordene a la Junta Nacional de Televisión de la Autoridad Nacional de Televisión que de manera inmediata defina el valor que deberá pagar la Casa Editorial El Tiempo Televisión por concepto de la prórroga de la concesión del Canal Local City Tv durante diez años de conformidad con lo dispuesto en el fallo proferido por el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, con ponencia de la Magistrada Stella Conto Díaz de Castillo de fecha 29 de mayo del año 2014.

Se ordene a la Junta Nacional de Televisión de la Autoridad Nacional de Televisión que de manera inmediata cobre a la Casa Editorial El Tiempo Televisión el mayor valor que por concepto de la prórroga de la concesión del Canal Local City Tv durante diez años deberá pagar el concesionario de conformidad con lo dispuesto en el fallo proferido por el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, con ponencia de la Magistrada Stella Conto Díaz de Castillo de fecha 29 de mayo del año 2014.

Se ordene a la ANTV y a la Superintendencia de Industria y Comercio adelantar las investigaciones y actuaciones administrativas necesarias para

² “Artículo 4o. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: [...]. b) La moralidad administrativa; [...]. e) La defensa del patrimonio público; [...]. i) La libre competencia económica; [...]”.

garantizar que el Canal City Tv sólo transmita su señal en el área de cubrimiento para la cual fue autorizado de conformidad con lo establecido en el Contrato Número 167 de 1998 y el otrosí No. 4 suscrito entre la CNTV y la CEETTV,

Se ordene a la ANTV la apertura de licitación pública para la adjudicación en la ciudad de Bogotá D.C. de, por lo menos, otro canal local con ánimo de lucro.

Se ordene a la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC adoptar las decisiones regulatorias necesarias para garantizar el respeto a las modalidades de televisión previstas en la Ley y en los Acuerdos de la CNTV, en especial, en lo relativo a áreas de cubrimiento y tecnologías de transmisión garantizando los modelos de financiamiento y la participación en el mercado de pauta publicitaria de cada modalidad de prestación».

Como fundamento de las pretensiones, el demandante esgrimió los siguientes argumentos:

Informó que el Contrato de Concesión No. 167 de 1998 y el otrosí No. 4 de 2009, suscrito entre la extinta Comisión Nacional de Televisión -CNTV- y la sociedad Casa Editorial El Tiempo Televisión S.A. -CEETTV- para el canal City Tv, tiene por objeto la explotación y operación de una estación local con ánimo de lucro en la ciudad de Bogotá y la asignación de una parte del espectro electromagnético para que opere y explote el servicio de televisión abierta en el nivel local y radiodifundida, independientemente de la tecnología que se use para ello.

Indicó que la valoración para el cobro de la concesión del canal City Tv se hizo por la CNTV con base en un modelo financiero y operativo del negocio en el que los ingresos del operador local provienen de su mayor o menor participación y penetración de la inversión neta de publicidad en televisión en el territorio en el cual opera, lo que se comparte con los canales públicos, privados y regionales en Bogotá.

Señaló que, según la CNTV, la televisión por suscripción tiene una cobertura poblacional y geográfica cercana al 70% en todo el territorio, con seis operadores nacionales que concentran más del 90% de la oferta, como son Global TV Telecomunicaciones S.A., Directv Colombia Ltda., Tele 30 S.A.S., Telmex Colombia S.A., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y UNE EPM telecomunicaciones S.A.

Manifestó que el canal City Tv, violando las disposiciones de ley, es incluido en las parrillas de programación de los operadores nacionales de televisión por suscripción y de otros con cobertura en municipios distintos a Bogotá, en virtud de acuerdos comerciales entre el canal local y tales operadores, con lo que City Tv ha incrementado su participación en el ingreso nacional por concepto de pauta publicitaria.

Refirió que la Junta Directiva de la CNTV contrató estudios con bancas de inversión para la fijación del valor de las prórrogas de las concesiones a los canales Caracol, RCN y City Tv, y afirmó que dicha Junta determinó que la valoración de la concesión hecha a la sociedad CEETTV guarda una relación clara y estrecha con la efectuada para los tres canales de televisión abierta nacionales de operación privada, y que se tuvieron en cuenta como variables: la pauta proyectada y la fracción de la misma, asignada regulatoriamente a cada canal.

Precisó que, con fundamento en los estudios hechos por Equity Investment S.A. y en el concepto del doctor Alberto Carrasquilla, la Junta ha definido y acogido los criterios de valoración, y ha aceptado que, en el caso del canal City Tv, el valor que se le ha cobrado corresponde de manera directa a aspectos regulatorios. Agregó que un criterio obedece a la jurisdicción territorial

asignada para la operación y explotación del canal, por lo que desde el punto de vista regulatorio es indispensable limitar la órbita territorial e impedir que el servicio pueda ser prestado por fuera de ella.

Manifestó que la sociedad Casa Editorial El Tiempo S.A. -CEET- y el Grupo Planeta aspiraron a ser concesionarios del Tercer Canal de Televisión, pero puso de presente que el Consejo de Estado anuló el proceso licitatorio No. 02 de 2011 por considerar que éste no se ajustaba a la Ley.

Mencionó que en el proceso de adjudicación del Tercer Canal de Televisión participó como oferente la CEETTV, siendo concesionaria del Canal City Tv; sin embargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 335 de 1996, adujo que dicha sociedad no podía ser adjudicataria de dos concesiones en el sector de televisión.

Aseguró que las actuaciones de la Junta Directiva de la CNTV y de los participantes en el proceso licitatorio para la adjudicación del Tercer Canal fueron consideradas por el Consejo de Estado como vulneradoras de la moralidad administrativa y del patrimonio público.

Consideró que, habida cuenta que no se ha considerado la cobertura geográfica que realmente está teniendo el canal City Tv, tampoco se le ha cancelado al Estado el valor real de la concesión que le fue prorrogada por la CNTV.

Puso de presente que, al momento de definir la prórroga por 10 años de la concesión del canal local City Tv, la CNTV, mediante Otrosí No. 4 del 18 de marzo de 2009, fijó un precio variable de la concesión con un precio base de

\$8.838'000.000, más la cifra negativa o positiva que resultare de aplicar un valor de ajuste en función del comportamiento real observado de la inversión neta en publicidad de televisión abierta nacional, regional y local durante los años 2009 y 2010. Replicó que, para fijar ese precio, no se haya considerado la cobertura geográfica y poblacional del canal City Tv.

Refirió que el 25 de abril de 2011 la CNTV interpuso demanda arbitral en contra de la CEETTV para reclamar el pago de \$17.878'000.000 como valor final de la concesión en virtud de la no entrada en operación del tercer canal de Televisión, y por recibir el valor correspondiente al ajuste por una participación mayor del Canal City Tv en los ingresos por pauta publicitaria. El Tribunal de arbitramento falló en contra de las pretensiones de la CNTV y precisó que ésta había asumido los riesgos al establecer un mecanismo de fijación del precio que fue respetado por el canal City Tv.

Agregó que, con fecha 10 de abril de 2013, la CNTV interpuso recurso de anulación del referido laudo arbitral, y el 29 de mayo de 2014 la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado decretó la nulidad absoluta de la Cláusula Octava del Otrosí No. 4 del contrato de concesión No. 167 de 1998, por contener estipulaciones contractuales relativas: i) a la definición de la tarifa de concesión con criterios ajenos a los establecidos en la Ley 182 de 1995, y ii) a la habilitación para que los árbitros conocieran de las controversias originadas en el ejercicio de la intervención del Estado, mediante la fijación de la tarifa y en el pago de una obligación impuesta por una Ley en la que está envuelta el orden público.

Afirmó que la actual Autoridad Nacional de Televisión -ANTV- está en mora de adoptar de manera inmediata las decisiones para dar cumplimiento al fallo del Consejo de Estado, y de fijar el precio de la concesión a la CEETTV S.A., respetando las previsiones contenidas en el literal g

del artículo 5º de la ley 182 de 1995.

Adicionalmente, indicó que la ANTV tampoco ha abierto licitación para la adjudicación de otro canal local con ánimo de lucro en la ciudad de Bogotá D.C., como lo exige el Acuerdo 24 de 1997 de la CNTV.

Actuación procesal en primera instancia

La magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a cargo de la sustanciación del proceso, mediante autos de 22 de junio³ y 7 de septiembre⁴ de 2015, decidió vincular al proceso a la Casa Editorial El Tiempo S.A. -CEET- y a la Casa Editorial El Tiempo Televisión S.A. -CEETTV-. Seguidamente, admitió la demanda y ordenó la notificación y el traslado correspondiente a las entidades accionadas y vinculadas para que contestaran, propusieran excepciones y aportaran y/o solicitaran la práctica de las pruebas. Igualmente, notificó al agente del Ministerio Público, a la Defensoría del Pueblo y a la Agencia Nacional de

³ Ibid., folios 366 y ss. del cuaderno 1 del expediente. Magistrada sustanciadora: Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.

⁴ Ibid., folios 600 y ss. del cuaderno 2 del expediente. Magistrada sustanciadora: Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.

Defensa Jurídica del Estado -ANDJE-. Además, dispuso comunicar la acción de la referencia a los miembros de la comunidad.

Por auto de 13 de octubre de 2016⁵, la magistrada sustanciadora negó las medidas cautelares solicitadas por el demandante. El despacho a cargo de la sustanciación del proceso consideró, en primer lugar, que no había lugar a prohibir que la señal de televisión del canal City Tv fuera retransmitida en todo el territorio nacional, puesto que dicha solicitud no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 231 del CPACA. Por otro lado, la misma magistrada estimó improcedente que se obligara a la ANTV cobrar a la CEETTV S.A. la suma de dinero correspondiente a ingresos por pauta publicitaria emitida por el canal City Tv, debido a que esa cuestión estaba siendo debatida ante un tribunal arbitral y, además, porque ese tipo de peticiones son incompatibles con el objeto de la acción popular.

Las contestaciones de la demanda

El apoderado judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- mediante escrito allegado el 22 de julio de 2015⁶, propuso como excepciones las de

«inexistencia de la alegada violación o amenaza de los derechos colectivos» y falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que no existe un nexo de causalidad entre las vulneraciones alegadas y el proceder de la SIC.

Aseguró que el grupo de atención al ciudadano de la SIC informó al accionante que la ANTV era la encargada de adelantar las investigaciones y adopción de decisiones correspondientes al campo de transmisión y retransmisión de la señal del canal City Tv, y a dicha entidad se le corrió traslado para que conociera del caso.

Precisó que la Delegatura para la Protección a la Competencia de la SIC, mediante Radicado No. 15-121894-4, puso en conocimiento del actor que habría de iniciar trámite y las averiguaciones preliminares con el fin de determinar si existían méritos suficientes para iniciar la investigación

administrativa formalmente por violación al régimen de protección de la competencia.

Indicó que, mediante comunicación No. 15-121894-6-0, suscrita el 21 de julio de 2015 por el Coordinador del Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia, se citó al señor Jaime Omar Jaramillo Ayala para que acudiera a la entidad el 28 de julio del mismo año, con el objeto de recibir testimonio respecto de la denuncia interpuesta por la SIC en contra de la CEETTV S.A., por la presunta transgresión al régimen de la competencia.

⁵ Ibid., folios 537 y ss. del cuaderno de medidas cautelares.

⁶ Ibid., folios 581 y ss. del cuaderno 1. Documento suscrito por el abogado Rene Alejandro Bustos Mendoza.

Así las cosas, el referido apoderado judicial aseguró que se demostró que la SIC no ha amenazado los derechos e intereses colectivos invocados por el demandante.

El apoderado judicial de la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC-, mediante escrito presentado el 16 de septiembre de 2015⁷, señaló que el demandante considera que existe una contravención por parte del canal City Tv a las leyes 680 de 2006 y 182 de 1995, a las cláusulas del contrato de concesión celebrado para la prestación del servicio y al Acuerdo CNTV N.º 10 de 2006, sin que relacionara tales transgresiones con la conducta de la CRC.

En relación con la contraprestación a cargo del concesionario por pauta publicitaria en favor del Estado, precisó que se trata de un asunto contractual que no le compete revisar a la CRC.

Insistió en que la CRC no es la entidad competente para atender las demandas del actor, puesto que, de conformidad con lo previsto en las leyes 1507 de 2012 y 182 de 1995, el legislador apartó de manera expresa a la CRC de lo relacionado con los asuntos contractuales sobre cobertura de la prestación del servicio de televisión.

En tal virtud, señaló que la CRC no puede, por vía de regulación, definir en cuáles áreas operaría un determinado prestador del servicio de televisión, pues este asunto debe quedar definido en el respectivo contrato.

Además, puso de presente que no corresponde a la CRC ejercer las competencias de vigilancia y control para la adecuada prestación del servicio público de televisión, regular franjas y contenidos de la programación o dirigir y gestionar la actividad concesional de ese tipo de servicios.

El apoderado judicial del **Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MinTIC-**, mediante escrito allegado el 22 de julio de 2015⁸, solicitó que se declararan probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y «falta de requisito de procedibilidad para interponer la demanda».

Resaltó que el MinTIC no cuenta con la competencia legal para pronunciarse sobre la controversia planteada, pues las pretensiones no están dirigidas en contra del Ministerio, sino contra la ANTV. Además, advirtió que el MinTIC no está facultado para conceder licencias para prestación del servicio de televisión.

⁷ Ibid., folios 626 y ss. del cuaderno 2. Documento suscrito por el abogado Juan Carlos Jiménez Triana.

⁸ Ibid., folios 456 y ss. del cuaderno 1 y folios 918 y ss. del cuaderno 2. Documento suscrito por el abogado Nesky Pastrana Ramos.

Precisó que, aunque el MinTIC haga parte de la Junta Nacional de Televisión, ello no implica que deba asumir las funciones que no le ha asignado la ley y que son propias de la ANTV.

Informó que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1507 de 2012, en sesión de 10 de abril de 2012, la Junta determinó que habría de iniciar el proceso liquidatorio de la Comisión Nacional de Televisión.

Finalmente, recordó que las obligaciones legales del MinTIC refieren al diseño, formulación, adopción y promoción de políticas, planes, programas y proyectos del sector de las Tecnologías de la información y las Comunicaciones, con el fin de contribuir al desarrollo económico, social y político de la Nación.

El apoderado judicial de la Autoridad Nacional de Televisión –ANTV-, mediante escrito de 22 de septiembre de 2015⁹, se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que esa entidad no ha incurrido en conducta negligente u omisiva alguna.

Expuso que, mediante el Contrato de Concesión No. 167 de 1998, la CNTV le concedió a la CEET S.A. la operación y explotación de una (1) Estación Local con Ánimo de Lucro en la ciudad de Bogotá D.C., de conformidad con el Pliego de Condiciones de la Licitación No. 002 de 1998 y la propuesta presentada por el Concesionario. Agregó que por Otrosí No. 4 de 18 de marzo de 2009, se prorrogó el referido contrato de concesión y se integró en un solo texto junto con sus otrosíes.

Manifestó que, en la Resolución No. 343 de mayo de 2015, la ANTV asignó el Canal radioeléctrico 27 a la estación de radiodifusión de televisión de Bogotá - Cerro Suba - TDT, del operador CEETTV S.A., para la operación y prestación del servicio de televisión local con ánimo de lucro, radiodifundida bajo el estándar DVB-T2 de televisión digital terrestre (TDT), y se estableció como obligación del operador abstenerse de producir u ocasionar interferencias perjudiciales a otras estaciones autorizadas del mismo o diferente servicio de radiocomunicaciones, y ajustar su operación al área de cobertura permitida.

Indicó que la Agencia Nacional del Espectro –ANE- entregó concepto de viabilidad técnica, el cual fue acogido por el Comité Técnico Evaluador bajo el entendido que la asignación de la frecuencia o canal radioeléctrico a la estación de Bogotá - Cerro Suba - TDT del operador CEETTV S.A. se realiza para dar cubrimiento radioeléctrico de la ciudad de Bogotá, área de servicio autorizado en el contrato de concesión No. 167 de 1998, y que la presencia de la señal en áreas de municipios cercanos, sin barreras naturales, obedece a las mismas características técnicas y de programación de las ondas radioeléctricas.

⁹ Ibid., folios 515 y ss. del cuaderno 1, y folios 660 y ss. del cuaderno 2. Documento suscrito por el abogado Miguel Ángel Celis Peñaranda.

Explicó que se requiere conocer las condiciones bajo las cuales los concesionarios de televisión por suscripción incluyen en su parrilla de programación el Canal City Tv, lo que en concepto de la ANTV obedece a un componente eminentemente técnico, como lo es el mecanismo mediante el cual los concesionarios de televisión por suscripción incluyen en su parrilla de programación el aludido canal, para ser visto por sus suscriptores en los lugares donde prestan el servicio de televisión por suscripción.

Mencionó que, en respuesta a la comunicación No. 201500013727, se le indicó al actor que se dispuso la apertura de una investigación preliminar tendiente a verificar si el operador está cumpliendo con lo pactado en el contrato No. 167 de 1998 y su prórroga en relación con el área de cobertura. Añadió que, mediante Resolución No. 545 de 2015, la ANTV inició una averiguación preliminar en contra del concesionario del servicio de televisión local con ánimo de lucro CEETTV S.A. dentro del expediente A-1036, con el objeto de recaudar material probatorio que permita establecer la presunta trasgresión de las disposiciones legales, contractuales y reglamentarias.

Adujo que, en la cláusula octava del otro sí No. 4 de 18 de marzo de 2009, se estableció como valor de la prórroga la suma de \$8.838.000.000 como precio base más la cifra positiva o negativa que resulta de aplicar un ajuste en función al comportamiento real observado de la inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local, así como también la forma de pago del precio base y la orden de cobro en aplicación a la metodología establecida en la Resolución No. 2254.

Advirtió que, en el informe No. D 201500006877 de 9 de junio de 2015, la ANTV se pronunció sobre las observaciones presentadas por el equipo auditor de la Contraloría General de la República en el que consta el pago realizado por el Concesionario como previo final por un total de \$8.055.489.055.

Precisó que, para adoptar la decisión de abrir proceso licitatorio para la adjudicación de otro canal en la ciudad de Bogotá, se requiere revisar las condiciones económicas de todas las modalidades de servicio con el fin de garantizar los recursos del Fondo para la Televisión y los Contenidos –FONTV-.

