

Bogotá D.C., 21 de junio de 2022

Doctor

JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR

Magistrado

CORTE CONSTITUCIONAL

Ciudad

REF. OPINION SOBRE DEMANDA DE CONSTITUCIONALIDAD. EXPEDIENTE D-14.437. LEY 1978 DE 2019, ARTÍCULO 33 (PARCIAL).

De conformidad con la comunicación recibida el 7 de junio de 2022 de la Secretaría General de la Corte Constitucional, remitida a la Decanatura de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, **Sandra Milena Ortiz Laverde**, identificada con la C.C. 52.960.520 de Bogotá D.C.; **Laura Daniela González Rozo**, identificada con la C.C. 1.136.886.709 de Bogotá D.C., y **Luz Mónica Herrera Zapata**, identificada con la C.C. 51.874.089 de Bogotá D.C., en calidad de investigadoras del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de esta facultad; en cumplimiento del Auto del 21 de octubre de 2021 y del artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, presentamos nuestra **intervención ciudadana**, con el objeto de sumar argumentos para el estudio de constitucionalidad del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019.

Consideraciones generales

Antes de empezar a analizar los cargos presentados por los demandantes en contra de la norma mencionada, es oportuno dar un contexto respecto de esa disposición.

Al respecto, cabe mencionar que a través 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, se consagraron unas disposiciones relativas al servicio de televisión radiodifundida, dentro de las cuales se ubica la norma demandada, así (el apartado subrayado corresponde a la norma demandada):

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

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 párrafo 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 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 2020.3 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.”

De esa manera, la ley llamada de modernización del sector TIC, tiene como objetivos y finalidades en el cierre de la brecha digital, la convergencia tecnológica, así como brindar todos los elementos para lograr una actualización del marco regulatorio de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información y las comunicaciones, incluyendo servicios de telecomunicaciones como la radio y la televisión e incorporando así cambios en aras de reconocer una convergencia tecnológica, para transitar hacia una convergencia institucional.

En este sentido el servicio de televisión abierta radiodifundida y los operadores de televisión abierta radiodifundida (OTA)¹ vienen a estar bajo la regulación del MINTIC, la ANE, la CRC bajo su nueva estructura y de la SIC.

Aunque la motivación inicial de esta normativa apunta a reconocer la convergencia, a avanzar en la modernización institucional y eliminar barreras de entrada, y reducir asimetrías, el servicio de televisión abierta radiodifundida, viene a hacer parte de una legislación que, aunque inclusiva y amplia, le restringe y la limita al mantener una legislación que no responde a las necesidades de un mercado en convergencia.

De esta manera, es importante recordar el objeto de la Ley 1978 de 2019, que contempló “alinear los incentivos de los agentes y autoridades del sector de TIC, aumentar su certidumbre jurídica, simplificar y modernizar el marco institucional del sector, focalizar las inversiones para el cierre efectivo de la brecha digital y potenciar la vinculación del sector privado en el desarrollo de los proyectos asociados, así como aumentar la eficiencia en el pago de las contraprestaciones y cargas económicas de los agentes del sector”.

Visto así, el régimen del servicio de televisión abierta radiodifundida plasmado en la ley de modernización y el tratamiento dado a los operadores de televisión abierta radiodifundida (OTA) como los denominó la Corte Constitucional, no responde al objeto planteado en la ley y

¹ Denominados así por la Corte Constitucional en el Auto del 21 de octubre de 2021, según expediente: D-14.437

a la motivación de este cambio legislativo, trayendo como consecuencia poca claridad en su interpretación derivando en las afectaciones al sector².

Es importante recordar que el sector en general consideraba natural que se incluyera al servicio de televisión, dentro de su normativa, por la convergencia tecnológica sobre la que hoy no hay duda en cuanto a las diferentes redes y servicios, y el imperioso requerimiento de un solo regulador. En este punto, uno de los aspectos que modificó esta ley de 2019, fue suprimir a la Autoridad Nacional de Televisión, trayendo consigo un reparto de funciones dada en su mayoría en una normativa antigua que hoy se encuentra en gran parte vigente.

