

Radicado: 11001 03 24 000 2012 00187 00

Demandante: Rodrigo Humberto Hernández Rodríguez

y Rodrigo Sebastián Hernández Alonso

SERVICIOS PÚBLICOS / TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES – Regulación / SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Marco legal / SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Encadenamiento / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Para reglamentar las condiciones de encadenamiento en la prestación del servicio público de radiodifusión sonora

La Ley 1341 de 2009 no se refirió expresamente a esa actividad; no obstante, tal y como lo advirtió el Agente del Ministerio Público, el Congreso de la República sí habilitó expresamente al MINTIC para fijar los parámetros técnicos esenciales en la prestación del servicio de radiodifusión sonora, aspecto que conduce a preguntarse si la determinación de las condiciones de encadenamiento se enmarca dentro de la citada función. [...] En efecto, el concepto de encadenamiento se refiere a la posibilidad que tienen las estaciones de radiodifusión de enlazarse o vincularse entre ellas con el fin de emitir un mismo contenido en forma periódica u ocasional, aspecto este que denota un claro matiz técnico y que hace procedente entender que el MINTIC sí era competente para establecer las condiciones de encadenamiento en la manera en que lo efectuó en los transcritos artículos 52 y 54 del acto impugnado.

SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Concesión mediante licencia / CONCESIÓN DEL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Causales de terminación / AMBIGÜEDAD DE UNA DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA COMO CAUSAL DE NULIDAD – Improcedencia

Adujeron los actores que la causal de terminación de la concesión vista en el literal d) del artículo 11 del acto acusado era ambigua y que ello daba lugar a que fuera utilizada como retaliación de parte del demandado hacia quien se oponga a su gestión y como una medida de confiscación. [...] [L]o que se observa es que la calificación de ambigüedad de la causal resulta ser una apreciación subjetiva de los demandantes que no permite de ninguna manera efectuar el control de legalidad al que debe responder la instauración de las acciones contenciosas correspondientes, pues debe recordarse que lo que está de por medio es la discusión sobre uno de los principales atributos de los actos administrativos, este es, el de legalidad. Tal circunstancia impone al interesado en cuestionar su validez la carga de sustentar jurídicamente que dicha decisión no se ajusta al orden jurídico superior, o que se halla falsamente motivada, o que fue expedida con desviación de poder, o violando los preceptos que regulan el debido proceso y el

derecho de audiencia y de defensa, o que fue expedida irregularmente o por funcionario que no tenía competencia para ello. Así pues, no es suficiente que se reproche la ambigüedad de una disposición reglamentaria como una causal de nulidad, máxime si estamos en escenarios constitucionales en los que ningún derecho, ni siquiera los de orden fundamental, son absolutos. De otro lado, no se entendería de ningún modo a quiénes se refiere la parte actora como "opositores", y menos podría partirse de que la Administración busca reprimir conductas de los particulares bajo el prisma de legalidad, toda vez que sería tanto como partir de una concepción antijurídica de las actuaciones de las entidades del Estado, sin que se fundamente en modo alguno tal aseveración. En conclusión, no se advierte en este cargo más que un reproche subjetivo de parte de los memorialistas que hace imposible establecer un juicio de legalidad de la disposición en cita, teniendo en cuenta además que el carácter amplio de una disposición no genera en sí mismo consecuencias como las que le atribuye la parte accionante, y que será de cargo de la entidad que llegare a cancelar la concesión con fundamento en las indicadas causales explicar la procedencia de las mismas en cada caso concreto.

CONCESIÓN DEL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Causales de terminación / CAUSAL DE TERMINACIÓN DE LA CONCESIÓN DEL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Por cancelación de la concesión / INHABILIDAD – Concepto / INHABILIDADES PARA ACCEDER A LOS PERMISOS PARA EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO / PROHIBICIÓN PARA PROVEER EL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA PREVISTA EN LA LEY – A quienes se les haya declarado la caducidad del contrato y a quienes por cualquier causa se les haya cancelado la licencia en todo el territorio nacional / PROHIBICIÓN PARA PROVEER EL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN REGLAMENTARIA - A quien se le haya declarado la caducidad del contrato o la cancelación de la licencia pero circunscrita a la misma sede en la que se le otorgó la concesión / INHABILIDAD – Concepto / RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Tiene estricta reserva constitucional o legal / EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Al crear una condición en cuanto al ámbito de aplicación de la caducidad o de la cancelación de la licencia consistente en que tales decisiones sólo cobijan la sede en la que se otorgó la concesión, mientras que la norma legal no especifica tal cuestión / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Exceso: nulidad del aparte "en la misma sede en la que se le otorgó la concesión" del literal e) del artículo 11 de la Resolución 00415 de 2010 MINTIC

No cabe duda que la disposición a que se ha hecho referencia consagra una inhabilidad, en tanto que prohíbe, a quien se le haya declarado la caducidad del contrato o la cancelación de la licencia, proveer del servicio de radiodifusión sonora en la misma sede en que se otorgó la concesión, aun cuando el escenario en el que se plantea sea ajeno a tal regulación, pues está referido es a las causales de terminación de la concesión. Bajo tales premisas, es procedente concluir que es cierto que el literal e) del artículo 11 de la Resolución No. 00415 de 2010 se refiere a una inhabilidad. Ahora es preciso definir si se trata de una inhabilidad contemplada en el orden jurídico superior o, si por el contrario, fue creada por medio del acto que se censura, para lo cual resulta útil traer a colación las disposiciones de la Ley 1341 de 1993, que es precisamente la que es objeto de reglamentación en la decisión censurada. [...] Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 de esa misma Ley, "[l]a concesión del servicio de radiodifusión sonora incluye el permiso para el uso del espectro radioeléctrico", lo que hace aplicable a dicho servicio el régimen de inhabilidades a que se ha hecho referencia. Despejado lo

anterior, y en consonancia con la lectura del precepto legal anotado se advierte que las causas, en lo pertinente, que dan lugar a la inhabilidad para obtener permisos para el uso del espectro radioeléctrico se reputan de quien haya sido objeto de declaración de caducidad del contrato para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones y respecto de quienes por cualquier razón se les haya cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico. Es decir, que es cierto que la norma legal objeto de reglamentación por el acto administrativo acusado establece como prohibición el acceso a los permisos por el uso del espectro radioeléctrico a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones, y a quienes por cualquier causa se les haya cancelado la licencia para prestar los servicios o actividades de comunicaciones o uso del espectro radioeléctrico. Pues bien, de la comparación de la citada inhabilidad legal con la reglamentaria se desprende que la segunda restringió el alcance de la inhabilidad a la sede en la cual fue otorgada la concesión objeto de caducidad o cancelación, en tanto que la norma de la Ley 1341 de 2009 no prevé tal condición. [...] De lo expuesto se extrae con claridad que lo dispuesto en el acto reglamentario excedió la disposición legal, como quiera que creó una condición en cuanto al ámbito de aplicación de la caducidad o de la cancelación de la licencia consistente en que tales decisiones sólo cobijan la sede en la que se otorgó la concesión, mientras que la norma legal no especifica tal cuestión. Lo dicho conduce a declarar la nulidad del aparte "en la misma sede en la que se le otorgó la concesión", previsto en el literal e) del artículo 11 de la Resolución No. 00415 de 2010, en tanto que, se reitera, tal punto no fue previsto en la Ley 1341 de 2009, y la configuración del régimen de inhabilidades tiene estricta reserva constitucional o legal de acuerdo con lo expresado tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado.

SERVICIO COMUNITARIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Límites en los tiempos de emisión de publicidad comercial / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Para reglamentar las condiciones de emisión de publicidad en el servicio comunitario de radiodifusión sonora

[E]l Legislador defirió al Ministerio la atribución de reglamentar lo atinente a la clasificación del servicio de radiodifusión sonora, así como la definición de los parámetros técnicos esenciales en que se debe prestar el servicio, y particularmente, para el comunitario, la necesidad de fijar los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas para su prestación; luego se infiere que el MINTIC sí es competente para la expedición de las condiciones de emisión de publicidad a que se refieren las disposiciones cuestionadas.

SERVICIO COMUNITARIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA Y SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Diferencias / SERVICIO COMUNITARIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Legalidad de la prohibición de transmitir programas proselitistas / SERVICIO COMUNITARIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Límites en los tiempos de emisión de publicidad comercial. Justificación / DERECHO A LA IGUALDAD – No se vulnera al imponer límites en la emisión de publicidad en el servicio de radiodifusión sonora comunitaria que no se encuentran en el servicio de radiodifusión comercial / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[E]n relación con la vulneración del derecho a la igualdad que aducen los accionantes respecto de las restricciones a que se sujeta esta clase de servicio (la comunitaria), debe ponerse de relieve que la finalidad para la cual fue diseñado este tipo de servicio responde el cargo de violación del artículo 13 Superior y también el de trasgresión a la libertad económica y libre competencia de la

forma como se entra a explicar. El servicio comunitario de radiodifusión sonora podría definirse como la manera de "difundir programas de interés social, cultural, recreativo, educativo y cívico para propiciar el desarrollo socioeconómico que permita la integración y solidaridad de la ciudadanía, en donde está excluido el ánimo de lucro", en aras de que "los grupos de población de menores ingresos económicos residentes en áreas urbanas y rurales marginales o de frontera y, en general, los sectores más débiles o minoritarios de la sociedad puedan acceder a esta clase de servicios para propiciar su desarrollo socioeconómico, la expresión de su cultura y la integración a la vida nacional.". Se trata entonces de una de las clases del servicio de radiodifusión que atiende el contenido de la programación. Las finalidades y objetivos antes descritos, la ausencia de ánimo de lucro que caracteriza a la radiodifusión sonora comunitaria y la población a la cual van dirigidos los programas, marcan una diferencia sustancial en relación con el servicio de radiodifusión sonora que prestan las entidades distintas de las comunitarias, lo cual impide reclamar un mismo tratamiento. [...] Como se puede advertir, el objetivo de incluir como uno de los tipos de servicio de radiodifusión sonora al comunitario lo fue la necesidad de promover la participación democrática local con temas de interés del ciudadano, y por supuesto, con espacios de expresión directa del mismo, que representaran sus intereses, sus necesidades, sus proyectos, que constituyera un reflejo de las formas propias de la sociedad a la cual transmite. Siendo ello así, y dadas las especiales características del anotado servicio, resulta no solamente justificada, sino necesaria y adecuada la distinción en el tratamiento de las condiciones exigidas para quienes se interesen en prestarlo, lo cual lleva a afirmar que no existe violación del derecho a la igualdad y por ello, tampoco es procedente decretar la nulidad de las disposiciones transcritas, si el acto administrativo que reglamenta el servicio de radiodifusión sonora impone límites a la emisión de publicidad en el servicio de radiodifusión sonora comunitaria que no se encuentran en el servicio de radiodifusión comercial.

**SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA - Retransmisión de programas pregrabados /
RETRANSMISIÓN DE PROGRAMAS PREGRABADOS EN SERVICIO DE
RADIODIFUSIÓN SONORA – Requisito: Autorización previa y expresa del propietario de la
programación que se utilice / DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS EN SERVICIO DE
RADIODIFUSIÓN SONORA – Garantía**

Aseguraron los demandantes que debía estimarse la anotada solicitud, en consideración a que los temas de derechos de autor y conexos que allí refiere no se encontraban siquiera mencionados en la Ley 1341 de 2009. Tal aseveración impone a la Sala determinar en primer término si es cierto que la mencionada Ley no regula esos asuntos, para lo cual se observa que, revisado el contenido de la citada Ley, no se advierte alusión alguna a la necesidad de regular derechos de autor y conexos; no obstante, ello por sí mismo no haría próspero el reparo anotado debido a que, tal y como lo puso de presente tanto el MINTIC como el Ministerio Público, la fuente de tal deber deviene de lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley 23 de 1982, [...] Bajo ese entendido, cuando la cartera accionada expidió la Resolución No. 00415 de 2010 no hizo cosa distinta que cumplir con los mandatos del artículo 6º y 121 Constitucionales y acatar los deberes previstos en el orden jurídico superior. Tal discernimiento resulta plenamente aplicable al cargo de nulidad formulado en relación con el artículo 97 del acto que se impugna, pues también es cierto que la Ley 1341 de 2009 no prevé la expedición de paz y salvos por concepto de derechos de autor como condición de los trámites que adelante el concesionario ante el MINTIC durante el año, y sin embargo, ello no es óbice para confirmar la validez de la disposición reglamentaria, en tanto que existe previsión normativa que impone ese deber al demandado.

PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA – Puede ser en gestión

directa o indirecta / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA EN GESTIÓN DIRECTA – Por conducto de entidades públicas debidamente autorizadas / SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE INTERÉS PÚBLICO – Licenciamiento / SOLICITUD DE LICENCIAMIENTO DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE INTERÉS PÚBLICO – Requisitos: ser una entidad pública / SOLICITUD DE LICENCIAMIENTO DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE INTERÉS PÚBLICO – No se pueden excluir a las emisoras educativas universitarias de acreditar su condición de entidad pública / SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA DE INTERÉS PÚBLICO – No puede ser prestado por una institución de educación superior de naturaleza privada

[L]a gestión directa es la efectuada por entidades públicas y será concedida por licencia, en tanto que la indirecta se somete al agotamiento de un procedimiento de selección objetiva, y de acuerdo a la clase de servicio, será concedida por licencia o por contrato. Según se advierte del último inciso en cita, el Congreso de la República habilitó al MINTIC para la clasificación del servicio atendiendo sus fines y condiciones de cubrimiento, mandato que fue cumplido en el Capítulo II del Título I de la Resolución 00415 de 2010. Allí se indicaron los siguientes criterios: (i) según la gestión del servicio la radiodifusión puede ser directa o indirecta; (ii) según la programación puede existir radiodifusión sonora comercial, comunitaria o de interés público; (iii) según su cubrimiento se clasifica en zonal, zonal restringido o local restringido y (iv) conforme a la tecnología de transmisión se divide en Amplitud Modulada (A.M.), Frecuencia Modulada (F.M.) o digital y nuevas tecnologías. De la interpretación de las normas en cita se infiere que la prestación del servicio de radiodifusión sonora en Colombia atiende distintos parámetros (comerciales, comunitarios, de interés público, zonal, zonal restringido, local restringido, amplitud o frecuencia modulada digital) pero en todo caso, deberá definirse si su gestión es directa o indirecta. El precepto censurado está referido a la radiodifusión sonora de interés público, es decir, la orientada a satisfacer los requerimientos de comunicación del Estado con los ciudadanos y las comunidades, para la "defensa de los derechos constitucionales, la protección del patrimonio cultural y natural de la nación, a fin de procurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, sin ánimo de lucro, a cargo y bajo la titularidad del Estado". [...] Como se advierte la misma norma reglamentaria sujetó la concesión del servicio de radiodifusión sonora de interés público a una prestación de gestión directa, esto es, la que ejecuta una entidad pública siempre que cuente con la autorización de la ley o del MINTIC. Si ello es así, cuando la norma establece los requisitos para presentar una solicitud y exceptúa las emisoras educativas universitarias está no solamente contraviniendo una norma del mismo catálogo reglamentario (artículo 67), sino el alcance de lo entendido legalmente como gestión directa en la manera en que fue explicado dicho concepto de manera previa, habida cuenta de que sólo las entidades públicas están habilitadas para gestionar directamente el servicio de radiodifusión sonora de interés público y no todas las instituciones de educación superior, legalmente reconocidas y acreditadas institucionalmente por el Ministerio de Educación Nacional, tienen ese carácter. Entendido lo expuesto resta por declarar la nulidad de la expresión "salvo cuando se trate de emisoras educativas universitarias", contenido en el numeral primero del artículo 68 del acto impugnado, advirtiendo que tal decisión sólo producirá efectos pasados seis (6) meses de haberse notificado la sentencia, en consideración a que la Sala advierte un vacío en la reglamentación que sobre la prestación del servicio de radiodifusión sonora en interés público pueden prestar las emisoras educativas universitarias de carácter privado.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 3418 DE 1954 – ARTÍCULO 1 / DECRETO LEY 3418 DE 1954 – ARTÍCULO 2 / DECRETO LEY 3418 DE 1954 – ARTÍCULO 3 / LEY 77 DE 1966 – ARTÍCULO 4 / LEY 51 DE 1984 – ARTÍCULO 1 / LEY 72 DE 1989 – ARTÍCULO 1 / LEY

72 DE 1989 – ARTÍCULO 2 / LEY 72 DE 1989 – ARTÍCULO 3 / LEY 72 DE 1989 –
ARTÍCULO 4 / LEY 72 DE 1989 – ARTÍCULO 5 LEY 72 DE 1989 – ARTÍCULO 7 /
DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 19 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 –
ARTÍCULO 20 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 23 / DECRETO LEY 1900 DE
1990 – ARTÍCULO 27 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 29 / DECRETO LEY
1900 DE 1990 – ARTÍCULO 34 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 35 /
DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 40 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 –
ARTÍCULO 41 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 48 / LEY 80 DE 1993 –
ARTÍCULO 33 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 35 / DECRETO 1480 DE 1994 – ARTÍCULO
2 / DECRETO 1695 DE 1994 / DECRETO 1447 DE 1995 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO
14 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 56 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 57 / LEY 23 DE
1982 – ARTÍCULO 162

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de abril) MINISTERIO DE
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES MINTIC –
ARTÍCULO 1 (No anulado) / RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de abril) MINISTERIO DE
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES MINTIC –
ARTÍCULO 11 (Anulado parcialmente) / RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de abril)
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
MINTIC – ARTÍCULO 26 (No anulado) / RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de abril)
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
MINTIC – ARTÍCULO 27 (No anulado) / RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de abril)
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
MINTIC – ARTÍCULO 28 (No anulado) / RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de abril)
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
MINTIC – ARTÍCULO 51 (No anulado) / RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de abril)
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
MINTIC – ARTÍCULO 52 (No anulado) / RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de abril)
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
MINTIC – ARTÍCULO 53 (No anulado) / RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de abril)
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
MINTIC – ARTÍCULO 54 (No anulado) / RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de abril)
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
MINTIC – ARTÍCULO 68 (Anulado parcialmente) / RESOLUCIÓN 00415 DE 2010 (13 de
abril) MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES MINTIC – ARTÍCULO 75 (No anulado) / RESOLUCIÓN 00415 DE
2010 (13 de abril) MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES MINTIC – ARTÍCULO 97 (No anulado) / RESOLUCIÓN 00415 DE
2010 (13 de abril) MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES MINTIC – ARTÍCULO 102 (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-24-000-2012-00187-00

Actor: RODRIGO HUMBERTO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y RODRIGO SEBASTIÁN HERNÁNDEZ ALONSO

Demandado: MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES (EN ADELANTE MINTIC)

Tesis: No es nulo por exceso de la potestad reglamentaria el acto administrativo que reglamenta el servicio de radiodifusión sonora si regula lo relacionado con la posibilidad que tienen las emisoras de encadenarse entre sí.