Recordó que, mediante comunicación No. D 201500007062 del 11 de junio de 2015, se le indicó al accionante que, para efectos de dar cumplimiento a la orden judicial impartida por el Consejo de Estado en la providencia del 29 de mayo de 2014, además del análisis realizado para determinar la manera en la que debe proceder la ANTV para fijar el precio del contrato 167 de 1998, la citada autoridad ha tenido en cuenta los siguientes aspectos:

La orden judicial dada el 27 de marzo de 2014 por el Consejo de Estado, aclarada mediante sentencia del 26 de junio del mismo año, en la que impuso una serie de obligaciones a la ANTV y a otras entidades que asumieron las competencias de la extinta CNTV, relacionadas con el análisis de las circunstancias que inciden en la apertura de un nuevo proceso licitatorio para otorgar nuevas concesiones de televisión abierta nacional de operación privada, entre ellas los análisis de mercado.

El hecho de no encontrarse presentes las condiciones para valorar las concesiones de espacios en el canal uno, motivó la ampliación de 40 meses de los contratos respectivos, conforme lo pactado en el Otrosí No. 3 a dicho contrato.

Las demandas arbitrales promovidas por la ANTV contra Caracol Televisión y RCN Televisión, tendientes a obtener el reajuste del precio de las prórrogas a los contratos 136 y 140 de 1997.

El Plan Nacional de Desarrollo que conmina a la ANTV a realizar un estudio sobre la pauta publicitaria del mercado de televisión que pueda incidir en el valor de las concesiones.

Las distintas demandas que actualmente cursan ante la jurisdicción de lo contencioso

administrativo en contra de la ANTV, tendientes a obtener la nulidad de los actos administrativos por los cuales se fijó el precio individual de las prórrogas a las concesiones de televisión por suscripción, así como contra la Resolución No. 045 de 2012 que fijó el valor de la compensación en dicha modalidad de servicio, lo que motivó a que se entrara a analizar el comportamiento de ese mercado, para fijar una nueva tarifa.

Argumentó que las circunstancias antes mencionadas inciden de manera directa en los recursos con los que se alimenta el FONTV. Además, debe revisarse el tema de todas las concesiones de televisión abierta comercial (concesionarios del Canal Uno, operadores privados nacionales y operador local con ánimo de lucro), por cuanto en estas modalidades del servicio la contraprestación económica para el Estado tiene que ver de manera directa con el mercado de la pauta publicitaria, del cual participan todas ellas.

Arguyó que no sería prudente adoptar de manera aislada una decisión administrativa frente a un solo contrato de concesión, cuando actualmente existen más de 67 concesionarios contractuales y más de 700 operadores del servicio que vienen ejecutando sus concesiones bajo unos escenarios que han mutado en el tiempo, siendo necesario revisar las condiciones económicas de todas las modalidades del servicio con el fin de garantizar los recursos del FONTV, para lo cual la entidad se encuentra elaborando los estudios previos para abrir un concurso de méritos tendiente a seleccionar un consultor que apoye la valoración de la distintas concesiones según la modalidad del servicio.

Anotó que El Consejo de Estado, en sentencia del 29 de marzo de 2014, declaró la nulidad absoluta de la cláusula octava del otro sí No. 4 del contrato de concesión No. 167 de 1998 y, como consecuencia de ello, anuló el proceso arbitral y el laudo del 3 de abril de 2013, proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado por la CNTV para dirimir las controversias surgidas con la CEETTV S.A. En contra de esa decisión la CEETTV S.A. interpuso acción de tutela por considerar vulnerado su derecho al debido proceso por una supuesta vía de hecho.

Indicó que la CNTV reguló el servicio de televisión por suscripción a través de los Acuerdos Nos. 014 de 1997, 010 de 2006 y 06 de 2010 «por medio del cual se modifican las condiciones de acceso a la prestación del servicio público de televisión por suscripción, la tarifa de compensación que deben cancelar los operadores de este servicio a la Comisión Nacional de Televisión, y se dictan otras disposiciones».

Finalmente, solicitó que se declararan probadas las excepciones que denominó:

Improcedencia de la acción popular impetrada por la inexistencia de acciones u omisiones atribuibles a la ANTV que vulneren o amenacen los derechos colectivos alegados. No existe prueba de la vulneración alegada en la demanda.

Improcedencia de la acción por inexistencia de un daño contingente o actual a un derecho colectivo. La ANTV ha sido respetuosa de sus deberes constitucionales y legales, y se han adelantado todas las actuaciones relacionadas con el desarrollo de las distintas modalidades del servicio de televisión, la prestación del mismo y los recaudos que de él se originan

El apoderado judicial de la sociedad Casa Editorial El Tiempo S.A. -CEET-, mediante escrito de 20 de noviembre de 2015¹⁰, solicitó que se declararan probadas las siguientes excepciones:

«Indebida vinculación al proceso», puesto que la demanda se refiere exclusivamente a la Casa Editorial El Tiempo Televisión S.A. -CEETTV-, más no a la Casa Editorial El Tiempo S.A. -

CEET-. En ese sentido, recordó que, mediante certificado de 30 de septiembre de 2015, la ANTV acreditó que la CEET S.A. dejó de ser parte del Contrato de Concesión No. 167 de 1998 a partir del 27 de julio de 2007, fecha de la suscripción del Otrosí No. 3, en virtud del cual la CNTV aceptó la cesión del contrato a favor de la sociedad CEETTV S.A.

Falta de legitimación en la causa por pasiva, en la medida en que la CEET no es quien tendría la obligación de satisfacer las pretensiones de la demanda, ni de cesar las presuntas afectaciones a los derechos colectivos señalados en la demanda.

¹⁰ Ibid., folios 741 y ss. del cuaderno 2. Documento suscrito por el abogado Sergio Rojas Quiñones.

«Inexistencia de la violación o amenaza a los derechos colectivos vulnerados», dado que la CEET no es una autoridad que deba cumplir las funciones previstas en la Ley 1507 de 2012, por lo que no se le puede imputar responsabilidad alguna.

El apoderado judicial de la sociedad Casa Editorial El Tiempo Televisión

S.A. -CEETTV-, mediante escrito presentado el 11 de noviembre de 2016¹¹, se pronunció sobre los hechos de la demanda en los siguientes términos:

- i. La operación del canal de City Tv se encuentra autorizada por el Contrato de Concesión No. 167 del 1.º de junio de 1998. Dicho contrato fue cedido por la CEET S.A. en favor de la CEETTV S.A., lo que fue aceptado por la CNTV mediante la suscripción del Otrosí No. 3 de 27 de julio de 2007.
- ii. El artículo 25 del Acuerdo 002 de 2012 establece la obligación de los operadores de televisión cerrada de no restringir la recepción total de los canales colombianos.
- iii. La Corte Constitucional, en sentencia C-654 de 2013, precisó que la finalidad del artículo 11 de la Ley 680 de 2011 era garantizar el derecho al pluralismo informativo, por lo que en vez de prohibir a los operadores de televisión por suscripción transmitir canales de televisión abierta dentro de su zona de influencia, los obliga a transmitir los canales nacionales, regionales y municipales, según la capacidad técnica del operador. Así, si un operador posee una capacidad técnica plena, tal operador debe transmitir todos los canales de televisión abierta existentes.
- iv. La división de zonas que traía el Plan de Normalización de Servicio de Televisión por Suscripción previsto en el artículo 8º de la Ley 335 de 1996 y reglamentado en el Capítulo I del Título III del Acuerdo 14 de 1997, consistió en una división territorial para efectos de distribuir por zonas la prestación del servicio de televisión por suscripción, no la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida.
- v. Pese a la división por zonas contemplada en el referido Plan, la norma habilitó a los operadores de televisión por suscripción en un determinado nivel zonal, a extender el servicio a otras zonas y cubrir la totalidad del territorio nacional, siempre que cumplieran con los programas presentados por la CNTV en el marco de la respectiva licitación pública.
- vi. Dicho Plan, expedido mediante el Acuerdo 14 del 20 de marzo de 1997, tuvo una duración de 5 años y expiró en el año 2002.
- vii. City Tv solo presta el servicio de televisión abierta, gratuita y radiodifundida dentro del área de cubrimiento autorizado por el contrato de concesión. La CEETTV

¹¹ Ibid., folios 1 y ss. del cuaderno anexo de contestación de demanda. Documento

suscrito por el abogado Sergio Rojas Quiñones.

S.A. nunca ha sido sancionada por ninguna autoridad por radiodifundir la señal de ese canal en un área de cobertura diferente a la señalada en el respectivo contrato.

- viii. La inclusión de City Tv en la parrilla de programación de los operadores de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se transmiten en su área de cubrimiento, impone un mínimo que se debe garantizar por parte de los operadores de televisión por suscripción. Por la retransmisión del canal en las redes de los cableros, CEETTV S.A. no percibe remuneración alguna, por cuanto el acceso a los operadores de todos los canales de televisión abierta nacionales es gratuito.
- ix. El valor fijado por la ANTV remunera la operación y explotación de una estación local con ánimo de lucro en la ciudad de Bogotá D.C., territorio que corresponde al a cobertura geográfica donde se radiodifunde la señal de City Tv.
- x. En contra de la sentencia del Consejo de Estado del 29 de mayo de 2014 (que anuló el laudo arbitral del 3 de abril de 2013) prosperó la acción de tutela con radicado No. 11001-03-15-000-2014-03668-01 resuelta por la Sección Quinta de la Corporación, mediante providencia de 17 de marzo de 2016. Allí la Sección Quinta consideró que el Tribunal de Arbitramento sí se pronunció sobre la legalidad de la cláusula octava del Otrosí No. 4 del Contrato de Concesión No. 167 de 1998, por la cual se fijó el precio de la prórroga y, en consecuencia, concluyó que la cláusula octava no es contraria al ordenamiento jurídico.

Alegó que la CEETTV S.A. no está legitimada en la causa por pasiva pues no fue mencionada en la demanda como entidad responsable de los hechos generadores de la presunta transgresión de los derechos colectivos invocados.

Aseguró que la CEETTV S.A. ha dado cumplimiento a todas las disposiciones del Contrato de Concesión No. 167 de 1998 y el Otrosí No. 4, pues no ha transmitido ni retransmitido su señal en todo el territorio nacional, sino que se ha limitado a radiodifundirla en el territorio de Bogotá.

Informó que la CEETTV S.A. radiodifunde la señal de City Tv a través de dos estaciones transmisoras, una ubicada en Cerro Suba y la otra en Boquerón de Chipaque. Cada estación toma la señal enviada por el Centro de Producción de City Tv, la procesa y la radiodifunde a los usuarios que están dentro del área de cobertura, quienes para disfrutar de la señal solamente requieren de un televisor con una antena exterior, una antena interna o una antena comunal. Las estaciones son aprobadas y evaluadas por ANTV, autoridad que debe cerciorarse que las mismas cumplan los requerimientos técnicos para efectos de otorgarle la viabilidad técnica necesaria para su operación.

Mencionó que, desde el inicio de la concesión, la CEETTV S.A. presentó a la ANTV un Plan de Diseño Técnico que ha sido constantemente monitoreado,

evaluado y actualizado, como se desprende de la comunicación del 12 de octubre de 2010 remitido por la CNTV. La referida autoridad siempre ha verificado cuidadosamente que la infraestructura técnica de la CEETTV pueda difundir su señal en virtud del contrato de concesión, para cumplir así con todos los parámetros exigidos por la ley y por la relación contractual.

Adujo que las estaciones transmisoras de la CEETTV S.A. no tienen capacidad para dar

cubrimiento de televisión abierta radiodifundida al nivel nacional, como se verifica en el dictamen pericial aportado en el escrito de contestación.

Indicó que la CEETTV S.A. no tiene acuerdos comerciales con cableoperadores para que retransmitan la señal de City Tv, lo que se corrobora con la certificación del representante legal, el contador público y el revisor fiscal de la sociedad.

Aclaró que los cableoperadores no tienen una restricción para la retransmisión de canales de televisión abierta, bien sean estos del orden nacional, local o regional, y precisó que los cableoperadores tienen una obligación mínima de retransmitir sin costo alguno los canales que se radiodifundan en el área de cubrimiento del operador de televisión por suscripción, en la medida que su capacidad técnica se los permita, incluyendo en su parrilla de programación los canales de televisión locales.

Finalmente, advirtió que la acción popular no es el mecanismo apropiado para ventilar controversias contractuales.

Audiencia de pacto de cumplimiento

La magistrada a cargo de la sustanciación del proceso, mediante auto de 16 de junio de 2017¹², declaró fallida la audiencia especial de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 5 de agosto de 1998, en tanto que no se formuló proyecto de pacto de cumplimiento.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La **Subsección «A»** de la **Sección Primera** del **Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, mediante sentencia de 17 de julio de 2020¹³, declaró la vulneración de los derechos colectivos a «la libre competencia» y al «patrimonio público» debido a «la falta de ejecución de los trámites necesarios para efectuar la concesión de la segunda estación local de televisión abierta con ánimo de lucro disponible en la

¹² Ibid., folios 995 y ss. del cuaderno 2. Acta suscrita por: la magistrada Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, la procuradora 134 Judicial II Jerly Lorena Ardila Camacho, el demandante Jaime Omar Jaramillo Ayala, el apoderado de las sociedades CEET S.A. y CEETTV S.A. Julián Solorza Martínez, el apoderado de la CRC Andrés Gutiérrez Guzmán, la apoderada del MinTIC Eгна Margarita Rojas Vargas, el apoderado de la ANTV Miguel Ángel Celis Peñaranda, el apoderado de la SIC René Alejandro Bustos Mendoza y el secretario ad hoc Wilson Fernando Rodríguez Infante.

¹³ Ibid., folios 1211 y ss. Providencia suscrita por los magistrados: Luis Manuel Lasso Lozano, Felipe Alirio Solarte Maya y Claudia Elizabeth Lozzi Moreno -ponente de la decisión-.

ciudad de Bogotá, en los términos del artículo 9º del Acuerdo 24 de 1997 de la CNTV».

A juicio del Tribunal, adjudicar en concesión el uso del espectro para el funcionamiento de 2 estaciones que presten el servicio público de televisión local con ánimo de lucro para la ciudad de Bogotá, según la disponibilidad de frecuencias, garantiza los postulados de libertad de competencia y pluralismo informativo.

La ANTV expuso que no ha adelantado los trámites necesarios para adjudicar la concesión de la segunda estación local del servicio de televisión para Bogotá, debido a que se requiere de estudios previos sobre las condiciones económicas que inciden en las demás concesiones. Sin

embargo, el Tribunal precisó que el Consejo de Estado ha advertido que la imposibilidad para adjudicar en concesión la frecuencia del espectro para la prestación del servicio de televisión abierta solo es excusable por la limitación en el desarrollo tecnológico y legal y, particularmente, por la indisponibilidad de las frecuencias. De esta manera, el Tribunal reprochó que la ANTV no haya realizado los estudios sin una justificación válida, dilatando indefinidamente el proceso de selección del concesionario, dejando así a City Tv como el único canal con ánimo de lucro que transmite su señal abierta en Bogotá.

En ese sentido, concluyó que la ausencia de una segunda estación local para el servicio de televisión abierta para la ciudad de Bogotá limita la libre competencia exigida para el uso del espectro electromagnético y para la prestación de ese servicio, con lo cual evidenció la vulneración del derecho colectivo a la libre competencia económica.

Adicionalmente, el Tribunal constató la vulneración del derecho colectivo al patrimonio público porque la omisión de la autoridad de televisión en asignar la frecuencia para la segunda estación local de televisión abierta con ánimo de lucro para Bogotá, constituye una indebida gestión del espectro electromagnético al impedir que la Nación perciba los recursos de la respectiva concesión con destino al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones creado para la financiación y ejecución de planes, programas y proyectos del sector de la información y las comunicaciones.

Sin embargo, el Tribunal aclaró que los hechos irregulares demostrados no involucran el derecho a la moralidad administrativa, puesto que no se acreditó la responsabilidad de un servidor público que haya actuado o dejado de actuar con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros.

En consecuencia, ordenó al MinTIC que decidiera lo relativo a la apertura del referido proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión local abierta de operación privada en Bogotá, pues con base en la Ley 1978 de 2019, a esa autoridad le compete reglamentar y asignar el

otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio público de televisión, así como fijar las tarifas, tasas y derechos correspondientes.

Por otro lado, el Tribunal evidenció que el canal City Tv, de propiedad de la sociedad CEETTV S.A., ha atendido cabalmente su cobertura local en los términos de la concesión otorgada mediante el Contrato N.º 167 de 1998 y de sus otrosíes, al estar demostrado que cuenta con la infraestructura justa para transmitir su señal radiodifundida en la ciudad de Bogotá.

Paralelo a ello, determinó que la señal de ese canal es retransmitida por operadores de televisión por suscripción, bien sea de manera física o por satélite, como un componente de su bandeja de contenidos y en cumplimiento del deber legal de retransmitir los canales nacionales a sus suscriptores a fin de garantizar el pluralismo informativo que le asiste a la colectividad.

En ese sentido, el Tribunal aclaró que el hecho consistente en que la señal del canal City Tv pueda ser sintonizada por fuera de Bogotá no implica un incumplimiento de los términos de la concesión otorgada mediante el contrato 167 de 1998 y sus otrosíes.

El Tribunal no encontró demostrado que existiera un acuerdo comercial entre la CEETTV S.A. y los operadores de televisión por suscripción para que se incluya al canal City Tv en las parrillas de programación.

Por el contrario, observó que la radiodifusión de la señal del canal City Tv obedece a las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico y a que, conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la televisión radiodifundida no compite con la televisión por suscripción pues sus naturalezas jurídicas y realidades fácticas son distintas y, por lo tanto, no pueden ser equiparadas.

En consecuencia, la actuación de los operadores del servicio de televisión por suscripción, de transmitir los canales de televisión abierta nacionales, regionales o locales, en nada beneficia o perjudica a tales canales, dado que no comparten el mismo mercado con los canales de televisión cerrada, pues en la televisión abierta es el público quien recibe el servicio de manera libre y gratuita, mientras que en la televisión cerrada el consumidor celebra un contrato en el que, a cambio de un pago, se le autoriza a recibir un paquete de servicios con base en unas instalaciones que el operador aloja en el domicilio del televidente.

De esta manera, al encontrar que la retransmisión gratuita es un deber basado en el servicio mismo de televisión, y que su cumplimiento no comporta una relación de competencia entre los operadores de televisión abierta y por suscripción, el Tribunal resolvió que no hay razón para sustentar la existencia de una ventaja

competitiva en favor del canal de televisión abierta que se transmite a través de los operadores de televisión por suscripción.

El Tribunal aclaró que los operadores del servicio de televisión abierta no son los destinatarios del artículo 11 de la Ley 680 de 2001. Por lo tanto, no se les puede asignar alguna obligación o prohibición con base en el contenido de dicha norma.