Esta situación que se encuentra presente, solo iniciando la lectura de la Ley 1978, cuando en su artículo 2 que modificó el artículo 1 de la Ley 1341 de 2009, contempló según el inciso tercero:

“(…) Para todos los efectos de la presente Ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones incluye la provisión de redes y servicios de televisión. El servicio de televisión abierta radiodifundida continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996, la Ley 680 de 2001 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

Al servicio de radiodifusión sonora y al de televisión abierta radiodifundida les será aplicable la presente Ley en las disposiciones específicas expresamente señaladas para estos servicios.

La Ley 1341 de 2009, marcó un hito al incorporar habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones como un mecanismo óptimo para garantizar la competencia ente los agentes, se podría esperar que la Ley 1978 de 2019 que viene a modernizar el sector y a modificar y ampliar la ley de TIC de 2009, traería consigo unos cambios frente a los agentes,

² En este sentido ver González Edgar: “Así como es necesario reconocer que dada la convergencia tecnológica, era imperativo incorporar los servicios audiovisuales en la ley de TIC también lo es señalar que el régimen dual que se consagró con la reforma del 2019 no aporta claridad sobre su regulación.” Para mayor ilustración: “Una reflexión sobre la reforma a la Ley de TIC: bondades, vacíos y críticas”. En: Las TIC y la Sociedad Digital. Doce años después de la ley. Tomo1: Las TIC y las Telecomunicaciones y el derecho a la competencia. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2021. Pagina 176 y 177.

a las instituciones que realmente materializaran su objeto en cuanto a incentivos, certidumbre, simplificación, focalización, y en este caso que nos convoca, frente a las cargas económicas de los agentes.

Es importante recordar que la ley amplió el esquema de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, para incluir a los servicios de televisión por suscripción y de televisión comunitaria, así como la posibilidad de habilitación general para la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida.

Como antecedente, hay que mencionar que la Ley 1341 de 2009 vino a brindar un trato simétrico entre los Proveedores de redes y servicios de Telecomunicaciones (PRST) que antes de su expedición, se encontraba con regímenes diferentes y generaba tratamientos diferenciales³. Así esta norma zanjó en gran parte esas diferencias, cuyo ejemplo podemos citar en el caso de la contraprestación a pagar al fondo, sobre la cual se determinó un porcentaje a pagar por los operadores sobre los ingresos brutos, claro está dejando por fuera a los operadores de radio y televisión que eran excluidos del régimen de la citada ley de TIC.

Así no era extraño esperar que la ley de 2019 diera un paso adelante en este sentido al incluir expresamente como se hizo, que “(...) Los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos a la fecha de entrada en vigor 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”.

Aspecto sobre el cual, los efectos esperados era que los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida al acogerse al régimen de habilitación general consagrada en la ley, conllevaba necesariamente la terminación anticipada de las respectivas concesiones, situación que traería como consecuencia un cambio en cuanto a la contraprestación que venían pagando, pues de lo contrario qué sentido tendría el haberse acogido a un nuevo régimen.

³ Antes de la Ley 1341 de 2009 cada servicio tenía un régimen distinto, por ejemplo, el de telefonía móvil celular se regía por la Ley 37 de 1993, los operadores de la TPBC por la Ley 142 de 1994. Los operadores contribuían de manera diferente, los de TMC el 5 % sobre ingresos brutos, otros operadores 3 % sobre ingresos netos.

En este sentido, se podría pensar que la normativa, Ley 1978 de 2019 iría en contra del desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, y los fines planteados en la misma ley de modernización TIC, en particular garantizar el uso adecuado y eficiente del espectro radioeléctrico, que maximice el bienestar social generado por el recurso escaso, respetando el principio de protección a la inversión, asociada al uso del espectro⁴.

Nuevo escenario al cual quedan inmersos los operadores:

Operadores establecidos	Operadores entrantes
Concesión inicial. Antes la CNTV /ANTV	Concesión ante el MINTIC
Pago por periodo de transición: 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).	Pago de la contraprestación Única al FUTIC

⁴ Ley 1978 de 2019 artículo 4.

Terminada la concesión /renovación Pago de la contraprestación Única al FUTIC Actualmente corresponde al 1.9% sobre ingresos brutos ⁵	
---	--

Creación propia.

