



COMUNICADO 40

Noviembre 30 de 2022

SENTENCIA C-437-22

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar

Expediente D-14437

Norma acusada: Ley 1978 de 2019 (art. 33 parcial)

EL MANTENIMIENTO DE OBLIGACIONES ECONÓMICAS DURANTE EL PERIODO DE TRANSICIÓN A CARGO DE LOS OPERADORES ESTABLECIDOS QUE PRESTAN EL SERVICIO DE TELEVISIÓN ABIERTA RADIODIFUNDIRA, QUE SE ACOJAN O SE ACOGIERON AL RÉGIMEN DE HABILITACIÓN GENERAL, SE AJUSTA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y POR LO TANTO NO VIOLA LOS DERECHOS A LA IGUALDAD, A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y AL PLURALISMO INFORMATIVO.

1. Norma objeto de control constitucional

“Ley 1978 de 2019

(julio 25)¹

“Por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de Colombia

Decreto

[...]

ARTÍCULO 33. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA LOS OPERADORES DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN ABIERTA RADIODIFUNDIRA.

Los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, así como renovarlos, bajo la normatividad legal vigente al momento de su expedición, y con efectos solo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones.

Los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la

presente ley que se acojan al régimen de habilitación general, se someterán a las reglas definidas en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. **Una vez en el régimen de habilitación general y durante el período de transición, los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida pagarán:**

a) Lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, y

b) el precio de la concesión o de su prórroga, que se encuentre pendiente por pagar al momento en que se acojan al régimen de habilitación general, distribuido en pagos anuales. Los saldos pendientes de pago serán ajustados en el mismo porcentaje de variación anual del Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Una vez finalizado el periodo de transición, les será aplicable la contraprestación única periódica señalada en los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009 y, entre otros, ya no les serán aplicables los literales a) y b) del presente artículo.

La inclusión en el régimen de habilitación general de los operadores del servicio de televisión abierta

¹ Diario Oficial No. 1.025 del 25 de julio de 2019.

radiodifundida no implica la modificación de la clasificación legal de este servicio conforme lo define la Ley 182 de 1995. Esto incluye el cumplimiento de todas las demás obligaciones de origen legal, reglamentario, regulatorio, aplicables al servicio.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. <Parágrafo adicionado por el artículo 2 del Decreto

Legislativo 658 de 2020.² El nuevo texto es el siguiente:> El pago anual correspondiente al año 2020, de que trata el literal b) del presente artículo, será aplazado hasta el año 2021, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará la materia.”

2. Decisión

ÚNICO. Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, los apartes demandados del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, *“Por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones.”*

3. Antecedentes

Varios ciudadanos demandaron la inconstitucionalidad de una parte del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019 porque, en su opinión, éste desconoce el derecho a la igualdad y supone un trato discriminatorio para los operadores establecidos que prestan el servicio de televisión abierta radiodifundida y que se acogieron al régimen de habilitación general y durante el período de transición, en comparación con los nuevos operadores que podían entrar al mercado para prestar el mismo servicio. A juicio de los demandantes, la norma les impuso a los operadores establecidos que prestan el servicio de televisión abierta radiodifundida la obligación de pagar durante el período de transición: a) una contraprestación equivalente al 1.5% de la facturación bruta anual a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y b) el precio de la concesión o de su prórroga que se encontrara pendiente de pago al momento de acogerse voluntariamente al esquema de habilitación general, mientras que los nuevos operadores de ese mismo servicio de televisión abierta radiodifundida que entrarían al mercado a partir de 2019, únicamente tendrían que pagar el valor de una contraprestación periódica única. Este trato diferenciado, a su modo de ver, no está justificado y, por lo mismo, vulnera el derecho a la igualdad de los operadores establecidos y, de contera, el derecho a la libertad de información y al pluralismo

² El Decreto Legislativo 658 de 2020 fue declarado exequible en la Sentencia C-352 de 2020.

informativo en cuanto impone tratos discriminatorios en el uso del espectro electromagnético y la posibilidad de divulgar información en condiciones de equidad.

Los demandantes afirmaron que los operadores entrantes y los operadores establecidos comparten un patrón de igualdad por cuanto: a) compiten por la misma audiencia, b) compiten por el mismo mercado publicitario, c) difunden sus señales a través del espectro electromagnético, d) cualquier persona que se encuentre en el área de cubrimiento puede recibir su señal; y, e) operan directamente sus frecuencias. Dicho de otro modo, ambos grupos prestan el servicio público de televisión abierta radiodifundida en las mismas condiciones.