Es nulo que el acto administrativo que reglamenta el servicio de radiodifusión sonora modifique las causales de inhabilidad para contratar con la administración, si contempló como causal de terminación de la concesión la cancelación de la misma por declaratoria de caducidad o cancelación de la licencia en la sede en que se otorgó la concesión y no en todo el territorio nacional.

Es competente el MINTIC para imponer un límite en los tiempos de emisión de publicidad comercial del servicio de radiodifusión sonora comunitaria de acuerdo al número de pobladores de un ente territorial.

No vulnera el derecho a la igualdad el acto administrativo que reglamenta el servicio de radiodifusión sonora si impone límites a la emisión de publicidad comercial y política así como a la retransmisión de la programación en el servicio de radiodifusión sonora comunitaria que no se encuentran en el servicio de radiodifusión comercial.

No es nulo el acto administrativo que reglamenta el servicio de radiodifusión sonora si se refiere a algunos aspectos relacionado con derechos de autor y conexos cuando la norma legal objeto de reglamentación no dispone nada al respecto.

Es nulo el acto administrativo que reglamenta el servicio de radiodifusión sonora cuando excluye a las emisoras educativas universitarias de acreditar su condición de entidad pública a efectos de presentar la respectiva solicitud para la prestación de servicio de radiodifusión sonora de interés público.

No es cierto que el MINTIC esté delegando la facultad de inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio de radiodifusión sonora en la ANE.

La Sala procede a decidir en única instancia la demanda de nulidad interpuesta por los ciudadanos Rodrigo Humberto Hernández Rodríguez y Rodrigo Sebastián Hernández Alonso, contra algunos de los artículos de la Resolución No.00415 del 13 de abril de 2010, proferida por el MINTIC, "Por la cual se expide el Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora y se dictan otras disposiciones".

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), los actores solicitaron a la Corporación que accediera a decretar la nulidad de los aparatos que aparecen subrayados a continuación de los artículos 1, 11, 26, 27, 28, 51, 52, 53, 54, 68, 75, 97 y 102 de la Resolución

No. 00415 del 13 de abril de 2010, proferida por el MINTIC.

1. El acto cuestionado

"RESOLUCIÓN 415 DE 2010

(abril 13)

Diario Oficial No. 47.685 de 19 de abril de 2010

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Por la cual se expide el Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora y se dictan otras disposiciones.

EL MINISTRO (E) DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES,

en ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas por las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1341 de 2009 y por los Decretos 091 y 174 * de 2010 y

CONSIDERANDO QUE:

De conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1341 de 2009 corresponde al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, otorgar las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora y expedir la reglamentación del mismo.

El parágrafo del artículo 58 de la Ley 1341 de 2009 dispone que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará el Título VIII: De la Radiodifusión Sonora.

Que por lo expuesto debe expedirse el Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora.

RESUELVE:

TÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

CAPÍTULO I.

SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA.

ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente resolución tiene por objeto expedir el Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora que desarrolla los alcances, objetivos, fines y principios de dicho servicio público; las condiciones para su prestación; los derechos y obligaciones de los proveedores; los criterios para la organización, encadenamiento y concesión del servicio, así como su clasificación y las condiciones de cubrimiento del mismo.

(...)

ARTÍCULO 11. CAUSALES DE TERMINACIÓN DE LA CONCESIÓN. Son causales de terminación de la concesión las siguientes:

(...)

d) Cuando las exigencias del Servicio de Radiodifusión Sonora lo requieran o la situación de orden público lo imponga;

e) Por cancelación de la concesión. El titular de una concesión que hubiere dado lugar a la declaratoria de la caducidad del contrato o a la cancelación de la licencia, no podrá ser proveedor del servicio en la misma sede en la que se le otorgó la concesión, por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria del respectivo acto;

(...)

ARTÍCULO 26. PROGRAMACIÓN Y PUBLICIDAD EN EMISORAS

COMUNITARIAS. La programación de las estaciones de radiodifusión sonora comunitaria debe estar orientada a generar espacios de expresión, información, educación, comunicación, promoción cultural, formación, debate y concertación que conduzcan al encuentro entre las diferentes identidades sociales y expresiones culturales de la comunidad, dentro de un ámbito de integración y solidaridad ciudadana y, en especial, la promoción de la democracia, la participación y la divulgación de los derechos fundamentales de los colombianos que aseguren una convivencia pacífica.

PARÁGRAFO 1o. En sus emisiones diarias, la emisora se debe identificar siempre como comunitaria, además del nombre escogido para su operación y el distintivo de llamada.

PARÁGRAFO 2o. A través del Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora no podrá transmitirse ningún tipo de programa con fines proselitistas ni publicidad política.

ARTÍCULO 27. COMERCIALIZACIÓN DE ESPACIOS EN EMISORAS

COMUNITARIAS. Por las estaciones de radiodifusión sonora comunitaria podrá transmitirse propaganda, exceptuando la publicidad política, y podrá darse crédito a quienes hayan dado patrocinios, auspicios y apoyos financieros para determinada programación, siempre que no se trate de personas cuyas actividades o productos esté prohibido publicitar.

La transmisión de publicidad así como los créditos por patrocinios, auspicios y apoyos se sujetará para las emisoras comunitarias a los siguientes criterios:

Para municipios con menos de 100.000 habitantes, de acuerdo con la información reportada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, la transmisión de publicidad así como los créditos por patrocinios, auspicios y apoyos no podrá sobrepasar de quince (15) minutos por cada hora de transmisión de la estación.

Para municipios entre 100.000 y 500.000 habitantes, de acuerdo con la información reportada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, la transmisión de publicidad así como los créditos por patrocinios, auspicios y apoyos no podrá sobrepasar de diez (10) minutos por cada hora de transmisión de la estación.

Para municipios o distritos con más de 500.000 habitantes, de acuerdo con la información reportada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, la transmisión de publicidad así como los créditos por patrocinios, auspicios y apoyos no podrá sobrepasar de siete (7) minutos por cada hora de transmisión de la estación.

Las emisoras comunitarias deberán destinar dos (2) horas de su programación semanal para permitir la transmisión de programas desarrollados por instituciones educativas públicas legalmente reconocidas ante el Ministerio de Educación.

ARTÍCULO 28. RETRANSMISIÓN DE PROGRAMAS PREGRABADOS. Los proveedores del Servicio de Radiodifusión Sonora podrán retransmitir programas pregrabados de otras estaciones de radiodifusión sonora, siempre que cuenten con autorización previa y expresa del propietario de la programación que se utilice y esta tenga relación directa con los fines del servicio.

En todo caso el proveedor es el directo responsable por la programación que emita y debe responder legal y administrativamente por el incumplimiento de las normas legales que la rigen.

(...)

ARTÍCULO 51. DEFINICIÓN DE CADENA RADIAL. Para efecto de lo establecido en la presente resolución, se entiende por cadena radial toda organización debidamente constituida por cinco (5) o más estaciones de radiodifusión sonora, ubicadas en dos o más municipios o distritos del país, con el fin de efectuar transmisiones enlazadas en forma periódica, para la difusión de programación a través de las bandas y frecuencias autorizadas, a cada una de ellas.

ARTÍCULO 52. REQUISITOS PARA CONSTITUIR UNA CADENA RADIAL. El Ministerio podrá autorizar la constitución de cadenas radiales, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que el encadenamiento sea entre cinco (5) o más estaciones de radiodifusión sonora ubicadas en distintos municipios o distritos del país.

2. Solicitud escrita elevada por el representante legal de la organización, cuando fuere persona jurídica, o los proveedores de cada una de las estaciones que pretenden conformar la cadena, o sus apoderados, en la que se indique:

a) Relación de las estaciones de radiodifusión sonora que integrarán la cadena;

b) Presentación de los aspectos técnicos generales que involucre la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora, tales como redes, sistemas o servicios que faciliten o posibiliten los enlaces.

Si la organización tuviere personería jurídica, deberá adjuntarse prueba de su existencia y representación legal.

PARÁGRAFO. Cualquier modificación relacionada con el numeral segundo de este artículo, deberá ser informada previamente y por escrito al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el cual producirá un acto administrativo en el que incluye la modificación respectiva en la inscripción de la cadena radial.

ARTÍCULO 53. TRÁMITE DE LA SOLICITUD PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA CADENA RADIAL. Dentro de los términos establecidos en el Código Contencioso

Administrativo, o las normas que lo sustituyan, deroguen o modifiquen, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones expedirá el correspondiente acto administrativo, el cual se notificará al proveedor o apoderado autorizado para ello, quien de acuerdo con lo allí resuelto deberá, si a ello hubiere lugar, cancelar dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la ejecutoria del mismo, a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, una suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria y adjuntar el recibo de pago al Ministerio para que obre en el respectivo expediente.

PARÁGRAFO. Cuando la cadena radial requiera de frecuencias radioeléctricas para operar la red de enlace de las emisoras que la conforman, deberá hacer la solicitud respectiva cumpliendo con las normas vigentes, y pagar al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones los derechos correspondientes, de acuerdo con las tarifas que fije el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

ARTÍCULO 54. DE LA PROHIBICIÓN DE ENCADENARSE.

1. No podrán pertenecer a la misma cadena, la totalidad de las estaciones de radiodifusión sonora que operen en un mismo municipio o distrito.

2. Las estaciones de radiodifusión comunitaria, y de interés público no podrán pertenecer a ninguna cadena.

3. Los proveedores de estaciones que se encuentren sancionados con la suspensión del servicio.

PARÁGRAFO. Sin perjuicio de lo aquí dispuesto, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá ordenar la transmisión enlazada de programación, que involucre a la totalidad de las estaciones que operen en el territorio nacional o parte de ellas en los casos de retransmisión de información oficial y cuando el interés público lo amerite.

(...)

ARTÍCULO 68. REQUISITOS PARA LAS SOLICITUDES. Son requisitos para presentar las solicitudes para la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público, los siguientes:

1. Ser una entidad pública, salvo cuando se trate de emisoras educativas universitarias.

2. Presentar el documento que acredite la representación legal de la entidad.

3. Presentar el certificado de disponibilidad y registro presupuestal en los términos del estatuto orgánico del presupuesto y sus decretos reglamentarios, donde conste:

a) El financiamiento de equipos y del montaje de la estación;

b) Los recursos para la cancelación de los derechos de concesión y las contraprestaciones por el uso del espectro radioeléctrico, para el primer año.

4. En caso de contar con la infraestructura para la operación de la emisora se deben presentar los documentos que acrediten la propiedad o tenencia de los equipos y las facilidades para el montaje y la puesta en operación de la emisora.

5. Presentar el proyecto para la instalación y operación de la estación del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público, que contenga como mínimo la siguiente información:

a) Plan de Programación.

b) Recursos administrativos y responsables de la dirección y ejecución del proyecto.

c) Recursos en infraestructura (terrenos y locales para la ubicación de los estudios, transmisores y sistema irradiante de la estación).

6. Indicar el área geográfica para la prestación del servicio, señalando el cubrimiento de municipio(s) y/o departamento(s), y la tecnología de transmisión solicitada (A. M. o F. M.).

PARÁGRAFO 1o. Las solicitudes para la instalación y operación de la estación del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público, deberán ser presentadas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por conducto del representante legal de la entidad pública, o instituciones de educación superior, quien deberá presentar el respectivo acto administrativo de nombramiento o acta de posesión.

PARÁGRAFO 2o. Las solicitudes de los diversos estamentos de la Fuerza Pública, deberán ser allegadas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por conducto del representante legal del Ministerio de la Defensa Nacional o de la Policía Nacional.

(...)

ARTÍCULO 75. CESIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCESIÓN. Las entidades públicas concesionarias del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público no podrán ceder, vender, arrendar o transmitir bajo ningún título, a terceros, los derechos derivados de la concesión.

(...)

ARTÍCULO 97. DERECHOS DE AUTOR. Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 162 de la Ley 23 de 1982, los proveedores del Servicio de Radiodifusión Sonora deberán presentar dentro del primer trimestre del año ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones los paz y salvos, vigentes al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, por concepto de derechos de autor, correspondiente a la autorización y pago de las obras efectivamente utilizadas.

Este paz y salvo deberá ser emitido por las sociedades de gestión colectivas con personería jurídica que estén legalmente reconocidas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, y tendrán validez para cualquier trámite que solicite el proveedor durante el año.

(...)

ARTÍCULO 102. INSPECCIÓN VIGILANCIA Y CONTROL DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN SONORA. De conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la Constitución Política y el artículo 60 de la Ley 1341 de 2009, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tiene a su cargo la Inspección vigilancia y control sobre el Servicio de Radiodifusión Sonora.

Para el ejercicio de estas funciones el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá practicar en cualquier tiempo visitas a las estaciones de los proveedores, con el fin de verificar y solicitar información sobre la correcta y continua prestación del servicio, constatar el cumplimiento de las normas que lo regulan o advertir la necesidad de corregir fallas o desviaciones en el mismo.

La Agencia Nacional del Espectro adelantará las visitas correspondientes para verificar el cumplimiento de los parámetros técnicos esenciales y no esenciales de las estaciones de radiodifusión sonora y adelantará las actuaciones de su competencia.

La Agencia Nacional del Espectro deberá remitir el resultado de las mismas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que se adelanten, si es del caso, las actuaciones administrativas que correspondan y para que hagan parte del expediente histórico del concesionario.

Con idéntico propósito, los proveedores del Servicio de Radiodifusión Sonora están en el deber de remitir periódicamente la información y certificaciones que exija el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las cuales se entenderán presentadas y rendidas bajo la gravedad de juramento.

PARÁGRAFO. Los proveedores están en la obligación de atender, colaborar y suministrar la información requerida en las visitas practicadas en cualquier momento por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por la Agencia Nacional del Espectro." (Las subrayas corresponden a los apartes acusados).

1. Normas violadas y concepto de la violación

La actora señala como violadas las siguientes disposiciones: artículos 13, 20, 34, 333 de la Constitución Política; literal c) del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 y artículos 56, 57, 58, 60 y 162 de la Ley 1341 de 2009.

A continuación se realiza una síntesis del concepto de violación que esgrimió el demandante:

1. Cargo primero: "Acuso la nulidad por ilegalidad de los apartes subrayados del artículo 1, y la totalidad de los artículos 51, 52, 53 y 53 (Sic) de la Resolución 415 de 2010 por violación al artículo 57 y el parágrafo del artículo 58 de la ley (Sic) 1341 de 2009"[1]

Adujeron que las únicas funciones que se otorgaron para ser objeto de reglamentación por el MINTIC, lo fueron: la clasificación del servicio, la forma de prestar el servicio, los requisitos para ser concesionarios, la programación de las emisoras en especial las que se presten en gestión directa, la cesión y transferencia de los derechos de concesión, la inspección, vigilancia y control, el archivo del material radiofónico y la forma como el Ministerio puede calcular y cobrar las contraprestaciones, pero no la de regular lo relacionado con la posibilidad o no que tienen las emisoras de encadenarse entre sí.

Así, para la parte accionante, las normas demandadas exceden la potestad de reglamentación y a su vez, usurpan funciones propias del Congreso y

Presidente de la República, razones por las cuales merecen ser expulsadas del orden jurídico.

2. Segundo cargo: "Acuso la Nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad del literal d) del artículo 11 de la Resolución 415 de 2000 por violación de los artículos 20, 34 y 333 de la Constitución Política y el artículo 56 de la ley (Sic) 1341 de 2009, así:"[2]

1.2.2.1. Señalaron que las normas acusadas vulneran los derechos fundamentales a la libre expresión y a la creación de medios masivos de comunicación al otorgarle al ejecutivo amplias facultades para la terminación de la concesión de los servicios de radiodifusión sonora, en tanto que introduce criterios "extraños" para resolver sobre la terminación de la concesión, cual es el que las exigencias del servicio lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

A juicio de los demandantes, la mencionada expresión es ambigua de modo que puede ser usado por el Ejecutivo "como retaliación para callar a sus críticos u opositores"[3], so pretexto de exigir condiciones técnicas, sociales, políticas, ambientales o de cualquier otro tipo.

1.2.2.2. Sostuvieron que las disposiciones enjuiciadas constituían una intromisión a las reglas del mercado, a la libertad económica y a la libre competencia, pues debe ser precisamente el mercado y sus agentes quienes determinen cuándo las exigencias del servicio ameritan cancelar la concesión de una emisora.

3. Tercer cargo: "Acuso la Nulidad por ilegalidad los (Sic) apartes subrayados del literal e) del artículo 11 de la Resolución 415 de 2010 por violación al numeral 1 y 2 del artículo 14 de la ley (Sic) 1341 de 2009, violación del artículo 57 y el parágrafo del artículo 58 de la misma ley, y violación al literal c) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, así"[4].

Precisaron que con la expedición del acto acusado el MINTIC estaba reglamentando la Ley 80 de 1993 sin tener facultades para ello, como quiera que modifica las causales de inhabilidad para contratar con la Administración en sólo el territorio en el cual haya suscrito el negocio para prestar el servicio, cuando la norma legal la ordena para todo el territorio nacional. Así lo sustentó literalmente:

"El artículo modifica las causales, (Sic) de inhabilidad para la suscripción de contratos, (Sic) establecidas en el artículo 8 numeral primero literal c) la (Sic) ley 80 de 1993, que anuncia inhabilidad general para contratar con la administración, en todo el territorio nacional y no sólo en a misma sede en la que se le otorgó la concesión-, el extracto de la norma abre la posibilidad, en un caso hipotético, que los polémicos primos Nule puedan contratar en la región del Amazonas debido a que la caducidad de los contratos públicos asignados fue en la ciudad de Bogotá."[5]

Basado en el mismo concepto indicó que se desconocía lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 14 de la Ley 1341 de 2009, dado que tales

preceptos prohibían el acceso a los permisos para el uso del espectro radioeléctrico a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato o de la concesión del servicio para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones, y a quienes por cualquier causa se les haya cancelado la licencia para prestar los servicios o actividades de comunicaciones o uso del espectro radioeléctrico, lo que se traduce en la invalidez de las normas que se cuestionan, debido a que estos permiten el uso del espectro en otras regiones diferentes a aquella en la que se prestó el servicio y respecto de la cual se declaró la caducidad.

