



SALIDA Nro.: 100318 Fecha: 18-07-2014
RAMON ANGARITA LAMK
AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION
CALLE 59 A BIS NO. 5-53 ED LINK 7 60 PISO 9
D.C. (BOGOTA)

**PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA
PREVENTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

Bogotá D.C.,

Doctor
RAMON ANGARITA LAMK
Director
Autoridad Nacional de Televisión – Antv
Calle 59A Bis No. 5-53, Edificio Link. Oficina 405
Bogotá D. C.

Radicado No. 152502/2014
Favor citar este número para
cualquier referencia

Referencia: Acompañamiento preventivo análisis y decisión sobre la garantía de la recepción de señales de televisión abierta en los sistemas de televisión por suscripción.

Respetado Director:

En el marco del acompañamiento preventivo y de control de gestión que está realizando esta Procuraduría Delegada a la actuación administrativa que adelanta la Autoridad Nacional de Televisión – Antv, para el análisis y decisión sobre la garantía de la recepción de señales de televisión abierta en los sistemas de televisión por suscripción, ponemos a su consideración los siguientes aspectos para que sean analizados al momento de tomar una decisión, recordándole nuevamente, que estas reflexiones de modo alguno implican un aval o un concepto, así como tampoco puede entenderse como una coadministración o intromisión en la autonomía y gestión de la entidad.

1. FUNCIONES PREVENTIVAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Este Despacho considera fundamental recordar que el artículo 24 del Decreto 262 de 2000 establece dentro de las funciones preventivas y de control de gestión de las procuradurías delegadas las siguientes: i) velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales, así como de las decisiones judiciales y administrativas¹, ii) velar por la eficiente prestación de los servicios públicos² y iii) velar por la defensa de los derechos del consumidor y usuarios de los servicios públicos³, entre otras.

¹ Numeral 1 artículo 24 del Decreto 262 de 2000.

² Numeral 12 ibídem

³ Numeral 13 ibídem.



PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA
PREVENTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En ese contexto, la Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública inició de oficio el acompañamiento a la actuación administrativa de la referencia en virtud del cual asistió a las audiencias públicas realizadas los días 14, 15 y 16 de mayo de 2014, celebró diversas reuniones con todos los actores involucrados en la controversia, y remitió comunicaciones a la Antv y otras autoridades del sector, formulando recomendaciones generales sobre los principales aspectos que se debaten en la actuación.

2. DEBER DE GARANTÍA DE RECEPCIÓN.- Interpretación del artículo 11 de la Ley 680 de 2001.

Desde la expedición de la Ley 680 de 2001 hasta la fecha, diversas autoridades tanto judiciales como administrativas se han pronunciado sobre el alcance e interpretación de la obligación contenida en el artículo 11 de la referida norma, conocida internacionalmente como el *must carry*.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-654 de 2003 se pronunció sobre el particular en los siguientes términos:

“El artículo 11 de la Ley 680 de 2001, bajo revisión, impone a los operadores de televisión por suscripción el deber de garantizar, sin costo alguno para los suscriptores, la recepción de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital en el área de cubrimiento únicamente, obligación que queda condicionada a la capacidad técnica del operador.

(...)

La finalidad buscada por el legislador al disponer en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 que los operadores de televisión por suscripción tienen el deber de garantizar, sin costo alguno para los suscriptores, la recepción de los canales de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal, condicionado a la capacidad técnica del operador, es la de garantizar el derecho al pluralismo informativo que le asiste a toda la comunidad.

Encuentra la Corte que esta finalidad se aviene a los principios superiores del Estado Social de Derecho pues garantiza a los usuarios de televisión por suscripción acceder por el mismo sistema, y sin costo alguno, a la información de carácter nacional, permitiéndoles obtenerla de manera amplia y adecuada, lo cual contribuye a la formación de una opinión pública libre. De esta forma, la medida en cuestión hace efectivo el pluralismo informativo



PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA
PREVENTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

como objetivo de la intervención del Estado en el espectro electromagnético, por cuanto **los suscriptores no estarán aislados de los acontecimientos culturales, sociales y políticos de la realidad nacional; y además, al tiempo que disfrutan de la televisión extranjera tienen la opción de acceder a la programación colombiana** de naturaleza cultural, recreativa e informativa, con lo cual se forman una opinión pública globalizada donde los problemas nacionales se pueden cotejar con los de otras latitudes en un interesante ejercicio intercultural.