Precisó que la obligación contenida en ese precepto, consistente en retransmitir gratuitamente la señal de los canales colombianos de televisión abierta de los niveles nacional, regional y municipal, realmente se encuentra a cargo de los operadores de televisión por suscripción, según sus capacidades técnicas, y, en esa medida, la señal debe ser desplegada dentro del área de cubrimiento autorizada al operador del servicio de televisión por suscripción.

Indicó que ese deber se encuentra justificado en razón de la concesión que los operadores de televisión por suscripción recibieron del Estado, «como compensación por la explotación de las frecuencias del espectro y la prestación del servicio de televisión, y en garantía del derecho de los usuarios a la pluralidad de la información».

En cuanto a los ingresos que genera el canal City Tv, el Tribunal precisó que se derivan de las audiencias que tiene de su programación. Así, los anunciantes pagan por la pauta en el canal bajo una tarifa previamente establecida que depende del nivel de audiencias, la cual, para el caso, se limita a los usuarios que reciben la señal radiodifundida gratuitamente en la ciudad de Bogotá. Añadió que tales ingresos por pauta publicitaria en función del nivel de audiencia, son objeto de consideración por la autoridad de televisión para determinar el valor de la concesión; tal y como ocurrió en el Otro sí N.º 4 del Contrato 164 de 1998.

Explicó que no se demostró que los canales de televisión abierta reciben alguna comisión o un porcentaje mayor de participación en pauta publicitaria o algún beneficio por el hecho de que su señal sea transmitida por los operadores de cable o de televisión satelital. El Tribunal también enfatizó en que ello no es posible al considerar que aquella modalidad de televisión no comparte un mercado con la televisión por suscripción.

Por todo lo anterior, el Tribunal concluyó que no es posible atribuir a City Tv la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda por el hecho de que los operadores de televisión por suscripción atiendan a la obligación legal de retransmitir gratuitamente su señal como canal de televisión abierta.

Finalmente, el Tribunal mencionó que la CRC carece de legitimación en la causa por pasiva puesto que, en primer lugar, no se observó que esa entidad hubiera dado lugar a las situaciones de vulneración alegadas en la demanda. Y, en segundo término, la CRC carece de competencia para ejercer control, asegurar el

cumplimiento de los términos de la concesión de la CEETTV o iniciar el proceso de selección del concesionario para la segunda estación en la ciudad de Bogotá.

Frente a la SIC, el Tribunal descartó la existencia de responsabilidad en el asunto, pues no se demostró la vulneración de los derechos invocados por el demandante y, además, se acreditó que la SIC ejerció sus funciones al realizar las indagaciones correspondientes respecto de la presunta transgresión del régimen de competencia.

Por todo lo anterior, el Tribunal adoptó las siguientes determinaciones:

«PRIMERO: DECLÁRASE la existencia de la vulneración de los derechos e intereses colectivos a la libre competencia y al patrimonio público, con ocasión de la falta de ejecución de los trámites necesarios para efectuar la concesión de la segunda estación local de televisión abierta con ánimo de lucro disponible en la ciudad de Bogotá, en los términos del artículo 9º del Acuerdo 24 de 1997 de la CNTV.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDÉNASE a la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para que dentro del término de los dos

(2) meses siguientes a la ejecutoria de esta decisión, decida lo relativo a la apertura del proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión local abierta de operación privada en la ciudad de Bogotá D.C., a la que se refiere el literal b) del numeral 9º del Acuerdo 24 de 1997 de la CNTV, y con sujeción a la normativa vigente.

TERCERO: DECLÁRANSE prósperas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva formuladas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones

- CRC y por la Casa Editorial el Tiempo Televisión - CEET S.A., y en consecuencia DESVINCÚLENSE a las demandadas de la presente actuación.

CUARTO: NIÉGANSE las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva formuladas por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por la Autoridad Nacional de Televisión el Liquidación - ANTV en liquidación, y por la Superintendencia de Industria y Comercio por los motivos expuestos en esta decisión.

QUINTO: NIÉGASE la excepción de indebido agotamiento del requisito de procedibilidad para interponer la demanda formulada por la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

SEXTO: DECLÁRASE no próspera la objeción interpuesta por el actor popular en contra del dictamen pericial elaborado por los ingenieros Mauricio Enrique Herrera Pérez y Alejandro Vence Villamil, y aportado por CEETTV en el escrito de contestación de la demanda.

SÉPTIMO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: CONFÓRMESE el Comité de Verificación de que trata el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 integrado por la Magistrada de instancia, los actores populares, un delegado de cada una de las entidades y sociedades demandadas, el delegado del Ministerio Público asignado ante esta Corporación y un delegado de la

Defensoría del Pueblo; comité que hará seguimiento al proceso de cumplimiento de las órdenes emitidas en la presente sentencia.

NOVENO: Remítase copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo para los fines previstos en el artículo 80 Ley 472 de 1998.

DÉCIMO: Sin costas en esta instancia. [...]».

De los fundamentos de los recursos de apelación interpuestos

La apoderada judicial del **Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MinTIC-**, mediante escrito de 16 de septiembre de 2020¹⁴, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, y deprecó que, en su defecto, «se permita decidir la apertura del proceso de selección de acuerdo con los postulados previstos en el ordenamiento jurídico».

Como fundamento de la solicitud, la citada apoderada manifestó que el término de dos (2) meses otorgado al MinTIC para decidir lo relativo a la apertura del proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión local abierta de operación privada en la ciudad de Bogotá D.C., resulta insuficiente y desconoce la regulación existente para autorizar el acceso al espectro electromagnético.

Advirtió que, por cuenta de la Ley 1978 de 2019, hoy existe una transición normativa que propende por modernizar el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, conforme a los avances tecnológicos y las dinámicas actuales del mercado, conocida como la convergencia, en la que la masificación del internet y los dispositivos móviles implican la tendencia a que todos los servicios se presten sobre una misma red y de manera continua para el usuario. A juicio de la misma apoderada, dicha reforma eliminó las barreras de entrada al mercado y autoriza, de manera general, la prestación del servicio público de televisión.

Mencionó que esa normativa dispone que la asignación del permiso para el uso del espectro radioeléctrico, debe respetar el principio de selección objetiva, así como propender por la maximización del bienestar social (en lugar de la maximización del ingreso fiscal), el acceso universal, la ampliación de la cobertura y la mejora de la calidad del servicio de televisión a los usuarios.

En ese sentido, indicó que los nuevos lineamientos de la Ley 1978 exigen mayores esfuerzos en materia de planeación y ejecución a la hora de iniciar el proceso de selección del concesionario para el servicio de televisión, pues previo a ello es necesario: i) revisar, modificar y actualizar el Acuerdo 24 de 1997 que

¹⁴ Ibid., folios 1282 y ss. Documento suscrito por la abogada Eгна Margarita Rojas Vargas.

reglamenta el otorgamiento de concesiones de televisión local con ánimo de lucro;

ii) verificar la existencia de pluralidad de interesados en la asignación de permisos para el uso del espectro radioeléctrico; iii) identificar la disponibilidad del espectro radioeléctrico; iv) estudiar y determinar el valor de la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico, y v) diseñar el proceso de selección objetiva.

En cuanto al paso iv), informó que la Agencia Nacional del Espectro -ANE- se encuentra adelantando un proyecto para la revisión de la contraprestación para la radiodifusión de televisión, el cual cuenta con un cronograma de acciones que se extendía hasta abril de 2021.

Por lo anterior, concluyó que, en lugar de dos meses, se requiere de por lo menos entre 18 y 24 meses para adelantar las acciones requeridas para asignar permisos del uso del espectro radioeléctrico para la operación del servicio de televisión abierta radiodifundida local, una vez constatada la pluralidad de interesados en la asignación.

Asimismo, afirmó que, desde que empezó a regir la Ley 1978 de 2019, el MinTIC ha ejecutado acciones para propender por la adecuada gestión del espectro de la Nación como recurso escaso, garantizando su correcto uso y cumpliendo con las disposiciones jurídicas aplicables.

El demandante, Jaime Omar Jaramillo Ayala, mediante escrito de 16 de septiembre de 2020¹⁵, interpuso recurso de apelación reiterando las siguientes solicitudes:

«4.1. Se ordene a la CRC y a MINTIC adoptar de manera inmediata una decisión que imponga a la Casa Editorial El Tiempo Televisión S.A. la obligación de emitir y retransmitir su señal de televisión sólo en el área de cubrimiento para la cual tiene la concesión en virtud del Contrato Número 167 de 1998 y el otrosí No. 4 de 2009 y no permitir ni tolerar que el Canal City Tv preste servicio de televisión en todo el territorio nacional a través de operadores de televisión cerrada, cableada o satelital.

4.4. Se ordene a la CRC, MINTIC y a la Superintendencia de Industria y Comercio adelantar las investigaciones y actuaciones administrativas necesarias para garantizar que el Canal City Tv sólo transmita su señal en el área de cubrimiento para la cual fue autorizado de conformidad, independientemente de la tecnología utilizada, con lo establecido en el Contrato Número 167 de 1998 y el otrosí No. 4 suscrito entre la CNTV y la CEETTV y sus prórrogas.

4.6. Se ordene a la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC adoptar las decisiones regulatorias necesarias para garantizar el respeto a las modalidades de televisión previstas en la Ley y en los Acuerdos de la CNTV, en especial, en lo relativo a áreas de cubrimiento y tecnologías de transmisión garantizando los modelos de financiamiento y la participación en el mercado de pauta publicitaria de cada modalidad de prestación».

¹⁵ Ibid., folios 1301 y ss.

El demandante arguyó que en el proceso está demostrado que el canal City Tv se sintoniza en todo el país a través de los operadores de televisión por suscripción. Por consiguiente, estimó que se está desconociendo el Contrato de Concesión N.º 167 de 1998 y la Ley 680 de 2001, al igual que se está afectando, en términos económicos y competitivos, al Estado y a los demás operadores de televisión radiodifundida del nivel regional y Nacional, especialmente a Caracol y RCN.

Esgrimió que tales impactos se fundamentaron en que el canal City Tv, a pesar de tener una concesión local y, por lo tanto, pagar una contraprestación proporcional a ese nivel de cobertura,

está recibiendo ingresos por la pauta publicitaria del mercado nacional, del cual no debería participar.

Insistió en que las autoridades están tolerando la transgresión del área geográfica que le fue autorizada al canal City Tv para difundir su señal. Por lo tanto, los funcionarios competentes están atentando contra la moralidad administrativa al patrocinar la violación de la ley.

Indicó que esa extralimitación de la señal de City Tv constituye una práctica que afecta la competencia, pues perjudica los intereses económicos de otros operadores de televisión radiodifundida, y agregó que esa difusión le está generando ventajas económicas, al percibir un porcentaje adicional de pauta publicitaria en relación con el área de prestación autorizada.

Explicó que la contraprestación de la concesión otorgada a la CEETTV S.A. guarda relación estrecha con la pauta comercial explotada dentro del área de cubrimiento local. En consecuencia, resaltó que City Tv no está pagando al Estado ese mayor valor que, por concepto de pauta, está recibiendo al emitir su señal en todo el territorio nacional. De tal modo, consideró que se está afectando el patrimonio público y, en tal sentido, señaló:

«[...] está suficientemente probado que las valoraciones efectuadas por la CNTV para el cobro de las concesiones a los operadores consideraron las utilidades previstas para el operador en atención a la modalidad, cobertura geográfica y naturaleza de la concesión [...]».

Precisó que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 debe ser interpretado en el sentido de que los operadores de televisión por suscripción deben garantizar gratuitamente a sus suscriptores la recepción de los canales de televisión abierta dentro del mismo ámbito de cubrimiento del operador de televisión abierta. Luego, entonces, no están obligados a transmitir en lugares diferentes a Bogotá.

Trámite en segunda instancia

El expediente de la referencia fue abonado a la Corporación el 5 mayo de 2022¹⁶. El magistrado a cargo de la sustanciación del proceso en segunda instancia, mediante auto de 13 de mayo de 2022¹⁷ y conforme al artículo 322 del CGP, admitió los recursos de apelación interpuestos por Jaime Omar Jaramillo y por el MinTIC. De otro lado, al tenor del artículo 247 del CPACA, advirtió a los sujetos procesales que no era procedente dar traslado para alegar de conclusión, e informó al Ministerio Público que se encontraba habilitado para emitir concepto en la presente causa hasta antes de que el proceso ingresara al despacho para emitir sentencia.

Dentro del término de ejecutoria de la referida providencia, la sociedad Casa Editorial El Tiempo Televisión S.A. -CEETTV- y la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-, realizaron las siguientes manifestaciones:

El apoderado judicial de la sociedad Casa Editorial El Tiempo Televisión S.A.

-CEETTV-, mediante escrito de 20 de mayo de 2022¹⁸, solicitó que se desestime el recurso de apelación presentado por el demandante y que se confirme la sentencia de primera instancia.

El mencionado apoderado judicial mencionó que la CEETTV radiodifunde la señal de City Tv en cumplimiento de la normatividad y el Contrato de Concesión 167 de 1998, esto es, únicamente en la ciudad de Bogotá. Además, precisó que la retransmisión de su señal es realizada por terceros en cumplimiento del deber legal denominado «must carry» del artículo 11

de la Ley 680 de 2001, y que esa retransmisión no vulnera derecho colectivo alguno pues está fundamentada en las garantías de acceso a la información y el pluralismo informativo.

Informó que la CEETTV no cobra tarifas como si se tratara de un canal nacional, toda vez que el costo punto de rating que el canal define lo hace según las audiencias de Bogotá, razón por la cual el mercado de los anunciantes jamás le pagará como a un canal nacional.

Recordó que, desde la ejecución del contrato de Concesión 167 de 1998 -hace más de 18 años-, la señal de City Tv se ve a nivel nacional. Sin embargo, esa

¹⁶ Cfr.: Sistema de consulta judicial “SAMAI” - consulta de procesos: Radicado N.º 25000-23-41-000-2015- 01321-01 Jaime Omar Jaramillo Ayala contra la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV- y otros. Registro N.º 1: “Actuación: Reparto y Radicación”, “Anotación/detalle: REPARTO Y RADICACION DEL PROCESO REALIZADAS EL jueves, 05 de mayo de 2022 con secuencia: 4628”.

¹⁷ Ibid., registro N.º 4 de 13 de mayo de 2022. “Actuación: Auto que admite recurso de apelación”, “Anotación/detalle: AUTO QUE ADMITE RECURSOS DE APELACION . Documento firmado electrónicamente por:ROBERTO AUGUSTO SERRATO fecha firma:May 13 2022 8:50AM”. Documento denominado “AUTOQUEADMITERECURSODEAPELACION(.pdf) NroActua 4”.

¹⁸ Ibid., registro N.º 17 de 20 de mayo de 2022. “Actuación: RECIBE MEMORIALES POR CORREO ELECTRONICO”, “Anotación/detalle: LCV - Se recibe memorial suscrito por JULIÁN SOLORZA MARTÍNEZ - apoderado reconocido de la sociedad CEETTV S.A. en 50 folios”. Documento denominado “RECIBEMEMORIALESPORCORREOELECTRONICO_CEETTVTRASLADOREC(.pdf) NroActua 17”, suscrito por el abogado Julián Solorza Martínez.

circunstancia fue tenida en cuenta por el Estado para fijar el precio de la prórroga del contrato, aplicando así una fórmula en función del comportamiento real de la inversión neta de publicidad en televisión -INPTV- de 2009 y 2010; esto es, de las ventas totales de todo el mercado de publicidad de televisión en el que era conocido que City Tv a nivel nacional en virtud de los cableoperadores.

Señaló que la pretensión de que se fije un mayor valor de la prórroga del Contrato 167 carece de todo fundamento puesto que en la actualidad hace tránsito a cosa juzgada el laudo arbitral de 3 de abril de 2013, en virtud del cual se declaró que la CEETTV se encuentra a paz y salvo con el Estado por concepto del valor de la prórroga del referido contrato de concesión.

El apoderado judicial de la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC-, mediante escrito de 20 de mayo de 2022¹⁹, solicitó que se confirmen los numerales tercero y séptimo de la sentencia de primera instancia, al sostener que esa autoridad no tiene facultades para ordenar la transmisión de algún canal en ciertos puntos geográficos o restringirla; para dirigir y gestionar la actividad concesional de los servicios de televisión; ni para iniciar una actuación administrativa de vigilancia y control para asegurar el cumplimiento de los términos de la concesión dada a la Casa Editorial El Tiempo Televisión S.A.

En tal virtud, precisó que el demandante confundió el alcance de las funciones de regulación y de inspección, control y vigilancia, pues lo que pretende es que la regulación de la CRC garantice el respeto de las modalidades de televisión previstas en la Ley; sin embargo, adujo que ello no se

logra con la expedición de regulación general, sino con el despliegue de las funciones de inspección, control y vigilancia, las cuales buscan el cumplimiento de las reglas previstas para la prestación de determinado servicio.

Los demás sujetos procesales se abstuvieron de emitir algún pronunciamiento. Igualmente, a la fecha de ingreso del proceso al despacho, el agente del Ministerio Público optó por no emitir concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 150 del Código de Procedimiento

¹⁹ Ibid., registro N.º 18 de 20 de mayo de 2022. “Actuación: RECIBE MEMORIALES POR CORREO ELECTRONICO”, “Anotación/detalle: CMH-MEMORIAL SUSCRITO POR JUAN PABLO GARCÍA JIMÉNEZ , EN CALIDAD DE APODERADO ESPECIAL DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES EN 8 FOLIOS”. Documento denominado “RECIBEMEMORIALES POR CORREO ELECTRONICO_20151321PRONUNCIAM(.pdf) NroActua 18”, suscrito por el abogado Juan Pablo García Jiménez.

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y con el artículo 13 del Acuerdo N.º 080 de 2019²⁰, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias proferidas en primera instancia por Tribunales Administrativos, en el marco de las acciones populares.

Planteamiento del problema

En el asunto bajo examen, el ciudadano Jaime Omar Jaramillo Ayala atribuyó a la ANTV, a la CRC, a la SIC y al MinTIC, la afectación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y a la libre competencia económica, debido a las repercusiones jurídicas, económicas y de competencia en el mercado de la televisión, ocasionadas por: i) la transmisión de la señal de televisión del canal City Tv en todo el territorio nacional, y ii) la falta de adjudicación en concesión para el funcionamiento de un segundo canal de televisión con ánimo de lucro en la ciudad de Bogotá D.C.