4. Cuarto cargo: "Acuso la nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad de los apartes subrayados del parágrafo 2 del artículo 26, y los apartes subrayados de los artículo (sic) 27 y 28 de la Resolución 415 de 2010 por violación de los artículos 13, 20 y 333 de la Constitución Política y el artículo 56 de la ley (Sic) 1341 de 2009, así:"[6]

1.2.4.1. Estimaron que al imponerle un límite en los tiempos de emisión de publicidad al servicio de radiodifusión sonora comunitaria de acuerdo al número de pobladores, se estaban restringiendo los derechos de expresión y difusión vía reglamentaria cuando ello sólo era posible por expresión del Constituyente o del Legislador.

1.2.4.2. Arguyeron que la anterior circunstancia se traduce además en la violación del derecho a la igualdad, por cuanto que las emisoras comerciales no tenían ese límite.

1.2.4.3. Insistieron en que el criterio del tamaño de la población introducía una barrera a la competencia atentando contra el artículo 333 Superior, lo cual, a su vez, favorecía a las emisoras comerciales en las ciudades capitales e intermedias donde se encontraba el mayor número de oyentes. Adujeron que debía ser el anunciante el que defina si acude a las emisoras comerciales o a las comunitarias.

1.2.4.4. Aseveraron que era evidente la violación del artículo 13 Constitucional cuando la norma distinguía entre oyentes o receptores de las poblaciones pequeñas y grandes, en tanto que las necesidades de información sobre la oferta de bienes y servicios del ciudadano no varía conforme al tamaño de la población, puesto que son múltiples los factores que afectan la demanda en cada municipio del país, de suerte que deberán ser los anunciantes quienes ubiquen su pauta publicitaria conforme a sus propios criterios y no los establecidos en normas reglamentarias.

1.2.4.5. Ahora bien, en relación con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 28 del acto impugnado, señalaron que también transgredía los derechos de expresión y difusión, al determinar que las emisoras comunitarias sólo podían retransmitir la programación que "tenga relación directa con los fines del servicio", pues la única condición legal para esos efectos se halla contenida en el artículo 56 de la Ley 1341 de 2009 que dispone que: "Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley es libre expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de radiodifusión sonora".

5. Quinto cargo: "Acuso la Nulidad por ilegalidad los apartes subrayados del artículo 28 de la Resolución 415 de 2010 por violación al inciso 7 del artículo 75 y del párrafo del artículo 58 de la ley (Sic) 1341 de 2009, así:"[7]

Precisaron que la Ley 1341 de 2009 no regulaba nada relacionado con derechos de autor, luego no era procedente que se reglamentara esa materia mediante la expedición del acto que se impugna y que ello redundaba en falta de competencia de la cartera ministerial accionada. Expresamente indicaron que:

"El tema de derechos de autor y derechos conexos no se encuentran contemplados en la ley (Sic) 1341 de 2009. El artículo demandado refiere a los derechos patrimoniales y morales de los programas realizados por las estaciones radiales y que pretendan ser transmitidos por otras emisoras. Incluir el tema en la resolución es ajeno, no pertenece a la reglamentación de la ley (Sic) 1341 de 2009 y excede las facultades otorgadas por el congreso (Sic) al Ministerio de las TIC's.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones no tiene en el ordenamiento jurídico colombiano funciones de promoción, difusión, inspección, control y vigilancia con respecto de los derechos de autor y derechos conexos, Por o tanto, expedir normas de carácter general en dicho sentido es extraño a sus funciones y trasgrede el ordenamiento jurídico"[8].

6. Sexto cargo: "Acuso la Nulidad por ilegalidad de los apartes subrayados del numeral 1 del artículo 68 de la Resolución 415 de 2010 por ser violatoria de la los (Sic) artículo 57 y el párrafo del artículo 58 de la Ley 1341 de 2009"[9].

Sobre el punto estimaron que la Ley 1341 de 2009 sólo contempla la prestación del servicio de radiodifusión sonora en forma directa o indirecta (artículo 57), es decir, a través de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas de derecho privado, respectivamente; y que en el último evento, los sujetos interesados debían someterse a un procedimiento de selección objetiva.

Añadieron que como las Instituciones Educativas Universitarias de carácter privado no se enmarcaban dentro de la primera hipótesis, para los actores la disposición que las exceptúa de agotar el procedimiento anotado para prestar el servicio de radiodifusión sonora era inválido y por ello debía ser declarada su nulidad. Así lo anunció textualmente:

"El artículo 68 de la resolución 415 de 2000 al establecer requisitos para acceder a una emisora de interés público, en las que se encuentran también las Educativas Universitarias, exigió a quien fuera a solicitar el permiso para el uso del servicio de radiodifusión sonora que acreditara ser una entidad pública, y excluyó del requisito a las instituciones educativas universitarias que no son entidades públicas.

Explicado de otra forma; lo entes universitarios autónomos de carácter nacional y vinculados al Ministerio de Educación y las instituciones universitarias autónomas de carácter público son en sentido estricto entidades públicas autónomas o bien sean vinculadas a otra entidad públicas, por lo cual cumplirían al pie de la letra las disposiciones del numeral 1° del artículo 68 de la resolución 415 de 2010 (Ser entidades públicas) y del artículo 57 de la ley 1341 de 2009 toda vez que pueden ser asignadas sin existir un previo proceso de selección objetiva. Empero, las instituciones educativas universitarias de naturaleza privada no son entidades públicas y por ende la asignación de la concesión del servicio de radiodifusión sonora debe ser asignada previo proceso de selección objetiva ya que la prestación del servicio se daría en gestión indirecta, es decir, por intermedio de personas naturales nacidos en Colombia, o personas jurídicas constituidas en Colombia tal como lo disponen los incisos 1 y 3 del artículo 57 de la Ley 1341"[10]. (Cursivas del original).

7. Séptimo cargo: "Acuso la Nulidad por inconstitucionalidad de los apartes subrayados del artículo 75 de la Resolución 415 de 2010 por ser violatoria del artículo 13 superior (Sic)"[11].

En lo atinente al cargo refirieron que se estaba dando un trato especial sin ninguna justificación para las Instituciones de Educación Superior Privadas ya que se les permitía ceder los derechos de concesión cuando a las entidades públicas tal actuación les era prohibida. A continuación la transcripción de este reparo:

"La resolución estableció varios tipos de operadores del servicio de radiodifusión sonora en la modalidad de interés público, las de instituciones de la fuerza pública – Ministerio de la Defensa Nacional-, los entes territoriales, las instituciones educativas oficiales en los niveles de básica primaria y media, las entidades públicas en general y las instituciones de educación superior legalmente reconocidas.

Sin embargo, a las instituciones de educación **PRIVADAS** no les está prohibido ceder sus derechos de concesión cuando a las de las (Sic) demás operadores en la modalidad de interés público les está prohibido.

La excepción a favor de las instituciones de educación superior privadas no se encuentra justificada, puesto que los fines del servicios (Sic) son idénticos para todos los operadores del servicio de radiodifusión sonora en la modalidad de Interés público (artículo 60 de la resolución 415 de 2010), al igual que las obligaciones (artículo 75 de la Resolución 415 de 2010), y los procedimientos y requisito para su concesión, sin que la resolución haya discriminado a la institución por su naturaleza privada."[12]

8. Octavo cargo: "Acuso la Nulidad por ilegalidad del artículo 97 de la Resolución 415 de 2010 por violación del artículo 57 y el párrafo del artículo 58 de la ley (Sic) 1341 de 2009, así como del artículo 162 de la Ley 23 de 1982"[13].

Reiteró que en la Ley 1341 de 2009 no se encontraba ninguna disposición que fuese pasible de reglamentación relacionada con la protección de

derechos de autor lo que hacía nulas las disposiciones que en ese sentido se hallan contenidas en el artículo 75 de la decisión censurada.

Agregaron que, del contenido de los artículos 75 y 76 de la Carta Fundamental ni de lo desarrollado por la Ley 1341 de 2009 se desprendería la necesidad de exigir la presentación de paz y salvos por los derechos de autor y conexos expedidos por las sociedades de gestión colectivas con personería jurídica que estén legalmente reconocidas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, como requisito para la prestación o prórroga de la prestación del servicio de radiodifusión sonora.

Indicaron que requerir esos documentos no garantizaba el cumplimiento del artículo 162 de la Ley 23 de 1982, pues el paz y salvo lo que realmente ampara es el reconocimiento de los derechos patrimoniales de los creadores de esas obras pero no la voluntad de los creadores de autorizar la reproducción, difusión y emisión de las mismas, que es precisamente lo que persigue el artículo 162 ibídem.

Aunado a lo dicho, señalaron que en la estructura administrativa existe la Dirección Nacional de Derechos de Autor, que es una Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio del Interior, la cual sí tiene la competencia privativa en materia de vigilancia e inspección sobre las actividades que puedan dar lugar al ejercicio del derecho de autor, tal y como lo contempla el artículo 51 del Acuerdo de Cartagena y el Decreto 2041 de 1991.

9. Noveno cargo: "Acuso la Nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad los apartes subrayados del artículo 102 y del párrafo del mismo artículo de la Resolución 415 de 2010 por violación del artículo 57 y el párrafo del artículo 58 de la ley (Sic) 1341 de 2009, así como los artículo (Sic) 4, 6, 15, 32 y 84 de la constitución política (Sic)"[14]

1.2.9.1. Recabaron que el MINTIC estaba delegando en la Agencia Nacional del Espectro (en adelante ANE) la función de inspección, vigilancia y control sin que estuviera facultada para esos efectos por ninguna norma con rango de ley.

1.2.9.2. Afirmaron que las palabras "están en el deber" contenidas en el inciso quinto del artículo 102 de la Resolución No. 415 de 2010, vulneraban ostensiblemente los artículos 6, 15 y 84 de la Constitución, ya que el sentido de la norma enjuiciada otorgaba facultades ilimitadas al MINTIC para solicitar todo tipo de documentación y certificaciones que no tuvieran relación con la concesión del servicio solicitado, violando la intimidad de las personas naturales y/o jurídicas concesionarias.

1.2.9.3. Indicaron que las expresiones "están en la obligación" y "rendidas bajo la gravedad del juramento", vulneraban de manera grotesca el artículo 32 Superior, el cual otorga a los ciudadanos el derecho a no declarar contra sí mismos, y el deber de las autoridades de no obligar a los ciudadanos a declarar en contra suya. Explicaron tal aserto sosteniendo que la norma acusada permitía que el MINTIC iniciara procedimientos administrativos y denuncias fiscales, disciplinarias y penales a los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora de los cuales tan solo tuviese sospecha respecto de la idoneidad y veracidad del contenido de los documentos que este entregue al Ministerio. "Es decir, que todo documento entregado podrá convertirse en

plena prueba y en prueba reina en cualquier procedimiento de índole administrativa, fiscal, disciplinaria o penal, debido a que con la entrega de estos, el concesionario manifiesta de forma voluntaria que jura que el contenido de los documentos es veraz y auténtico." [15].

Así, en sentir de los demandantes, el concesionario no sólo será responsable de los documentos que de su autoría aporte, sino que además, sobre él recaerá los diferentes tipos de responsabilidad respecto de los documentos y certificaciones que este allegue al expediente administrativo, pero que no sean de su autoría tales como las de la Aeronáutica Civil respecto de la ubicación y altura de las torres donde se ubica el sistema de transmisión, o como las del Instituto Geográfico Agustín Codazzi respecto de las coordenadas donde se ubique o vaya a ubicar el sistema de transmisión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En relación con el fondo del asunto, el MINTIC estimó que las pretensiones debían ser negadas dadas las razones que se pasan a sintetizar:

Luego de citar las disposiciones contenidas en los artículos 2, 4 y 18 de la Ley 1341 de 2009 y para responder al primer cargo, indicó que ostentaba competencia no sólo para regular la clasificación del servicio de radiodifusión sonora sino para regular y planear sus aspectos técnicos, es decir, las autorizaciones para la constitución de cadenas radiales de concesionarios de ese servicio, entre otros.

En lo que hace al segundo y tercer reparo de los accionantes y luego de traer el tenor del literal d) del artículo 11 de la decisión censurada, sostuvo que la causal de terminación de concesiones del servicio de radiodifusión sonora no responde a limitar la libertad de expresión sino que obedece sólo al deber del Estado de garantizar la prestación permanente de los servicios públicos a los usuarios, ya que en los casos en que los concesionarios no puedan prestar el servicio o el orden público esté alterado por factores externos a los legales, el Estado debe velar por que la continuación en la prestación del servicio. Trajo a colación la sentencia T-933 de 2011 proferida por la Corte Constitucional para respaldar su argumento para lo cual transcribió un aparte.

De igual forma, estimó que la causal de terminación no se aplicaba sin estar debidamente justificada y sin antes examinarse las alternativas previstas en el artículo 9 de la Resolución 415 de 2010, como son las suspensiones del servicio por razones técnicas y por causas de fuerza mayor, que una vez superadas, habilitarían a que el Ministerio pueda volver a autorizar la prestación del servicio.

Respecto de la apreciación de ambigüedad que esgrimieron los demandantes frente a esta causal, al ser utilizada potencialmente por el MINTIC para retaliaciones o callar a sus opositores, manifestó que carecía de sustento legal, pues por el contrario la disposición exige al Estado demostrar que la situación de orden público acaecida generó un incumplimiento en la continuidad del servicio, medida que sólo procede como un mecanismo para cumplir con lo previsto en el artículo 2 de la Constitución Política.

De otra parte, en lo atinente a la confiscación de bienes y derechos, resaltó que la terminación de una concesión no acarrea tal figura, por cuanto el uso de frecuencias radioeléctricas que autoriza el Estado a proveedores, a través de su concesión por un término específico no habilita el traslado del dominio de esa frecuencia, en atención al artículo 75 Superior.

Ahora, no es procedente que los agentes del mercado sean los que determinen las exigencias para

cancelar las concesiones pues la radiodifusión sonora es un servicio público, y por ello debe estar bajo la vigilancia, regulación y control del Estado, con miras, precisamente, a garantizar su continuidad.

Tampoco es acertado para el MINTIC afirmar que la causal de terminación sea un "criterio extraño", pues desde las bases de la adjudicación y sus reglas, los interesados conocen las disposiciones que gobiernan esa figura y su alcance.

En lo concerniente a la contradicción formulada respecto de lo dispuesto en el literal c) del numeral primero del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, nuevamente afirmó que carecía de sustento, debido a que esa entidad tiene competencia para regular el servicio de radiodifusión sonora en su integridad, y además la causal d) del artículo 11 del acto cuestionado en ningún momento está estableciendo la caducidad del contrato o la cancelación de la licencia, sino un procedimiento, insistió, para la garantía en la prestación del servicio.

Para defenderse del cuarto cargo trajo a colación la intervención de esa cartera en la expedición de la Ley 1475 de 2011, así como el Oficio 478361 del 23 de agosto de 2010 y una sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que, a su juicio, son pertinente para asegurar que la prohibición del proselitismo político en este tipo de servicio no atenta contra la libertad de expresión debido al objeto que orienta la radiodifusión sonora comunitaria en relación con la comercial que imponen dar un tratamiento desigual.

En relación con los criterios adoptados para las concesiones respecto de la duración por hora de transmisión de publicidad acorde al número de habitantes del municipio, señaló que obedecían a un mandato legal que tiene el Estado de velar para que esta clase de servicio se transmita en la mayoría de su programación, promoviendo el desarrollo social, la convivencia pacífica, los valores democráticos, la construcción e la ciudadanía y el fortalecimiento de las identidades culturales y sociales.

Sobre el quinto reparo formulado por los accionantes, precisó que atendía el deber de compeler a los concesionarios del pluricitado servicio a obtener autorizaciones por parte de los dueños de las obras, u obligar a adquirir las correspondientes autorizaciones para publicitar la obra de cada autor. Consideró pertinente traer a colación la sentencia del 31 de octubre de 2002 sin más identificación que la fecha, que según su criterio, respaldaba lo manifestado, y así mismo citó parte del Oficio 478361 del 23 de agosto de 2010, a que había aludido anteriormente.

Sobre el punto definido en los cargos sexto y séptimo explicó que el objetivo de la radiodifusión sonora comunitaria no sólo podía ser cumplido por las universidades públicas sino también por las Instituciones de Educación Superior privadas, y que en esa medida, pueden ser destinatarias de la respectiva concesión, al igual que los son los cabildos indígenas y las comunidades afrodescendientes, debido a formación que debe ser departada a la población colombiana, en particular, sobre programas culturales y educativos que se desarrollan de manera especial por esos centros educativos de educación superior, circunstancia para la cual el MINTIC cuenta con plenas atribuciones.

En lo que tiene que ver con la prerrogativa demandada de cesión de derechos de este tipo de entidades, calificó la inconformidad de los actores como carente de sustento jurídico, "por cuanto las concesiones del servicio de radiodifusión sonora de interés público, independiente de la calidad del concesionario, no autorizan las cesiones de los derechos de concesión debido a la misma finalidad del servicio"[16].

Explicó que examinadas las Leyes 23 de 1982, 44 de 1993, 48 de 1975, 33 de 1987 y 232 de 1995 así como la Decisión 351 de 1993, las normas sobre derechos de autor no se aplican a la radiodifusión sonora "pero que debido a las características técnicas de ese servicio, tecnologías en amplitud modulada o frecuencia modulada, y las obras que se transmiten a través de las tecnologías de ese servicio, sí se aplican normas de derechos de autor frente a obras de audio, tal y como se estableció en el Decreto 183 de 1991, norma que exigía la presentación de los paz y salvos para cualquier trámite que se efectúe ante la entidad"[17].

Concluyó que conforme al citado Decreto y con fundamento en la Ley 23 de 1982, los concesionarios sí deben presentar esos paz y salvos y además el MINTIC debe coadyuvar en el cumplimiento de esas obligaciones (artículo 162 ibídem), aspecto respecto del cual también se pronuncia la sentencia del 31 de octubre de 2001, que tampoco identifica y el Oficio 478361 del 23 de agosto de 2010.