(...)

En cuanto hace a la proporcionalidad de la medida enjuiciada, encuentra la Corte que si bien es cierto que la exigencia de la norma acusada podría afectar la libertad económica de los operadores de la televisión por suscripción, también lo es que la carga que se les impone no es de ninguna manera mayor que el beneficio que se pretende obtener, el cual consiste en la garantía del derecho a recibir una información libre e imparcial. Puede afirmarse, incluso, que lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, **en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto. Y además tal garantía puede hacer más atractivo para los usuarios el servicio por suscripción.**

(...)

Por las mismas razones la medida bajo análisis tampoco puede ser entendida como una forma de confiscación, pues **es evidente que la obligación impuesta a los operadores de la televisión por suscripción de transmitir los canales de la televisión abierta no acarrea el absoluto despojo, sin compensación alguna, de los bienes de dichos operadores en beneficio del Fisco - tal como lo prohíbe el artículo 34 Superior -, ya que sencillamente corresponde a la legítima intervención del Estado en el espectro electromagnético en función de los fines y principios que rigen el servicio público de televisión. (Se resalta)**

Véase como de los apartes transcritos se desprenden tres aspectos fundamentales para la actuación administrativa en curso:

- La finalidad del *must carry* es la de garantizar el derecho al pluralismo informativo que le asiste a toda la comunidad.
- Ese derecho se garantiza a los suscriptores de televisión cerrada, mediante el acceso a los canales de televisión abierta **a través del mismo sistema para que al**



PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA PREVENTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

mismo tiempo que disfrutan de la televisión extranjera, tengan la opción de acceder a la programación colombiana.

- La Corte interpreta esta obligación sin hacer distinción entre recepción y transmisión de la señal; de ahí que el máximo tribunal constitucional entiende que el deber de los operadores de la televisión por suscripción es garantizar la recepción de los canales de la televisión abierta a través de su transmisión por el mismo sistema y de manera ininterrumpida y gratuita⁴.

Adicionalmente, mediante sentencia C-1151 de 2003 la Corte Constitucional fue clara en señalar que *“en cuanto la expresión acusada ya fue analizada por la Corte en la Sentencia C-654 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), es claro que en el presente caso ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (C.P. art. 243), razón por la cual no puede este alto Tribunal entrar a proferir un nuevo pronunciamiento de fondo sobre la materia. **Decisión que tiene un alcance absoluto** de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, pues (i) sólo a esta Corporación le compete determinar los efectos de sus fallos en cada Sentencia; de suerte que, (ii) cuando la Corte no fija expresamente el alcance de sus decisiones, en principio, se entiende que las mismas hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, pues esta Corporación está obligada a confrontar las disposiciones demandadas con la totalidad de la Constitución”.* (Destacado fuera del texto).

Si bien es cierto que los cargos bajo los cuales se estudió la exequibilidad del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 hacían referencia al presunto desconocimiento de la libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política y no de manera concreta a las normas supranacionales que regulan los derechos de autor y conexos, debe tenerse en cuenta que al reconocer la propia Corte que operó la cosa juzgada absoluta, se entiende que, con independencia de los cargos estudiados explícitamente, el Tribunal Constitucional hizo una confrontación de la norma con todo el bloque de constitucionalidad⁵.

En todo caso, ante la virtud tensión entre derechos fundamentales con derechos pecuniarios, la Corte Constitucional en la misma sentencia C-654 de 2003 citando la

⁴ El artículo 13 del Acuerdo 10 de 2006, también hace referencia a la garantía de recepción como la transmisión de la señal de los canales de televisión abierta en los sistemas de televisión cerrada.

