

Expediente núm.4179

María Teresa Garcés Lloreda

SISTEMA DE TELEVISION DIRECTO POR SATELITE - Transmisión de la señal / TELEVISION POR SUSCRIPCION - Modalidades / TELEVISION CABLEADA Y CERRADA / TELEVISION SATELITAL - Régimen jurídico de prestación / ACTO ADMINISTRATIVO - Falsa motivación

Es evidente que la televisión satelital, que "...llega al usuario desde un satélite de distribución directa", o la televisión cableada y cerrada, que "...llega al usuario a través de un medio físico de distribución...", constituyen modalidades de televisión por suscripción, ya que la señal "...está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción", según las voces que el artículo 20 arriba citado utiliza para definir esta clase de televisión. La Sala estima que la televisión cableada y cerrada así como la televisión satelital, por ser especies de televisión por suscripción, son servicio sujetos "...a un mismo régimen jurídico de prestación..". Cuando el acto acusado, en uno de sus considerandos, dice que la televisión directa por satélite "... constituye un avance tecnológico, cuya transmisión emisión y programación se genera fuera del país, pero cuya recepción es posible en Colombia para uso exclusivamente individual, por tanto no se tipifica el servicio de televisión de acuerdo con la definición legal", incurre en falsa motivación, pues esta forma de transmisión de la señal está prevista en el literal c) del artículo 19 como televisión satelital, que encuadra justamente en el concepto de televisión por suscripción, a que ya se ha hecho referencia.

TELEVISION POR SUSCRIPCION - Régimen jurídico / SERVICIO DE TELEVISION DIRECTA POR SATELITE - Exclusión / COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Facultades / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Violación

Los artículo 33, 41, 42 y 43 de la ley 182 de 1995 regulan los principios de asignación de concesiones para la televisión por suscripción, los parámetros para la adjudicación de dichas concesiones y el régimen de prestación del servicio, incluidas unas obligaciones especiales en materia de porcentajes, mínimos de programación de producción nacional, cuando se transmitan comerciales. La Sala considera que ese régimen jurídico fue violado por falta de aplicación al ser sustraído el servicio de televisión directa por satélite del concepto de televisión por suscripción. Por tanto, el cargo prospera. En concepto de la Sala los artículos 13, 25, 58, 76, 150 último inciso, 333 y 365 de la Constitución Política fueron violados en cuanto que las distintas modalidades de televisión por suscripción, deben estar sometidas al mismo régimen jurídico, lo que no sucedió con el acto acusado, que sustrajo el servicio de televisión directa por satélite del régimen general del televisión y por suscripción, arrogándose la Comisión Nacional de Televisión facultades de que carecía e infringiendo así el principio de igualdad que debía regir en dicha materia.

CONVALIDACION DEL ACTO - Improcedencia / COMISION NACIONAL DE

TELEVISION - Incompetencia insaneable / SERVICIO DE TELEVISION POR SUSCRIPCION - Regulación / CONGRESO DE LA

REPUBLICA - Facultades / SANEAMIENTO DEL ACTO - Improcedencia / LEGALIDAD DEL ACTO - Enjuiciamiento / LEY POSTERIOR - Inaplicación

La Sala considera, que el saneamiento producido y alegado en el caso sub - examine, con el respaldo conceptual del Agente del Ministerio Público, no es propiamente la convalidación de que habla la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues en esa hipótesis se trata del saneamiento de un acto administrativo por otro acto de la misma naturaleza, cuando el vicio de ilegalidad es saneable. La Hipótesis analizada en el asunto sub judice plantea un caso de incompetencia de la autoridad administrativa, no saneable, mediante el uso del mecanismo de la convalidación de un acto administrativo por otro, pues la Comisión Nacional de Televisión no tuvo en cuenta en su momento al producir el Acuerdo acusado que la ley se había ocupado de regular el procedimiento para la adjudicación del servicio de televisión por suscripción, incluida allí la televisión satelital en su modalidad de televisión directa al hogar. La Sala considera que la intervención del Legislador, mediante el artículo 21 de la ley 335 de 1996, en donde se dice que el servicio de televisión satelital deberá prestarse mediante permiso otorgado por la Comisión Nacional de Televisión y bajo las normas que para tal efecto dicha entidad establezca, no saneó el acto acusado porque la legalidad debe analizarse en el momento en que el acto administrativo nace de la vida jurídica y no con fundamento en normas posteriores, especialmente si se trata de vicios de nulidad absoluta como es el caso analizado, de donde la Comisión Nacional de Televisión modificó las normas legales que regulaban la televisión por suscripción, arrogándose así una competencia que correspondía al Congreso de la República. NOTA DE RELATORIA: Sobre la convalidación del acto puede consultarse la sentencia del 6 de junio de 1991, Ponente Dr: MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1.997).