A través de sentencia de 17 de julio de 2020, el Tribunal a quo encontró acreditada la vulneración de los derechos colectivos a «la libre competencia» y al

«patrimonio público», en atención a que el MinTIC no ha ejecutado los trámites necesarios para efectuar la concesión de la segunda estación local de televisión abierta con ánimo de lucro disponible en la ciudad de Bogotá, en los términos del artículo 9º del Acuerdo 24 de 1997 de la CNTV.

Sin embargo, en torno a la exlimitación de la cobertura de la señal del canal City Tv, el Tribunal descartó la afectación de los derechos colectivos puesto que: i) la retransmisión gratuita realizada por los operadores de televisión por suscripción está fincada en un deber legal que propende por garantizar el servicio público de televisión y el pluralismo informativo de los habitantes del territorio, y ii) dado que la televisión radiodifundida no compite con la televisión

por suscripción al no compartir el mismo mercado; además, precisó que la tarifa por pauta que pagan los anunciantes al canal City Tv está sujeta al nivel de audiencias de ese canal, a lo que agregó que esos ingresos son ponderados por la autoridad de televisión para fijar el valor de la concesión.

Inconformes con la anterior determinación, tanto el MinTIC como la parte demandante, interpusieron sendos recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia aduciendo, respectivamente que:

El término de dos (2) meses otorgado al MinTIC para decidir lo relativo a la apertura del proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión local abierta de operación privada en la ciudad de Bogotá D.C.,

²⁰ Mediante el cual se establece la distribución de los negocios entre las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

resulta insuficiente. El MinTIC precisó que hoy existe una transición normativa con unos lineamientos que exigen mayores esfuerzos en materia de planeación y ejecución a la hora de iniciar el proceso de selección del concesionario. Adicionalmente, informó que la Agencia Nacional del Espectro -ANE- se encuentra adelantando un proyecto para la revisión de la contraprestación para la radiodifusión de televisión, el cual cuenta con un cronograma que se extendía hasta abril de 2021.

Por su parte, el demandante arguyó que en el proceso está demostrado que el canal City Tv se sintoniza en todo el país a través de los operadores de televisión cerrada por suscripción. A su juicio, esa situación no solo desconoce el Contrato de Concesión N.º 167 de 1998 y la Ley 680 de 2001, sino que también afecta, en términos económicos y competitivos, a los demás operadores de televisión radiodifundida del nivel regional y Nacional, y al Estado. Tales impactos se fundamentan en que el canal City Tv, a pesar de tener una concesión local y, por lo tanto, pagar una contraprestación proporcional a ese nivel de cobertura, está recibiendo ingresos por la pauta publicitaria del mercado nacional.

En ese orden de ideas, corresponde a la Sala determinar si ¿la retransmisión de la señal de televisión abierta del canal local City Tv transgrede el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, el contrato de concesión 167 de 1998 y, por consiguiente, atenta contra la libre competencia económica de los demás operadores de televisión abierta, así como contra el patrimonio público y la moralidad administrativa?

Adicionalmente ¿es adecuado modificar el ordinal segundo de la sentencia de 17 de julio de 2020, en el sentido de ampliar el término de 2 meses otorgado al MinTIC para iniciar el proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión local abierta de operación privada en la ciudad de Bogotá D.C?

La Sala procederá a resolver los referidos interrogantes en los capítulos V.2.1. y V.2.2. que, respectivamente, se abordan a continuación.

De la presunta transgresión de los derechos colectivos en virtud de la retransmisión de la señal abierta de televisión emitida por el canal local City Tv

Como pudo observarse, del recurso de apelación presentado por el demandante, se puede extraer dos argumentos esenciales. El primero de ellos es el relativo a las causas e

implicaciones de que la señal del canal City Tv sea retransmitida por intermedio de operadores de televisión por suscripción, por fuera de la ciudad de Bogotá. Y, en segundo lugar, las eventuales consecuencias de los parámetros o factores que fueron tenidos en cuenta por las autoridades a la hora de fijar los precios por el uso del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de televisión.

En ese sentido, la Sala abordará, inicialmente, si la retransmisión de la señal de televisión abierta del canal local City Tv transgrede el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 y el derecho a la libre competencia económica de los operadores regionales y nacionales de ese tipo de televisión. Posteriormente, teniendo claro el panorama legal aplicable, se examinará si el precio de la prórroga del contrato de concesión 167 de 1998 transgrede las garantías colectivas invocadas por el demandante.

Sin embargo, para efectos de tratar adecuadamente los dos aspectos jurídicos mencionados, es necesario referirse a los criterios jurisprudenciales que han fijado, en primer lugar, la dimensión colectiva del derecho a la libre competencia económica (A) y, en segundo orden, a fijar el alcance del deber de transporte de la señal de televisión abierta en el marco de la tensión existente entre el ejercicio de libertades económicas y otros valores jurídicos esenciales relativos al servicio público de televisión (B).

La dimensión colectiva de la libre competencia económica: los derechos de los consumidores y usuarios

La Corte Constitucional, en sentencia C-624 de 4 de noviembre de 1998 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), estableció que las libertades económicas constituyen un bien jurídico que, naturalmente, encuentra límites en otros valores relevantes fincados en el interés general:

«[...] es innegable que la libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículo 333, 334 y 335 de la C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado. Por ello esta Corporación ha señalado que "la libre competencia económica no puede erigirse como una barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado, en ejercicio de su básica de dirección general de la economía." [21]. [...].

Sin embargo, las limitaciones a la libertad económica y de contratación tampoco pueden inferirse o imponerse por el Estado de una manera arbitraria e infundada. "Las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser dispuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial del derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas". [...]». (negrilla fuera del texto).

La misma Corporación, mediante sentencia C-616 de 13 de junio de 2001 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil), aclaró que la libertad de competencia económica «supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita». Sin embargo, también reconoció que la libertad de los

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-398 de 1995. José Gregorio Hernández Galindo.

competidores, como todo derecho, se puede ver restringida legítimamente en consideración a las particularidades del mercado, a los derechos de los consumidores y demás intereses jurídicos

preponderantes:

«[...]. Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren. [...]». (negrilla fuera del texto)

En esa medida, la Corte realizó una lectura de la libre competencia económica, no solo como un derecho subjetivo de los agentes del mercado, sino como una garantía en favor de la colectividad de usuarios y consumidores:

«[...]. La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia. [...]». (negrilla fuera del texto)

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 21 de febrero de 2007²², precisó que la acción popular es el instrumento principal para proteger la dimensión colectiva del derecho a la libre competencia económica. En consecuencia, advirtió que: «[...] para que resulte procedente una acción popular por violación o puesta en peligro del derecho a la libre competencia económica, se hace necesario evidenciar la dimensión colectiva de este. Como consecuencia de ello no basta la demostración de la afectación que de este derecho le haga un agente económico a otro, sino que se hace necesario demostrar y evidenciar una afectación a una colectividad indeterminada o determinable».

En ese sentido, la Sección Tercera situó los límites de la referida libertad económica en los derechos de los consumidores y usuarios, y en la orientación específica que el legislador defina para el mercado respectivo:

«[...]. Los derechos de los consumidores de las actividades económicas por una parte, y por la otra, el orden y corrección del mercado en sí mismo considerado, constituyen entonces los bienes jurídicos protegidos con el derecho colectivo a la libre competencia económica. Demostrar esta afectación, a través de acciones específicas de autoridades públicas o

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2007. Rad. N.º 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP). C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

particulares, con la finalidad de obtener una garantía, implica entonces probar el detrimento que sufren los consumidores de una determinada actividad económica o la alteración o irrupción indebida a un mercado específico. [...]». (Negrilla fuera del texto).

Por lo anterior, la Sección Tercera insistió en que el juez de la acción popular, para efectos de concluir que el derecho a la libre competencia económica se encuentra afectado, debe verificar,

en el marco del régimen correspondiente, no solo que las conductas denunciadas atentan contra intereses individuales, sino que la acción lesiva también se extiende sobre consumidores y usuarios, y/o el mercado mismo.

Posteriormente la Corte Constitucional, en sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva), reiteró que la Constitución «[...] limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general», tales como los derechos de los consumidores y usuarios, alusivos al acceso a bienes y servicios de calidad a un precio justo, a la existencia de pluralidad de oferentes que les garanticen la libertad de elección, a la igualdad social, entre otros.

En el mismo sentido, mediante sentencia de 25 de agosto de 2010²³, la Sección Primera del Consejo de Estado mencionó que no resultaba acorde con la Constitución «aducir el derecho a la libertad económica, la libertad de empresa y el derecho a la libre competencia económica como si se tratase de barreras infranqueables capaces de impedir la eficaz protección del interés público mediante la adopción de medidas que salvaguarden [...] los intereses de los consumidores»:

«[...] la libre competencia y la libertad económica que reconocen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no son absolutas. Deben ejercerse «dentro de los límites del bien común» y, desde luego, con estricta sujeción a sus mandatos.

La garantía de la libertad económica y de la libre empresa en modo alguno impide a las autoridades ejercer sus competencias de regulación normativa ni establecer exigencias en defensa del interés superior de los consumidores, pues su exacto alcance obliga a interpretarlas sistemáticamente con todas las normas constitucionales con que coexisten y con sus desarrollos legales, lo que significa que su efectividad no puede lograrse a expensas de otras instituciones de rango constitucional. [...]». (Negrilla fuera del texto).

Mediante sentencia de 26 de junio de 2013²⁴, la misma Sección reiteró la postura mencionada, en el sentido de que el ejercicio de la libre competencia tiene

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de agosto de 2010. Rad. N.º 11001-03-24-000-2006-00184-01. C. P.: María Claudia Rojas Lasso (E).

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de junio de 2013. Rad. N.º 25000-23-24-000-2011-00318-01. C. P.: Guillermo Vargas Ayala.

por objeto «[...] garantizar a la comunidad los beneficios que se derivan de un mercado competitivo [...]». Por lo tanto:

«[...]. **“(l)a libre competencia económica ha de entenderse no en un sentido absoluto o total sino atemperado o enmarcado dentro de los límites propios del bien común, de la prevalencia del interés colectivo o general, y de los principios de proporcionalidad y racionalidad.** Por tanto, dicho derecho **no excluye la injerencia del Estado para alcanzar los fines que le son propios** y en virtud de ello regular las actividades económicas que realicen de alguna manera estos intereses, **más aún tratándose de la prestación de servicios públicos esenciales** [...]».^[25] [...]». (Negrilla fuera del texto).

En ese orden de ideas, se puede concluir que la jurisprudencia de esta Corporación²⁶ ha destacado que, en el marco del orden económico establecido en la Constitución, la libre competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios están atados por una relación de interdependencia que siempre debe ser ponderada en la acción popular, con especial observancia de los consumidores como parte débil de las relaciones de consumo y, por ende:

«[...]. El reconocimiento que hacen los artículos 78 y 369 de la Constitución, de los consumidores y usuarios como un segmento específico de la población, al cual se reconoce un conjunto de derechos y en relación con el cual se encomienda al Estado y a los productores y distribuidores de bienes y servicios una serie de responsabilidades y deberes, envuelve una decisión del constituyente estructurante del orden constitucional económico, a la par que ofrece cobertura suficiente y explica esta determinación del legislador.

Su finalidad, en últimas, es hacer de la acción popular un canal más para la protección de los intereses de un colectivo tan significativo dentro del funcionamiento del sistema económico social de mercado instaurado por la Constitución como los consumidores y usuarios, caracterizado por su vulnerabilidad y posición de desigualdad en las relaciones de consumo. [...]»²⁷. (negrillas fuera del texto).

Así las cosas, el juez de la acción popular no solo debe examinar la posible afectación «de quienes participan directamente en la competencia 'en' o 'por' el mercado», sino que también debe analizar las repercusiones sobre «la parte más débil, el usuario, quien en ese escenario de las leyes de oferta y demanda en el que

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 22 de septiembre de 2005. Rad. N.º 2003-00452-01 (AP). C. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁶ Frente a la naturaleza de los derechos de los consumidores y usuarios como derecho colectivo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que estos «[...] **no son más que la otra cara del derecho colectivo a la libre competencia, con especial preocupación por los dos ejes del modelo de economía social de mercado previsto en nuestro ordenamiento fundamental: la calidad y el precio** [...]».

Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de agosto de 2008. Exp. N.º 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de mayo de 2014. Rad. N.º 25000-23-24-000-2010-00609-01(AP) C. P.: Guillermo Vargas Ayala.

Cfr. También: Sentencias de 3 de junio de 2010, Rad. No. 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP). C.P.: María Claudia Rojas Lasso, y de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001-23-31-000-2010-01166-01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

se desarrollan las relaciones de consumo, se encuentra en una posición de evidente subordinación, desventaja e inferioridad que exige una tutela especial por parte del Estado Social [...]»²⁸.

Por ende, será indispensable que la parte demandante en una acción popular, al solicitar el amparo de la libre competencia económica, acredite que las correspondientes circunstancias

lesivas repercuten sobre los derechos de los consumidores y usuarios, relativos a: (i) acceder a productos de calidad a precios razonables, (ii) contar con garantías de seguridad e indemnidad, (iii) recibir información idónea, (iv) ser protegidos de la publicidad engañosa y cláusulas abusivas, (v) presentar reclamos, (vi) poder elegir, (vii) ser escuchados y participar en la actividad regulatoria, (viii) ser representados, (ix) informar, divulgar, educar y recibir educación, (x) ser tratados equitativamente y sin discriminación²⁹, o cualquiera otra prestación definida en el régimen legal correspondiente.

Sobre la tensión existente entre la libre competencia económica y otros bienes jurídicos asociados al servicio público de televisión con ocasión del deber de transporte o retransmisión de la señal de televisión abierta

En diversas ocasiones la jurisprudencia constitucional ha ponderado la libre competencia económica en relación con otros valores superiores del ordenamiento jurídico, concluyendo que, para el caso de la televisión, resulta legítimo restringir las libertades económicas de los operadores en pro de las garantías colectivas asociadas a ese servicio público, y que se encuentran radicadas en cabeza de los respectivos consumidores y usuarios.

La Corte Constitucional ha destacado que intereses tales como: la formación, educación e información veraz, objetiva e imparcial; la recreación sana; la protección de la juventud, la infancia y la familia; la difusión de valores humanos, expresiones y acontecimientos culturales, sociales y políticos de la realidad nacional, regional y local; la consolidación de la democracia y la paz; el pluralismo político, religioso, social y cultural; la formación de una opinión pública libre; la prestación eficiente del servicio de televisión -el cual comprende los elementos de acceso, calidad y precio-; la igualdad en torno a dicho servicio, entre otros derechos, deberes y garantías, guardan relación directa con la preeminencia del interés público por sobre el particular.

En ese sentido, la Corte ha encontrado ajustadas al ordenamiento superior múltiples disposiciones que han dado tratamientos diferenciados entre los diversos tipos de operadores de televisión³⁰, luego de observar que, aunque restringían la

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2007. Exp. N° 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

²⁹ Ley 1480 de 2011, artículo 2.

³⁰ Corte Constitucional, sentencias: C-350 de 29 de julio de 1997 (M.P.: Fabio Morón Díaz); C-303 de 5 de mayo de 1999 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo); C-333 de 12 de mayo de 1999 (M.P.: Alejandro

libertad económica, propendían por la satisfacción del interés general incorporado en los derechos de los consumidores y usuarios del servicio de televisión.

La Corte, mediante sentencia C-654 de 5 de agosto de 2003, declaró exequible el artículo 11 de la Ley 680 de 2001³¹, al estimar que el deber de los operadores de televisión por suscripción de retransmitir la señal de los canales colombianos de televisión abierta nacional, regional y municipal, no violaba el derecho a la libre competencia, pues, en primer lugar, la medida fue catalogada útil y necesaria para realizar valores supremos del ordenamiento:

«[...]. La finalidad buscada por [...] es la de garantizar el derecho al pluralismo informativo que

le asiste a toda la comunidad.

Encuentra la Corte que esta finalidad se aviene a los principios superiores del Estado Social de Derecho pues garantiza a los usuarios de televisión por suscripción acceder por el mismo sistema, y sin costo alguno, a la información de carácter nacional, permitiéndoles obtenerla de manera amplia y adecuada, lo cual contribuye a la formación de una opinión pública libre. De esta forma, la medida en cuestión hace efectivo el pluralismo informativo como objetivo de la intervención del Estado en el espectro electromagnético, por cuanto los suscriptores no estarán aislados de los acontecimientos culturales, sociales y políticos de la realidad nacional; y además, al tiempo que disfrutan de la televisión extranjera tienen la opción de acceder a la programación colombiana de naturaleza cultural, recreativa e informativa, con lo cual se forman una opinión pública globalizada donde los problemas nacionales se pueden cotejar con los de otras latitudes en un interesante ejercicio intercultural.

Al respecto no puede olvidarse que por disposición legal la televisión por suscripción, como modalidad del 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, fortaleciendo la democracia y la paz y propendiendo por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local. [...]». (Negrilla fuera del texto).

De otro lado, la Corte concluyó que la restricción del derecho a la libre competencia de los agentes del mercado de televisión resultaba proporcionada, justamente en consideración a que la finalidad de la medida se fundamenta en el servicio informativo que presta la televisión a la colectividad:

«[...] encuentra la Corte que si bien es cierto que la exigencia de la norma acusada podría afectar la libertad económica de los operadores de la televisión por suscripción, también lo es que la carga que se les impone no es de ninguna manera mayor que el beneficio que se pretende obtener, el cual consiste en la

Martínez Caballero); C-654 de 5 de agosto de 2003 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández), C-359 de 7 de julio de 2016 (M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-599 del 1.º de noviembre de 2016 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

³¹ «Artículo 11. Los operadores de Televisión por Suscripción deberán garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital en el área de cubrimiento únicamente. Sin embargo, la transmisión de canales locales por parte de los operadores de Televisión por Suscripción estará condicionada a la capacidad técnica del operador».

garantía del derecho a recibir una información libre e imparcial. Puede afirmarse, incluso, que lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto. Y además tal garantía puede hacer más atractivo para los usuarios el servicio por suscripción. [...].

No escapa a la Corte que en la norma bajo análisis subyace una tensión valorativa entre la libertad económica de los operadores de televisión por suscripción, y la eficiencia en la

prestación del servicio público de televisión y el derecho a la información, la cual debe resolverse en favor de estos últimos principios tal como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación. [...]». (Negrilla fuera del texto).

En síntesis, con base en un criterio de prevalencia de los intereses jurídicos de los habitantes del territorio por sobre los intereses jurídicos particulares de los empresarios, la Corte definió que, habida cuenta de la naturaleza y el contenido mismo del servicio público de televisión, el condicionamiento al ejercicio de libertades económicas «resulta ser razonable y proporcionado, ya que está dirigido a la realización de los fines del servicio público de televisión y, particularmente, a la efectividad de los derechos constitucionales a la información, opinión y cultura»³².