4. Síntesis de los fundamentos

Con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar, la Sala Plena de la Corte concluyó que si bien es cierto que la disposición acusada prevé un trato diferenciado para sujetos asimilables que, *prima facie*, podría afectar el derecho a la igualdad, sin embargo, dado que en presencia de un mercado de servicios como es el de la televisión abierta radiodifundida que no es de competencia perfecta, la Constitución no prohíbe de manera categórica las diferencias de trato que en él se presenten, lo que implica que algunas medidas que produzcan asimetrías no son violatorias de la Constitución. Para tal efecto, la Corte analizó la razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado identificado mediante la aplicación de un test integrado de igualdad.

En tal virtud, la Corte señaló que el régimen de transición, tal como está contemplado en la ley, es un período en el cual quien voluntariamente renuncia a la concesión se somete a las reglas del régimen de habilitación hasta el término de la concesión renunciada, pero conserva a su cargo las obligaciones dinerarias del régimen antiguo.

A su vez, la Sala Plena encontró que la introducción de reglas que prescriben cargas económicas diferenciadas para nuevos operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida respecto de los operadores establecidos genera un fuerte incentivo para la entrada de nuevos actores a este mercado, lo que beneficia no solo la extensión de infraestructura de redes para la operación del servicio de televisión, sino que puede generar inversiones nuevas en proyectos tendientes al cierre de la brecha digital que es una finalidad esencial de la ley en la cual se inserta la norma demandada.

En particular, dado que los operadores establecidos han prestado el servicio de televisión abierta radiodifundida de forma continua por más de 20 años, la entrada de nuevos competidores al mercado que deben hacer inversiones nuevas para prestar el servicio, producir contenidos y atraer anunciantes, entre otros, no sería atractiva si los costos por la operación de las redes que deben ser pagados al Estado fueran los mismos que asumen aquellos que ya tienen un mercado consolidado. De forma que un precio diferenciado, potencialmente inferior a aquél que pagan los competidores que se han repartido el mercado de la televisión abierta radiodifundida por más de 20 años, resulta una medida efectivamente conducente para alinear los incentivos necesarios para atraer nuevos actores privados que inyecten recursos al sector, y por esa vía mejoren la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida. Además, la atracción de nueva inversión a este mercado por efecto del pago de un precio diferenciado como contraprestación conduce efectivamente y en forma directa a la vinculación del sector privado en el desarrollo de los proyectos asociados al cierre de la brecha digital.

Dado que los cargos formulados por desconocimiento del derecho a la libertad de información y el pluralismo informativo tenían como presupuesto la existencia de un trato discriminatorio, en la disposición acusada, la Sala Plena concluyó que estos cargos debían negarse por sustracción de materia. Por lo tanto, la Corte declaró la exequibilidad de la norma acusada por el cargo analizado.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Las magistradas **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y **DIANA FAJARDO RIVERA** salvaron su voto. Por su parte, la magistrada **PAOLA MENESES MOSQUERA** y los magistrados **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** y **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** reservaron la posibilidad de aclarar su voto.

La magistrada **Cristina Pardo** salvó su voto respecto de la decisión de exequibilidad adoptada en el expediente de la referencia, al considerar que ha debido prosperar el cargo por violación del derecho a la igualdad formulado en la demanda.

A su parecer, a pesar de las diferencias que podrían establecerse entre los operadores establecidos y los entrantes, lo cierto es que frente a la evidente realidad de ser unos y otros competidores en un mercado que debe garantizar la libre competencia económica, la Corte ha debido profundizar en la situación en que quedaban los operadores establecidos, tanto si voluntariamente se acogían al nuevo sistema como

si no lo hacían. En uno y otro caso, operar en el mercado abierto de Televisión Radiodifundida después de la expedición de la norma acusada podría generarles desventajas competitivas ocasionadas justamente por dicha norma.

Ciertamente, el inciso 2º del artículo 333 de la Constitución prevé que “[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”. La jurisprudencia de la Corte constitucional ha explicado que el ámbito de protección del derecho a la libre competencia en su faceta individual comprende fundamentalmente dos posiciones jurídicas³. Primero, la facultad de concurrir libremente al mercado “*sin barreras injustificadas*”⁴. Las barreras de entrada son las “*condiciones restrictivas*”⁵ o factores que “*impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado*”⁶. Estas barreras pueden ser jurídicas, estructurales⁷, estratégicas⁸, económicas⁹, y técnicas, entre otras¹⁰. Segundo, la prerrogativa de participar en el mercado en “*igualdad de condiciones con los demás competidores*”¹¹. Esta prerrogativa es una manifestación del principio de igualdad en el campo de las libertades económicas que (i) exige que existan “*pautas o reglas de juego generales e impersonales*”¹² aplicables a todos los competidores y (ii) impide que la ley otorgue “*ventajas competitivas*”¹³, “*privilegios injustificados*”¹⁴, “*beneficios ilegítimos*”¹⁵ o imponga “*cargas diferenciadas irrazonables*”¹⁶ que sitúen a uno de los competidores en una posición de inferioridad (o superioridad) para formar y mantener una clientela¹⁷.