Consejero Ponente: Doctor MANUEL S. URUETA AYOLA

Expediente núm. 4179

Autoridades Nacionales

Actor: MARIA TERESA GARCES LLOREDA

Procede la Sala a decidir, en única instancia, el proceso que, a través de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del código contencioso administrativo, ha instaurado la ciudadana MARIA TERESA GARCES LLOREDA contra el Acuerdo Núm. 005 de 1996, por medio del cual la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), autorizó el ingreso al país del Sistema de Televisión Directo por Satélite, conocido como DTH.

I - ANTECEDENTES

a) Las pretensiones de la demanda.

La actora solicita la declaratoria de nulidad del Acuerdo Núm. 005 del 14 de noviembre de 1996, proferido por la Junta Directiva de la CNTV, "Por el cual se autoriza el ingreso al País del Sistema de Televisión Directa por Satélite", así como también que se declare que dicho sistema es uno de los servicios de televisión por suscripción, según la definición del artículo 20 de la ley 182 de 1995 y que, en consecuencia, los concesionarios deben cumplir los requisitos y las obligaciones que para este sistema, establecen los artículos 33, 41, 42 y 43 de la mencionada ley.

b) Los hechos

De acuerdo con la parte demandante, los hechos pueden resumirse así:

1) La Comisión Nacional de Televisión, creada por la ley 182 de 1995, tiene en general, facultades para regular el servicio de televisión y, en particular, el de televisión por suscripción, de conformidad con las normas legales y reglamentarias. En cumplimiento de esas facultades, dicho organismo dio a conocer a los interesados un proyecto de Acuerdo, que constaba de un anexo técnico, en donde se calificaba al Sistema de Televisión Directa por Satélite, como parte del Servicio de Televisión por Suscripción.

2) Posteriormente, mediante anuncio publicado en el periódico El Tiempo del 10 de octubre de 1996, la Comisión dio a conocer un nuevo proyecto de Acuerdo, en cuyos considerandos manifestaba que el Sistema DTH no forma parte del servicio de televisión por suscripción y en la parte resolutive se limita a "autorizar el ingreso a Colombia del sistema de televisión directa por satélite", a pesar de que en todos los países en donde existe el servicio de televisión por suscripción, éste se puede prestar mediante la utilización de cable físico o haciendo uso del espectro electromagnético, bien a través de una antena localizada en una ciudad, o desde un satélite de distribución directa.

3) La CNTV no atendió las razones expuestas por varios ciudadanos, entre los cuales algunos concesionarios de televisión por cable, y, por el contrario, reiteró su propósito de expedir el proyecto de Acuerdo publicado días antes, lo que hizo el 14 de noviembre de 1996, con la observación de que en el considerando 4º afirmó que "el sistema de televisión directa por satélite constituye un avance tecnológico, cuya transmisión, emisión y programación se genera fuera del país, pero cuya recepción es posible en Colombia para uso exclusivamente individual, por tanto no se tipifica el servicio de televisión de acuerdo con la definición legal" (Las negrillas no son del texto), por lo que en concepto de la Comisión, dicho servicio no sólo no es televisión por suscripción sino que no es servicio de televisión.

4) La calificación del sistema DTH como no televisión por suscripción conduce a que quienes prestan dicho servicio no tendrán que dar cumplimiento a las normas de licitación pública cuando se trate de adjudicación de concesiones en esa materia, ni a las que se refieren al cumplimiento de la obligación de transmitir un porcentaje de programación nacional, por lo que la prestación del servicio DTH se haría en condiciones más favorables de las que hoy existen para los sistemas que sí se encuentran clasificados como de televisión por suscripción, como es el caso de la televisión por cable, en detrimento de la igualdad entre los concesionarios.