Finalmente, se abstuvo de pronunciarse sobre el último cargo, arguyendo que:

"Ahora bien, respecto de los aspectos que menciona la demandante sobre el procedimiento de visitas técnico administrativas, entrega de documentación o certificados por parte de los concesionarios en las visitas de vigilancia y control de la ANE, del Ministerio y de sus respectivas competencias, así como sobre la delegación de funciones de vigilancia y control por parte del Ministerio, calidad probatoria y los demás procedimientos citados en la demanda sobre vigilancia y control; se expresa que la Subdirección de Radiodifusión sonora (Sic) no tiene la competencia para pronunciarse sobre esos aspectos"[18].

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El MINTIC reiteró los argumentos de defensa expuestos con la contestación de la demanda.

Los demandantes hicieron una síntesis de los motivos de inconformidad esgrimidos en el libelo introductorio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público rindió concepto en el proceso de la referencia solicitando estimar parcialmente las pretensiones de la demanda bajo las siguientes consideraciones:

En relación con el cargo de nulidad por exceso en la potestad reglamentaria referido al encadenamiento de las estaciones de radiodifusión sonora, encontró que tal actividad constituía una forma de fijar los parámetros técnicos esenciales que deben seguir los concesionarios de los servicios de radiodifusión según lo previsto en el artículo 57 de la Ley 1341 de 2009, y que si ello era así, entonces la prestación de ese servicio correspondía regularlos al MINTIC, tal y como lo hizo respecto de cadenas radiales (artículo 51 del acto acusado), los requisitos para constituirse en cadena radial (artículo 52 ibídem), del trámite para la constitución de una cadena radial (artículo 53 ibídem) y la prohibición de encadenar (artículo 54 ibídem).

Sobre el punto de la ambigüedad del concepto "exigencias del servicio" que ofrece lo dispuesto en el literal d) del artículo 11 de la Resolución 00415 de 2010, indicó que para determinar si la decisión que la Administración emita respecto de la terminación de la concesión es arbitraria, debe consultarse el caso concreto y las motivación que se esgriman por parte de ella, lo cual no hace parte del control de legalidad que se realiza a través de la acción de nulidad, toda vez que resulta ser una especulación del actor la afirmación de que dicha facultad se utilice como una

"retaliación para callar a sus críticos u opositores".

En lo que hace al aparte "la situación de orden público lo imponga", no halló inconformidad con lo previsto en el artículo 34 de la Constitución Política, pues, a su juicio, no se enmarca en lo que la Corte Constitucional ha entendido como confiscación, es decir, "el apoderamiento arbitrario de todos los bienes de una persona por el Estado, sin compensación alguna y bajo la apariencia de una sanción, cuando en realidad se trata de una represalia generalmente por parte de quienes detentan el poder. La naturaleza vindicativa y política de esta figura hace que esté prohibida expresamente por la mayoría de las constituciones del mundo." (Sentencia C-459/2011).

Así, tendría que verificarse para el caso de la terminación de la concesión regulada en el artículo 11 de la resolución enjuiciada, cuáles son los motivos alegados por el Estado para dar por terminada la concesión, con el fin de establecer si son razonables y proporcionales, lo cual escapa del alcance de la acción de nulidad.

A su turno, consideró que no había lugar a entender vulneración alguna del artículo 333 Superior, como quiera que no pueden ser ni el mercado ni sus agentes quienes determinen cuándo las exigencias del servicio (ameC-654 de 2003), la libertad de fundar medios masivos de comunicación se encuentra limitada por la circunstancia de que se requiere acceder al espectro electromagnético sujeto a la intervención del Estado, por lo que el operador debe someterse a las reglas jurídicas que regulan la materia.

Para el Ministerio Público el aparte demandado del literal e) del artículo 11 de la resolución impugnada, viola los numerales 1 y 2 del artículo 14 de la Ley 1341 de 2009, por cuanto dicho artículo, en su parte inicial, señala que las personas en las que concurran las situaciones previstas en los numerales 1 y 2 no podrán obtener permisos el uso del espectro radioeléctrico, sin distinción alguna. Sin embargo, el aparte demandado al señalar que no podrá ser proveedor del servicio en la misma sede en la que se otorgó la concesión, introduce un elemento que no establece la ley, razón por la que dicho aparte debe desaparecer del ordenamiento jurídico.

De otra parte, aseguró que no se evidenciaba violación alguna del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, dado que la "Ley 1341 de 2009 ha establecido inhabilidades para el uso del espectro electromagnético (artículo 14), dentro de las cuales se encuentran las situaciones de caducidad del contrato de concesión y cancelación de la licencia, y son aquellas a las cuales está referida el literal e) del artículo 11 de la Resolución 00415 de 2010, no a la Ley 80 de 1993"[19].

Estimó que tampoco se lograba advertir desconocimiento del artículo 57 de la Ley 1341 de 2009, puesto que, contrario a lo alegado por el demandante, el artículo 11 de la mencionada ley nada regula en relación con los requisitos para participar en los procesos de selección de los concesionarios, sino precisamente a su terminación.

Precisó que la naturaleza del servicio de radiodifusión sonora comunitaria resultaba ser incompatible con las prácticas comerciales, aspecto que explica las restricciones impuestas frente a pautas de esa última condición, tal y como lo expresó la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2002, proferida en el proceso identificado con el número 1101 03 24 000 2000 06583 01 (6583).

Ahora, frente al cargo que se enrostra del artículo 28 de la decisión acusada, anotó que esa norma debía leerse en conjunto con su artículo 22, pues allí se señala que los proveedores del servicio de radiodifusión están en la obligación de diseñar y organizar la programación que divulguen al público con sujeción a la clase de servicio que les ha sido autorizado.

En tal entendido, cuando el artículo 28 se refiere a que tenga relación directa con los fines del servicio, lo que quiere significar es que se encuentre acorde con la clase de servicio que le fue autorizado al proveedor, razón por la que no existe tal restricción o violación de la libre expresión o difusión, sino el cumplimiento de los términos en los cuales haya sido otorgada la concesión.

Arguyó que encontraba conforme a lo dispuesto en la Ley 23 de 1982 (artículo 162), la exigencia del MINTIC de no permitir que los organismos de radiodifusión utilicen en sus emisoras obras científicas, literarias o artísticas que no hayan sido previamente y expresamente autorizadas por sus titulares o representantes.

Sostuvo que se encontraba viciado de nulidad el aparte "salvo cuando se trate de emisoras educativas universitarias", del numeral primero del artículo 68 de la Resolución 004515 de 2010, que profirió el MINTIC, por resultar contrario al artículo 57 de la Ley 1341 de 2009.

Explicó que el aparte demandado regulaba los requisitos que deben llenar las solicitudes de las entidades que pretendan ser adjudicatarias de una concesión para prestación del servicio de radiodifusión sonora de interés público y que exige que esa petición sea presentada por una entidad pública.

Entre tanto, el artículo 57 de la Ley 1341 de 2009 ordena que los servicios de radiodifusión pueden presentarse en gestión directa e indirecta, entendiéndose por la primera que es por conducto de entidades públicas debidamente autorizadas, y la segunda, se realiza mediante concesión, a través de licencias o de contratos, previo el procedimiento de selección objetiva.

En tal sentido, sólo las entidades públicas pueden gestionar directamente el servicio de radiodifusión sonora, lo cual deja ver la invalidez del artículo 68 del acto censurado, por cuanto permite que entidades diferentes a las públicas puedan gestionar directamente los servicios de radiodifusión sonora, dado que la norma legal no estableció excepción alguna, por lo que las universidades privadas deben someterse al régimen de prestación indirecta de los servicios de radiodifusión que exige la previa realización de un procedimiento de selección objetiva.

Conforme expuso frente al cargo anterior, afirmó que era claro que el artículo 57 de la Ley 1341 de 2009, estableció que sólo las entidades públicas pueden gestionar directamente el mencionado servicio, lo cual excluye que otro tipo de entidades, como las sugeridas por el demandante, las universidades privadas, puedan ceder los derechos.

En lo atinente al reparo relacionado con los paz y salvos exigidos en materia de derechos de autor, estimó que se trataba de una manera de cumplir con el mandato del artículo 162 de la Ley 23 de 1982, pues el pago de esos derechos permite probar que los autores de las obras y producciones artísticas empleadas han autorizado su utilización, por lo que sobre ese preciso punto no encontró probada la infracción de norma superior que alegaban los actores.

Sobre la delegación de funciones a la ANE vista en el artículo 102 de la Resolución No. 00415 de 2010, prohibió las consideraciones expuestas por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto emitido el 6 de junio de 2013, proceso número 11001 03 06 000 2013 00229 00, de lo cual concluyó que la ANE sí tiene competencia para adelantar visitas técnicas a los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora conforme al párrafo 2 del artículo 26 de la Ley 1341 de 2009 y que constituía una proyección de dicha facultad la obligación de atender, colaborar y suministrar la información requerida en dichas visitas.

Frente al cargo según el cual los proveedores del servicio de radiodifusión sonora debían remitir periódicamente información y certificaciones que exija el MINTIC, adujo que se derivaba de las facultades de inspección, vigilancia y control que tenía a su cargo dicho ministerio y que por ende no resultaba acreditado el cargo de nulidad así planteado por los accionantes, máxime cuando esa obligación se encontraba inmersa en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Reiteró que para determinar si el uso de esa facultad constituía extralimitación de funciones debía consultarse el caso concreto, lo cual no hace parte del control de legalidad que se realiza a través de la acción de nulidad.

Finalmente, aseveró que no hallaba causal de invalidez por violación del artículo 32 de la Carta Política, toda vez que de un lado existe obligación legal de remisión de la información requerida, y de otro, no nos encontramos en ejercicio de actuación administrativa sancionatoria del concesionario o proveedor de servicios, como parece entenderlo el demandante.

DECISIÓN

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

CONSIDERACIONES

Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y en el artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

Cuestión previa

Por medio de auto calendado el 11 de noviembre de 2016, visto a folios 149 a 150 de este Cuaderno, el Despacho Sustanciador aceptó el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Roberto Augusto Serrato Valdés, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto que rindió concepto de fondo en el presente asunto en su calidad de Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa. En consecuencia, fue separado del conocimiento y decisión de este proceso.

Planteamiento

De manera previa a abordar los cargos, resulta indispensable para la Sala poner en contexto el servicio de radiodifusión sonora en el marco constitucional y legal vigente al momento de expedición del acto que se cuestiona.

Generalidades

La regulación sobre el servicio de telecomunicaciones de radiodifusión sonora se remonta al Decreto Ley 3418 de 1954, "por el cual se dictan normas sobre telecomunicaciones en general", se dispuso expresamente que las telecomunicaciones constituirían un servicio público, que los

canales radioeléctricos eran propiedad exclusiva del Estado y que su prestación se haría directamente por éste o por personas naturales o jurídicas por medio de contratos o en virtud de licencias, entre otras disposiciones. Los artículos 1 al 3 indican lo anunciado:

"Artículo 1°Todos los canales radioeléctricos que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de Telecomunicaciones, son propiedad exclusiva del Estado."

"Artículo 2°Se entiende por Telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes y sonidos, o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos."

"Artículo 3°Las Telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente. Pero el Gobierno puede conceder en forma temporal su explotación a personas naturales o jurídicas, siempre que se reúnan los requisitos legales, reservándose el control de su funcionamiento.

Las concesiones no excederán de 20 años; podrán otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo disponga el Gobierno, y prorrogarse en iguales condiciones." (Subrayas de la Sala).

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 77 de 1966, "Por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión", indicando igualmente que dicho servicio se dividía según el prestador en público y privado, y que para el segundo, es decir, el prestado por particulares, se requería licencia del Ministerio de Comunicaciones.

"Artículo 4°. Los servicios de radiodifusión son públicos y privados.

Servicio público de radiodifusión es el que prestan el Estado o las entidades o establecimientos públicos.

Servicio privado de radiodifusión es el que prestan los particulares, mediante licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones.". (Subrayas de la Sala).

Con la Ley 51 de 1984, "Por la cual se dictan algunas disposiciones en materia de radiodifusión sonora", el Legislador continuó entregando al Ministerio de Comunicaciones la atribución de autorización de cesión o transferencia de las licencias o contratos otorgados para prestar ese servicio; veamos:

"Artículo primero. Las personas naturales o jurídicas que actualmente se encuentran en proceso de legalizar su situación ante el Ministerio de Comunicaciones y los concesionarios de las

licencias o contratos para el servicio de radiodifusión sonora, podrán previa autorización del Ministerio de Comunicaciones, ceder o transferir sus derechos a personas naturales o jurídicas que cumplan con los requisitos exigidos para ser titular.

Parágrafo. Las concesiones se prorrogarán automáticamente mediante contrato, cada cinco (5) años, siempre que el titular haya cumplido con todas las normas que regulan la materia." (Subrayas de la Sala).

Con posterioridad, la Ley 72 de 1989, "Por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se conceden unas facultades extraordinarias al Presidente de la República", nuevamente reafirma y amplía las atribuciones del citado Ministerio para adoptar, ahora, la política general del sector de las telecomunicaciones, así como ejercer las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios de dicho sector (artículo 1). Se encargó además de definir el concepto de telecomunicaciones (artículo 2), y de precisar que lo buscado con ella era elevar el nivel y calidad de vida de los habitantes de nuestro país, razón por la que hacía parte importante de los elementos a tener en cuenta para alcanzar el desarrollo económico, social y político (artículo 3).

Declaró que los canales radioeléctricos de transmisión son de propiedad exclusiva del Estado (artículo 4), y señaló que se trataba de un servicio público que sería prestado por el Estado o a través de concesiones (artículo 5), y que las mismas serían otorgadas por medio de contratos o en virtud de licencias de acuerdo a lo que sobre ese punto dispusiera el Gobierno Nacional (artículo 7). Estas últimas normas son del siguiente tenor:

"Artículo 5. Las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso, la facultad de control y vigilancia." (Subrayas de la Sala).

"Artículo 7. Las concesiones podrán otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias según lo disponga el Gobierno, y darán lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fije el Ministerio de Comunicaciones, a excepción las que corresponda fijar a Inravisión y a las organizaciones regionales de Televisión." (Subrayas de la Sala).

Posteriormente, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 14 de esa ley, el Presidente de la República y el entonces Ministro de Comunicaciones, expidieron el Decreto Ley 1900 de 1990, "Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones", normativa que luego de reiterar la noción legal de las telecomunicaciones y su carácter de servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, señala que (i) las facultades de gestión, administración y control del espectro electromagnético comprenden, entre otras, las actividades de planeación y coordinación, la asignación y verificación de frecuencias y el otorgamiento de permisos para su utilización; (ii) que el uso de frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y dará lugar al pago de los derechos que correspondan; y (iii) que la instalación, ampliación, renovación, ensanche o modificación de la red de telecomunicaciones del Estado requiere autorización previa del Ministerio de Comunicaciones,

aclarando que dicho acto es distinto de la autorización o concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones (artículos 19, 20 y 23)[20].

El Capítulo I del Título III se dedica a clasificar los servicios de telecomunicaciones en básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales, siendo los de difusión aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción en forma simultánea, entre los que se encuentran las radiodifusiones sonora y de televisión (artículos 27 y 29)[21].

A su turno, en el siguiente capítulo reguló lo atinente a la prestación de los servicios de telecomunicaciones; previó que la prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta, a través de concesión otorgada, mediante contrato o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente (artículos 34 y 35).

Más adelante, en el artículo 40, se refiere a los criterios para otorgar concesiones en cada una de las clases de servicio de telecomunicación, determinando para el caso del de difusión que puede otorgarse mediante contratación directa, teniendo en cuenta la salvedad prevista en el artículo 41; esto es, por las normas del Decreto 222 de 1983 o por las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o adicionen o por las de ese Decreto 1900 de 1990. El tenor de lo invocado es el siguiente:

"Artículo 40. Las concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones serán otorgadas de conformidad con los siguientes criterios:

Servicios básicos. Podrán otorgarse a sociedades especializadas debidamente constituidas.

Servicios de difusión. Podrán otorgarse mediante contratación directa, con la salvedad indicada en el artículo siguiente.

Servicios telemáticos y de valor agregado. Se otorgarán mediante licencia, en régimen de libre competencia, para el servicio tanto nacional como internacional.

Servicios especiales. Se otorgarán mediante licencia.

Parágrafo. Los concesionarios de servicios básicos no podrán prestar servicios telemáticos o de valor agregado con la correspondiente licencia."

"Artículo 41. Los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones que tengan como objeto la operación y explotación de las distintas modalidades de servicios básicos y de servicios de difusión para su prestación en gestión indirecta, son contratos administrativos que se rigen por las normas del Decreto-ley 222 de 1983 o por las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o adicionen o por el presente Decreto.

Las entidades territoriales se registrarán por sus normas de contratación." (Subrayas de la Sala).

El artículo 48 se refirió al régimen de radiodifusión sonora sosteniendo que, para la prestación de ese servicio y para el otorgamiento de las concesiones, se continuaría con el consagrado en las normas vigentes sobre la materia:

"Artículo 48. El régimen de prestación de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión,

así como el otorgamiento de las correspondientes concesiones, continuará siendo el consagrado en las normas vigentes sobre la materia."

Más adelante, con la expedición de la Ley 80 de 1993, el régimen de las telecomunicaciones corroboró el alcance de la forma en que se prestaría ese servicio público, es decir, por medio de concesión, ya sea por contrato o mediante licencia, definiendo además el régimen en consideración a lo establecido en el Decreto Ley 1900 de 1990 y las normas que sustituyan, modifiquen o adicionen. Así lo dispuso expresamente el artículo 33 ibídem:

"Artículo 33. De la concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones. Se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados.

Se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior.

Para efectos de la presente ley, la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones será la establecida en el Decreto ley 1900 de 1990 o en las demás normas que lo aclaren, modifiquen o deroguen.

Los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen.

Las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones, jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, serán los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes.

Parágrafo. Los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha Ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia." (Subrayas de la Sala).