De esta manera, se encuentra una contradicción en la Ley al dar un trato diferente a aquellos operadores establecidos que se acojan a la habilitación general, frente a los operadores entrantes, pues a los operadores que viene con su concesión quedarían sujetos a cargas económicas adicionales durante un periodo el cual no tiene una justificación puntual en la ley⁶.

En este punto es importante traer a colación la exposición de motivos de la Ley 1978 de 2019, en la cual hacía referencia expresa a la habilitación para la prestación de los servicios de televisión abierta radiodifundida⁷:

*“Este proyecto de Ley propone, mediante un régimen de transición, ampliar el esquema de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, para incluir a los servicios de televisión por suscripción y de televisión comunitaria, así como la posibilidad de habilitación general para la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida. **Para este último servicio se incluye una fórmula que incentive el ingreso al régimen de habilitación general y sea consecuente con la realidad del mercado antes señalada de modo que se garantice la adecuada prestación de este servicio público íntimamente asociado al derecho de pluralismo informativo. Por el tiempo de vigencia del***

⁵ Tener presente que la Ley 1078 de 2019 contempló en el artículo numeral 20 “Destinar los ingresos que se perciban por concepto de concesiones para el servicio de televisión, en cualquiera de sus modalidades, para financiar la operación, la cobertura y el fortalecimiento de la televisión pública abierta radiodifundida.

⁶ De acuerdo con la sentencia C-403 de 2010, a propósito del cargo contra el artículo 68 sobre el régimen de transición, la Corte afirmó lo siguiente: “Observa la Corte que dentro del propósito del legislador de respetar el título habilitante obtenido bajo un régimen anterior y aplicar, a partir de la vigencia de la Ley 1341 de 2009, a todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que libremente así lo decidan, las nuevas reglas, no establecen en realidad dos tratamientos distintos para situaciones iguales”. En este caso, con la Ley 1978, al acogerse los operadores establecidos a la habilitación deberían tener el mismo trato de los entrantes en cuanto a la contraprestación. Sentencia de la Corte Constitucional del 27 de mayo de 2010. MP. María Victoria Calle

⁷ Gaceta del Congreso 745. Viernes, 21 de septiembre de 2018 Página 27

régimen de transición de habilitación de los servicios de televisión abierta radiodifundida, este continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996 y la Ley 680 de 2001.” (Negrilla fuera del texto original)

En la búsqueda de los antecedentes a la Ley de modernización, nos encontramos con la una cartilla del MINTIC en la cual se explicaban los cambios que traería la ley, denominada “Conozca el Proyecto de Ley de Modernización del Sector TIC que beneficia a todos los colombianos.”⁸ . En particular, se identificó el aparte No 15 en el cual a manera de pregunta se plantea lo siguiente:

“15. ¿Habrá detrimento patrimonial porque se deje de pagar el valor de la prórroga del contrato de concesión de televisión?”

No. Para el caso concreto es improcedente la referencia al concepto de detrimento patrimonial, en tanto, a la luz de las normas constitucionales que propenden por el manejo eficiente, responsable y oportuno de los recursos públicos por quienes tienen a su cargo tareas de gestión fiscal y, de las de carácter legal que conforman el régimen de control fiscal vigente, el daño causado por la conducta irregular de un servidor o particular se debe determinar en relación con los recursos que específicamente estuvieron a su disposición en razón de sus funciones, y no en abstracto, frente a los recursos que conforman el patrimonio del Estado.

Ahora bien, ante la necesidad de avanzar en la modernización institucional y en la eliminación de barreras para acceder a la prestación del servicio, se encuentra el requerimiento de que la prestación del servicio de televisión también pueda ser sujeto de la habilitación general, como lo han tenido los servicios de telecomunicaciones por más de 9 años en Colombia. Esto permitirá un mercado más competitivo, que redunde en bienestar para el usuario al poder contar con mayores proveedores de un servicio. El Proyecto plantea la habilitación general para la prestación del servicio de televisión, acompañado de un régimen de transición.