5) La Comisión adoptó el Acuerdo demandado con 3 votos de los 5 que integran el organismo, pues uno de los miembros consideró que no era lógico que la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), firma responsable de las telecomunicaciones en el mundo, haya catalogado al DTH como un sistema de televisión por suscripción y la Comisión haya declarado libre su recepción en el país. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la ley de telecomunicaciones

de Estados Unidos calificó el DBS (otra forma de decirle al DTH) como un servicio de televisión por suscripción. En el mismo sentido, el Ministerio de Telecomunicaciones manifestó a los miembros de la Comisión Sexta del Senado de la República, por comunicación del 28 de octubre de 1996, que el DTH "es un servicio de televisión satelital, internacional y por suscripción, por lo tanto, sujeto a las normas descritas previamente para la operación del mismo".

c) Normas violadas y concepto de la violación

La demandante considera violadas las siguientes normas: preámbulo y artículos 13, 25, 58, 75, 76, 77, 150 último inciso, 333 y 365 de la Constitución Política; 3, 5 literales a, c, e y ñ, 12 literales a, c y parágrafo, 18, 19, 20, 22 literal a del numeral 1, 33, 41, 42 y 43 de la ley 182 de 1995.

La Constitución Política de 1991, artículos 75, 76 y 77, establece las bases para regular el servicio de televisión, en cuanto garantiza, conforme a los términos de la ley, la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, concebido como bien público sujeto a la gestión y control del estado, con la finalidad de garantizar el pluralismo informativo y la competencia, evitando de esa manera las prácticas monopolísticas. Para tales efectos se creó la CNTV, con el encargo de desarrollar y ejecutar los planes y programas en la materia.

Clasificado el servicio de televisión, en función de los usuarios, según los términos del artículo 20 de la ley 182 de 1995, en Televisión Abierta y Televisión por Suscripción, y desde el punto de vista de la tecnología de su transmisión en Televisión Radiodifundida, Televisión Cableada y Cerrada y Televisión Satelital (art. 19 *ibídem*), y habida cuenta de la definición del servicio de televisión por suscripción (arts. 41 y ss. *ibídem*), así como que dicho servicio se puede prestar mediante el empleo de tecnologías diferentes, afirma la parte actora que el sistema DTH hace parte del servicio de televisión por suscripción, con la diferencia de que hace uso de una tecnología diversa a la del sistema de cable, ya que está destinado a ser recibido por personas autorizadas para su recepción y se transmite mediante la recepción de señales internacionales codificadas previo pago de los correspondientes derechos a quien presta el servicio, por lo que es un servicio de televisión satelital, internacional y por suscripción, sujeto a las normas que regulan esa clase de televisión. Agrega que la diferencia de los servicios de televisión por cable o de transmisión directa, de acuerdo con autores en la materia, es tecnológica y económica, pero en relación con el usuario ambas tienen la característica de televisión por suscripción.

La televisión por suscripción, de acuerdo con los artículos 33 y 43 de la ley 182 de 1995, debe cumplir con un porcentaje mínimo de programación de producción nacional, en aras de la protección de la propia identidad cultural y del trabajo de los productores, actores, dramaturgos y periodistas nacionales, no excluyendo la ley del cumplimiento de esta obligación a servicio alguno de televisión por suscripción.

De otra parte, la recepción en el sistema DTH implica la intervención de quien comprará y venderá a los usuarios del servicio la clave de decodificación que permita recibirlo, lo cual lleva envuelto el uso autorizado por la Nación del espectro electromagnético, lo que ésta deberá hacer mediante el escogimiento del beneficiario de la autorización por un procedimiento, como el de la licitación pública, ya que no puede desconocer la forma de contratación establecida para un determinado servicio, como lo hizo en el presente caso, al autorizar directamente la prestación de este servicio a una firma comercial.

Los cargos contra el acto acusado, la actora los concreta así:

1) Viola los artículos 19 y 20 de la ley 182 de 1995, en donde se establece la clasificación del servicio de televisión desde el punto de vista técnico y de los usuarios, al excluir el sistema DTH del servicio público de televisión.

2) Viola el artículo 20 literal b) de la precitada ley, al desconocer la definición de televisión por suscripción, a la cual se ajusta claramente el sistema DTH, como lo han reconocido todos los países del mundo, y, en consecuencia, viola también los artículos 41, 42, 43 y 33 ibídem, al excluir dicho sistema del servicio de televisión por suscripción.

3) Es ostensiblemente contradictorio al afirmar en sus considerandos que en este sistema no se tipifica el servicio de televisión y sin embargo autoriza su ingreso al país, cuando sus funciones sólo le permiten regular, autorizar o desarrollar lo relativo al servicio público de televisión, violando así sus propias atribuciones legales.