El Legislador también se dedicó específicamente al servicio de radiodifusión sonora en el artículo 35, y más particularmente al comunitario, para ordenar que debía ser otorgado directamente mediante licencia, previo el cumplimiento de las condiciones y requerimientos jurídicos, técnicos y sociales que para ese efecto diseñara el Gobierno Nacional. La norma es la que se transcribe a continuación:

"Artículo 35. Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, podrán ser personas naturales o jurídicas, cuya selección se hará por el procedimiento objetivo previsto en esta ley, de acuerdo con las prioridades establecidas en el Plan General de Radiodifusión que expida el Gobierno Nacional.

El servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia.

En las licencias para la prestación del servicio de radiodifusión sonora se entenderá incorporada la reserva de utilización de los canales de radiodifusión, al menos por dos (2) horas diarias, para realizar programas de educación a distancia o difusión de comunicaciones oficiales de carácter judicial.

Parágrafo 1o. El servicio comunitario de radiodifusión sonora, será considerado como actividad de telecomunicaciones y otorgado directamente mediante licencia, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que disponga el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2o. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución Política, en los procedimientos relativos a la concesión de los servicios de radiodifusión sonora, la adjudicación se hará al proponente que no sea concesionario de tales servicios en la misma banda y en el mismo espacio geográfico en el que, conforme a los respectivos pliegos, vaya a funcionar la emisora, siempre que reúna los requisitos y condiciones jurídicas, económicas y técnicas exigidas. Cualquiera de los proponentes podrá denunciar ante la entidad concedente y ante las demás autoridades competentes, los hechos o acciones a través de los cuales se pretenda desconocer el espíritu de esta norma." (Subrayas de la Sala).

El Decreto 1480 de 1994, por medio del cual "se reglamenta el servicio de radiodifusión sonora", explicó que las estaciones que integraban ese servicio de radiodifusión sonora eran todas aquéllas que permiten a una persona natural o jurídica la emisión y trasmisión de sonidos en que la comunicación se realice en un solo sentido a varios puntos de recepción en forma simultánea, para ser recibidas directamente por el público a través de las bandas asignadas a cada modalidad. Indicó que ese servicio podía prestarse en Amplitud Modulada (A.M.), o en Frecuencia Modulada (F.M.) (artículo 1).

También señaló que el servicio de radiodifusión sonora era un servicio público a cargo del Estado que podía ser prestado de manera directa por la Nación o indirecta por entidades descentralizadas de cualquier orden o nivel o por comunidades organizadas o particulares (Artículo 2). Al respecto, precisó que las comunidades organizadas prestarían el servicio comunitario de radiodifusión sonora de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional (parágrafo ibídem).

"**Artículo 2º.** La radiodifusión sonora es un servicio público de telecomunicaciones a cargo del Estado. Este lo podrá prestar directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. La gestión será directa cuando el servicio sea prestado por la Nación e indirecta cuando sea prestado a través de entidades descentralizadas de cualquier orden o nivel, por comunidades organizada o por particulares, en los términos que señale la ley y el presente reglamento.

Parágrafo. Las comunidades organizadas prestarán el servicio comunitario de radiodifusión sonora de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional". (Subrayas de la Sala)

6.3.8. Posteriormente, se dictaron el Decreto 1695 del 3 de agosto de 1994 y el Decreto 1891 de 2003 que reglamentaron el servicio comunitario de radiodifusión sonora.

6.3.9. Mediante el Decreto 1447 del 30 de agosto de 1995, se reglamentó la concesión del servicio de radiodifusión sonora en gestión directa e indirecta, así como el plan general para ese servicio y los criterios tarifarios y sanciones aplicables, aspectos que fueron objeto de regulación en el año 2008 a través del Decreto 2805.

6.3.10. El 30 de julio de 2009, el Congreso de la República expidió la Ley 1341, con el objetivo de definir los "principios y conceptos sobre la sociedad de la información, y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones". Sobre el particular, la mencionada disposición definió así los principios orientadores del servicio de radiodifusión sonora:

"Artículo 56. Principios de la radiodifusión sonora. Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de radiodifusión sonora. Los servicios de radiodifusión sonora contribuirán a difundir la cultura, afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana y a fortalecer la democracia. En los programas radiales deberá hacerse buen uso del idioma castellano.

Por los servicios de radiodifusión sonora no podrán hacerse transmisiones que atenten contra la Constitución y las leyes de la República o la vida, honra y bienes de los ciudadanos".

Precisado así el escenario normativo, pasa la Sala a resolver los cargos planteados por el actor, en su orden:

6.4. Encadenamiento

A partir del planteamiento de la demanda y de la respuesta dada por el MINTIC, la Sala debe dilucidar si es nulo por exceso de la potestad reglamentaria el acto administrativo que reglamentó el servicio de radiodifusión sonora, cuando regula lo relacionado con la posibilidad que tienen las emisoras de encadenarse entre sí; o en otras palabras, si era el MINTIC competente para reglamentar las condiciones de encadenamiento en la prestación del servicio público de radiodifusión sonora.

La Resolución No. 00415 del 13 de abril de 2010, se refirió al punto cuando definió su objeto en el artículo primero; veamos:

"Artículo 1o. Objeto. La presente resolución tiene por objeto expedir el Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora que desarrolla los alcances, objetivos, fines y principios de dicho servicio público; las condiciones para su prestación; los derechos y obligaciones de los proveedores; los criterios para la organización, encadenamiento y concesión del servicio, así como su clasificación y las condiciones de cubrimiento del mismo". (Subrayas de la Sala).

Al desarrollar tal disposición, los artículos 52 y 54 ibídem previeron lo siguiente:

"Artículo 52. Requisitos para constituir una cadena radial. El Ministerio podrá autorizar la constitución de cadenas radiales, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que el encadenamiento sea entre cinco (5) o más estaciones de radiodifusión sonora ubicadas en distintos municipios o distritos del país.

2. Solicitud escrita elevada por el representante legal de la organización, cuando fuere persona jurídica, o los proveedores de cada una de las estaciones que pretenden conformar la cadena, o sus apoderados, en la que se indique:

- a) Relación de las estaciones de radiodifusión sonora que integrarán la cadena;
- b) Presentación de los aspectos técnicos generales que involucre la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora, tales como redes, sistemas o servicios que faciliten o posibiliten los enlaces.

Si la organización tuviere personería jurídica, deberá adjuntarse prueba de su existencia y representación legal.

Parágrafo. Cualquier modificación relacionada con el numeral segundo de este artículo, deberá ser informada previamente y por escrito al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el cual producirá un acto administrativo en el que incluye la modificación respectiva en la inscripción de la cadena radial". (Subrayas de la Sala).

"Artículo 54. De la prohibición de encadenarse.

1. No podrán pertenecer a la misma cadena, la totalidad de las estaciones de radiodifusión sonora que operen en un mismo municipio o distrito.

2. Las estaciones de radiodifusión comunitaria, y de interés público no podrán pertenecer a ninguna cadena.

3. Los proveedores de estaciones que se encuentren sancionados con la suspensión del servicio.

Parágrafo. Sin perjuicio de lo aquí dispuesto, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá ordenar la transmisión enlazada de programación, que involucre a la totalidad de las estaciones que operen en el territorio nacional o parte de ellas en los casos de retransmisión de información oficial y cuando el interés público lo amerite". (Subrayas de la Sala).

Lo expuesto permite concluir que, en efecto, la cartera accionada reguló lo atinente al encadenamiento, y que ello implica auscultar si ostentaba facultades para ello.

La Ley 1341 de 2009 no se refirió expresamente a esa actividad; no obstante, tal y como lo advirtió el Agente del Ministerio Público, el Congreso de la República sí habilitó expresamente al MINTIC para fijar los parámetros técnicos esenciales en la prestación del servicio de radiodifusión sonora, aspecto que conduce a preguntarse si la determinación de las condiciones de encadenamiento se enmarca dentro de la citada función.

"Artículo 57. Prestación de los servicios de radiodifusión sonora. Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, serán personas naturales o jurídicas, cuya selección objetiva, duración y prórrogas se realizarán de acuerdo con lo estipulado en la Ley de contratación pública. La concesión para el servicio de radiodifusión sonora incluye el permiso para uso del espectro radioeléctrico. El Gobierno Nacional garantizará la prestación del servicio de radiodifusión sonora en condiciones similares a las iniciales cuando el desarrollo tecnológico exija cambiar de bandas de frecuencia.

En ningún caso, la declaratoria de desierta de la licitación faculta al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para habilitar directamente la prestación del servicio.

El servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia.

En casos de emergencia, conmoción interna o externa calamidad pública, los proveedores de servicios de radiodifusión sonora deberán colaborar con las autoridades en la transmisión de las comunicaciones que aquellas requieran. En cualquier caso se dará prelación absoluta a las transmisiones relacionadas con la protección a la vida humana. Igualmente permitirán las comunicaciones oficiosas de carácter judicial en aquellos sitios donde no se cuente con otros servicios de comunicación o aquellas comunicaciones que determine el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en favor de la niñez, la adolescencia y el adulto mayor.

Los servicios de radiodifusión sonora podrán prestarse en gestión directa e indirecta. El Estado prestará el servicio de radiodifusión sonora en gestión directa por conducto de entidades públicas debidamente autorizadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En gestión indirecta el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones otorgará las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora mediante licencias o contratos, previa la realización de un procedimiento de selección objetiva.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará la clasificación del servicio de radiodifusión sonora, atendiendo los fines del servicio y las condiciones de cubrimiento del mismo.

Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora deberán prestar el servicio atendiendo a los parámetros técnicos esenciales que fije el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La modificación de parámetros técnicos esenciales requiere autorización previa del Ministerio.

Parágrafo 1o. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución Política, en los procedimientos relativos a la concesión de los servicios de radiodifusión sonora, la adjudicación se hará al proponente que no sea concesionario de tales servicios en la misma banda y en el mismo espacio geográfico municipal en el que, conforme con los respectivos pliegos, vaya a funcionar la emisora, siempre que reúna los requisitos y condiciones jurídicas, económicas y técnicas exigidas. Cualquiera de los proponentes podrá denunciar ante la entidad concedente y ante las demás autoridades competentes, los hechos o acciones a través de los cuales se pretenda desconocer las disposiciones contenidas en esta ley.

Parágrafo 2o. El servicio comunitario de radiodifusión sonora será un servicio de telecomunicaciones, otorgado mediante licencia y proceso de selección objetiva, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que disponga el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones." (Subrayas de la Sala).

En efecto, el concepto de encadenamiento se refiere a la posibilidad que tienen las estaciones de radiodifusión de enlazarse o vincularse entre ellas con el fin de emitir un mismo contenido en forma periódica u ocasional, aspecto este que denota un claro matiz técnico y que hace procedente entender que el MINTIC sí era competente para establecer las condiciones de encadenamiento en la manera en que lo efectuó en los transcritos artículos 52 y 54 del acto impugnado.

6.5. Causales de terminación de la concesión del servicio de radiodifusión sonora

6.4.1. Adujeron los actores que la causal de terminación de la concesión vista en el literal d) del artículo 11 del acto acusado era ambigua y que ello daba lugar a que fuera utilizada como retaliación de parte del demandado hacia quien se oponga a su gestión y como una medida de confiscación. La normativa es del siguiente tenor:

"Artículo 11. Causales de terminación de la concesión. Son causales de terminación de la concesión las siguientes:

(...)

d) Cuando las exigencias del Servicio de Radiodifusión Sonora lo requieran o la situación de orden público lo imponga;

(...)" (Las subrayas corresponden al aparte acusado).

Visto lo anterior, debe entonces definirse si es suficiente el reproche sobre la "ambigüedad" de una disposición reglamentaria para cuestionar su validez. De ser afirmativa tal respuesta entonces deberá ocuparse la Sala de precisar si es cierto que es ambigua la causal de terminación de la concesión del servicio de radiodifusión sonora consistente en que el MINTIC está facultado para tomar una decisión en este sentido cuando "las exigencias del servicio lo requieran o la situación de orden público lo imponga" y puede ser usada por el Ejecutivo "como retaliación para callar a sus críticos u opositores" o como una medida de confiscación.

Sobre el particular lo que se observa es que la calificación de ambigüedad de la causal resulta ser una apreciación subjetiva de los demandantes que no permite de ninguna manera efectuar el control de legalidad al que debe responder la instauración de las acciones contenciosas correspondientes, pues debe recordarse que lo que está de por medio es la discusión sobre uno de los principales atributos de los actos administrativos, este es, el de legalidad.

Tal circunstancia impone al interesado en cuestionar su validez la carga de sustentar jurídicamente que dicha decisión no se ajusta al orden jurídico superior, o que se halla falsamente motivada, o que fue expedida con desviación de poder, o violando los preceptos que regulan el debido proceso y el derecho de audiencia y de defensa, o que fue expedida irregularmente o por funcionario que no tenía competencia para ello.

Así pues, no es suficiente que se reproche la ambigüedad de una disposición reglamentaria como una causal de nulidad, máxime si estamos en escenarios constitucionales en los que ningún derecho, ni siquiera los de orden fundamental, son absolutos.

De otro lado, no se entendería de ningún modo a quiénes se refiere la parte actora como "opositores", y menos podría partirse de que la Administración busca reprimir conductas de los particulares bajo el prisma de legalidad, toda vez que sería tanto como partir de una concepción antijurídica de las actuaciones de las entidades del Estado, sin que se fundamente en modo alguno tal aseveración.

En conclusión, no se advierte en este cargo más que un reproche subjetivo de parte de los memorialistas que hace imposible establecer un juicio de legalidad de la disposición en cita, teniendo en cuenta además que el carácter amplio de una disposición no genera en sí mismo consecuencias como las que le atribuye la parte accionante, y que será de cargo de la entidad que llegare a cancelar la concesión con fundamento en las indicadas causales explicar la procedencia de las mismas en cada caso concreto.

6.4.2. Otro de los reparos formulados por los demandantes lo fue que el literal e) del artículo 11 creó una causal de inhabilidad no contemplada en la Ley 80 de 1993 y que tampoco se aviene a lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 14 de la Ley 1341 de 2009, al definir que la declaración de caducidad del contrato impide que preste el servicio de radiodifusión sonora en la misma sede en la que se otorgó la concesión y no en todo el territorio nacional como lo prevén las mencionadas disposiciones legales.

6.4.2.1. Siendo ello así, es pertinente establecer si es cierto que el acto administrativo que reglamentó el servicio de radiodifusión sonora modificó las causales de inhabilidad para contratar con la administración, al contemplar como causal de terminación de la concesión la cancelación de la misma por declaratoria de caducidad o cancelación de la licencia en la sede en que se otorgó la concesión y no en todo el territorio nacional.

Responder tal cuestionamiento requiere que se transcriba la disposición acusada:

"Artículo 11. Causales de terminación de la concesión. Son causales de terminación de la concesión las siguientes:

(...)

e) Por cancelación de la concesión. El titular de una concesión que hubiere dado lugar a la declaratoria de la caducidad del contrato o a la cancelación de la licencia, no podrá ser proveedor del servicio en la misma sede en la que se le otorgó la concesión, por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria del respectivo acto;

(...)" (Las subrayas corresponden al aparte acusado).

Al parecer, dada la desafortunada redacción de la norma, un motivo de terminación de la concesión del servicio de radiodifusión sonora es la cancelación de la concesión. Tal cancelación tiene lugar en dos eventos: el primero, cuando el titular da lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, y el segundo, cuando da lugar a la declaratoria de cancelación de la licencia.

Agrega la norma que "no podrá ser proveedor del servicio en la misma sede en la que se otorgó la concesión, por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria del respectivo acto", disposición esta que evidentemente se refiere a un impedimento para la prestación del servicio de radiodifusión sonora.

En tal contexto, es preciso aludir al concepto de inhabilidades para establecer si allí se enmarca la aludida prohibición. La Corte Constitucional ha definido esta figura de la siguiente manera[22]:

"5.1. Las inhabilidades consagradas en la Constitución Política y en las leyes, tienen como propósito la defensa del interés general y del bien común representado por las instituciones encargadas de realizar los fines del Estado (C. Po. Art. 2º). El régimen de inhabilidades propende, entre otros propósitos, por la defensa del buen nombre y la buena marcha de la administración, como también por la eficiencia, la eficacia, la moralidad y la transparencia de la función administrativa (C. Po. Art. 209).

Las circunstancias que el legislador describe bajo el título de "inhabilidades", tienen la virtud jurídica de impedir al servidor público o al particular que incurra en ellas, ingresar a la función pública, permanecer en esta, celebrar contratos o, en general, acometer determinadas conductas

jurídicas respecto de entidades estatales, como consecuencia de una medida impuesta al cabo de un proceso administrativo o judicial.

Siendo límite al ejercicio de derechos fundamentales y de libertades públicas, las circunstancias generadoras de inhabilidades deben estar señaladas en la ley, como también sus consecuencias. Es evidente que quien incurra en ellas no puede reclamar beneficios, menos aun cuando haya actuado de manera fraudulenta o incurrido en comportamientos altamente reprochables, tales como falsificación, ocultamiento o destrucción de documentos.

5.2. La Corte ha definido las inhabilidades como "...aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos"[23]. Sobre la misma materia esta Corporación ha explicado:

"Las inhabilidades son circunstancias que concurren en los individuos que les impiden acceder o continuar ejerciendo un cargo público, por razón del conflicto que puede generarse entre sus intereses personales y los intereses públicos. La doctrina considera las inhabilidades como causales de inelegibilidad, pues impiden que el aspirante ocupe efectivamente el cargo, no obstante que algunas de ellas, en tanto que son sobrevivientes, pueden impedir que se continúe ejerciéndolo.

Ahora bien, la Carta Política de 1991 establece en su artículo 209 que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, para lo cual debe desarrollarse con fundamento en principios como la moralidad y la imparcialidad. El régimen de inhabilidades de los servidores públicos está diseñado precisamente para hacer efectivos estos principios"[24]. (Subrayas de la Sala).

El Consejo de Estado también se ocupó de definir la figura a partir de la diferencia entre ésta y las calidades requeridas para acceder a un cargo público:

"En efecto, es distinto el concepto de calidad del de inhabilidad. El primero hace relación al conjunto de requisitos necesarios para acceder a un cargo o empleo. El segundo es una circunstancia que se establece como impedimento para tal acceso, aunque se posean las calidades para ello."[25]

No cabe duda que la disposición a que se ha hecho referencia consagra una inhabilidad, en tanto que prohíbe, a quien se le haya declarado la caducidad del contrato o la cancelación de la licencia, proveer del servicio de radiodifusión sonora en la misma sede en que se otorgó la concesión, aun cuando el escenario en el que se plantea sea ajeno a tal regulación, pues está referido es a las causales de terminación de la concesión.