³ Sentencias C-815 de 2001, C-389 de 2002, C-197 de 2012 y C-909 de 2012.

⁴ Sentencias C-228 de 2010 y C-947 de 2014.

⁵ Sentencias C-713 de 2009, C-300 de 2012 y C-359 de 2016.

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 57600 del 28 de octubre de 2019. Ver también, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 81391 del 11 de diciembre de 2017.

⁷ La Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado que dentro las barreras estructurales se encuentran: la inversión inicial, las economías de escala, los costos hundidos y el reconocimiento de marca, entre otros. Al respecto, ver: Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 81391 del 11 de diciembre de 2017.

⁸ La OCDE ha precisado que las barreras a la entrada pueden ser estructurales o estratégicas: las primeras, están relacionadas con condiciones básicas de la industria, mientras que las barreras estratégicas son aquellas creadas intencionalmente por los agentes incumbentes para restringir la entrada de nuevos competidores. OCDE, *Barriers to Entry, Policy Roundtables* (2005), pág. 10.

⁹ Sentencia C-750 de 2008.

¹⁰ Id.

¹¹ Sentencia C-992 de 2006.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 9 de marzo de 2017, Rad. 11001-03-27-000-2016-00004-00 (22324), CP. Jorge Octavio Ramírez.

¹³ Sentencia C-654 de 2003.

¹⁴ Sentencias C-350 de 1997, C-361 de 2002 y C-034 de 2015.

¹⁵ Sentencias C-150 de 2003 y C-263 de 2013.

¹⁶ Sentencia C-287 de 2009.

¹⁷ Sentencia C-032 de 2017.

Al parecer de la magistrada Pardo, como bien lo explicó el experto invitado a participar dentro del proceso, ciudadano Alfredo Fajardo Muriel, la norma acusada, particularmente su inciso segundo, tolera *“mejores condiciones de competitividad para los nuevos operadores del servicio de televisión abierta que surjan en el mercado, mientras que perpetua en el tiempo las antiguas condiciones económicas que se continuarían aplicando a los operadores existentes hagan o no tránsito al nuevo régimen, quienes no reciben un trato siquiera similar al que tendrían los nuevos operadores de televisión.”*¹⁸.

Esta circunstancia, a juicio de la magistrada Pardo, hace que la norma opere como una disposición que tolera cargas diferenciadas irrazonables. Por ello ha debido declararse su inexecutableidad.

Por su parte, la magistrada **Diana Fajardo** salvó el voto al considerar que la mayoría debió inhibirse de emitir una decisión de fondo. Sostuvo que la demanda incumplía la carga argumentativa mínima exigida, aunado a que introducía elementos ajenos al control abstracto de constitucionalidad.

En primer lugar, explicó que los dos cargos presentados por los accionantes, esto es el de vulneración del principio de igualdad y el relacionado con la violación de la libertad de expresión del derecho a fundar medios masivos de comunicación y acceder equitativamente al espectro electromagnético se cimentaron en el mismo argumento de trato odioso e injustificado, es decir no eran acusaciones autónomas, como lo consideró la mayoría decisoria.

Así mismo, en relación con la exigencia de plantear el patrón de comparación la magistrada Fajardo destacó que, si bien los actores indicaron que debían equipararse dos grupos a saber, “los establecidos” y “los entrantes”, lo cierto es que esa categoría resultaba hipotética y ajena al contenido normativo el cual no incorpora esa distinción, es decir que es artificiosa. Siendo esto así no solo el escrito carecía de claridad, sino también de certeza por lo que la Corte no podía validar una distinción que la propia norma no contempla.

Resaltó que no era posible sostener que los operadores de televisión abierta, regidos por un régimen especial, con concesión, autorización o permiso, pudieran ser equivalentes a operadores nuevos que no contaban con un acuerdo legal previo, como se sostenía en la

¹⁸Expediente de constitucionalidad D- 14437. Concepto técnico del experto Alfredo Fajardo Muriel, p. 4.

demanda, pues ambos están en situaciones diferentes, no asimilables como lo entendió la mayoría de la Sala.

Por último, destacó que la Corte debió advertir que el escrito no planteaba una controversia constitucional, sino una discusión eminentemente económica, que no debió conducir a una decisión de fondo y, menos, a referirse expresamente al contenido de los acuerdos de los actuales canales que operan la televisión abierta, por tratarse además de un análisis de control concreto que es ajeno a esta sede de constitucionalidad.