4) Desconoció la facultad del Congreso para legislar en materia de contratación administrativa y lo suplantó al autorizar la prestación de un servicio por fuera de la ley, vulnerando los artículos 150 último inciso y 365 de la Constitución.

5) Viola el principio de igualdad de las personas ante la ley consagrado en el artículo 13 de la Constitución, al afirmar que en el sistema DTH no se tipifica el servicio de televisión por suscripción, rompiendo así las condiciones de igualdad que deben existir entre quienes prestan dicho servicio, pues se establecen así unas condiciones más gravosas para quienes son concesionarios en la actualidad, o lleguen a serlo, para la prestación de este servicio en la modalidad de televisión por cable.

6) Viola el derecho a la libre competencia, que garantiza el artículo 333 de la Constitución, pues las empresas que explotan los distintos sistemas de televisión por suscripción no están en igualdad de condiciones para ejercer la libre competencia de manera que los adjudicatarios de la televisión por cable verán afectado su trabajo y el servicio que prestan, perjudicando la libertad de empresa y la igualdad en el acceso al espectro electromagnético, que a favor de ellos consagra la Constitución.

d) La contestación de la demanda

La CNTV, por intermedio de apoderado, contestó oportunamente la demanda y para oponerse a las pretensiones expuso los siguientes argumentos:

El proyecto publicado a que alude la actora y que se anexó a la demanda no se refiere en ninguno de sus artículos al Sistema de Televisión Directa por Satélite. En efecto, según acta 141, la Comisión estudió el tema y concluyó que el DTH era distinto de la Televisión por Suscripción, en donde siempre existe un operador dentro del país que capta (baja) la señal de un satélite y luego la distribuye por frecuencias o por cable, mientras que en el DTH o DBS no hay operador que baje o capte dicha señal y luego la distribuya a los usuarios o abonados, ya que éstos mediante un equipo la captan individual y directamente del satélite.

En cuanto al punto de la licitación y porcentajes de programación nacional, debe tenerse en cuenta que sólo hay un satélite para el DTH en América Latina, que el proceso de programación, emisión y transmisión se hace en el exterior en paquetes para los distintos países usuarios, de donde resulta material y jurídicamente imposible acudir a la licitación, ni podría exigírsele al emisor extranjero porcentajes de publicidad y de programación colombianos, como por el contrario sí resulta viable en el sistema de televisión por suscripción.

El régimen especial de que hablan los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución para el manejo y gestión del espectro electromagnético está desarrollado en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, en cuyo uso, asignación y explotación no se aplican las normas comunes de la contratación administrativa por excepción expresa de la ley. En ese sentido el artículo 18 de la ley 182, sobre clasificación del servicio en función de distintos criterios, establece en su párrafo que la CNTV "...podrá establecer otros criterios de clasificación o clases diferentes, para mantener el sector actualizado con el desarrollo de los servicios y los avances tecnológicos", de donde se colige que existe capacidad jurídica de la CNTV para establecer nuevas clasificaciones frente a nuevas modalidades.

El 10 de octubre de 1996 la Comisión dio a conocer un proyecto de Acuerdo con el objeto de autorizar el ingreso del DTH al país para garantizar el derecho de los ciudadanos a recibir información y estimó que se trataba de una tecnología nueva, "cuya transmisión, emisión y programación se genera fuera del país y su recepción es exclusivamente individual y por tanto no se tipifica el servicio de televisión por suscripción". Cumplida la etapa de observaciones se aprobó el Acuerdo acusado, que permitió el ingreso del sistema con las previsiones y contraprestaciones allí previstas.

De otra parte, la ley 335 de 1996, modificatoria de la ley 182, estableció en su artículo 21 que "El servicio de televisión denominado DBS o televisión directa al hogar, o cualquiera otra denominación que se emplee para este sistema, deberá prestarse por permiso otorgado por la Comisión Nacional de Televisión y bajo las normas que para tal efecto dicha entidad establezca...En todo caso cualquiera que sea la reglamentación o permiso siempre causará el pago de tasas, tarifas y derechos que señale la Comisión Nacional de Televisión para el servicio de televisión por suscripción, así como el cumplimiento de las obligaciones que determine" (Las subrayas no son del texto). La norma transcrita avala el ingreso del DTH en los mismos términos del acto acusado, manteniéndose así la soberanía por intermedio de la Comisión y de la capacidad del Congreso para regular con autonomía el sistema y servicios atinentes a la televisión en cuanto acceden por el espectro electromagnético.