Bajo tales premisas, es procedente concluir que es cierto que el literal e) del artículo 11 de la Resolución No. 00415 de 2010 se refiere a una inhabilidad.

6.4.2.2. Ahora es preciso definir si se trata de una inhabilidad contemplada en el orden jurídico superior o, si por el contrario, fue creada por medio del acto que se censura, para lo cual resulta útil traer a colación las disposiciones de la Ley 1341 de 1993, que es precisamente la que es objeto de reglamentación en la decisión censurada. El artículo 14 dispone lo siguiente:

"Artículo 14. Inhabilidades para acceder a los permisos para el uso del espectro radioeléctrico. No podrán obtener permisos para el uso del espectro radioeléctrico:

1. Aquellos a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato de concesión para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones.

2. Aquellos a quienes por cualquier causal se les haya cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones, así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico.

3. Aquellas personas naturales que hayan sido representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos y socios de personas jurídicas a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato de concesión para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones y/o cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones, así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico.

4. Aquellas personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos (declarado inexecutable en sentencia C-634 de 2016).

5. Aquellas personas naturales o jurídicas, sus representantes legales, miembros de juntas o Consejos Directivos y socios, que no se encuentren al día con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por concepto de sus obligaciones.

Parágrafo. Las inhabilidades a que hacen referencia los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo, se extenderán por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, la cancelación de la licencia, o del permiso. En todo caso con razones y cargos previamente justificados y sin violación del debido proceso y el derecho de defensa." (Subrayas de la Sala).

Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 de esa misma Ley, "[l]a concesión del servicio de radiodifusión sonora incluye el permiso para el uso del espectro radioeléctrico", lo que hace aplicable a dicho servicio el régimen de inhabilidades a que se ha hecho referencia.

Despejado lo anterior, y en consonancia con la lectura del precepto legal anotado se advierte que las causas, en lo pertinente, que dan lugar a la inhabilidad para obtener permisos para el uso del espectro radioeléctrico se reputan de quien haya sido objeto de declaración de caducidad del contrato para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones y respecto de quienes por cualquier razón se les haya cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico.

Es decir, que es cierto que la norma legal objeto de reglamentación por el acto administrativo acusado establece como prohibición el acceso a los permisos por el uso del espectro radioeléctrico a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones, y a quienes por cualquier causa se les haya cancelado la licencia para prestar los servicios o actividades de comunicaciones o uso del espectro radioeléctrico.

6.4.2.3. Pues bien, de la comparación de la citada inhabilidad legal con la reglamentaria se desprende que la segunda restringió el alcance de la inhabilidad a la sede en la cual fue otorgada la concesión objeto de caducidad o cancelación, en tanto que la norma de la Ley 1341 de 2009 no

prevé tal condición. El siguiente cuadro es ilustrativo de lo afirmado:

LEY 1341 DE 2009	RESOLUCIÓN 00415 DE 2010
<p>"Artículo 14. Inhabilidades para acceder a los permisos para el uso del espectro radioeléctrico. No podrán obtener permisos para el uso del espectro radioeléctrico:</p> <p>1. Aquellos a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato de concesión para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones.</p> <p>2. Aquellos a quienes por cualquier causal se les haya cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones, así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico."</p>	<p>"Artículo 11. Causales de terminación de la concesión. Son causales de terminación de la concesión las siguientes:</p> <p>(...)</p> <p>e) Por cancelación de la concesión. El titular de una concesión que hubiere dado lugar a la declaratoria de la caducidad del contrato o a la cancelación de la licencia, no podrá ser proveedor del servicio en la misma sede en la que se le otorgó la concesión, por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria del respectivo acto;</p> <p>(...)"</p>

De lo expuesto se extrae con claridad que lo dispuesto en el acto reglamentario excedió la disposición legal, como quiera que creó una condición en cuanto al ámbito de aplicación de la caducidad o de la cancelación de la licencia consistente en que tales decisiones sólo cobijan la sede en la que se otorgó la concesión, mientras que la norma legal no especifica tal cuestión.

Lo dicho conduce a declarar la nulidad del aparte "en la misma sede en la que se le otorgó la concesión", previsto en el literal e) del artículo 11 de la Resolución No. 00415 de 2010, en tanto que, se reitera, tal punto no fue previsto en la Ley 1341 de 2009, y la configuración del régimen de inhabilidades tiene estricta reserva constitucional o legal de acuerdo con lo expresado tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado. En efecto, en la sentencia C-325 de 2009[26], la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

"3.6 En cuanto tiene que ver con el establecimiento del régimen jurídico de las inhabilidades que habrán de regir el acceso a determinados cargos públicos, son la Constitución y la ley las encargadas de fijarlo. Al respecto, ha expresado la Corte que, si bien la Carta Política se ocupa de regular aspectos relacionados con la materia, en la medida que se trata de una regulación incompleta, el mismo texto Superior, a través de distintas disposiciones (C.P. arts. 6º, 123 y 150-23), le reconoce al legislador amplias facultades de configuración política para completar ese régimen constitucional, pudiendo dicho órgano político "evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de inhabilidad o incompatibilidad, así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas".

Las inhabilidades, pueden entonces ser adoptadas por ley, con base en el amplio margen de configuración reconocido al Congreso de la República, esto es, "según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin

que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución", pues ello "significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma".

3.7. Ahora bien, sin entrar a cuestionar la regla general de competencia asignada para regular el régimen de inhabilidades, esta Corporación ha dejado en claro que en desarrollo de dicha facultad, el legislador está sometido a límites que surgen de la propia Constitución Política, los cuales deben ser necesariamente observados y respetados, so pena de tornarse inconstitucional la medida que los ignore. Concretamente, ha sostenido la Corte que el legislador es competente para completar el régimen constitucional de inhabilidades, siempre que al hacerlo (i) no modifique ni altere el alcance y los límites de las inhabilidades fijadas directamente por la Carta Política, (ii) ni tampoco incurra en regulaciones irrazonables o desproporcionadas -con respecto a la finalidad que se persigue- que terminen por desconocer valores, principios y derechos garantizados constitucionalmente.

(...)

3.10. En estos términos, la competencia otorgada al legislador para establecer las condiciones de acceso al servicio público, en particular, para fijar el régimen de inhabilidades, encuentra límites claros, tanto en lo dispuesto directamente en el texto constitucional y en el ámbito de regulación que éste haya dejado a la ley en cada caso, como en los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que se deben observar al expedir las medidas.

(...)

4.1. Como quedó explicado en el apartado anterior, por mandato de los artículos 6[27], 123[28] y 150-23[29] de la Carta Política, salvo los casos expresamente regulados por el propio ordenamiento Superior, le corresponde a la ley determinar el régimen de inhabilidades de los servidores públicos." [30] (Subrayas de la Sala).

6.5. Límites en los tiempos de emisión. Radiodifusión Sonora Comunitaria

La propuesta que traen los actores sobre el punto se orienta a controvertir la competencia del MINTIC, para la imposición de límites en la emisión de publicidad política y comercial. Las disposiciones que se censuran son las siguientes en los apartes subrayados:

"Artículo 26. Programación y publicidad en emisoras comunitarias. La programación de las estaciones de radiodifusión sonora comunitaria debe estar orientada a generar espacios de expresión, información, educación, comunicación, promoción cultural, formación, debate y concertación que conduzcan al encuentro entre las diferentes identidades sociales y expresiones culturales de la comunidad, dentro de un ámbito de integración y solidaridad ciudadana y, en especial, la promoción de la democracia, la participación y la divulgación de los derechos fundamentales de los colombianos que aseguren una convivencia pacífica.

Parágrafo 1o. En sus emisiones diarias, la emisora se debe identificar siempre como comunitaria, además del nombre escogido para su operación y el distintivo de llamada.

Parágrafo 2o. A través del Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora no podrá transmitirse ningún tipo de programa con fines proselitistas ni publicidad política".

Artículo 27. Comercialización de espacios en emisoras comunitarias. Por las estaciones de radiodifusión sonora comunitaria podrá transmitirse propaganda, exceptuando la publicidad política, y podrá darse crédito a quienes hayan dado patrocinios, auspicios y apoyos financieros para determinada programación, siempre que no se trate de personas cuyas actividades o productos esté prohibido publicitar.

La transmisión de publicidad así como los créditos por patrocinios, auspicios y apoyos se sujetará para las emisoras comunitarias a los siguientes criterios:

Para municipios con menos de 100.000 habitantes, de acuerdo con la información reportada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, la transmisión de publicidad así como los créditos por patrocinios, auspicios y apoyos no podrá sobrepasar de quince (15) minutos por cada hora de transmisión de la estación.

Para municipios entre 100.000 y 500.000 habitantes, de acuerdo con la información reportada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, la transmisión de publicidad así como los créditos por patrocinios, auspicios y apoyos no podrá sobrepasar de diez (10) minutos por cada hora de transmisión de la estación.

Para municipios o distritos con más de 500.000 habitantes, de acuerdo con la información reportada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, la transmisión de publicidad así como los créditos por patrocinios, auspicios y apoyos no podrá sobrepasar de siete (7) minutos por cada hora de transmisión de la estación.

Las emisoras comunitarias deberán destinar dos (2) horas de su programación semanal para permitir la transmisión de programas desarrollados por instituciones educativas públicas legalmente reconocidas ante el Ministerio de Educación".

"Artículo 28. Retransmisión de programas pregrabados. Los proveedores del Servicio de Radiodifusión Sonora podrán retransmitir programas pregrabados de otras estaciones de radiodifusión sonora, siempre que cuenten con autorización previa y expresa del propietario de la programación que se utilice y esta tenga relación directa con los fines del servicio.

En todo caso el proveedor es el directo responsable por la programación que emita y debe responder legal y administrativamente por el incumplimiento de las normas legales que la rigen".

A efectos de determinar si el MINTIC es competente para establecer los límites a que se refieren las normas en comento es preciso auscultar si el Legislador le dio atribuciones en ese sentido.

En efecto, la Ley 1341 de 2009 sobre ese preciso tópico refirió que:

"Artículo 57. Prestación de los servicios de radiodifusión sonora. Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, serán personas naturales o jurídicas, cuya selección objetiva, duración y prórrogas se realizarán de acuerdo con lo estipulado en la Ley de contratación pública. La concesión para el servicio de radiodifusión sonora incluye el permiso para uso del espectro radioeléctrico. El Gobierno Nacional garantizará la prestación del servicio de radiodifusión sonora en condiciones similares a las iniciales cuando el desarrollo tecnológico exija cambiar de bandas de frecuencia.

En ningún caso, la declaratoria de desierta de la licitación faculta al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para habilitar directamente la prestación del servicio.

El servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia.

En casos de emergencia, conmoción interna o externa calamidad pública, los proveedores de servicios de radiodifusión sonora deberán colaborar con las autoridades en la transmisión de las comunicaciones que aquellas requieran. En cualquier caso se dará prelación absoluta a las transmisiones relacionadas con la protección a la vida humana. Igualmente permitirán las comunicaciones oficiosas de carácter judicial en aquellos sitios donde no se cuente con otros servicios de comunicación o aquellas comunicaciones que determine el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en favor de la niñez, la adolescencia y el adulto mayor.

Los servicios de radiodifusión sonora podrán prestarse en gestión directa e indirecta. El Estado prestará el servicio de radiodifusión sonora en gestión directa por conducto de entidades públicas debidamente autorizadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En gestión indirecta el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones otorgará las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora mediante licencias o contratos, previa la realización de un procedimiento de selección objetiva.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará la clasificación del servicio de radiodifusión sonora, atendiendo los fines del servicio y las condiciones de cubrimiento del mismo.

Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora deberán prestar el servicio atendiendo a los parámetros técnicos esenciales que fije el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La modificación de parámetros técnicos esenciales requiere autorización previa del Ministerio.

Parágrafo 1o. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución Política, en los procedimientos relativos a la concesión de los servicios de radiodifusión sonora, la adjudicación se hará al proponente que no sea concesionario de tales servicios en la misma banda y en el mismo espacio geográfico municipal en el que, conforme con los respectivos pliegos, vaya a funcionar la emisora, siempre que reúna los requisitos y condiciones jurídicas, económicas y técnicas exigidas. Cualquiera de los proponentes podrá denunciar ante la entidad concedente y ante las demás autoridades competentes, los hechos o acciones a través de los cuales se pretenda desconocer las disposiciones contenidas en esta ley.

Parágrafo 2o. El servicio comunitario de radiodifusión sonora será un servicio de telecomunicaciones, otorgado mediante licencia y proceso de selección objetiva, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que disponga el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones." (Subrayas de la Sala).

Se observa entonces que el Legislador defirió al Ministerio la atribución de reglamentar lo atinente a la clasificación del servicio de radiodifusión sonora, así como la definición de los parámetros técnicos esenciales en que se debe prestar el servicio, y particularmente, para el comunitario, la necesidad de fijar los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas para su prestación; luego se infiere que el MINTIC sí es competente para la expedición de las condiciones de emisión de publicidad a que se refieren las disposiciones cuestionadas.

De otra parte, y en relación con la vulneración del derecho a la igualdad que aducen los accionantes respecto de las restricciones a que se sujeta esta clase de servicio (la comunitaria), debe ponerse de relieve que la finalidad para la cual fue diseñado este tipo de servicio responde el cargo de violación del artículo 13 Superior y también el de trasgresión a la libertad económica y libre competencia de la forma como se entra a explicar.

El servicio comunitario de radiodifusión sonora podría definirse como la manera de "difundir programas de interés social, cultural, recreativo, educativo y cívico para propiciar el desarrollo socioeconómico que permita la integración y solidaridad de la ciudadanía, en donde está excluido el ánimo de lucro"[31], en aras de que "los grupos de población de menores ingresos económicos residentes en áreas urbanas y rurales marginales o de frontera y, en general, los sectores más débiles o minoritarios de la sociedad puedan acceder a esta clase de servicios para propiciar su desarrollo socioeconómico, la expresión de su cultura y la integración a la vida nacional."[32]. Se trata entonces de una de las clases del servicio de radiodifusión que atiende el contenido de la programación.

Las finalidades y objetivos antes descritos, la ausencia de ánimo de lucro que caracteriza a la radiodifusión sonora comunitaria y la población a la cual van dirigidos los programas, marcan una diferencia sustancial en relación con el servicio de radiodifusión sonora que prestan las entidades distintas de las comunitarias, lo cual impide reclamar un mismo tratamiento.

Resulta altamente ilustrativo traer a colación la introducción hecha al documento titulado "Radio y Pluralismo. Política de Radiodifusión Sonora Comunitaria", publicada por el Ministerio de Comunicaciones y que data de noviembre de 2007, del cual se pueden extraer fácilmente los móviles de la reglamentación de este tipo de servicio y la importancia en contexto social, cultural y geográfico como el colombiano:

"En el caso específico de una política pública sobre la Radiodifusión Sonora Comunitaria se trata de un compromiso para promover la comunicación local con la participación plural democrática directa. Mediante el estímulo y apoyo a las Emisoras Comunitarias se busca que desarrollen plenamente los fines del servicio y aborden temas de interés ciudadano, que contribuyan al enriquecimiento creativo y responsable de las condiciones de vida colectiva, la satisfacción de necesidades, el goce y el estímulo del desarrollo humano.

Colombia ha tenido un liderazgo reconocido en el concierto internacional por la extensión y características progresistas del proceso y puesta en marcha de lo que se conoce como Emisoras Comunitarias; un proceso cada vez más dinámico y fuerte, que se ha construido en el debate y en discusiones sobre su papel en la ampliación y profundización de una democracia cada vez más participativa. Para la construcción de esta política se han reconocido y acogido las distintas discusiones y propuestas adelantadas desde 1998 con grupos representativos del sector de la Radio Comunitaria y ciudadana, incluyendo las conclusiones de las mesas de trabajo del encuentro: La Comunicación en la Cultura realizado a finales del 2006 con el apoyo del Ministerio de Cultura. En efecto desde hace más de 10 años se vienen realizando encuentros, congresos, diagnósticos y mesas de trabajo, en todas las regiones del país, en las que se han llevado a cabo consultas por parte del Estado para discutir y concertar la orientación y las bases de una política pública de comunicaciones con el fin de fortalecerlas como proyectos ciudadanos. Este documento forma parte de dicho proceso y se enriqueció mediante las consultas, debates y discusiones con actores estratégicos del sector. Adicionalmente, parte del trabajo adelantado por el Ministerio de Comunicaciones conducente a la identificación de lineamientos políticos para este sector.

Se entiende que la implementación de esta política representa un compromiso conjunto, del Estado por una parte y de los concesionarios de las emisoras, de las juntas de programación, de sus organizaciones y redes, por la otra. El Estado Colombiano con esta política y bajo el liderazgo del Ministerio de Comunicaciones, se propone apoyar los procesos de participación, formación, programación, producción, gestión y organización, entre otros, en un campo tan joven e inédito como es el de las Emisoras Comunitarias, buscando su consolidación efectiva y plena, mediante el apoyo a procesos que conduzcan a hacerlas cada vez más representativas de los intereses ciudadanos plurales de los municipios y localidades, en las cuales están insertas. Como política pública, esta no será efectiva en su implementación a menos de que los concesionarios de las Emisoras Comunitarias, con el apoyo de las Juntas de Programación y las redes, asuman de forma clara, efectiva y comprometida las responsabilidades a las que se comprometieron al recibir, como administradores, un servicio público de telecomunicaciones, de interés social sin ánimo de lucro, al servicio de municipios y localidades.

Uno de los desarrollos importantes en los últimos años es el desarrollo de redes y organizaciones del sector. La creciente y decidida importancia de las redes de comunicación y radio y el apoyo que estas vienen realizando a favor de las Emisoras Comunitarias de diferentes regiones del país, las convierten en agentes estratégicos para la implementación de la presente política. Las redes y el ente consultivo del sector que se cree, deben recoger inquietudes y conjuntamente con el Ministerio de Comunicaciones evaluar el desarrollo de la política, complementar los diagnósticos para surtir el sistema de información y ayudar a realizar los ajustes necesarios que se requieran.