Finalmente, en la sentencia T-599 del 1.º de noviembre de 2016³³, la Corte explicó que el deber de transporte de señal abierta a cargo de concesionarios y operadores de televisión por suscripción (must carry), consagrado en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, tiene fundamento en el propósito de nivelar o compensar las

³² En sentencia C-359 de 7 de julio de 2016, la Corte recordó la trascendencia colectiva del servicio de televisión en los siguientes términos:

«[...]. La relevancia del proceso comunicativo que se realiza a través de la televisión incide, [...] tanto en el derecho a informar y ser informado, como en las libertades de opinión y expresión. En lo que atañe al primero, porque permite la transmisión pública no solo de noticias de interés para la totalidad de la sociedad o una parte de ella, sino también de informes técnicos, académicos, culturales o de cualquier otra índole que transciendan al interés meramente personal. Además, al ser una garantía de doble vía, su objeto de amparo igualmente incluye el derecho a recibir información veraz e imparcial. Nótese cómo, por el papel que cumple en la sociedad, este derecho se relaciona directamente con el sistema democrático, particularmente cuando se articula con la libertad de fundar medios masivos de comunicación, ya que no solo actúa como un contrapeso a los poderes estatales, sino que forma ciudadanos críticos con la capacidad de expresar una opinión o de adoptar una posición respecto de la manera como se ejerce la función pública, se accede a la prestación de servicios o se llevan a cabo otros intereses del Estado. [...]».

“Por ello, esta Corte ya había señalado con claridad que “ante la colisión de un derecho fundamental como la libertad de expresión o el derecho a informar, con un derecho pecuniario como el que se deriva de la propiedad de los derechos de transmisión de un determinado espectáculo, prevalecen, desde luego los primeros en tanto derechos fundamentales”[6] (T-368 de 1998, MP Fabio Morón Díaz). Y es que, desde sus primeras decisiones, esta Corporación ha insistido en que “la libertad de expresión ocupa una posición preferente como medio de formación de la opinión pública”[7] (T-403 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), por lo cual es natural que tienda a prevalecer sobre derechos patrimoniales que buscan proteger intereses económicos individuales”.

³³ En esa oportunidad la Corte determinó que el incumplimiento del deber de transporte de la señal de televisión abierta -contenido en el artículo 11 de la Ley 680- impedía que la accionante accediera al servicio de televisión, lo cual motivó al amparo de sus derechos fundamentales a la libre expresión e información, a participar en la vida cultural y a la identidad cultural.

asimetrías existentes entre la televisión abierta y cerrada, así como entre la industria de la

televisión y los espectadores³⁴.

La Corte identificó un riesgo de exclusión del servicio de televisión abierta, en tanto que la conexión de los usuarios a una red de televisión por suscripción implica que, por razones técnicas, no pueden recibir la señal de televisión abierta. Por lo tanto, recalcó que la imposición de transporte de la señal abierta no resultaba desproporcionado, sino razonable, pues se trataba de una carga mínima para la libertad económica de los operadores, la cual había sido ejercida por el Congreso de la República dentro de un justo margen de configuración legislativa, a efectos de alcanzar fines constitucionalmente imperiosos del servicio público de televisión y del Estado, como el pluralismo informativo, la inclusión, la equidad, la educación, la diversidad y calidad de contenidos, la multiplicidad de opiniones y puntos de vista, la construcción de la identidad nacional, la participación y el control de la función pública por parte de los ciudadanos, entre otros³⁵.

Con base en el principio de interpretación conforme a la Constitución y en defensa de los intereses de los televidentes, la Corte aclaró el alcance interpretativo del precepto jurídico, al advertir que la referida obligación de transporte de la señal de televisión abierta no se limita al ámbito territorial del canal respectivo, sino que está supeditada al ámbito de cubrimiento del operador de televisión por suscripción³⁶.

Asimismo, la Corte advirtió que el deber de transporte de la señal abierta de los canales de todos los niveles territoriales de Colombia supone una garantía en favor

³⁴ La Corte realizó un análisis del servicio de televisión resaltando la existencia de un conflicto entre la televisión abierta y cerrada por la transmisión de señal al público.

A nivel internacional, particularmente en los Estados Unidos, la Corte identificó la existencia de un desequilibrio entre esos tipos de televisión y, al compararlas en materia de posicionamiento en el mercado, fusiones, concentraciones y ventajas competitivas, ingresos y niveles de audiencias, concluyó que la industria de la televisión por cable estaba poniendo en peligro la supervivencia de la televisión abierta.

³⁵ «[...] A partir de lo expuesto la Sala encuentra que el servicio de televisión abierta nacional, regional y local tiene un valor intrínseco que es digno de protección. [...] Según se indicó el legislador busca que la televisión colombiana forme, recree de manera sana, eduque, informe veraz e imparcialmente, contribuya a la promoción de las garantías, deberes y derechos fundamentales y propenda por la difusión de los valores humanos y las expresiones culturales de carácter nacional, regional y local. [...] Ese transporte, como lo señaló la Corte, lejos de afectar a los operadores comporta beneficios significativos, pues transmiten a sus usuarios “la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto”.

Por medio de esta disposición el legislador persiguió la realización de valiosos fines constitucionales. De este modo, aseguró la libre circulación de expresiones, ideas, opiniones y sucesos relevantes del nivel nacional, regional y local, eliminó prácticas que podrían obstaculizar irrazonablemente el ingreso al diálogo público, promovió la formación de ciudadanos libres, críticos e informados, incentivó el pluralismo informativo, cultural y político, facilitó el suministro de información necesaria para la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan, facilitó la labor de control a las autoridades públicas y, finalmente, permitió que las personas se informen de los sucesos de interés público a través de alocuciones presidenciales,

programas de movimientos y partidos políticos, emisiones de rendición de cuentas y, en fin, los asuntos de transmisión obligatoria. [...]». (Negrilla fuera del texto).

³⁶ «[...]. El transporte de la señal, en criterio de la Sala, se dispuso sobre el área de cubrimiento del respectivo operador de televisión por suscripción, pues en la redacción de la norma el legislador predica la carga de transporte respecto de dicho sujeto sin imponer restricción alguna relacionada con la zona de emisión de los canales nacionales o regionales [porque en cuanto a los canales locales el deber de transporte está condicionado a la capacidad técnica del operador de televisión por suscripción]. [...]».

de los suscriptores, por lo tanto, es una determinación legislativa de interés público que «goza de prioridad» frente a los canales que no transmiten aquel tipo de señal televisiva, en tanto que cubren temas que la televisión privada no aborda.

Con base en el contexto jurisprudencial definido en los dos apartados anteriores, tal y como se anotó en el planteamiento del problema jurídico, la Sala procede a desatar el recurso de apelación presentado por la parte demandante; en un primer lugar, refiriéndose a la posible transgresión del derecho a la libre competencia económica en razón del deber de transporte de la señal de televisión abierta. En segundo orden, se precisará si los términos para pactar el precio de la prórroga del contrato de concesión 167 de 1998 transgrede los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa.

El caso concreto: el derecho a la libre competencia económica de los operadores nacionales y regionales de televisión abierta no se ve afectado por el cumplimiento del deber de transporte de ese tipo de señal

En este apartado la Sala procederá a abordar los cargos planteados por el demandante frente a la retransmisión de la señal del canal City Tv, a partir de las siguientes tres perspectivas: i) el contenido y la función del deber de transporte de la señal de televisión abierta; ii) la organización territorial del servicio de televisión, y iii) la tensión específica que se presenta en el caso concreto entre la libre competencia económica y el servicio público de televisión.

Contenido y función del deber de transporte de la señal de televisión abierta

Parte de los reclamos formulados por el actor en contra de la sentencia de primera instancia aluden a que la retransmisión de la señal del canal City Tv implica una transgresión del artículo 11 de la Ley 680 de 2001³⁷ y de la libre competencia económica, la cual se predicó en relación con los demás operadores de televisión radiodifundida del nivel regional y nacional, y se sustentó en que constituye una práctica que afecta los intereses económicos de esos operadores, especialmente los de las empresas Caracol y RCN.

En cuanto al primer aspecto, indicó que el artículo 11 de la Ley 680 debe ser interpretado en el sentido de que los operadores de televisión por suscripción deben garantizar gratuitamente a sus suscriptores la recepción de los canales de televisión abierta dentro del mismo ámbito de cubrimiento del operador de televisión abierta. Por tal motivo, no están obligados a transmitir en lugares diferentes a Bogotá.

³⁷ «Artículo 11. Los operadores de Televisión por Suscripción deberán garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital en el área de cubrimiento únicamente. Sin embargo, la transmisión de canales locales por parte de los

operadores de Televisión por Suscripción estará condicionada a la capacidad técnica del operador».

Pues bien, conforme a lo señalado en los capítulos precedentes, se entiende que el «must carry» o la actividad de transporte o retransmisión de la señal de televisión abierta nacional, regional y municipal de los canales colombianos, es un deber a cargo de los operadores de televisión por suscripción establecido por disposición legal en favor de los usuarios del servicio de televisión.

En vista de este interés de carácter colectivo, la Corte Constitucional ha precisado que aquella obligación de transporte de la señal abierta se extiende al ámbito de servicio del mismo operador de televisión por suscripción, el cual es sujeto destinatario del deber legal. Por lo tanto, la retransmisión no debe estar acotada al nivel de cubrimiento territorial del canal de televisión respecto del cual se predica el correspondiente deber de oferta de la señal abierta o «must offer».

En ese sentido, no le asiste razón al demandante cuando adujo que la retransmisión de la señal del canal City Tv en los ámbitos de cobertura de los respectivos operadores de televisión por suscripción desconoce el artículo 11 de la Ley 680. Por el contrario, lo que la Sala evidencia es el cabal cumplimiento de la obligación de transporte allí establecida, la cual, se reitera, en virtud de la prevalencia del interés de los usuarios del servicio de televisión, no excluye la señal del referido canal, aunque su ámbito de cobertura se limite al nivel distrital.

En razón de los motivos y el alcance que la Corte Constitucional le ha dado al deber de retransmisión por parte de operadores de televisión por suscripción, es que se observa la legitimidad de la medida, cuya finalidad reside en la satisfacción del interés general, independientemente de si la señal abierta es generada por un canal de índole local, seccional o nacional, y no podría ser de otro modo, ya que una interpretación como la sugerida por el recurrente vaciaría de todo efecto útil el deber de transporte consagrado en el artículo 11 de la Ley 680.

En efecto, el hecho de limitar a los operadores de televisión por suscripción para que retransmitan la señal abierta del canal City Tv únicamente en el Distrito Capital, no prestaría utilidad alguna en la medida en que dicho ámbito espacial ya cuenta con la cobertura de esa señal. Pero, además, tal restricción desconocería la finalidad misma del deber legal de retransmisión, en tanto que precisamente lo que buscó el legislador fue hacer más competitiva la televisión abierta, al ser transportada hacia aquellos lugares donde no ha podido llegar o donde tiene bajos niveles de penetración.

En síntesis, la clasificación territorial de la televisión en Colombia de ninguna manera puede ser concebida como un instrumento válido para limitar la prestación del servicio o distinguir entre usuarios, toda vez que el libre acceso y tráfico de la información, así como los derechos y libertades asociadas, constituyen garantías esenciales que le asiste a la totalidad de habitantes del territorio sin distinción alguna.

Organización territorial del servicio público de televisión

El apelante insistió en que la retransmisión de la señal abierta del canal City Tv desconoce la categorización de los niveles de cubrimiento del servicio de televisión establecido en la Ley 182 de 1995 y, en consecuencia, el derecho a la libre competencia económica de los operadores de televisión abierta de los niveles regional y nacional.

Frente a ello debe recordarse que, como pudo observarse en los apartados A y B de este capítulo

(V.2.1.), la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación ha concluido en múltiples ocasiones que las libertades económicas - entre las que se encuentra la libre competencia económica- no son de carácter absoluto, pues su ejercicio debe enmarcarse dentro de los límites del bien común y sin comprometer la efectividad de institutos jurídicos de especial valía constitucional.

Para el caso concreto del servicio público de televisión, la jurisprudencia ha convalidado diversas medidas que restringían la libre competencia económica, puesto que, en primer lugar, el Estado puede intervenir en sus roles de: i) director general de la economía; ii) orientador de la política pública de televisión, y iii) regulador del servicio público de televisión.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha ratificado la juridicidad de tales medidas restrictivas al advertir que la televisión abierta es un bien jurídico digno de protección, en la medida en que permite concretar un sinnúmero de derechos, libertades y garantías alusivas al acceso y tráfico de información, a la equidad, a la expresión, a la participación, a la opinión pública, a la transparencia del sistema democrático, a la solidaridad, a la cultura, a la identidad nacional, entre otras.

Conforme con ello, la prestación eficiente, oportuna y de calidad del servicio público de televisión abierta propende por incluir y hacer partícipes a los habitantes del territorio en cuanto a los acontecimientos propios de la realidad nacional. Esta finalidad del servicio, enfocada en los seres humanos, constituye un pilar esencial del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así, el deber de transporte de la señal de televisión abierta, como la del canal City Tv, es una garantía en favor de los respectivos usuarios y, por ende, constituye una imposición de interés público y de cumplimiento prioritario dado que apunta a satisfacer fines sociales como los enunciados, los cuales han sido catalogados como de protección prevalente.

En efecto, la Corte ha manifestado que la gestión del espectro electromagnético

-entendido como un bien público escaso- amerita que el legislador disponga de medidas que pueden llegar a restringir la libre competencia económica. Sin embargo, esas cargas impuestas a los empresarios se han encontrado razonables

en comparación con los beneficios justificados en el interés general que, para estos efectos, se materializa en los derechos e intereses de los consumidores y usuarios del servicio de televisión.

En ese orden, es menester apuntar que el legislador definió la televisión abierta como aquella cuya «señal puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación»³⁸. Como puede observarse, la televisión abierta es una modalidad del servicio que responde directamente al interés del usuario. De otro lado, la clasificación de la televisión conforme al nivel de cubrimiento se instituyó principalmente como un referente territorial para el operador del servicio³⁹.

En ese sentido, la organización contenida en el artículo 22 de la Ley 182 no obra en detrimento del derecho sustancial relativo al servicio público de televisión. Por el contrario, deviene en un instrumento que pretende «cubrir de manera permanente las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo en todo el territorio nacional».

Tan es así, que la misma disposición relativiza la categorización territorial del servicio de televisión, al admitir que la señal municipal o distrital puede ser extendida a un área

metropolitana o asociación de municipios, a la par que la televisión regional puede ser «inferior al territorio nacional»; esto, sin perjuicio de que la misma Ley 182 ubica la televisión del Distrito Capital dentro de la categoría de televisión regional⁴⁰.

Como muestra adicional de que la clasificación territorial de la televisión en Colombia no es totalmente restrictiva, aparece el deber de retransmisión de la señal de televisión abierta, pues, como se ha visto, la misma ley tiene como prioridad la prestación idónea del servicio de televisión sin que el usuario se vea afectado como consecuencia de la estructuración nacional, regional o local. Es el mismo legislador quien flexibilizó la organización territorial de la televisión buscando materializar la finalidad misma del servicio: la satisfacción del usuario de televisión.

En tal virtud, baste recordar que el acceso a la televisión abierta es un derecho prioritario en cabeza de los usuarios y, como servicio público, está orientado a desarrollar múltiples garantías superiores. Luego, entonces, no resulta admisible - tal y como lo pretende el recurrente- condicionar o supeditar la prestación del servicio de televisión por cuenta de una interpretación rígida de la clasificación territorial de la televisión, pues de esa forma se estarían menoscabando los valores constitucionales del servicio, en contravía de la ley, para favorecer intereses individuales de los agentes económicos.

³⁸ Ley 182 de 1995, artículo 20, literal a).

³⁹ Ibid., artículo 22, numeral 2.

⁴⁰ Ibid., artículo 22, numeral 2, literal c), y artículo 37, numeral 3.

Los intereses económicos amparados por la libre competencia económica no están llamados a prevalecer por sobre las garantías de acceso, calidad y diversidad del servicio establecidas en provecho de los televidentes. Una interpretación inversa iría en contra de la naturaleza misma de la televisión abierta, le quitaría todo efecto útil al deber de transporte de esa señal y transgrediría el contenido esencial del derecho a la información y conexos como bienes de connotación colectiva.

La ponderación de los referidos bienes jurídicos también ha sido desarrollada por el legislador mediante la Ley 1341 de 2009, a través de la cual se definieron principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–. En esa regulación se establece con suficiente claridad que la tecnología debe ser puesta, principalmente, al servicio de las necesidades colectivas, más no para anteponer los intereses económicos de los operadores del mercado.

Esta prevalencia se funda en el interés legislativo de maximizar el bienestar social -incluso por encima de la maximización del ingreso fiscal⁴¹-, promover la inclusión y reducir la brecha digital, garantizando el acceso universal, la ampliación de la cobertura y la mejora de la calidad de los servicios a los usuarios.

En efecto, el artículo 2.º de la Ley 1341 establece que «las tecnologías de la información y las comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades a todos los habitantes del territorio». Nótese cómo, según esta premisa de prestación eficiente y universal del servicio, no resulta válido que la clasificación territorial de la televisión genere como resultado la discriminación de los usuarios del servicio para efectos de condicionar el derecho de acceso sin mayor argumento que los

intereses económicos de los prestadores.

Es más, la mencionada ley establece que la asignación o, incluso, la renovación del acceso al espectro radioeléctrico por parte de los operadores debe tener en cuenta el principio de maximización del bienestar social, el cual busca

«principalmente, la reducción de la brecha digital, el acceso universal, la ampliación de la cobertura, el despliegue y uso de redes e infraestructuras y la mejora en la calidad de la prestación de los servicios a los usuarios»⁴². Al respecto baste citar el artículo 12 de cara a los cargos planteados por el demandante en su recurso de apelación:

⁴¹ Aspecto resaltado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en su recurso de apelación.

⁴² «Artículo 11. Acceso al uso del espectro radioeléctrico. [...] PARÁGRAFO 3. Se entiende como maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico, principalmente, la reducción de la brecha digital, el acceso universal, la ampliación de la cobertura, el despliegue y uso de redes e infraestructuras y la mejora en la calidad de la prestación de los servicios a los usuarios. [...]».