Afirma el apoderado de la CNTV que, por vía de hipótesis, si lo anterior no fuera suficiente, en cualquier evento de interpretación contraria sobre la legalidad del acto acusado, procedería la reiterada doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la convalidación del acto administrativo.

En cuanto a la presunta violación de los principios de igualdad, libertad de trabajo y libre competencia, afirma que tales preceptos no se pueden aplicar con un criterio absoluto, pues la misma Constitución reconoce las diferencias, como sucede en el caso de las minorías, que tienen estatutos favorables que no rigen para todos los ciudadanos, como sucede con los distintos regímenes en materia de televisión, pues mientras existe licitación para las programadoras nacionales, no sucede lo mismo con las regionales, ni todos los concesionarios pagan las mismas tarifas, o en el mismo caso de la televisión por suscripción, que tiene distintos requisitos y tarifas, según los operadores sean zonales o municipales. En el caso de la DTH los principios invocados se aplicarán frente a las firmas autorizadas para tal efecto y no se podría exigir, en aras de la igualdad y libre competencia, porcentajes de programación y publicidad nacionales por las razones técnicas antes explicadas.

Finaliza la contestación de la demanda pidiendo, a título de excepciones, que por las razones expuestas de hecho y de derecho, así como por las que se encuentren al momento del fallo, a

petición de parte o de oficio, se nieguen las pretensiones de la demanda.

e) La actuación surtida

A la demanda se le imprimió el trámite previsto en el código contencioso administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual se destacan las siguientes actuaciones:

Por auto de 30 de enero del año en curso se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional (v. folios 138 a 144, Cuad. Ppal.).

Fijado en lista el negocio, la CNTV se hizo presente y por medio de apoderado contestó la demanda (v. folios 153 a 161 Cuad. Ppal.).

Abierto el negocio a pruebas, se decretaron las solicitadas por las partes (v. folios 169 y 170 Cuad. ppal.).

Dentro del término para alegar de conclusión, hicieron uso de tal derecho el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión (v. folios 183 a 188 Cuad. Ppal.) y la demandante (v. folios 203 a 216 Cuad. Ppal.), así como el Agente del Ministerio Público (v. folios 189 a 202 Cuad. Ppal.).

II - EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El Agente del Ministerio Público es partidario de que se denieguen las pretensiones de la demanda, por lo siguiente:

El DTH es un sistema que hace uso del espectro electromagnético, al cual puede acceder el usuario a través de un intermediario que lo comercializa, ofreciendo así los mismos servicios que la televisión por suscripción, por lo que dicho sistema se enmarca en la definición de servicio de televisión, ya que está dirigido a una parte del público, a los receptores autorizados para su uso exclusivo y privado, de manera que presenta uno de los elementos para que se pueda predicar que se trata de un servicio de telecomunicación. Y de acuerdo con el artículo 18 de la ley 182 de 1995, la clasificación del servicio de televisión en función de la tecnología, entre otros criterios, atiende al medio utilizado para distribuir la señal de televisión al usuario del servicio, por lo que el sistema de televisión satelital directa al hogar, de conformidad con la norma citada, se encuentra inmerso en la clasificación de televisión satelital, internacional y por suscripción.

Definida por la ley la política aplicable en materia de televisión, incluido allí el sistema DTH, no puede la CNTV suplantar la voluntad legislativa determinando una política no dispuesta por la ley. Agrega que "...la intención de lograr una mejor adecuación de las normas legales a los nuevos avances tecnológicos, no es suficiente para justificar la modificación de las reglas legales, al amparo de las cuales el sistema de televisión directa por satélite se encuentra comprendida dentro de la clasificación de televisión por suscripción" y, en consecuencia, sujeta en materia de adjudicación de concesiones al procedimiento de licitación pública, restringiendo así el principio de igualdad.

Por tanto, el artículo 4º del acto acusado, al disponer el pago a la Administración de unas sumas de dineros por quienes distribuyan el servicio de televisión satelital, mediante un procedimiento no previsto por la ley, viola las normas invocadas por la parte actora. Pero no sucede lo mismo con los artículos 1º y 2º de dicho acto, ya que se refieren a aspectos diversos al régimen jurídico aplicable para la prestación del servicio.