La presencia en un municipio de una Emisora Comunitaria al servicio de los ciudadanos es de una importancia tal, por las posibilidades que estas encarnan de ser medios para la expresión directa de los intereses, necesidades, proyectos de futuro y goce de los diferentes sectores de las comunidades, que es evidente que los concesionarios tienen responsabilidades claras e ineludibles, en el desarrollo e implementación de estos proyectos comunicativos. Sus responsabilidades, no solo incluyen el cumplimiento de requisitos técnicos y legales particulares, como todo concesionario en el campo de la radiodifusión sonora, sino que deben hacer un énfasis particular en el cumplimiento y compromiso frente a los fines y características del servicio y de la programación. Solo así es posible que la presente política aporte al país desde este campo particular de las comunicaciones. La evaluación que se haga de la presente política en unos años, deberá mostrar un país con una mayor riqueza y fuerza de proyectos comunicativos al servicio de los ciudadanos, en casi todas las localidades del país; proyectos que se distingan de sus contrapartes comerciales, porque han encontrado formas propias y plurales de narrar lo local, de debatir sobre lo público, de evolucionar tecnológicamente, de ser efectivas y sostenibles en los espacios locales, por la fidelidad y compromiso que hayan logrado crear entre los ciudadanos y audiencias de sus localidades."

Al respecto, la jurisprudencia ha considerado el servicio de radiodifusión sonora comunitaria como una modalidad del de difusión sonora[33]:

"Como lo observó la Sala en el proveído mediante el cual denegó la solicitud de la suspensión provisional de los fecetos (Sic) de los artículos en estudio y al resolver el recurso de reposición contra el mismo, si bien es cierto que las normas a que alude el actor (leyes 51 de 1984, 72 de 1989, 80 de 1993 y el Decreto Ley 1900 de 1990) no definen expresamente lo que es el servicio de radiodifusión sonora, no es lo menos que la referencia de que él hace el artículo 21 acusado, el señalamiento de los fines a que se contrae el artículo 22 *ibídem* y las regulaciones hechas en los

artículos 23 a 31, no resultan extraños a las prescripción que consagran aquéllas."

(...)

"Ahora, si de acuerdo con el artículo 3º del Decreto Ley 1900 de 1990, las telecomunicaciones deben utilizarse como instrumento para impulsar el desarrollo político, económico y social del país con el objeto de elevar el nivel y la calidad de vida de los habitantes y para contribuir a la defensa de la democracia, la promoción de la participación de los colombianos y para asegurar la convivencia pacífica, partiendo la Sala de la premisa que el servicio **comunitario** es una modalidad o especie de la radiodifusión sonora, tales fines u objetivos no resultan contrarios ni excedidos por el artículo 22 acusado que, como ya se dijo, persigue la difusión programas de interés social para los diferentes sectores de la comunidad que propicien su desarrollo socioeconómico, al sano esparcimiento y a los valores esenciales de la nacionalidad".

Como se puede advertir, el objetivo de incluir como uno de los tipos de servicio de radiodifusión sonora al comunitario lo fue la necesidad de promover la participación democrática local con temas de interés del ciudadano, y por supuesto, con espacios de expresión directa del mismo, que representaran sus intereses, sus necesidades, sus proyectos, que constituyera un reflejo de las formas propias de la sociedad a la cual transmite.

Siendo ello así, y dadas las especiales características del anotado servicio, resulta no solamente justificada, sino necesaria y adecuada la distinción en el tratamiento de las condiciones exigidas para quienes se interesen en prestarlo, lo cual lleva a afirmar que no existe violación del derecho a la igualdad y por ello, tampoco es procedente decretar la nulidad de las disposiciones transcritas, si el acto administrativo que reglamenta el servicio de radiodifusión sonora impone límites a la emisión de publicidad en el servicio de radiodifusión sonora comunitaria que no se encuentran en el servicio de radiodifusión comercial.

En relación con la prohibición de transmitirse programas con fines proselitistas o de publicidad política, la Sala esta vez hace suyo el discernimiento efectuado en el fallo del 11 de abril de 2002, dictado en el proceso número 11001 03 24 000 2000 06583 01 (6583), a propósito del control de legalidad sobre una disposición de similar contenido prevista en el Decreto 1447 de 1995 (artículo 29, párrafo), en el sentido de señalar que, dada la connotación y características del servicio comunitario, no es afín con su propósito la transmisión de publicidad política:

"**V. 3.** El artículo 29 pertenece al capítulo V del decreto, que se ocupa del servicio comunitario de radiodifusión sonora. Dicho artículo trata de los programas que se pueden transmitir a través de las estaciones de radiodifusión sonora comunitaria, señalando al efecto en el párrafo enjuiciado que "**A través del servicio comunitario de radiodifusión sonora, no podrá transmitirse ningún tipo de programa con fines proselitistas.**" (Subrayas y resaltado del original).

Se le atribuye también la violación de los derechos a la igualdad, a la libertad de expresión y a la libre empresa, ya que prohíbe a los ciudadanos que nutren la programación de la emisora comunitaria formarse políticamente y buscar el acceso al poder político a través de los medios que ha creado la democracia participativa; al tiempo que rompe la igualdad con las emisoras comerciales, sacando del mercado político a las emisoras comunitarias, a las cuales no se les debe limitar la posibilidad de adquirir los recursos económicos, no obstante ser sin ánimo de lucro, por cuanto deben fortalecerse como empresas sociales.

Al respecto conviene atender las características de la radiodifusión sonora comunitaria, que

como atrás se anotó están especificadas en el artículo 21 del Decreto Núm. 1447 de 1995, así como los fines de dicho servicio, señalados en el artículo 22 ibídem, consistentes en "difundir programas de interés social para los diferentes sectores de la comunidad que propicien su desarrollo económico y cultural, el sano esparcimiento y los valores esenciales de la nacionalidad dentro de un ámbito de integración y solidaridad ciudadana. Por tanto, todos los concesionarios tendrán la obligación de ajustar sus programas a los fines indicados."

De otra parte, el proselitismo es la actividad tendiente a ganar adeptos o partidarios para una facción, parcialidad o doctrina, que puede ser política o religiosa, según las nociones relativas a ese concepto. Por consiguiente, mediante el mismo se persigue el fortalecimiento o crecimiento de grupos u organizaciones que tienen intereses u objetivos propios, determinados por los contenidos ideológicos, doctrinales o religiosos en que se inspiran.

En consecuencia, el proselitismo, en tanto actividad de una parcialidad, facción o doctrina, es incompatible con los fines y las características de la radiodifusión comunitaria, en cuanto servicio público estatal destinado a servir e integrar la comunidad a la que está dirigida, lo cual excluye todo uso en favor o en contra de facción política, doctrina o religión, toda vez que ello puede tener el efecto contrario a tales fines.

En estas condiciones, a las comunidades organizadas que operen emisoras de radiodifusión sonora comunitaria no se les está violando los derechos a la igualdad, a la libre expresión y a la libertad económica, en lo que a la radiodifusión sonora se refiere, por cuanto se parte de la base de que su objeto social no es el de adelantar proselitismo político, ni la concesión que se les otorga es para ese propósito, como quiera que según el artículo 23, numeral 2, del decreto en cita, el objeto social de las mismas debe ser "el desarrollo de la comunicación social como instrumento de desarrollo y participación comunitaria", y la concesión de que sean beneficiarias obedece a los fines y características del respectivo servicio. Por consiguiente, el ejercicio de tales derechos debe ajustarse tanto a su objeto social como a los fines del servicio que presta, en la medida de que se trata de una actividad cuyo titular es el Estado y cuyo desarrollo está sujeto a un régimen legal y reglamentario encaminado a garantizar su prestación en función del interés general.

El cargo, por lo tanto, se desestima".

Por otro lado, condicionamientos como los previstos en el artículo 27 de la Resolución enjuiciada para la emisión de pautas publicitarias y créditos por patrocinios, auspicios y apoyos tampoco contravienen el derecho a la libertad económica y libre competencia dado que estos designios no tienen carácter absoluto en tanto que se encuentran sujetos a la intervención del Estado siempre que sea requerido para garantizar el interés general. Bajo tal premisa, y atendiendo a que la finalidad buscada a través del servicio de radiodifusión sonora comunitaria explica claramente que este tipo de restricciones tenga lugar, no prospera tampoco este cargo.

Finalmente, en lo concerniente al reparo de legalidad del artículo 28 de la Resolución 00415 de 2010, se prohíja el análisis expuesto a lo largo de este acápite, dado que es del todo coherente que la retransmisión de programas deba tener relación directa con el fin del servicio de radiodifusión comunitaria, en tanto que, se reitera, se trata de una actividad especial que debe responder a las características propias para las cuales se erigió y en tal orden, no se encuentra vicio alguno que pueda afectar la validez.

6.6. Derechos de autor y conexos

El siguiente reparo también se fundó en lo dispuesto en el artículo 28 del acto acusado pero en relación con la alusión a la necesidad de contar con la autorización previa y expresa del propietario de la programación que se pretenda retransmitir, circunstancia que hace pertinente transcribir nuevamente su contenido, subrayando solamente los apartes respecto de los cuales se presenta inconformidad:

"Artículo 28. Retransmisión de programas pregrabados. Los proveedores del Servicio de Radiodifusión Sonora podrán retransmitir programas pregrabados de otras estaciones de radiodifusión sonora, siempre que cuenten con autorización previa y expresa del propietario de la programación que se utilice y esta tenga relación directa con los fines del servicio.

En todo caso el proveedor es el directo responsable por la programación que emita y debe responder legal y administrativamente por el incumplimiento de las normas legales que la rigen".

Aseguraron los demandantes que debía estimarse la anotada solicitud, en consideración a que los temas de derechos de autor y conexos que allí refiere no se encontraban siquiera mencionados en la Ley 1341 de 2009. Tal aseveración impone a la Sala determinar en primer término si es cierto que la mencionada Ley no regula esos asuntos, para lo cual se observa que, revisado el contenido de la citada Ley, no se advierte alusión alguna a la necesidad de regular derechos de autor y conexos; no obstante, ello por sí mismo no haría próspero el reparo anotado debido a que, tal y como lo puso de presente tanto el MINTIC como el Ministerio Público, la fuente de tal deber deviene de lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley 23 de 1982, cuyo tenor literal se transcribe:

"Artículo 162°.- El Ministerio de Comunicaciones no permitirá a los organismos de radiodifusión que utilicen en sus emisiones obras científicas, literarias o artísticas y producciones artísticas que no hayan sido previamente y expresamente autorizadas por sus titulares o sus representantes".

Bajo ese entendido, cuando la cartera accionada expidió la Resolución No. 00415 de 2010 no hizo cosa distinta que cumplir con los mandatos del artículo 6° y 121 Constitucionales y acatar los deberes previstos en el orden jurídico superior.

Tal discernimiento resulta plenamente aplicable al cargo de nulidad formulado en relación con el artículo 97 del acto que se impugna[34], pues también es cierto que la Ley 1341 de 2009 no prevé la expedición de paz y salvos por concepto de derechos de autor como condición de los trámites que adelanta el concesionario ante el MINTIC durante el año, y sin embargo, ello no es óbice para confirmar la validez de la disposición reglamentaria, en tanto que existe previsión normativa que impone ese deber al demandado.

Corolario de lo dicho, es procedente negar los dos cargos de nulidad.

6.7. Solicitud de licenciamiento de radiodifusión sonora de interés público. Universidades

La disposición controvertida es del siguiente tenor (aparte subrayado corresponde al reprochado):

"Artículo 68. Requisitos para las solicitudes. Son requisitos para presentar las solicitudes para la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público, los siguientes:

1. Ser una entidad pública, salvo cuando se trate de emisoras educativas universitarias.
2. Presentar el documento que acredite la representación legal de la entidad.

3. Presentar el certificado de disponibilidad y registro presupuestal en los términos del estatuto orgánico del presupuesto y sus decretos reglamentarios, donde conste:

a) El financiamiento de equipos y del montaje de la estación;

b) Los recursos para la cancelación de los derechos de concesión y las contraprestaciones por el uso del espectro radioeléctrico, para el primer año.

4. En caso de contar con la infraestructura para la operación de la emisora se deben presentar los documentos que acrediten la propiedad o tenencia de los equipos y las facilidades para el montaje y la puesta en operación de la emisora.

5. Presentar el proyecto para la instalación y operación de la estación del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público, que contenga como mínimo la siguiente información:

a) Plan de Programación.

b) Recursos administrativos y responsables de la dirección y ejecución del proyecto.

c) Recursos en infraestructura (terrenos y locales para la ubicación de los estudios, transmisores y sistema irradiante de la estación).

6. Indicar el área geográfica para la prestación del servicio, señalando el cubrimiento de municipio(s) y/o departamento(s), y la tecnología de transmisión solicitada (A. M. o F. M.).

Parágrafo 1o. Las solicitudes para la instalación y operación de la estación del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público, deberán ser presentadas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por conducto del representante legal de la entidad pública, o instituciones de educación superior, quien deberá presentar el respectivo acto administrativo de nombramiento o acta de posesión.

Parágrafo 2o. Las solicitudes de los diversos estamentos de la Fuerza Pública, deberán ser allegadas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por conducto del representante legal del Ministerio de la Defensa Nacional o de la Policía Nacional." (Subrayas de la Sala).

El planteamiento del que parten los accionantes es el de considerar la nulidad del aparte subrayado dado que contempla una excepción para las instituciones educativas universitarias de carácter privado que no es consonante con la gestión indirecta a la que deberían estar sometidas y el procedimiento de selección propio de este tipo de vinculación a la prestación del servicio.

Pues bien, para resolver tal formulación la Sala encuentra que es preciso poner en contexto las líneas de acción delimitadas por el Legislador para la prestación de este servicio y el desarrollo reglamentario correspondiente.

El artículo 57 de la Ley 1341 de 2009, estableció expresamente que la manera en que se llevará a cabo esa actividad podría ser por gestión directa e indirecta. El aparte pertinente dispone que:

"Artículo 57. Prestación de los servicios de radiodifusión sonora.

(...)

Los servicios de radiodifusión sonora podrán prestarse en gestión directa e indirecta. El Estado

prestará el servicio de radiodifusión sonora en gestión directa por conducto de entidades públicas debidamente autorizadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En gestión indirecta el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones otorgará las concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora mediante licencias o contratos, previa la realización de un procedimiento de selección objetiva.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará la clasificación del servicio de radiodifusión sonora, atendiendo los fines del servicio y las condiciones de cubrimiento del mismo".

La norma reglamentaria (Resolución 00415 de 2010), reiteró así tal precepto:

"Artículo 7o. De la prestación del servicio en gestión directa. El Estado prestará el Servicio de Radiodifusión Sonora en gestión directa por conducto de entidades públicas debidamente autorizadas, por ministerio de la ley o a través de licencia otorgada directamente por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones".

"Artículo 8o. De la prestación del servicio en gestión indirecta. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones otorgará las concesiones para la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora en gestión indirecta mediante contrato o licencia, previa la realización del procedimiento de selección objetiva, en los términos establecidos en la ley y en esta resolución."

De la lectura de lo transcrito se desprende que la gestión directa es la efectuada por entidades públicas y será concedida por licencia, en tanto que la indirecta se somete al agotamiento de un procedimiento de selección objetiva, y de acuerdo a la clase de servicio, será concedida por licencia o por contrato.

Según se advierte del último inciso en cita, el Congreso de la República habilitó al MINTIC para la clasificación del servicio atendiendo sus fines y condiciones de cubrimiento, mandato que fue cumplido en el Capítulo II del Título I de la Resolución 00415 de 2010. Allí se indicaron los siguientes criterios: (i) según la gestión del servicio la radiodifusión puede ser directa o indirecta; (ii) según la programación puede existir radiodifusión sonora comercial, comunitaria o de interés público; (iii) según su cubrimiento se clasifica en zonal, zonal restringido o local restringido y (iv) conforme a la tecnología de transmisión se divide en Amplitud Modulada (A.M.), Frecuencia Modulada (F.M.) o digital y nuevas tecnologías.

De la interpretación de las normas en cita se infiere que la prestación del servicio de radiodifusión sonora en Colombia atiende distintos parámetros (comerciales, comunitarios, de interés público, zonal, zonal restringido, local restringido, amplitud o frecuencia modulada digital) pero en todo caso, deberá definirse si su gestión es directa o indirecta.

El precepto censurado está referido a la radiodifusión sonora de interés público, es decir, la orientada a satisfacer los requerimientos de comunicación del Estado con los ciudadanos y las comunidades, para la "defensa de los derechos constitucionales, la protección del patrimonio cultural y natural de la nación, a fin de procurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, sin ánimo de lucro, a cargo y bajo la titularidad del Estado"[35].

El Título V ibídem, se encargó de reglamentar las subclases de la radiodifusión sonora de interés público, las fuentes de financiamiento, algunas consideraciones técnicas y de operación, las reglas de otorgamiento de la concesión, su cesión, prórrogas, entre otros. En lo atinente al primer aspecto señaló que:

"Artículo 59. Clasificación de las emisoras del servicio de radiodifusión sonora de interés público. Para efectos de la presente resolución, las emisoras del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público se clasifican de la siguiente manera:

1. Emisoras de la Radio Pública Nacional de Colombia.
2. Emisoras de la Fuerza Pública.
3. Emisoras Territoriales.
4. Emisoras Educativas.
5. Emisoras Educativas Universitarias.
6. Emisoras para atención y prevención de desastres". (Subrayas de la Sala).

El artículo 60 ibídem se refirió a los propósitos buscados a través del servicio de radiodifusión sonora de interés público y en particular fijó así el fin que persigue con el ejecutado por emisoras educativas universitarias:

"Artículo 60. Fines del servicio. El Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público tiene como propósito satisfacer necesidades de comunicación del Estado con los ciudadanos y comunidades, en el área geográfica objeto de cubrimiento y tendrá como fines, contribuir al fortalecimiento del patrimonio cultural y natural de la nación, difundir la cultura y la ciencia y fomentar la productividad del país, promover los valores cívicos, la solidaridad, la seguridad, el ejercicio ciudadano y la cultura democrática, preservar la pluralidad, identidad e idiosincrasia nacional, servir de canal para la integración del pueblo colombiano y la generación de una sociedad mejor informada y educada, difundir los valores y símbolos patrios, contribuir a la defensa de la soberanía, de las instituciones democráticas, asegurar la convivencia pacífica y brindar apoyo en la prevención, atención y recuperación de emergencias y desastres. Por tanto, todos los proveedores tendrán la obligación de ajustar sus programas radiales a los fines indicados.