«Artículo 12. Plazo y renovación de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico. El permiso para el uso del espectro radioeléctrico tendrá un plazo definido inicial hasta de veinte (20) años, el cual podrá renovarse a solicitud de parte por períodos de hasta veinte (20) años. Para determinar las condiciones y el periodo de renovación, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta, entre otros criterios, la maximización del bienestar social, los planes de inversión, la expansión de la capacidad de las redes de acuerdo con la demanda del servicio que sea determinada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como la cobertura y la renovación tecnológica de conformidad con las necesidades que para tal fin identifique el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. [...]». (Negrilla fuera del texto).

En armonía con lo anterior, la Sala recuerda que son atribuciones del MinTIC, entre otras, las siguientes:

«Artículo 18. Funciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá, además de las funciones que determinan la Constitución Política, y la Ley 489 de 1998, las siguientes: [...]».

6. Asignar el espectro radioeléctrico con fundamento en estudios técnicos y económicos, con el fin de fomentar la competencia, la inversión, la maximización del bienestar social, el pluralismo informativo, el acceso no discriminatorio y evitar prácticas monopolísticas. [...]». (Negrilla fuera del texto).

Sobre la tensión específica entre la libre competencia económica y el servicio público de televisión en el caso concreto

Con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala advierte que, ante la tensión existente entre la libre competencia económica de los operadores de televisión abierta y la prestación adecuada del servicio público de televisión, prevalece este último ya que, como se ha reiterado, tal servicio envuelve fines constitucionalmente imperiosos que, por su diversidad y trascendencia, permite concluir que la posible restricción de los derechos de los competidores del

referido segmento del mercado de televisión, resulta razonable.

En atención a dicho criterio jurisprudencial, la Sala procede a plantear las siguientes conclusiones de cara a las particularidades específicas de la controversia planteada ante esta instancia:

En primer lugar, al recorrer la historia de la televisión en Colombia, la Corte Constitucional identificó un problema de riesgo de exclusión del servicio de televisión abierta por cuenta de las ventajas que tiene la televisión cerrada en el mercado, con lo cual evidenció un conflicto entre esos dos tipos de televisión por la transmisión de señal al público⁴³.

⁴³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-599 del 1.º de noviembre de 2016.

En consecuencia, la Corte advirtió que las intervenciones del mercado de televisión por parte del legislador, especialmente aquella relativa al deber de retransmisión de la señal abierta, «resulta trascendental para compensar las asimetrías presentes en la industria de la televisión, entre esta y los espectadores, y para asegurar los fines esenciales del Estado».

En ese sentido la Sala observa que, históricamente, la verdadera competencia de los operadores de televisión abierta de los órdenes regional y nacional, no son sus pares del nivel municipal o distrital, sino los operadores de televisión por suscripción, pues son estos quienes tienen un mejor posicionamiento en el mercado de televisión.

Luego, entonces, no se observa cómo una medida que propende por equilibrar el mercado, buscando equiparar las condiciones de competencia, beneficiando a la televisión abierta en su conjunto, gravando a su competencia más influyente y mitigando el riesgo de exclusión de las emisiones abiertas, termina por afectar de manera injusta a los operadores de esta señal televisiva.

Es más, resulta evidente que el deber de transporte de la señal de televisión abierta, como medida afirmativa, es más riguroso en relación con los canales del orden local, comoquiera que, frente a ellos, los operadores de televisión por suscripción pueden oponer falta de capacidad técnica para el cumplimiento de su obligación; requisito este que no fue previsto para los canales regionales ni nacionales⁴⁴, lo cual deviene en una ventaja competitiva en favor de estos, más no así frente a los operadores del nivel local. De este modo se desvirtúa la tesis planteada por el demandante en su recurso de apelación.

Adicionalmente, es un hecho que los operadores de televisión abierta del nivel nacional históricamente han gozado de mayor difusión y niveles de audiencia en comparación con sus similares de los niveles regional y local. Esto permite discutir aún más la desventaja competitiva alegada por el recurrente, comoquiera que los canales regionales y locales de televisión abierta: i) no han existido durante el mismo lapso que los canales nacionales; ii) nacieron con capacidad de transmisión y perímetro de difusión limitados, y iii) el deber de retransmisión que los beneficia data del año 2001⁴⁵.

⁴⁴ “Artículo 11. Los operadores de Televisión por Suscripción deberán garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital en el área de cubrimiento únicamente. Sin embargo, la transmisión de canales locales por parte de los operadores de Televisión por Suscripción estará condicionada a la capacidad técnica del operador”.

⁴⁵ Cfr. Documento de diagnóstico integral del estado actual del servicio público de la televisión en Colombia (abierta y cerrada) y de sus proyecciones. Informe 1 Contrato interadministrativo 292 de 2015 suscrito entre la ANTV y la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 2016.

“Hasta 1984 los espectadores colombianos sólo podían elegir entre tres canales de televisión abierta de cubrimiento nacional [...]. Desde 1984 la posibilidad de elegir un canal aumenta en las regiones, con la creación de los canales regionales [...].

Así las cosas, la disposición cuestionada, lejos de tener la intención de imponer restricciones discriminatorias a determinados niveles de cobertura de la televisión abierta, lo que busca es potenciar su impacto televisivo mediante el deber de reproducción a cargo de los operadores por suscripción. Este no solo es un fin legítimo propuesto por el legislador, sino que, además, en diversas oportunidades, se ha encontrado acorde con el ordenamiento superior. Significa lo anterior que no se puede concluir que existe un impacto gravoso o una restricción desproporcionada de la libre competencia económica de los operadores de televisión por los cuales aboga el demandante.

En segundo término, la retransmisión de la señal de televisión abierta es un beneficio que no es exclusivo de los canales del nivel local, sino que se extiende a todos los operadores del mercado de televisión abierta.

Así como la Corte Constitucional encontró que la actividad de transporte de la señal de televisión abierta beneficia significativamente a los operadores por suscripción, la Sala observa que, con mayor razón, favorece a los operadores de televisión abierta, pues de ese modo se está transmitiendo a los televidentes la programación de sus canales por medio de un tercero. Ello se traduce en que la televisión abierta estaría aumentando sus niveles de difusión, al igual que la posibilidad de obtener mayores audiencias, sin asumir los costos que eso genera y sin perder de vista el objetivo supremo de mejora del servicio en favor del usuario.

En razón a esos beneficios, no se observa que el cumplimiento del deber de transporte de la señal abierta de televisión, sea una medida desproporcionada de cara al ejercicio de la libre competencia de los agentes económicos de ese mercado.

En tercer orden, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala no encuentra que el transporte de la señal del canal City Tv atente contra el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica de los operadores regionales y nacionales de televisión abierta, toda vez que, en cumplimiento de ese deber legal, a estos no se les están limitando o frustrando las libertades básicas de ejercer la actividad económica que realizan, de acceder y permanecer en el mercado, ni la posibilidad de ofrecer sus productos bajo las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas. Al margen de ello, tampoco se acreditó que la

[En relación con] los operadores de canales de televisión abierta de cobertura nacional [...] su contenido es de libre acceso en el territorio nacional. [...].

En Colombia se conoce como televisión pública regional, la señal de televisión que se origina en las diferentes regiones del país y que emiten su señal para una porción específica de territorio [...] esta red está compuesta por estaciones de alta y baja potencia que permiten una cobertura en la expansión de la señal de TV pública regional [...].

En conjunto, los dos canales nacionales son los preferidos de las audiencias, incluso por encima

de los canales internacionales más vistos por los colombianos. [...]. Los dos canales nacionales privados de televisión abierta son los más vistos [...]. En televisión abierta los Canales Regionales son la tercera opción en audiencia para los colombianos y la cuarta opción en Share para estos. [...]"

retransmisión denunciada altere la libertad de los consumidores y usuarios para acceder y elegir el tipo de servicio de televisión que desean adquirir.

En cuarto lugar, el recurso de apelación presentado por el demandante se limitó a enunciar que la retransmisión del canal City Tv resultaba inconveniente para los intereses económicos de los operadores regionales y nacionales de televisión abierta, haciendo especial alusión a los canales Caracol y RCN.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido que el amparo del derecho a la libre competencia económica en el marco de las acciones populares debe atender al ámbito colectivo de tal derecho, y no a los aspectos meramente subjetivos de los competidores. Como ya se advirtió previamente, en el marco del orden económico establecido en la Constitución, la libre competencia y los derechos de los consumidores y usuarios son garantías entrelazadas e interdependientes⁴⁶. Sin embargo, al entrar en tensión, el juez debe velar por la parte débil de la relación de consumo, es decir, por los consumidores y usuarios.

En consecuencia, para la procedencia de la acción popular no basta con una posible afectación «de quienes participan directamente en la competencia 'en' o 'por' el mercado», sino que se hace necesario acreditar las repercusiones que ello tiene sobre derechos cuya titularidad se proyecta de manera unitaria sobre una colectividad usuaria o consumidora, la cual es objeto de tutela especial por parte del Estado.

Al precisar el alcance de la libre competencia como un instrumento para garantizar los derechos de los consumidores y usuarios, y no solo como un derecho individual de los agentes económicos del mercado, esta Corporación también señaló que su amparo resulta procedente cuando se verifique «la alteración o irrupción indebida a un mercado específico» en la medida en que los derechos de los consumidores y usuarios, como parte débil de la relación de consumo, dependen de unas condiciones óptimas de competencia en el mercado.

Por ende, el recurrente no demostró que la posible afectación de los intereses económicos de otros operadores del servicio de televisión abierta, perjudique a una colectividad o a un segmento de la población usuaria de ese servicio en cuanto a las condiciones de acceso, calidad o precio; ampliación de la cobertura, pluralidad de oferentes y productos; libertad de elección; igualdad y bienestar social u otro parámetro de protección, y mucho menos acreditó que la retransmisión del canal City Tv constituya una alteración indebida del mercado de televisión abierta.

⁴⁶ Frente a la naturaleza de los derechos de los consumidores y usuarios como derecho colectivo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que estos «[...] **no son más que la otra cara del derecho colectivo a la libre competencia, con especial preocupación por** los dos ejes del modelo de economía social de mercado previsto en nuestro ordenamiento fundamental: **la calidad y el precio** [...]».

Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de agosto de 2008. Exp. N° 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

De conformidad con las razones expuestas, la Sala concluye que los intereses económicos de los operadores de la televisión abierta, aparejados a la clasificación territorial de la televisión en Colombia, de ninguna manera tienen el sustento necesario para limitar la prestación del servicio o distinguir entre usuarios, toda vez que el acceso universal y libre tráfico de la información, así como los derechos y libertades asociadas, constituyen garantías esenciales que les asisten a la totalidad de habitantes del territorio sin distinción alguna.

Como se ha observado, el hecho consistente en que pueda existir una carga económica para algunos de esos operadores no permite catalogar la medida legislativa como arbitraria o desproporcionada, ni mucho menos que carezca de justificación en el marco de los criterios jurídicos establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y de los intereses jurídicos que la acción popular pretende salvaguardar.

En efecto, la posible restricción de los derechos económicos de los operadores de televisión abierta regional y nacional resulta legítima, en virtud de que el cumplimiento del deber de transporte de la señal abierta de los canales locales concuerda con los postulados del pluralismo informativo; la comunicación de los diversos rasgos culturales entre las regiones del país; la difusión de los acontecimientos, expresiones, preocupaciones y necesidades de los territorios que, pese a ser de interés público, no llegan a ser lo suficientemente conocidas por la colectividad; la participación; la transparencia; la libertad de opinión; la equidad; la solidaridad; la identidad nacional, entre otras finalidades cardinales del servicio que atienden a la prevalencia del interés general.

El caso concreto: los parámetros utilizados por las autoridades de televisión para pactar el precio de la prórroga del Contrato de Concesión 167 de 1998 no transgrede los derechos colectivos invocados

Ahora bien, tal y como se anunció al inicio de este acápite (V.2.1.), la segunda parte de los planteamientos expuestos por el demandante se encuentran asociados a cuestionar los factores que fueron tenidos en cuenta por las autoridades de televisión al momento de fijar el precio de la prórroga del Contrato de Concesión 167 de 1998 -para el uso del espectro radioeléctrico en la prestación del servicio de televisión-, los que, en su criterio, comportan la transgresión de los derechos colectivos invocados.

La Sala procede a resolver los cargos propuestos por el actor frente a dicho punto desde: i) el núcleo esencial del derecho a la defensa del patrimonio público;

ii) el proceso arbitral ventilado en torno al asunto en cuestión, y iii) el alcance de la cláusula contractual cuestionada en relación con los derechos colectivos alegados como vulnerados.

Núcleo esencial del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la defensa del patrimonio público atañe a «que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales»⁴⁷. En ese sentido, el «conjunto de bienes, derechos y obligaciones del Estado», deben estar adecuadamente destinados a la finalidad que se les ha señalado, constitucional y legalmente, con criterios de eficacia y rectitud⁴⁸. Conforme a lo anterior, en sentencia de 11 de abril de 2019⁴⁹, la Sección Primera del Consejo de Estado indicó que:

«[...] el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público no se ve afectado, de manera

exclusiva, cuando a dicho patrimonio se le da una destinación contraria a derecho o cuando se evidencia su mengua sin que ello obedezca a una causa justificada en el orden jurídico imperante, sino también cuando, como consecuencia de una conducta activa u omisiva reprochable desde el punto de vista jurídico, los recursos económicos no se encuentran disponibles para ser utilizados conforme el ordenamiento lo indica, es decir, para destinarlos al cumplimiento de los deberes y obligaciones que le fueron atribuidas a las entidades que se encuentran a cargo del cumplimiento de la función administrativa. [...]». (Negrilla fuera del texto).

Como pudo observarse, el actor adujo que el patrimonio del Estado se está viendo lesionado con ocasión de que, en su parecer, las autoridades están permitiendo que la sociedad Casa Editorial El Tiempo Televisión -CEETTV S.A.-, propietaria del canal City Tv, emita la señal de este en todo el territorio nacional. En consecuencia, a pesar de que, según el Contrato de Concesión 167 de 1998 el ámbito de cobertura del canal City Tv está limitado a la ciudad de Bogotá, se estaría lucrando del mercado nacional de pauta publicitaria. De ese modo, el apelante asegura que la sociedad CEETTV S.A. estaría recibiendo mayores ingresos por ese concepto; ingresos que, a su juicio, no fueron tenidos en cuenta por el Estado a la hora de fijar el precio de la concesión otorgada. De tal modo, considera que la sociedad cuestionada debe pagar al Estado el «mayor valor que por concepto de pauta recibe al emitir en todo el territorio nacional».

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 31 de mayo de 2002. Rad.N.º 25000-23-24-000-1999-9001-01 (AP 300). C. P.: Ligia López Díaz. “[...]. Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva [...]”.

En sentido similar, Cfr: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de noviembre de 2009, Rad. N.º 50001-23-31-000-2005-00213-01(AP). C. P.: Marco Antonio Velilla Moreno. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 15 de marzo de 2017, Rad. N.º 68001-23-31-000-2011-00148-01(AP). C. P: Hernán Andrade Rincón.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. N.º 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP). C. P: Enrique Gil Botero.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de abril de 2019, Rad. N.º 25000-23-41-000-2012-00077-02(AP). C. P: Roberto Augusto Serrato Valdés.

Sobre este punto de la controversia es menester recordar, en primer orden, que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que en una acción popular donde se identifique la actividad contractual de la administración como hecho generador de la perturbación de derechos colectivos, es indispensable que la parte demandante acredite y argumente con suficiencia que el contrato específico, más allá de desconocer el ordenamiento superior, perjudica directamente el ejercicio idóneo de los derechos de la colectividad. Esta postura se fijó en aras de fortalecer la coherencia y armonía del ordenamiento jurídico, especialmente en relación con el contenido y alcance de los diferentes medios de control de la actividad administrativa ante la jurisdicción contencioso administrativa⁵⁰.

Con base en el referido limite, la Sala no observa que el apelante haya cumplido con la carga de

argumentar y acreditar con suficiencia la manera en que las cláusulas contractuales cuestionadas -relativas al valor de la concesión-, encuadren dentro de las conductas que la jurisprudencia de esta Corporación ha definido como hipótesis transgresoras del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

En efecto, el recurso de apelación presentado por Jaime Omar Jaramillo Ayala se limitó a aducir que el patrimonio público se encuentra afectado porque se estima que la autoridad de televisión no le ha cobrado a un competidor del mercado de televisión abierta -la sociedad CEETTV S.A.- un mayor valor del precio de la prórroga del respectivo contrato de concesión, que el recurrente considera que se le debe al Estado.

Sin embargo, más allá de una disconformidad en términos de libre competencia frente a la cláusula octava del Otrosí N.º 4 del Contrato de Concesión N.º 167 de 1998, el recurrente no argumentó ni demostró una transgresión contundente del régimen presupuestal aplicable de cara a los intereses de la colectividad, tal y como lo exige la jurisprudencia de esta Corporación.

⁵⁰ Cfr.: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, Rad. 16020 [fundamento jurídico 2], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 788.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 19 de noviembre de 2009, Rad. N.º 2004-01492-01(AP), C. P.: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de diciembre de 2013. Rad. N.º: 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP). C. P.: Stella Conto Díaz Del Castillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de junio de 2017. Rad. N.º: 08001-23-31-000-2010-01160-02(AP). C. P.: Roberto Augusto Serrato Valdés.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 27 de abril de 2020. Rad. N.º: 81001-23-39-000-2015-00023-01(AP). C. P.: Guillermo Sánchez Luque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia de 5 de marzo de 2021. Rad. N.º: 73001-23-31-000-2010-00441-01(AP). C. P.: José Roberto Sáchica Méndez.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, sentencia de 4 de octubre de 2021. Rad. N.º: 52001-33-31-008-2008-00304-01(AP)REV. C. P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Corte Constitucional, sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011.

El apelante no expresó razones sólidas y específicas en torno a un eventual manejo o destinación ilegal de los recursos del Estado, ni precisó el impacto concreto que las posibles deficiencias en la actividad contractual estaría ocasionándole al erario, máxime cuando el mismo actor reconoció que la controversia que plantea ante esta instancia ya fue resuelta por la jurisdicción, como pasará a relatarse.

Del proceso arbitral relativo a la juridicidad de la cláusula del precio de la prórroga del Contrato de Concesión 167 de 1998

El 25 de abril de 2011, la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- convocó tribunal arbitral⁵¹ con el fin de resolver la controversia suscitada con la sociedad CEETTV S.A. relativa, fundamentalmente, a que el precio de la prórroga del contrato de Concesión 167 habría sido mal tasado como consecuencia de, entre otras cosas, presuntas irregularidades en el cálculo de la inversión neta en publicidad para televisión -INPTV- de los años 2009 y 2010; variable que fue impuesta por la CNTV como criterio para calcular y obtener el valor del ajuste -VDA- sobre el precio base de la prórroga de la concesión. En dicha convocatoria, la CNTV afirmó:

«[...] dicho ajuste (VDA) sobre el precio base de la prórroga de la concesión resultó inferior al que a la luz del pacto contractual ha debido surgir en función del comportamiento real observado de la inversión neta en publicidad en televisión abierta (INPTV) medida por el auditor designado para tal efecto “tratándose de las concesiones nacionales de televisión abierta” [...]». (Negrilla fuera del texto).