No obstante lo anterior, en acuerdo con el criterio expuesto por el representante judicial de la CNTV en la contestación de la demanda, el Agente del Ministerio Público concluye, fundamentado en jurisprudencias de esta Corporación, que "...modificada la ley 182 de 1995 al establecer la ley 335 de 1996 en su artículo 21 un régimen especial para este sistema de televisión satelital directa al hogar, se convalida el artículo 4º del Acuerdo censurado, el cual se ajusta a la nueva política fijada para la prestación de este servicio, imponiendo correlativamente a la CNTV el deber de ejercer su atribución de dirección y regulación de conformidad a la nueva política fijada, actuación que se debe ver reflejada en los actos mediante los cuales se concedan los permisos respectivos", por lo que esa Procuraduría Delegada conceptúa que no es procedente declarar la nulidad deprecada.

III - DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1 - EL ACTO ACUSADO

"ACUERDO 005

"(14 NOV. 1996)

"Por el cual se autoriza el ingreso al país del Sistema de Televisión Directa por Satélite

"LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, en ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 12 literal a de la Ley 182 de 1995,

"CONSIDERANDO

"Que la Comisión Nacional de Televisión tiene a su cargo la dirección de la política que en materia de televisión determina la ley, sin menoscabo de las libertades consagradas en la Constitución Política.

"Que tanto en la carta política como en los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, celebrados y aprobados por Colombia, se garantiza a toda persona la libertad de expresión, que comprende la libertad de buscar y recibir información de toda índole y sin consideración de fronteras.

"Que se encuentran en operación de funcionamiento sistemas de radiodifusión directa por satélite, reconocidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT - organización de la que Colombia es miembro y cuya normatividad forma parte del orden jurídico interno.

"Que el sistema de televisión directa por satélite constituye un avance tecnológico, cuya transmisión, emisión y programación se genera fuera del país, pero cuya recepción es posible en Colombia para uso exclusivamente individual, por tanto no se tipifica el servicio de televisión de acuerdo con la definición legal.

"Que debidamente observado el trámite establecido en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión,

"ACUERDA

"ARTICULO 1°. Autorizar el ingreso a Colombia del Sistema de Televisión Directa por Satélite.

"ARTICULO 2°. Las señales de televisión satelital directa al hogar recibida por los usuarios del sistema, sólo podrán ser para uso exclusivo y privado del receptor autorizado de dicha señal, quedando expresamente prohibida para éste último su distribución. En casos excepcionales y con la autorización previa del cableado de una zona determinada.

"ARTICULO 3°. El sistema de televisión directa al hogar está destinado a la promoción de la cultura, así como a la promoción de la diversidad de fuentes de información, diversión o entretenimiento, contribuyendo al desarrollo social y económico del país.

"ARTICULO 4°. Las personas jurídicas autorizadas para adelantar las actividades descritas en los artículos anteriores, deberán cancelar a la Comisión Nacional de Televisión, además de los valores por otros conceptos contemplados en el respectivo acto, la suma equivalente al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos que sean provenientes exclusivamente de los pagos que por la recepción de las señales realicen las personas que hacen uso de estos sistemas en el territorio nacional.

"ARTICULO 5°. El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación".

2 - LAS EXCEPCIONES

El apoderado judicial de la parte demandada finaliza su escrito, solicitando que, a título de excepciones, no se acceda a lo pedido por las razones de hecho y de derecho expuestas en la contestación de la demanda, lo que desde el punto de vista procesal no constituye propiamente una excepción, ya que no extingue, ni impide el nacimiento del derecho. Aquí se trata de las razones jurídicas que fundamentan la oposición a los fundamentos jurídicos de la demanda.

3 - LOS CARGOS

1) Primer cargo: Violación de los artículos 19 y 20 de la ley 182 de 1995. Considera la actora que el Acuerdo acusado viola los artículos 19 y 20 de la ley 182, cuyos textos clasifican, en su orden, el servicio de televisión en función de la tecnología de transmisión y de los usuarios. El primero de los artículos citados habla de televisión radiodifundida, de televisión cableada y cerrada y de televisión satelital. La televisión cableada y cerrada es definida como "... aquélla en la que la señal de televisión llega al usuario a través de un medio físico de distribución, destinado exclusivamente a esta transmisión, o compartido para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones de conformidad con las respectivas concesiones y las normas especiales que regulan la materia. No hacen parte de la televisión cableada, las redes internas de distribución colocadas en un inmueble a partir de una antena o punto de recepción"; en tanto que la televisión satelital se define como "... aquélla en la que la señal de televisión llega al usuario desde un satélite de distribución directa ". La lectura de la norma indica que se trata de dos especies de un subgénero de clasificación del servicio de televisión en función de la tecnología de su transmisión.