⁵ En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-489 de 2009 al explicar los alcances de la cosa juzgada absoluta. Veamos: *“iii) absoluta, en tanto que, en aplicación del principio de unidad constitucional y de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, se presume que el Tribunal Constitucional confronta la norma acusada con toda la Constitución, por lo que, con independencia de los cargos estudiados explícitamente, en aquellos casos en los que la Corte no limita expresamente la cosa juzgada, se entiende que hizo una comparación de la norma acusada con toda la Carta”.*



PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA
PREVENTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

sentencia C-633 de 1999 señaló que “[P]or ello, esta Corte ya había señalado con claridad que **“ante la colisión de un derecho fundamental como la libertad de expresión o el derecho a informar, con un derecho pecuniario como el que se deriva de la propiedad de los derechos de transmisión de un determinado espectáculo, prevalecen, desde luego los primeros en tanto derechos fundamentales”**⁶”.

Ahora bien, en el mismo sentido y con base en la misma interpretación de la Corte Constitucional, se pronunció la Superintendencia de Industria y Comercio mediante sentencia 005 del 2 de abril de 2010 dentro de la acción de competencia desleal instaurada por Directv Latin America LLC contra algunos operadores de televisión por suscripción. Veamos:

*Así las cosas, al entender el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 dentro del contexto que ofrece la teleología del conjunto de normas reguladoras del servicio público de televisión, **debe concluirse que esa normativa previó que los operadores de televisión fueran instrumentos para llevar la señal de televisión abierta a todo el territorio nacional, razón por la cual se infiere que dichos cable-operadores están obligados a transmitir la señal de televisión abierta por su propia red y de manera ininterrumpida, pues sólo así pueden honrar la función que les fue encomendada por el legislador. (...)***

*En sana lógica, se impone concluir que **los operadores de televisión por suscripción están obligados a transmitir la señal de televisión abierta por sus propias redes, no sólo porque así lo dejó sentado la Corte Constitucional al considerar que “si la conexión de los usuarios a una red de televisión por suscripción implica por razones técnicas que ellos no puedan recibir las señales de la televisión abierta que emiten los canales nacionales”, es adecuado que se exija a los cable-operadores garantizar “a los usuarios de televisión por suscripción acceder por el mismo sistema” (se subraya) a dicha señal pública nacional, sino además porque lo requiere una interpretación acorde con el principio del efecto útil de las normas jurídicas, según el cual se “debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable”.** (Se resalta)*

La Superintendencia con absoluta claridad se refirió a las razones por las cuales el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 hace mención a la prohibición de que los operadores de cable trasladen costos al usuario en cumplimiento de esta obligación. Veamos:

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-368 de 1998, MP Fabio Morón Díaz



PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA
PREVENTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Lo anterior es claro, puesto que si la norma en estudio dispone que los cable-operadores deben “garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta”, **la expresión subrayada carecería de sentido y, también, de efectos, si se entendiera que esa obligación no debe ser cumplida por el correspondiente operador a través de su propia red. Es cierto, si el cable-operador no transmitiera la señal en cuestión mediante su sistema, de ninguna manera podría cobrar al usuario la señal que recibe sin su intervención, por lo que sobraría advertirle que no está habilitado a cobrar por un servicio que no presta.** El sentido de la expresión subrayada es, entonces, establecer una excepción consistente en que si bien el operador debe transmitir los canales colombianos de televisión abierta a través de su propia red, no puede cobrar suma alguna por ese particular aspecto del servicio. (Resaltado fuera del texto)

Adicionalmente, la Superintendencia en su providencia concluyó que ante “**el eventual conflicto que en materia del servicio público de televisión pueda generarse entre la satisfacción del derecho a la información que asiste a todas las personas y los derechos patrimoniales del titular de derechos conexos a los de autor, ha de resolverse a favor de aquel derecho fundamental.** Esta solución, amén de estar contundentemente soportada en la normativa del referido servicio público, que prevé como principio rector del mismo la “preeminencia del interés público sobre el privado”, se fundamenta en que la “tensión valorativa entre la libertad económica de los operadores de televisión por suscripción, y la eficiencia en la prestación del servicio público de televisión y el derecho a la información ... debe resolverse en favor de estos últimos principios ... debido no sólo al carácter fundamental del derecho a la información sino a la importancia del pluralismo en la democracia”.