Con base en lo anterior, la CNTV planteó como pretensiones, entre otras, las relativas a: i) declarar que el cálculo del INPTV se vio afectado por diversas circunstancias imprevistas y ajenas a la CNTV; ii) declarar que el INPTV real corresponde a una suma superior a la reconocida para los años 2009 y 2010; iii) declarar que se causó daño a la CNTV por la aplicación de un VDA inferior para la concesión, y iv) condenar a la concesionaria al pago de la diferencia entre el precio final aplicado y el precio final basado en el INPTV real, y demás perjuicios.

El Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante laudo de 3 de abril de 2013⁵², denegó las referidas pretensiones, luego de declarar probados los medios de defensa formulados por la CEETTV S.A., relativos: i) a la no imputabilidad y falta de imprevisibilidad sobre el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato; ii) al cumplimiento de la cláusula contractual sobre el precio de la prórroga de la concesión, y iii) a que la CNTV asumió los riesgos de fijar los términos de esa cláusula.

⁵¹ Folios 426 y ss. del cuaderno “acciones populares – cumplimiento ANTV” del expediente de la referencia. Convocatoria presentada por medio del abogado Samuel Francisco Chalela Ortiz perteneciente a la firma “Nieto & Chalela abogados”.

⁵² Ibid., folios 146 y ss. del cuaderno “acciones populares – contestación demanda por parte de CEETTV S.A.” del expediente de la referencia. Laudo suscrito por los árbitros Marcela Monroy Torres (presidente), Juan Pablo Cárdenas Mejía y Jorge Cubides Camacho, y por la secretaria Patricia Zuleta García.

El Tribunal indicó que la cláusula octava del Otrosí N.º 4 del contrato de concesión N.º 167 de 1998 estableció que el precio de la prórroga se componía de un valor fijo más otro variable. Este atendía a un mecanismo de ajuste en función de la variación de la inversión neta en pauta publicitaria -INPTV- que sería determinada por un auditor nombrado por la CNTV. Esta entidad fijaría el precio

«en forma definitiva» **con base en la información del INPTV suministrada por el auditor.**

Luego de examinar las pruebas y las disposiciones aplicables, el Tribunal concluyó que no se encontraban establecidos los criterios que permitieran a la CNTV desconocer el precio de la

prórroga de la concesión fijado por un tercero, el auditor.

El Tribunal destacó que «en la cláusula contractual **no se pactó ninguna regla sobre la forma como el auditor debía proceder a fijar el valor de la inversión neta publicitaria en televisión [...] por consiguiente [...] la violación a cualquiera de las reglas pactadas en los contratos de concesión nacionales no puede ser invocada en contra de la parte demandada**».

El Tribunal observó que «la demandada [CEETTV S.A.] no intervino en la selección y contratación del auditor ni en el proceso adelantado por el mismo» y

«que la información que se utilizó era confidencial frente a la demandada». Por lo tanto, concluyó que la CEETTV S.A. no podía asumir las consecuencias de aquello en lo que no comprometió su criterio, al no haber tenido la posibilidad de participar y modular el contenido y alcance de la cláusula cuestionada.

El Tribunal indicó que **el auditor no incurrió en un error evidente** «en la medida en que **las reglas que el mismo siguió y que se encontraban incluidas en el contrato de concesión celebrado entre CNTV y los canales nacionales, establecían la posibilidad de acudir a la fórmula que utilizó. Si la fórmula que la CNTV y los canales nacionales pactaron no era la adecuada, ello no tiene por qué afectar a la demandada** en el presente proceso».

El Tribunal aclaró que, conforme a las reglas que debía aplicar el auditor, existían diversas alternativas. «Si bien el perito considera que la que él propone es más robusta, en todo caso reconoce que la empleada es una de las disponibles. Así las cosas **no está establecido que en esta materia el auditor actuó en forma claramente errónea**».

Al momento de valorar este medio de prueba, el Tribunal recordó que «el ordenamiento en materia de prueba pericial solo permite objetar la misma por error grave, y no cualquier discrepancia sobre los resultados del perito».

El Tribunal insistió en que la CNTV no acreditó el carácter erróneo o manipulado de la información utilizada por el perito, ni que hubiere un error manifiesto en la evaluación del auditor si se tiene en cuenta que, para hacer sus cálculos, procedió conforme a la cláusula séptima de los contratos nacionales. Precisó que, en el marco del contrato, el perito no estaba obligado a verificar con otras fuentes, y que, como los elementos que estableció no le indicaron posibles inconsistencias, era razonable su criterio de no realizar verificaciones adicionales a través de encuestas o entrevistas.

Finalmente, el Tribunal señaló que las partes no previeron el reajuste del precio del contrato en caso de que, por cualquier razón, no entrara en operación el tercer canal o que este presentara retrasos en su puesta en funcionamiento. En tanto que ello era previsible, el Tribunal estimó que esa contingencia fue asumida por la CNTV, sin que ello le permitiera desconocer el contrato.

Con ocasión del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la CNTV, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, profirió sentencia de 29 de mayo de 2014⁵³ en la que decidió:

«PRIMERO: DECLARAR: la nulidad absoluta de la cláusula octava del Otrosí N.º 4 del contrato de concesión n.º 167 de 1998 suscrito entre las partes, en cuanto contiene estipulaciones contractuales relativas a i) la negociación de un precio con criterios ajenos a los establecidos por

la Ley 182 de 1995 para la definición [de] la tarifa de concesión y ii) la habilitación para que los árbitros conozcan de las controversias originadas en el ejercicio de la facultad de intervención del Estado, mediante la fijación de la tarifa y en el pago de una obligación impuesta por una ley en la que [está] envuelto el orden público, que contravienen manifiestamente los artículos 75, 76, 116 y 365 de la

Constitución Política; 4°, 5°, 29, 35, 37, 46 y 48 de la Ley 182 de 1995 y 1° del decreto 2279 de 1989.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior decisión, SE ANULA el proceso arbitral y el laudo del 3 de abril de 2013, adelantado y proferido [por] el Tribunal de Arbitramento convocado por la Comisión Nacional de Televisión para dirimir las controversias surgidas con la CEETTV S.A., con ocasión de la Cláusula Octava del Otrosí n.º 4 del contrato de concesión n.º 167 de 1998, suscrito entre ellas». (Negrilla fuera del texto).

La sociedad CEETTV S.A. interpuso acción de tutela contra la referida decisión por considerarla atentatoria de su derecho fundamental al debido proceso. Concretamente la sociedad precisó que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, como juez de la anulación del laudo arbitral: i) no tenía competencia para anular la cláusula octava del otrosí N.º 4 del contrato de concesión 167 de 1998; ii) desconoció el análisis que realizó el Tribunal arbitral sobre la validez y eficacia de la cláusula mencionada, y iii) estudió de fondo y planteó

⁵³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad. N.º 11001-03-26-000-2013-00053-00 (46.992). C. P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

una postura diferente sobre ese punto, transgrediendo el carácter restrictivo, extraordinario y excepcional del recurso de anulación, así como los efectos de cosa juzgada del laudo arbitral.

En primera instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 26 de noviembre de 2015, negó la solicitud de amparo tras considerar que el juez del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral sí tiene competencia para examinar y anular las estipulaciones contractuales que son manifiestamente contrarias a derecho, al igual que para corregir o adicionar el laudo en caso de que el tribunal arbitral no se haya pronunciado sobre la cuestión debatida; lo cual se presentó en el asunto en cuestión, pues el Tribunal arbitral se limitó a decidir sobre la eficacia de la cláusula cuestionada, sin examinar su validez de cara a la Ley 182.

Sin embargo, en sede de impugnación, la Sección Quinta de la misma Corporación, por sentencia de 17 de marzo de 2016⁵⁴, decidió revocar la sentencia de tutela de primera instancia, amparar el derecho fundamental al debido proceso de la CEETTV S.A., dejar sin efectos la providencia de 29 de mayo de 2014 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera, y ordenarle que volviera a estudiar el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

«[...] el tribunal arbitral sí se pronunció sobre la legalidad de la cláusula octava. [...] es claro que al mencionar que no encontró afectada su validez, es porque la cláusula en su parecer estaba acorde con el ordenamiento jurídico, razón por la cual no podía la Sección Tercera del Consejo de Estado entrar a hacer dicho estudio, puesto que, se reitera, el Tribunal arbitral sí hizo el estudio correspondiente. [...].

[...] la estipulación contenida en la cláusula 8ª del Otrosí No. 4, no es abierta o manifiestamente contraria al ordenamiento superior y no estaba plenamente demostrada en el proceso, pues [...] con antelación se profirieron dos laudos en los casos de RCN Televisión y Caracol Televisión, en los cuales sobre la función de fijar la tarifa y la intervención de un tercero los respectivos Tribunales Arbitrales sostuvieron que: (i) sin importar los medios e indicaciones que se hubieran utilizado para fijar el precio, esa era una responsabilidad atribuida por la ley a la Comisión Nacional de Televisión, y si en el ejercicio de esa facultad dispuso unos medios, procedimientos verificaciones y su interlocución con el concesionario, a ello debía atenerse, y (ii) si bien la Comisión Nacional de Televisión tenía la facultad legal para imponer la tarifa por concesión, debía estarse a lo que ella convino sobre la delegación a un tercero de esa facultad. [...]».

(Negrilla fuera del texto).

Acatando la decisión definitiva del juez de la acción de tutela, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 23 de agosto de

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 17 de marzo de 2016. Rad. N.º 11001-03-15-000-2014-03668-01(AC). C. P.: Carlos Enrique Moreno Rubio.

2018⁵⁵, declaró infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- (hoy Autoridad Nacional de Televisión -ANTV-), contra el laudo arbitral proferido el 3 de abril de 2013.

En primer lugar, la Sección Tercera mencionó que el laudo arbitral cuestionado fue proferido en derecho, mas no en conciencia. En esa medida, reconoció que «la no entrada en operación del canal obedeció a hechos previsibles, enteramente imputables a la convocada que decidió no adjudicar, a partir de los reparos formulados por los órganos de control al proceso de contratación. [...] la no adjudicación constituye un riesgo implícito que, conforme con el contrato suscrito, está a cargo de la convocante, porque ella tiene la gestión y control de esa decisión».

Por otro lado, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación no encontró respaldo alguno del cargo de la convocante, según el cual la controversia no comprendía el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato y las causas del mismo. Así, determinó que el laudo no transgredió el principio de congruencia y que el cargo busca insistir en cuestionar las razones de fondo de la decisión arbitral.

El alcance de la cláusula octava del Otrosí N.º 4 del Contrato de Concesión 167 de 1998 en relación con los derechos colectivos

Conforme con lo anterior, la Sala observa que el laudo arbitral proferido el 3 de abril de 2013 resulta plenamente aplicable al asunto de la referencia, comoquiera que parte de las pretensiones de la demanda de este proceso aludieron a que se le ordenara a la ANTV que definiera y cobrara el mayor valor que la CEETTV S.A. le debía cancelar por concepto de la prórroga del contrato de concesión del canal City Tv.

La remisión al contenido de la decisión arbitral no solo se hace por la identidad del objeto de los debates jurídicos, sino porque, además, el demandante solicitó que se tuviera en cuenta «lo dispuesto en el fallo proferido por el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, con ponencia de la Magistrada Stella Conto Díaz de Castillo de fecha 29 de mayo del año

2014»; providencia que, como ya se anotó, fue sustituida por otra emitida por la Sección Tercera en pleno, que convalidó la juridicidad del laudo cuestionado.

En aras de la estabilidad del ordenamiento jurídico y en respeto a lo ampliamente discutido y decidido por los diferentes jueces de la República en

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2018. Rad. N.º 11001-03-26-000-2013-00053-00(46992). C. P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

distintas instancias y medios de control, la Sala considera adecuado analizar el caso de la referencia a partir de lo resuelto en la controversia ya debatida.

Así las cosas, se recuerda que el recurrente no argumentó⁵⁶ ni demostró que la cláusula que fijó el precio de la prórroga del Contrato de Concesión 167 de 1998, transgrediera normas de destinación o gestión presupuestal que, a la postre, significara un impacto concreto y significativo a los recursos del Estado.

Además, el apelante tampoco acreditó que el precio de la prórroga del contrato se hubiere fijado de manera arbitraria, infundada o ilegal. Valga recordar que el literal g) del artículo 5.º de la Ley 182 de 1995 estableció que a la CNTV le correspondía «fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión», sin estar limitada por criterios legales relativos a la manera en que dichos emolumentos se deben fijar.

En tal virtud, está acreditado que la autoridad de televisión determinó un precio compuesto de dos elementos: uno fijo, equivalente a \$8.838'000.000 denominado

«precio base», más otro variable que se tasaría «en función del comportamiento real observado de la inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local (INPTV) durante los años 2009 y 2010» llamado «valor del ajuste»

-VDA-.

También se encuentra demostrado que la autoridad decidió válidamente - conforme a la competencia extendida por la Ley 182- que un tercero experto - auditor-, quien con base en formulas y cálculos debidamente justificados, propusiera una variable a partir de la cual aquella autoridad determinara «de manera definitiva» la segunda parte del precio final de la concesión, tal y como se estipuló en la cláusula octava del Otrosí N.º 4 del Contrato de Concesión N.º 167 de 1998:

⁵⁶ Cfr.: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de julio de 2018. Rad. N.º: 17-001-23-00-000-2012-00328-02. C. P.: Roberto Augusto Serrato Valdés. “En este orden de ideas y con miras a resolver el asunto sub examine, la Sala reitera su posición consistente en el deber del recurrente de sustentar su recurso de apelación proponiendo los argumentos fácticos o jurídicos a través de los cuales pretende desvirtuar las consideraciones y conclusiones de la providencia apelada”.

Al respecto ver las siguientes providencias: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejera ponente: María Elizabeth García González, sentencia 2 de junio de 2016, Radicación número: 17001-23-31-000-2012-00304-02(AP); ii) Consejo de

Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia de 28 de julio de 2016, Radicación nro. 17001-23-31-000-2013-00298-02 (AP). iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia de 4 de agosto de 2016, Radicación número: 17001-23-33-000-2012-00300-02(AP); iv) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia de 25 de agosto de 2017, Radicación número: 17001-23-33-000-2012-00309-01(AP); v) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia de 15 de septiembre de 2017, Radicación número: 17001-23-31-000-2012-00320-02(AP);

vi) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia de 22 de septiembre de 2017, Radicación número: 17001-23-31-000-2012- 00298-02 (AP); vii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, sentencia de 7 de diciembre de 2017, Radicación número: 17001-23- 31-000-2012-00313-02(AP).

«[...] Con base en la pauta final informada por el auditor, la Comisión determinará el precio final [...]»⁵⁷.

Ante ello se destaca que el recurrente no acreditó que el auditor hubiere actuado de mala fe; que el procedimiento de fijación del INPTV adoleciera de un error grave, evidente o irracional; que, como consecuencia de ello, la CEETTV S.A. efectivamente estuviere recibiendo mayores ingresos por concepto de pauta publicitaria, y mucho menos que estas circunstancias obedecieran a una intencionalidad específica de los servidores públicos correspondientes.

Baste recordar que el Tribunal arbitral, al examinar el alcance y validez de la cláusula contractual cuestionada, advirtió que resultaba conforme a derecho que la CNTV acudiera a un tercero para poder determinar parte de la prestación. No obstante -conforme al derecho comparado-, es factible que en esos casos se revise el precio cuando este llegare a ser «evidentemente inequitativo, erróneo, arbitrario, desproporcionado, abusivo o implique una injusticia considerable».

Cabe reiterar que el recurso de apelación no planteó motivación ni razonamiento alguno con elementos de prueba precisos e idóneos en torno a que el precio de la prórroga del contrato de concesión hubiere desconocido lo pactado por las partes, o que resultara «evidentemente inequitativo, erróneo, arbitrario, desproporcionado, abusivo o impli[cara] una injusticia considerable» de cara al patrimonio estatal.

Sobre los conceptos y metodologías utilizados por el auditor en orden a definir la variable sobre la cual la autoridad definiría el precio de la concesión, el Tribunal arbitral también fue enfático en precisar que «el ordenamiento en materia de prueba pericial solo permite objetar la misma por error grave, y no cualquier discrepancia sobre los resultados del perito».

La Sala considera que el hecho de que la autoridad de televisión haya pactado que una parte del precio de la prórroga del contrato de concesión estuviere sujeto a una variable, no necesariamente conduce a una afectación del patrimonio público; en primer lugar, por respeto a la autonomía de la voluntad que el ordenamiento le reconoce a la administración a la hora de contratar⁵⁸ y, en segundo lugar, debido a

⁵⁷ Folio 220 del cuaderno “acciones populares – contestación demandan por parte de CEETTV

S.A.” del expediente de la referencia. Cláusula octava del otrosí N.º 4 del contrato de concesión N.º 167 de 1998.

⁵⁸ Ley 80 de 1993. “Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [...]”.

Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. [...]”.

que dicha variabilidad determinaba una parte del precio de la concesión, permitiendo que, en todo caso, las arcas públicas recibieran un ingreso fijo de

\$8.838´000.000. Ello se traduce en que la autoridad de televisión tomó medidas prudentes y razonables en materia de gestión del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de televisión abierta.

Por lo anterior, la Sala coincide con el juez constitucional que examinó la juridicidad de la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, en el sentido de que la cláusula contractual controvertida no representa una transgresión manifiesta del ordenamiento superior ni el patrimonio del Estado.

Lo anterior, en tanto que la autonomía negocial para fijar el precio de la concesión fue ejercida por la administración en virtud de la competencia otorgada por la ley, sin evidenciar una desproporcionalidad de las prestaciones, pues, como se advirtió en el acápite C.2. de esta providencia, la Ley 1341 de 2009 señaló que la asignación o renovación del acceso al espectro radioeléctrico tiene como prioridad la maximización del bienestar social -incluso por encima de la maximización del ingreso fiscal⁵⁹-, promover la inclusión y reducir la brecha digital, lo cual se logra garantizando el acceso universal, la ampliación de la cobertura y la mejora de la calidad de los servicios a los usuarios.