De otra parte, el artículo 20 clasifica dicho servicio en función de los usuarios en televisión abierta y televisión por suscripción, atendiendo la destinación de la señal emitida. De la televisión abierta dice que "... es aquélla en la que la señal puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, sin perjuicio de que, de

conformidad con las regulaciones que al respecto expida la Comisión Nacional de Televisión, determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios"; y de la televisión por suscripción que " es aquella en la que la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción". En este criterio de clasificación, que tiene en cuenta al destinatario de la señal emitida, no juega papel alguno la tecnología de la transmisión utilizada, de manera que los servicios de televisión que utilicen distintas tecnologías serán clasificados en televisión abierta o televisión por suscripción, de acuerdo con los criterios del artículo 20 citado. No son, en consecuencia, criterios excluyentes sino complementarios, ya que el servicio en función de la tecnología de transmisión será clasificado en televisión abierta o por suscripción, según la destinación de la señal emitida.

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que la televisión satelital, que " ... llega al usuario desde un satélite de distribución directa", o la televisión cableada y cerrada, que " ... llega al usuario a través de un medio físico de distribución...", constituyen modalidades de televisión por suscripción, ya que la señal "... está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción", según las voces que el artículo 20 arriba citado utiliza para definir esta clase de televisión.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, la sala estima que la televisión cableada y cerrada así como la televisión satelital, por ser especies de televisión por suscripción, de acuerdo con el literal b) del artículo 20 de la ley 182 de 1995, son servicios sujetos "... a un mismo régimen jurídico de prestación...".

En consecuencia, cuando el acto acusado, en uno de sus considerandos, dice que la televisión directa por satélite "... constituye un avance tecnológico, cuya transmisión, emisión y programación se genera fuera del país, pero cuya recepción es posible en Colombia para uso exclusivamente individual, por tanto no se tipifica el servicio de televisión de acuerdo con la definición legal", incurre en falsa motivación, pues esta forma de transmisión de la señal está prevista en el literal c) del artículo 19 como televisión satelital, que encuadra justamente en el concepto de televisión por suscripción, a que ya se ha hecho referencia. Por tanto, el cargo prospera.

2) Segundo cargo: Violación de los artículos 33, 41, 42 y 43 de la ley 182 de 1995, por cuanto el acto acusado excluye el Sistema de Televisión Directa por Satélite del servicio de televisión por suscripción. En efecto, estas normas regulan los principios de asignación de concesiones para la televisión por suscripción, los parámetros para la adjudicación de dichas concesiones y el régimen de prestación del servicio, incluidas unas obligaciones especiales en materia de porcentajes mínimos de programación de producción nacional, cuando se transmitan comerciales.

La Sala considera que ese régimen jurídico fue violado por falta de aplicación al ser sustraído el servicio de televisión directa por satélite del concepto de televisión por suscripción. Por tanto, el cargo prospera.

3) Tercer cargo: Violación de los artículos 13, 25, 58, 75, 76, 150 último inciso, 333 y 365 de la Constitución Política, en cuanto el acto acusado viola el principio de igualdad ante la ley, al trabajo y a la libre competencia, ya que las empresas que explotan los distintos Sistema de Televisión por Suscripción no están en igualdad de condiciones "...para ejercer una libre competencia, y los adjudicatarios de la concesión de televisión por cable verán afectado su

trabajo y el servicio que prestan, perjudicando la libertad de empresa y la igualdad en el acceso al espectro electromagnético, que a favor de ellos consagra la Constitución".

Las normas citadas, en concepto de la Sala, fueron violadas, en cuanto que las distintas modalidades de televisión por suscripción, deben estar sometidas al mismo régimen jurídico, lo que no sucedió con el acto acusado, que sustrajo el servicio de televisión directa por satélite del régimen general de la televisión por suscripción, arrogándose la Comisión Nacional de Televisión facultades de que carecía e infringiendo así el principio de igualdad que debía regir en dicha materia.