Los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida pueden mantenerse en su régimen concesional actual o pueden optar por la habilitación general para la prestación del servicio, es decir, mantener las mismas reglas que tienen

⁸ Disponible en: http://micrositios.mintic.gov.co/modernizamos-sector-tic/proyecto_ley_modernizacion_sector_tic_cartilla.pdf

*actualmente. En caso de que los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida decidan acogerse al régimen de habilitación general, esto es, que decidan terminar sus contratos de concesión y hacer uso de la habilitación que les otorga la norma, les será aplicable lo dispuesto en el artículo 33 del Proyecto de Ley. Es decir, **deberán asumir las cargas económicas propias de la habilitación general, consistentes en el pago de la contraprestación periódica única y la contraprestación económica por el uso del espectro.***

*En este sentido, **los operadores del servicio de televisión no dejan de pagar las cargas económicas por la provisión del servicio** (y en modo alguno esto implica la eliminación de un deber de pago) y **asumen el pago de estas de manera periódica, propio de la habilitación general, en lugar de realizar pagos por adelantado cada 10 años.***

*El Proyecto de Ley contiene reglas claras para la realización de esta transición del régimen concesional a la habilitación general, y se **asegura que los recursos pagados por los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida sean recibidos por el Fondo Único de TIC y dispone reglas claras sobre los proveedores que se acojan al régimen de habilitación general, señalando que los mismos se abonan al valor que deben pagar al Fondo TIC.** (La aplicación del régimen de transición dispuesta en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 ha sido objeto de análisis de la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-555/23 y C-403/10).⁹ (Las negrillas son del documento original)*

La cartilla ilustra como estaba previsto el mercado en el momento antes de la expedición de la Ley, y en este documento se hace énfasis en la necesidad de abrir el mercado, brindar una mayor oferta al usuario y fortalecer el pluralismo informativo¹⁰. La propuesta era pasar a un mercado abierto y más competitivo.

Según el MINTIC con la iniciativa de actualizar el marco normativo de las TIC, se quería ofrecer una modernización institucional, brindar seguridad jurídica, que se definiera reglas claras para los ciudadanos, empresarios, y comunidades, sin que se sacrificara o afectaran las garantías de derechos humanos ni de pluralismo informativo¹¹.

⁹ La fecha correcta de la sentencia de la Corte Constitucional citada en la cartilla es C-555 de 2013.

¹⁰ Para mayor ilustración ver páginas 31, 32 y 33 de la Cartilla “Conozca el Proyecto de Ley de Modernización del Sector TIC” que beneficia a todos los colombianos, ya citada.

¹¹ Disponible en: http://micrositios.mintic.gov.co/modernizamos-sector-tic/proyecto_ley_modernizacion_sector_tic_cartilla.pdf

Por otra parte, al revisar y analizar los diferentes aspectos contemplados en la Ley 1978 de 2019, llamamos la atención sobre varios aspectos del articulado, directamente relacionados con el servicio de televisión radiodifundida, así:

1. En los principios orientadores de la Ley, que fueron modificados y adicionados por la Ley del 2019, se consagró que al servicio de televisión abierta radiodifundida le rigen los principios orientadores como el del derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC, así como el del acceso a las TIC y el despliegue de infraestructura, en el cual se hace énfasis en la importancia del acceso a las TIC, al disponer “que es deber de la Nación asegurar la prestación continua, oportuna y de calidad de los servicios públicos de comunicaciones para lo cual velará por el despliegue de la infraestructura de redes de telecomunicaciones, **de los servicios de televisión abierta radiodifundida** y de radiodifusión sonora, en las entidades territoriales”. (negrilla fuera del texto original. Aspecto que no es de carácter menor al ser considerado como parte de los valores que inspiran a esta ley.
2. Sumado a la habilitación general, que se previó para los operadores establecidos, pues la norma contempló en el parágrafo 2 del artículo 7 de la Ley 1978 lo siguiente:

*“Parágrafo 2°. En materia de habilitación, el servicio de televisión abierta radiodifundida continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996, la Ley 680 de 2001, y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan. No obstante, los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley **podrán acogerse al régimen de habilitación general**, de conformidad con el régimen de transición que la Ley disponga.*

3. Asimismo, en cuanto a uso del ERE, la ley consagró que los permisos para el uso del espectro radioeléctrico vigentes a la fecha de entrada en rigor de la ley, incluidos los

permisos para la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida podrán renovarse a solicitud de parte por períodos de hasta 20 años, medida que se considera de gran impacto al aumentar la seguridad jurídica de la inversión¹².