Por su parte, la entonces Comisión Nacional de Televisión - CNTV mediante la Circular No. 005 de 2004 también se pronunció sobre el alcance del *must carry* en el sentido de que esta obligación fue “**impuesta directamente por el legislador a los operadores del servicio de televisión por suscripción en función del interés general, la cual debe ser cumplida sin costo alguno para estos y por el mismo sistema de distribución (...)** implica que **dichas señales necesariamente deben ser recibidas por el suscriptor por medio de la tecnología que utilice el concesionario y la tecnología del operador de cable (...)** los contratos de exclusividad que suscriban los concesionarios y operadores del servicio público de televisión abierta, no pueden reñir con la obligación impuesta a los operadores de televisión por suscripción de garantizar la recepción de los mismos que se sintonicen en su área de cubrimiento (...) **obligación esta que no es susceptible de negociación por parte de los prestadores del servicio de televisión abierta por medio de contratos de exclusividad, puesto que se constituiría en objeto ilícito**”.



PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA PREVENTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Así pues, todo lo anterior demuestra que la interpretación y alcance de la obligación contenida en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 ha sido pacífica y uniforme durante muchos años, y por lo tanto, la discusión sobre el particular ya fue resuelta en los términos descritos por la Corte Constitucional, la Superintendencia de Industria y Comercio, y la Comisión Nacional de Televisión, los cuales deben ser considerados por la Antv en su pronunciamiento.

3. ANÁLISIS SOBRE LAS IMPLICACIONES DE LA DECISIÓN

En desarrollo de la actuación administrativa, diversos intervinientes han llamado la atención a la Antv sobre las posibles consecuencias que tendría un eventual cambio de posición sobre la interpretación del *must carry*. Entre ellas se resaltan las siguientes:

- Desequilibrio económico de las relaciones contractuales vigentes tanto con los concesionarios de televisión abierta como con los de televisión cerrada.
- Desfinanciamiento del Fondo para el Desarrollo de la Televisión.
- Variación de las condiciones para la adjudicación de un tercer canal de televisión.
- Si la transmisión de la señal de la televisión abierta en los sistemas de televisión por suscripción implica el pago de una contraprestación económica, los canales regionales y locales también deberían exigirla so pena de un detrimento al patrimonio público.
- Afectación en las condiciones del mercado de la televisión.
- Ajuste en las cargas regulatorias.

Por estas y otras razones, para la Procuraduría es fundamental que la Autoridad Nacional de Televisión evalúe y analice el impacto de las respectivas decisiones que se tomen como resultado de la actuación administrativa.

4. COMPETENCIA PARA MODIFICAR EL ACUERDO CNTV 002 DE 2012

Dado que una de las solicitudes por resolver dentro de la actuación administrativa que adelanta la Autoridad Nacional Televisión consiste en modificar el Acuerdo CNTV 002 de 2012 en el sentido de eliminar el consentimiento previo y expreso de que trata el artículo 24 de dicha norma, se recomienda verificar la entidad facultada para ello atendiendo a la distribución de competencias prevista en el capítulo II del título III de la Ley 1507 de 2012.



**PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA
PREVENTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

Para tal fin, conviene tener en cuenta que el Acuerdo 002 de 2012 corresponde a un acto administrativo de carácter general⁷ por medio del cual se establece y reglamenta la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida digital terrestre –TDT, expedido por la Comisión Nacional de Televisión en ejercicio expreso de las facultades previstas en el literal c) artículo 5 y parágrafo del artículo 18 de la Ley 182 de 1995, tal y como consta en la parte considerativa del citado acuerdo.

En todo caso, tal y como lo señaló esta Delegada en comunicación 76120 del 05 de junio de 2014, se reitera que en virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades públicas que dirigen y ejecutan política televisiva Estatal deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones.

Finalmente, es importante recordar a la Antv que como garante del pluralismo informativo y del acceso a la televisión, las decisiones de la actuación en curso deben observar y respetar los principios de prevalencia del interés general, confianza legítima, seguridad jurídica, legalidad y cosa juzgada previsto en nuestro ordenamiento jurídico, y demás que rigen el ejercicio de la función pública.

Reciba un cordial saludo,

MARÍA LORENA CUELLAR CRUZ
Procuradora Delegada (E)

FJGS-PAGP-LFTR
17-07-2014

⁷ Artículo 12 de la Ley 182 de 1995.