Los siguientes son los fines del servicio de acuerdo con la clasificación de las emisoras del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público:

(...)

Emisoras educativas universitarias. Las emisoras educativas universitarias tienen a su cargo la transmisión de programas de interés cultural, sin ninguna finalidad de lucro, con el objeto, entre otros, de difundir la cultura, la ciencia y la educación, de estimular el flujo de investigaciones y de información científica y tecnológica aplicada al desarrollo, de apoyar el proyecto educativo nacional y, servir de canal para la generación de una sociedad mejor informada y educada. Este servicio se prestará a través de instituciones de educación superior, legalmente reconocidas y acreditadas institucionalmente por el Ministerio de Educación Nacional.

(...)" (Subrayas de la Sala).

En lo que hace al otorgamiento de la concesión del servicio de radiodifusión de interés público, el acto en litigio indicó lo siguiente:

"Artículo 67. Concesiones para la prestación del servicio de radiodifusión sonora de interés público. Las concesiones para la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público, serán otorgadas en gestión directa, mediante licencia por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones técnicas, jurídicas y administrativas establecidas en esta resolución y demás normas que le sean aplicables.

Las concesiones para el Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público se otorgarán directamente de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa, el Estatuto General de Contratación, el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en A. M. y F. M. y las disposiciones de esta resolución.

Por ministerio de la ley, el Estado prestará el Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público a través de la Radio Televisión Nacional de Colombia, RTVC, quien tiene a su cargo la radiodifusión Estatal comúnmente denominada Radio Nacional de Colombia. De conformidad con los Decretos 3525 y 3912 de 2004 corresponde a RTVC la determinación de la programación, producción, realización, transmisión y emisión de este servicio". (Subrayas de la Sala).

Como se advierte la misma norma reglamentaria sujetó la concesión del servicio de radiodifusión sonora de interés público a una prestación de gestión directa, esto es, la que ejecuta una entidad pública siempre que cuente con la autorización de la ley o del MINTIC.

Si ello es así, cuando la norma establece los requisitos para presentar una solicitud y exceptúa las emisoras educativas universitarias está no solamente contraviniendo una norma del mismo catálogo reglamentario (artículo 67), sino el alcance de lo entendido legalmente como gestión directa en la manera en que fue explicado dicho concepto de manera previa, habida cuenta de que sólo las entidades públicas están habilitadas para gestionar directamente el servicio de radiodifusión sonora de interés público y no todas las instituciones de educación superior, legalmente reconocidas y acreditadas institucionalmente por el Ministerio de Educación Nacional, tienen ese carácter.

Entendido lo expuesto resta por declarar la nulidad de la expresión "salvo cuando se trate de emisoras educativas universitarias", contenido en el numeral primero del artículo 68 del acto impugnado, advirtiendo que tal decisión sólo producirá efectos pasados seis (6) meses de haberse notificado la sentencia, en consideración a que la Sala advierte un vacío en la reglamentación que sobre la prestación del servicio de radiodifusión sonora en interés público pueden prestar las emisoras educativas universitarias de carácter privado.

6.8. Cesión de derechos. Instituciones educativas universitarias

Aducen los actores que el artículo 75 de la resolución controvertida autorizó a las instituciones de educación superior a ceder sus derechos en tanto que para las demás entidades que presten el servicio de radiodifusión sonora de interés público si les está vedado tal negocio jurídico. La norma objetada es la que a continuación se anota:

"Artículo 75. Cesión de los derechos de concesión. Las entidades públicas concesionarias del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público no podrán ceder, vender, arrendar o

transmitir bajo ningún título, a terceros, los derechos derivados de la concesión."

Sin duda, la parte demandante hace su análisis de legalidad entendiendo que una institución educativa universitaria privada está facultada para prestar este tipo especial de servicio. No obstante, deben observarse los siguientes dos aspectos: el primero, que no es cierto que el acto administrativo que reglamenta el servicio de radiodifusión sonora permita que las instituciones educativas de educación superior privada cedan los derechos de concesión; y la segunda, que de acuerdo con el discernimiento acerca de la validez del aparte del numeral primero del artículo 68 de la Resolución 00415 de 2010, queda superada cualquier duda sobre la particular, como quiera que, conforme a lo ya dicho, no es procedente que una institución de educación superior de naturaleza privada preste el servicio de radiodifusión sonora de interés público, dadas las finalidades que se persiguen con esa clase de actividad y la forma de gestión en que se ha enmarcado por la norma reglamentaria.

6.9. Delegación a la ANE

6.9.1. Conviene preguntarse si es cierto que el MINTIC está delegando la facultad de inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio de radiodifusión sonora en la ANE, en la forma como lo comprenden los accionantes. Para ello es fundamental traer a colación el artículo 102 enjuiciado, subrayando los apartes que consideran nulos:

"Artículo 102. Inspección vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora. De conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la Constitución Política y el artículo 60 de la Ley 1341 de 2009, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tiene a su cargo la Inspección vigilancia y control sobre el Servicio de Radiodifusión Sonora.

Para el ejercicio de estas funciones el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá practicar en cualquier tiempo visitas a las estaciones de los proveedores, con el fin de verificar y solicitar información sobre la correcta y continua prestación del servicio, constatar el cumplimiento de las normas que lo regulan o advertir la necesidad de corregir fallas o desviaciones en el mismo.

La Agencia Nacional del Espectro adelantará las visitas correspondientes para verificar el cumplimiento de los parámetros técnicos esenciales y no esenciales de las estaciones de radiodifusión sonora y adelantará las actuaciones de su competencia.

La Agencia Nacional del Espectro deberá remitir el resultado de las mismas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que se adelanten, si es del caso, las actuaciones administrativas que correspondan y para que hagan parte del expediente histórico del concesionario.

Con idéntico propósito, los proveedores del Servicio de Radiodifusión Sonora están en el deber de remitir periódicamente la información y certificaciones que exija el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las cuales se entenderán presentadas y rendidas bajo la gravedad de juramento.

Parágrafo. Los proveedores están en la obligación de atender, colaborar y suministrar la información requerida en las visitas practicadas en cualquier momento por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por la Agencia Nacional del Espectro".

De lo expuesto no se advierte que el MINTIC delegue función alguna a la Agencia Nacional del

Espectro, al menos no de manera expresa; por el contrario, lo que se observa es que deja en manos de dicha Agencia el adelantamiento de las funciones de su competencia entre las cuales enuncia las visitas a las estaciones de radiodifusión sonora en aras de verificar el cumplimiento de los parámetros esenciales y no esenciales.

Se sigue de lo afirmado la necesidad de determinar si se trata de una función creada a través del acto reglamentario demandado, punto este que está absolutamente resuelto en el párrafo segundo del artículo 26 de la Ley 1341 de 2009, a través del cual se asignaron las atribuciones a la ANE, luego de haberla creado en el artículo 25 ibídem[36].

"Artículo 26. Funciones de la agencia nacional del espectro. La Agencia Nacional del Espectro tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

1. Asesorar al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el diseño y formulación de políticas, planes y programas relacionados con el espectro radioeléctrico.
2. Diseñar y formular políticas, planes y programas relacionados con la vigilancia y control del Espectro, en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales y las propuestas por los organismos internacionales competentes, cuando sea del caso.
3. Estudiar y proponer, acorde con las tendencias del sector y las evoluciones tecnológicas, esquemas óptimos de vigilancia y control del espectro radioeléctrico, incluyendo los satelitales, con excepción a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política y conforme a la normatividad vigente.
4. Ejercer la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política.
5. Realizar la gestión técnica del espectro radioeléctrico.
6. Investigar e identificar las nuevas tendencias nacionales e internacionales en cuanto a la administración, vigilancia y control del espectro.
7. Estudiar y proponer los parámetros de valoración por el derecho al uso del espectro radioeléctrico y la estructura de contraprestaciones.
8. Notificar ante los organismos internacionales las interferencias detectadas por señales originadas en otros países, previa coordinación con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
9. Apoyar al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el establecimiento de estrategias para la participación en las diversas conferencias y grupos de estudio especializados de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y otros organismos internacionales.
10. Adelantar las investigaciones a que haya lugar, por posibles infracciones al régimen del espectro definido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones así como imponer las sanciones, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política.
11. Ordenar el cese de operaciones no autorizadas de redes, el decomiso provisional y definitivo de equipos y demás bienes utilizados para el efecto, y disponer su destino con arreglo a lo

dispuesto en la ley, sin perjuicio de las competencias que tienen las autoridades Militares y de Policía para el decomiso de equipos.

12. Actualizar, mantener y garantizar la seguridad y confiabilidad de la información que se genere de los actos administrativos de su competencia.

13. Las demás que por su naturaleza le sean asignadas o le correspondan por ley.

Parágrafo 1o. La atribución y asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico seguirá siendo potestad del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Parágrafo 2o. Para el ejercicio de las funciones de vigilancia y control, la Agencia Nacional del Espectro podrá contar con Estaciones Monitoras fijas y móviles para la medición de parámetros técnicos; la verificación de la ocupación del espectro radioeléctrico; y la realización de visitas técnicas a efectos de establecer el uso indebido o clandestino del espectro, en coordinación y con apoyo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones." (Subrayas de la Sala).

Resulta entonces que la fuente de las facultades para la realización de las visitas que reprochan los memorialistas es legal y que en esa medida no tiene vocación de prosperar su inconformidad, pues es por medio de esas actuaciones que la ANE puede cumplir con las funciones enlistadas en dicho precepto.

6.9.2. Ahora, en lo atinente a la sindicación del otorgamiento de facultades ilimitadas al MINTIC para exigir todo tipo de documentación y certificaciones que no tengan que ver con la concesión del servicio solicitado, debe observarle la Sala a la parte actora que no encuentra fundamento normativo alguno que pueda llevar a tal conclusión. En efecto, se trata nuevamente de una apreciación subjetiva de los señores Rodrigo Humberto Hernández Rodríguez y de Rodrigo Sebastián Hernández Alonso sobre el alcance de la norma censurada, máxime si se tiene en cuenta que la exigencia de la documentación allí referida está sujeta a "idéntico propósito", es decir, al de "verificar y solicitar información sobre la correcta y continua prestación del servicio, constatar el cumplimiento de las normas que lo regulan o advertir la necesidad de corregir fallas o desviaciones en el mismo".

6.9.3. Por último, en lo tiene que ver con el deber de remitir la información y certificaciones que exija el MINTIC y la constancia de que dichos documentos se entenderán presentados y rendidos bajo la gravedad de juramento, tampoco evidencia esta Sala que la sola consagración de tal previsión implique de manera automática que con la sospecha sobre la idoneidad y veracidad de su contenido la cartera accionada inicie procedimientos administrativos y denuncias fiscales, disciplinarias y penales a los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora, pues tal actuación deberá ser valorada en el caso concreto, sin perder de vista que obedece claramente al ejercicio de la función de policía administrativa de la que es titular el MINTIC al habersele encargado la inspección, vigilancia y control del servicio de radiodifusión que nos ocupa.

Dicho esto, lo que resalta esta Sala es que aun cuando no esté expresamente consagrada tal obligación, es deber de todas a las autoridades administrativas poner a consideración de las autoridades competentes siempre que se observen irregularidades, de otra forma no podrían cumplirse objetivos de raigambre constitucional como los contenidos en el artículo 209, sobre todo cuando ello redundaría en el logro del fin último del Estado Social de Derecho cual es la garantía del interés público.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del aparte subrayado del artículo 11 de la Resolución No. 00415 del 13 de abril de 2010, expedida por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia:

"Artículo 11. Causales de terminación de la concesión. Son causales de terminación de la concesión las siguientes:

- a) En cualquier tiempo, por renuncia voluntaria del proveedor expresada por escrito al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias que existan a cargo del proveedor en ese momento y de divulgar al público su decisión de terminar con la prestación del servicio, con al menos treinta (30) días de antelación a la presentación de su renuncia a dicho organismo;
- b) A la finalización del término inicial de la concesión o de cualquiera de sus prórrogas posteriores, cuando el proveedor no haya solicitado por escrito al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la prórroga de la misma, en los términos establecidos en esta resolución, o cuando condiciones técnicas y/o jurídicas impidan la continuidad de la concesión, sin perjuicio de garantizar el debido proceso;
- c) Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por liquidación de la persona jurídica del contratista;
- d) Cuando las exigencias del Servicio de Radiodifusión Sonora lo requieran o la situación de orden público lo imponga;
- e) Por cancelación de la concesión. El titular de una concesión que hubiere dado lugar a la declaratoria de la caducidad del contrato o a la cancelación de la licencia, no podrá ser proveedor del servicio en la misma sede en la que se le otorgó la concesión, por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria del respectivo acto;
- f) Las demás que determine la ley".

SEGUNDO: DECRETAR la nulidad del aparte subrayado del numeral primero del artículo 68 de la Resolución No. 00415 del 13 de abril de 2010, expedida por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, decisión que sólo producirá efectos seis (6) meses después de haberse notificado la presente providencia, por las razones expuestas en la parte motiva:

"Artículo 68. Requisitos para las solicitudes. Son requisitos para presentar las solicitudes para la prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público, los siguientes:

1. Ser una entidad pública, salvo cuando se trate de emisoras educativas universitarias.
2. Presentar el documento que acredite la representación legal de la entidad.
3. Presentar el certificado de disponibilidad y registro presupuestal en los términos del estatuto

orgánico del presupuesto y sus decretos reglamentarios, donde conste:

- a) El financiamiento de equipos y del montaje de la estación;
 - b) Los recursos para la cancelación de los derechos de concesión y las contraprestaciones por el uso del espectro radioeléctrico, para el primer año.
4. En caso de contar con la infraestructura para la operación de la emisora se deben presentar los documentos que acrediten la propiedad o tenencia de los equipos y las facilidades para el montaje y la puesta en operación de la emisora.
5. Presentar el proyecto para la instalación y operación de la estación del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público, que contenga como mínimo la siguiente información:
- a) Plan de Programación.
 - b) Recursos administrativos y responsables de la dirección y ejecución del proyecto.
 - c) Recursos en infraestructura (terrenos y locales para la ubicación de los estudios, transmisores y sistema irradiante de la estación).
6. Indicar el área geográfica para la prestación del servicio, señalando el cubrimiento de municipio(s) y/o departamento(s), y la tecnología de transmisión solicitada (A. M. o F. M.).

Parágrafo 1o. Las solicitudes para la instalación y operación de la estación del Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público, deberán ser presentadas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por conducto del representante legal de la entidad pública, o instituciones de educación superior, quien deberá presentar el respectivo acto administrativo de nombramiento o acta de posesión.

Parágrafo 2o. Las solicitudes de los diversos estamentos de la Fuerza Pública, deberán ser allegadas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por conducto del representante legal del Ministerio de la Defensa Nacional o de la Policía Nacional."

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Reconocer al abogado Andrés Trujillo Maza como apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de conformidad con el poder que obra a folio 151 de este cuaderno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 3 de octubre de 2019.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Presidente

Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Consejera de Estado

Aclara voto

[1] Folio 16 de este Cuaderno.

[2] Folio 18 ibídem.

[3] Folio 19 ibídem.

[4] Folio 20 ibídem.

[5] Ibídem.

[6] Folio 21 ibídem.

[7] Folio 24 ibídem.

[8] Ibídem.

[9] Ibídem.

[10] Folio 26 ibídem.

[11] Folio 27 ibídem.

[12] Folios 27 y 28 ibídem.

[13] Folio 28 ibídem.

[14] Folio 30 ibídem.

[15] Folio 33 ibídem.

[16] Folio 66 ibídem.

[17] Folio 66 ibídem.

[18] Folio 67 ibidem.

[19] Folio 127 de este Cuaderno.

[20] Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 2 de marzo de 2017, proferida en el proceso identificado con el número 25000-23-24-000-2007-00045-01, con Ponencia del Magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio (E).

[21] Ibídem.

[22] Sentencia C-1016 de 2012.

[23] Sentencia C-558 de 1994.

[24] Sentencia C-468 de 2008.

[25] Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 22 de septiembre de 2011. Proceso Número 11001 03 24 00 2007 00073 00. C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

[26] Magistrado Ponente Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo.

[27] "Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

[28] "Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. // Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. // La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio."

[29] "Artículo 123. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos."

[30] En el mismo sentido, entre otras, las sentencias C-448 de 1998, C-1372 de 2000, C-1212 de 2001, C-690 de 2003 y C-015 de 2004.

[31] Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 30 de junio de 1995 proferida en el proceso número 3178, con Ponencia del Magistrado Miguel González Rodríguez. Allí se demandaron los artículos 1o., 15, 21, 28, 29, 31, 33, 35 y 40 del Decreto No. 1695 de 3 de agosto de 1994.

[32] *Ibídem.*

[33] Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 12 de septiembre de 1992. Expediente número 3572. M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Allí se demandaban artículos 15, 21 a 31 y 38 del Decreto Reglamentario número 1447 de 30 de agosto de 1995 "por el cual se reglamenta la concesión del servicio de radiodifusión sonora en gestión directa e indirecta, se define el Plan General de Radiodifusión Sonora y se determinan los criterios y conceptos tarifarias y las sanciones aplicables al servicio".

[34] "**Artículo 97. Derechos de autor.** Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 162 de la Ley 23 de 1982, los proveedores del Servicio de Radiodifusión Sonora deberán presentar dentro del primer trimestre del año ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones los paz y salvos, vigentes al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, por concepto de derechos de autor, correspondiente a la autorización y pago de las obras efectivamente utilizadas.

Este paz y salvo deberá ser emitido por las sociedades de gestión colectivas con personería jurídica que estén legalmente reconocidas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, y tendrán validez para cualquier trámite que solicite el proveedor durante el año".

[35] Literal b) del artículo 18 de la Resolución 00415 de 2010.

[36] "**Artículo 25. Creación, naturaleza y objeto de la agencia nacional del espectro.** Créase la Agencia Nacional del Espectro –ANE– como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sin personería jurídica, con autonomía técnica, administrativa y financiera.

El objeto de la Agencia Nacional del Espectro es brindar el soporte técnico para la gestión y la

planeación, la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, en coordinación con las diferentes autoridades que tengan funciones o actividades relacionadas con el mismo".

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

www.consejodeestado.gov.co



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



MINTIC