En este orden de ideas, no es dable asumir en esta instancia que el patrimonio público fue administrado de manera negligente, irresponsable o deshonesto, pues, como se ha observado, la manera en que se fijó el precio de la prórroga de la concesión se mantiene dentro de los diversos ámbitos jurídicos aplicables⁶⁰.

Adicionalmente, y tal y como se explicó a lo largo del apartado C., el cumplimiento del deber de transporte o retransmisión de la señal de televisión abierta -aducido por el demandante como situación que repercute en los derechos colectivos, pero que se erige como instrumento articulador entre el Contrato de Concesión 167 y el servicio público de televisión- consulta

plenamente los cometidos constitucionalmente imperiosos que persigue el legislador.

El recurrente no demostró que el precio fijado por la autoridad de televisión desconociera de forma evidente algún parámetro, regla o imperativo de carácter técnico y científico relativo a la gestión eficiente del espectro electromagnético del Estado, el cual, como consecuencia, pusiera de manifiesto la vulneración de los intereses de la colectividad en torno al patrimonio público.

Por el contrario, la Sala destaca que utilizar la acción popular en aras de reconfigurar de manera aislada las condiciones económicas específicas de un solo

⁵⁹ Aspecto resaltado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en su recurso de apelación.

⁶⁰ Ley 80 de 1993, Ley 182 de 1995, Ley 1341 de 2009, Ley 472 de 1998, Decreto 1400 de 1970, entre otros.

contrato de concesión, sí amenazaría seriamente el patrimonio del Estado en atención a las implicaciones que ello acarrearía en materia económica, de gestión del espectro radioeléctrico, de estabilidad jurídica e igualdad de trato entre los diferentes concesionarios y de intervención técnica y eficiente del mercado de televisión. Sin lugar a dudas, ese tipo de determinaciones son propias del resorte de la administración pública.

Con todo, el demandante tampoco demostró que la cláusula cuestionada represente una condición competitiva abruptamente desfavorable para los intereses de los operadores nacionales y regionales de televisión abierta. Además de las razones expuestas en el literal C. de este capítulo, relativas a la legitimidad de restringir los derechos económicos asociados a la libre competencia económica, se observa que el Otrosí N.º 4 del Contrato de Concesión 167 de 1998 se pactó el 18 de marzo de 2009⁶¹, esto es, en el marco de la aplicación del deber de transporte de la señal de televisión abierta establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001.

En consecuencia, llama la atención de la Sala que, aunque la cláusula que fijó el precio de la prórroga del contrato de concesión 167 conforme a la Ley 680, data de 2009, el actor considera que sólo hasta el 2015 se está ocasionando una afectación de la libre competencia económica. Esta inactividad del actor a lo largo de 6 años⁶² no permite revelar la existencia de una vulneración que amerite la intervención del juez de la acción popular, máxime cuando: i) se trata de una cláusula contractual cuya legalidad ya ha sido declarada; ii) el contrato se ejecuta en observancia de un deber legal plenamente ajustado a la Constitución; y iii) no se allegó prueba idónea acerca de un impacto económico cierto -más no hipotético- sobre los demás concesionarios del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de televisión abierta.

En otras palabras, la mera disparidad de criterios técnicos en materia de definición de una tarifa en el marco de una cláusula que se encontró acorde al ordenamiento, no pone de manifiesto un perjuicio para los demás competidores del mercado de televisión abierta y tampoco para el patrimonio del Estado. El apelante debe entender que un análisis de tal naturaleza, referente a la conveniencia de las estipulaciones contractuales, no es propio del juez de la acción popular⁶³.

En efecto, en consideración al principio de relatividad del contrato, la Sala estima que el debate acerca del equilibrio o la equidad de las contraprestaciones pactadas con base en factores externos como el índice de inversión neta en publicidad en televisión -INPTV- es un aspecto propio de la autonomía de la

⁶¹ Folios 23 y ss. del cuaderno “que contiene el memorial presentado por el apoderado de la ANTV, mediante el cual descubre el traslado de la medida cautelar” del expediente de la referencia.

⁶² Demanda presentada el 19 de junio de 2015.

⁶³ “(...) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación”: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de junio de 2008, rad. 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP).

voluntad de las partes. En ese sentido, una vez ejercida dicha autonomía para definir las condiciones del contrato del que se es parte, en principio no resulta válido desconocer su contenido o pretender su ajuste so pretexto de las reglas o condiciones contractuales pactadas en otros contratos con otros operadores.

De manera que, como el contrato 167 de 1998 no transgrede derechos colectivos, sino que, por el contrario, se observó que los desarrolla en el marco de la ley y la Constitución, no es válido pretender el reajuste de la retribución pactada ni mucho menos la intervención en la prestación del servicio, bajo el pretexto de que la cláusula respectiva presenta diferencias razonables con las de otros contratos de concesión del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de televisión abierta. En este sentido se pronunció el Tribunal arbitral en el laudo de 3 de abril de 2013, cuando señaló lo siguiente:

«[...] en la cláusula contractual **no se pactó ninguna regla sobre la forma como el auditor debía proceder a fijar el valor de la inversión neta publicitaria en televisión [...]** por consiguiente [...] **la violación a cualquiera de las reglas pactadas en los contratos de concesión nacionales no puede ser invocada en contra de la parte demandada. [...] las reglas que el mismo [auditor] siguió y que se encontraban incluidas en el contrato de concesión celebrado entre CNTV y los canales nacionales, establecían la posibilidad de acudir a la fórmula que utilizó. Si la fórmula que la CNTV y los canales nacionales pactaron no era la adecuada, ello no tiene por qué afectar a la demandada en el presente proceso»**. (Negrilla fuera del texto).

Por otro lado, la Sala tampoco observa que en el expediente se encuentre acreditado que la conducta de los servidores y demás personas involucradas en la cláusula contractual cuestionada reúna los elementos objetivo y subjetivo que resultan indispensables para revelar el menoscabo del derecho colectivo a la moralidad administrativa⁶⁴.

En conclusión, el demandante no demostró la afectación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa ni a la defensa del patrimonio público; lo cual, como ya se anotó, es imprescindible para identificar el ámbito colectivo que la jurisprudencia exige del derecho a la libre competencia económica, a la hora de examinar su eventual vulneración en el marco de la acción popular.

Por último, la Sala procede a resolver los reparos planteados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MinTIC- en contra de la sentencia impugnada.

⁶⁴ Consejo de estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 1.º de diciembre de 2015, Rad. N.º: 11001-33-31-035-2007-00033-01 C. P.: Luis Rafael Vergara Quintero; de 13 de febrero de 2018, Rad. N.º: 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU) C. P.:

William Hernández Gómez; y de 5 de junio de 2018, Rad. N.º: 15001-33-31-001-2004-01647-01 (SUREV-AP) C. P.: Carlos Enrique Moreno Rubio.

Del plazo para iniciar el proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión abierta en la ciudad de Bogotá

En la sentencia de primera instancia el Tribunal amparó los derechos colectivos a «la libre competencia» y al «patrimonio público» debido a que la ausencia de una segunda estación local para el servicio de televisión abierta para la ciudad de Bogotá: i) constituye una indebida gestión del espectro electromagnético y de los recursos del Estado; ii) limita la libre competencia pues no permite el acceso de un nuevo agente económico para la prestación del servicio, y iii) afecta el pluralismo informativo. En consecuencia, decidió lo siguiente:

«PRIMERO: DECLÁRASE la existencia de la vulneración de los derechos e intereses colectivos a la libre competencia y al patrimonio público, con ocasión de la falta de ejecución de los trámites necesarios para efectuar la concesión de la segunda estación local de televisión abierta con ánimo de lucro disponible en la ciudad de Bogotá, en los términos del artículo 9º del Acuerdo 24 de 1997 de la CNTV.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDÉNASE a la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para que **dentro del término de los dos**

(2) meses siguientes a la ejecutoria de esta decisión, decida lo relativo a la apertura del proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión local abierta de operación privada en la ciudad de Bogotá D.C., a la que se refiere el literal b) del numeral 9º del Acuerdo 24 de 1997 de la CNTV, y con sujeción a la normativa vigente. [...]». (Negrilla fuera del texto).

En primer lugar, el MinTIC presentó recurso de apelación solicitando que se revoque el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, y que, en su defecto «se permita decidir la apertura del proceso de selección de acuerdo con los postulados previstos en el ordenamiento jurídico».

En segundo término, la misma cartera ministerial consideró que el plazo de dos

(2) meses para decidir lo relativo a la apertura del proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión local abierta de operación privada en la ciudad de Bogotá D.C., resulta insuficiente, pues en la actualidad existe una transición normativa con unos lineamientos que exigen mayores esfuerzos en materia de planeación y ejecución a la hora de iniciar el proceso de selección del concesionario para el servicio de televisión, pues previo a ello es necesario: i) revisar, modificar y actualizar el Acuerdo 24 de 1997 que reglamenta el otorgamiento de concesiones de televisión local con ánimo de lucro;

ii) verificar la existencia de pluralidad de interesados en la asignación de permisos para el uso del espectro radioeléctrico; iii) identificar la disponibilidad del espectro radioeléctrico; iv) estudiar y determinar el valor de la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico, y v) diseñar el proceso de selección objetiva.

En cuanto al paso iv), el Ministerio informó que la Agencia Nacional del Espectro

-ANE- se encuentra adelantando un proyecto para la revisión de la contraprestación

para la radiodifusión de televisión, el cual cuenta con el siguiente cronograma, que tiene como

límite el mes de abril de 2021:

Como puede observarse, el MinTIC no desconoció la existencia de la referida obligación jurídica⁶⁵, ni se opuso a que fuera la entidad llamada a darle cabal cumplimiento. La esencia de la réplica reside en dos aspectos: (i) que se le respete su autonomía administrativa para efectos de definir la oportunidad, la planificación, las condiciones y los presupuestos para seleccionar al concesionario de un segundo canal para Bogotá, y (ii) que para tal efecto el plazo de dos (2) meses otorgado por el Tribunal, resulta insuficiente.

Frente al primer cargo, la Sala advierte que, sin perjuicio de la autonomía que le asiste al MinTIC para el ejercicio de sus funciones, y de que el ordenamiento no precisó un plazo para la habilitación de una segunda estación local de televisión, lo cierto es que se trata de una obligación concreta que debe ser observada en el marco del principio de progresividad; es decir, desplegando de manera gradual diversas obligaciones de hacer, conforme a las capacidades económicas e institucionales del Estado, a efectos de garantizar la eficacia y cobertura de los derechos constitucionales⁶⁶.

⁶⁵ Obligación contenida en el parágrafo 1.º del artículo 22 de la Ley 182 de 1995, modificada por la Ley 335 de 1996, y en el literal b) del artículo 9.º del Acuerdo 24 emitido por la CNTV el 10 de julio de 1997. Acuerdo derogado en relación con el servicio de televisión local sin ánimo de lucro, mediante el Acuerdo 3 de 4 de abril de 2012: “Artículo 40. Derogatorias y vigencia. El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Acuerdos 24 de 1997 y 35 de 1998 **en cuanto se refieren al servicio de televisión local sin ánimo de lucro**, así como todas las disposiciones que le sean contrarias”.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-115 de 22 de febrero de 2017. M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

“Se trata de una relación de género a especie, en la que la prohibición no absoluta de regresión (regla) es una de las manifestaciones del principio de progresividad el que, antes que una obligación de no hacer (el regreso arbitrario en el contenido prestacional de los derechos), implica una obligación amplia de hacer, cada vez más exigente para “lograr gradual, sucesiva, paulatina y crecientemente la plena efectividad” del contenido prestacional de los derechos constitucionales.

Sin embargo, no se observa que el MinTIC haya informado o acreditado⁶⁷ el inicio ni el estado actual de los diversos trámites, estudios, revisiones normativas, verificaciones de interesados y de disponibilidad del espectro radioeléctrico, determinación de contraprestaciones equitativas, diseños de procesos y demás acciones que dicha cartera ministerial enlistó y programó como necesarias para cumplir con la obligación legal. Sumado a lo anterior, tampoco expuso razones asociadas a eventuales contratiempos que llegaran a obstaculizar el procedimiento administrativo para poner en operación un segundo canal para el Distrito Capital.

En ese sentido, la decisión del Tribunal de primera instancia de ninguna manera le ha impedido al MinTic «decidir la apertura del proceso de selección de acuerdo con los postulados previstos en el ordenamiento jurídico» y mucho menos que, conforme al mismo ordenamiento aplicable, se le esté oponiendo algún límite para el cumplimiento de su obligación jurídica de iniciar los pasos orientados hacia la apertura del proceso, tal y como lo quiere hacer ver el recurrente.

En efecto, el respeto por autonomía de la administración en la gestión de sus asuntos no justifica el desconocimiento del contenido obligacional de la disposición jurídica del Acuerdo 24, ni

conduce a que su exigibilidad se prolongue en el tiempo de forma indefinida, máxime cuando han transcurrido de más de 26 años desde la existencia de la obligación.

En otras palabras, la nueva normatividad, que impone nuevos requisitos y mayor rigurosidad en la modernización del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, no puede suponer un detrimento en la prestación del servicio ni la insatisfacción de los derechos de los usuarios, toda vez que el propósito mismo del ordenamiento es la materialización del derecho sustancial.

En cuanto al segundo cargo, referente a la insuficiencia del plazo de dos (2) meses otorgado por el Tribunal para cumplir con la orden de amparo, se observa que, conforme con el cronograma de gestión allegado por el MinTIC, actualmente se encuentra fenecida la fecha límite para darle cumplimiento a los

«hitos» que conducen, en primer lugar, a definir el valor de la contraprestación por

En este sentido, mientras que “El mandato de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual y de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico”, la “(...) prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad y, de manera más amplia, del principio de interdicción de arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de los contenidos prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada.”

En el mismo sentido: sentencia T-030 de 29 de enero de 2020. M.P.: Diana Fajardo Rivera. “Por otro lado, el principio de progresividad supone obligaciones de hacer con miras a garantizar, gradual y sucesivamente la plena efectividad de los derechos, en el contexto de las capacidades económicas e institucionales del Estado [...]”.

⁶⁷ Ley 1564 de 2012. “Artículo 167. Carga de la prueba. **Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.** [...]”.

el uso del espectro radioeléctrico y, seguidamente, a diseñar el proceso de selección correspondiente.

El desarrollo del referido conjunto de actividades y etapas administrativas previas iniciaba el 15 de agosto de 2020 con la «revisión de mejores prácticas internacionales», y concluía el 7 de abril de 2021 con la «expedición de la norma». Significa lo anterior que **el mismo MinTic precisó que las etapas que son requeridas para darle cumplimiento a la orden judicial debían ser agotadas dentro de un plazo máximo de ocho (8) meses.**

Así las cosas, aunque la apoderada judicial del MinTIC haya mencionado que esa cartera ministerial necesita, como mínimo, de 18 y hasta 24 meses para adelantar las acciones requeridas para asignar permisos del uso del espectro radioeléctrico para la operación del servicio de televisión abierta radiodifundida local, lo cierto es que dicho plazo no fue debidamente soportado en un calendario de trabajo que reflejara con precisión y claridad, las labores, los tiempos y la sumatoria de tales factores para el cumplimiento de la obligación jurídica, a diferencia de lo que ocurre con el cronograma anteriormente referido.

Pese a que la Sala no tuvo conocimiento sobre la evolución de las acciones administrativas que se requieren para habilitar el funcionamiento de un segundo canal de televisión abierta de operación privada en Bogotá D.C., se considera pertinente modificar el ordinal segundo de la sentencia de 17 de julio de 2020, en el sentido de reajustar el término de cumplimiento de dos (2) meses, al plazo de ocho (8) meses que prudencialmente y, en ejercicio de su autonomía administrativa, determinó el MinTIC en el cronograma que aportó ante esta instancia.

Cabe poner de relieve que el cronograma diseñado por el MinTIC no fue puesto en conocimiento del Tribunal de primera instancia, y su contenido resulta válido para

«señalar un plazo prudencial [de cumplimiento de la sentencia], de acuerdo con el alcance de las determinaciones», tal y como lo ordena el artículo 34 de la Ley 472. Por lo tanto, el ordinal segundo de la providencia recurrida quedará así:

«SEGUNDO: En consecuencia, ORDÉNASE a la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para que dentro del término de **ocho (8) meses** siguientes a la ejecutoria de esta decisión, decida lo relativo a la apertura del proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión local abierta de operación privada en la ciudad de Bogotá D.C., a la que se refiere el literal b) del numeral 9º del Acuerdo 24 de 1997 de la CNTV, y con sujeción a la normativa vigente. [...]».

Conclusión

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que la retransmisión de la señal de televisión abierta del canal local City Tv no transgrede el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 ni el contrato de concesión 167 de 1998. Por

consiguiente, tampoco atenta contra la libre competencia económica de los demás operadores de televisión abierta, el patrimonio público ni la moralidad administrativa.

De otro lado, debido a que el MinTIC no demostró haber desplegado algún tipo de actividad en orden a cumplir con su obligación jurídica de concesionar un segundo canal de televisión con ánimo de lucro para Bogotá, se observa que aún permanece la transgresión de los derechos colectivos amparados por el Tribunal que resolvió la primera instancia de esta controversia.

Por lo tanto, la Sala procederá a confirmar el ordinal primero de la sentencia proferida el 17 de julio de 2020 por la Subsección «A» de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, adicionalmente, se modificará el ordinal segundo de dicha providencia en el sentido de otorgar el término de ocho (8) meses para el despliegue de la conducta allí establecida.

Finalmente, según lo previsto en los artículos 38 de la Ley 472 de 1998 y 365 del Código General del Proceso y atendiendo el criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión No. 27 en providencia del 6 de agosto de 2019⁶⁸, a través del cual se unificó la jurisprudencia de la Corporación respecto de la condena en costas procesales en acciones populares, no se condenará en costas en esta instancia.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el ordinal segundo de la sentencia de 17 de julio de 2020, proferida por la Subsección «A» de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual quedará así:

«SEGUNDO: En consecuencia, ORDÉNASE a la Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para que dentro del término de **ocho (8) meses** siguientes a la ejecutoria de esta decisión, decida lo relativo a la apertura del proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión local abierta de operación privada en la ciudad de Bogotá D.C., a la que se refiere el literal b) del numeral 9º del Acuerdo 24 de 1997 de la CNTV, y con sujeción a la normativa vigente. [...]».

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araújo Oñate, radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: REMITIR copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

QUINTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriado este proveído.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ Consejero de Estado Presidente	NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN Consejera de Estado
HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ Consejero de Estado	ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Consejero de Estado

CONSTANCIA: 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, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley. P:(11)





logo