4 - CONVALIDACION LEGAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Después de producido el acto acusado, el Congreso de la República expidió la ley 335 de diciembre 20 de 1996, "por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones", cuyo artículo 21 prescribió que " El servicio de televisión satelital denominado (DBS)o televisión directa al hogar, o cualquier otra denominación que se emplee para este sistema, deberá prestarse por permiso otorgado por la Comisión Nacional de Televisión y bajo las normas que para tal efecto dicha entidad establezca. Cuando a través de este sistema se presten otros servicios de telecomunicaciones se requerirá autorización previa del Ministerio de Comunicaciones.

" En todo caso cualquiera que sea la reglamentación o permiso siempre causará el pago de las tasas, tarifas y derechos que señale la Comisión Nacional de Televisión para el servicio de televisión por suscripción, así como el cumplimiento de las obligaciones que determine".

Considera la parte demandada, con el respaldo del concepto del Agente del Ministerio Público, que la norma invocada produjo como consecuencia la convalidación del acto administrativo acusado, ya que a pesar de su ilegalidad inicial, a la luz de la ley 182 de 1995, ahora, con la nueva ley, según los términos del artículo 21 citado, la Comisión sí tiene capacidad jurídica para establecer un régimen diferente para la televisión directa al hogar al que rige para la televisión cableada o cerrada, saneándose de esa manera el vicio de ilegalidad de que inicialmente adolecía el acto acusado.

La Sala considera, sin embargo, que el saneamiento producido y alegado en el caso sub-examine, con el respaldo conceptual del Agente del Ministerio Público, no es propiamente la convalidación de que habla la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues en esta hipótesis se trata del saneamiento de un acto administrativo por otro acto de la misma naturaleza, cuando el vicio de ilegalidad es saneable. Así lo ha dicho la Sección Primera de la Corporación, cuando en sentencia de 6 de junio de 1991, con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez, afirmó lo siguiente: "La doctrina extranjera refiriéndose al tema de la convalidación del acto irregular ha expresado que en ciertos casos y reuniéndose determinadas condiciones, un acto inválido puede ser regularizado por otro acto administrativo posterior. En ese supuesto el acto irregular queda convalidado, connotación ésta para la cual corrientemente se usan las expresiones de confirmar, revalidar, ratificar, aprobar, sin un sentido uniforme. Con el alcance indicado el acto de convalidación abarca las distintas hipótesis en que la administración puede regularizar un acto inválido: reiterando el acto y llenando entonces todas las formalidades; pronunciándose el órgano competente; obteniéndose la autorización que faltaba, etc.". Más adelante agrega: "...no todos los actos pueden ser convalidados. Los actos radicalmente nulos, por falta de alguno de sus elementos esenciales, no pueden serlo. Si en tal caso se dicta un acto de convalidación, en realidad se está en presencia de un nuevo acto. Acerca de la irregularidad que puede afectar los

actos administrativos vinculada al esencial elemento de 'órgano competente' que debe producirlos, la doctrina invocada manifiesta que si el acto fue dictado careciendo la administración de toda competencia, el acto es radicalmente nulo o insaneable; lo mismo ocurre si se invadió la competencia de los órganos legislativos o jurisdiccionales" (Anales del Consejo de Estado, tomo CXXIII, primera parte, 1991, págs. 450 y 451).

La hipótesis analizada en el asunto sub judice plantea un caso de incompetencia de la autoridad administrativa, no saneable, mediante el uso del mecanismo de la convalidación de un acto administrativo por otro, pues la Comisión Nacional de Televisión no tuvo en cuenta en su momento al producir el Acuerdo acusado que la ley se había ocupado de regular el procedimiento para la adjudicación del servicio de televisión por suscripción, incluida allí la televisión satelital en su modalidad de televisión directa al hogar.

La Sala considera que la intervención del Legislador, mediante el artículo 21 de la ley 335 de 1996, en donde se dice que el servicio de televisión satelital deberá prestarse mediante permiso otorgado por la Comisión Nacional de Televisión y bajo las normas que para tal efecto dicha entidad establezca, no saneó el acto acusado porque la legalidad debe analizarse en el momento en que el acto administrativo nace a la vida jurídica y no con fundamento en normas posteriores, especialmente si se trata de vicios de nulidad absoluta como es el caso analizado, en donde la Comisión Nacional de Televisión modificó las normas legales que regulaban la televisión por suscripción, arrogándose así una competencia que correspondía al Congreso de la República.

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

RESUELVE

DECLARASE la nulidad del Acuerdo Núm. 005 de 14 de noviembre de 1996, de la Comisión Nacional de Televisión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 3 de diciembre de 1.997.

MANUEL S. URUETA AYOLA ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Presidente

JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ



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