En este sentido los operadores OTA que se acojan al régimen de habilitación general tendrán que pagar una contraprestación económica por la utilización del espectro radioeléctrico, a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FUTIC)¹³.

4. Ahora bien, la ley consideró que, para el caso de los servicios de televisión abierta radiodifundida, prestados por **operadores que permanezcan en el régimen de transición en materia de habilitación**, el valor de la contraprestación económica se registrará por las normas especiales pertinentes, lo cual se entendería que estas corresponden a lo concerniente en las mencionadas leyes, Ley 182 de 1995, Ley 335 de 1996, y la Ley 680 de 2001.

Además, esta norma le incorporó a los OTA el deber de registrarse en el Registro Único de TIC, a cargo del MINTIC, en el cual se lleva el registro de información relevante de redes, habilitaciones, autorizaciones y permisos, información que los operadores deben actualizar periódicamente¹⁴.

5. Otro aspecto para destacar en este punto es que la inscripción en el Registro Único de TIC por parte de los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida, **que permanezcan en el régimen de transición en materia de habilitación**, tendrá solo

¹² Artículo 9 de la Ley 1978 de 2019

¹³ Artículo 10 de la Ley 1978 de 2019

¹⁴ Artículo 12 de la Ley 1978 de 2019

efectos informativos. Para los demás operadores el registro viene a surtir formalmente la habilitación general.

En cuanto a las funciones asignadas por la ley al Ministerio de las TIC, se encuentra la definir la política pública y adelantar la inspección, vigilancia y el control del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, lo cual incluye el servicio de televisión abierta radiodifundida, claro está con las excepciones de las funciones que en este sentido le fueron asignadas a la CRC, y la ANE¹⁵.

En particular se resalta la función referente a las concesiones de servicio de televisión que tiene a cargo el MINTIC. En detalle el artículo 14:

23. Reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la Ley y en los reglamentos.

24. Fijar las tarifas, tasas y derechos, asociados a la concesión, a que se refiere la Ley 182 de 1995. En materia del pago de la contraprestación los operadores públicos del servicio de televisión mantendrán las exenciones y excepciones que les sean aplicables a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley.

Por su parte, le correspondió a la CRC como órgano encargado de promover la competencia en los mercados, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios. Así, ser el regulador de los servicios de televisión abierta radiodifundida, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019 que modificó y agregó funciones a este regulador, incluyendo el acceso y uso de las redes, el acceso a los mercados, la definición de las condiciones para el uso de la infraestructura de servicios de telecomunicaciones y de otros servicios, y la solución de controversias entre otras.

¹⁵ Artículo 13 de la Ley 1978 de 2019

En cuanto a la contribución para la CRC:

La Ley de modernización previó que, para el caso de los servicios de televisión abierta radiodifundida, prestado por aquellos operadores que permanezcan en el régimen de transición en materia de habilitación, el FUTIC transferirá a la CRC el valor equivalente a la contribución anual que le corresponde a los regulados.

En cuanto al Fondo, es importante resaltar que el FUTIC dentro de sus tareas tiene que destinar los ingresos que se perciban por concepto de concesiones para el servicio de televisión, en cualquiera de sus modalidades, para financiar la operación, la cobertura y el fortalecimiento de la televisión pública abierta radiodifundida¹⁶.

En cuanto a la contraprestación para el FUTIC, la ley 1978 modificó la Ley 1341 de 2009, e incorporó en el artículo denominado la Contraprestación periódica única a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: En el caso de los servicios de televisión incluye los ingresos por concepto de pauta publicitaria y terminales , para el caso del servicio de televisión abierta radiodifundida, prestado por aquellos operadores que permanezcan en el régimen de transición de habilitación, el valor de la contraprestación se regirá por las normas especiales pertinentes¹⁷. Está previsto como otros recursos que también alimentan al Fondo como los correspondientes a los derechos, tasas y tarifas recibidas por concepto de concesión, uso de frecuencias y **contraprestación**, que realicen los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida.¹⁸

¹⁶ Artículo 22 de la Ley 1978 de 2019

¹⁷ Artículo 23 de la Ley 1978 de 2019

¹⁸ Artículo 24 de la Ley 1978 de 2019

Ahora bien, puntualmente en cuanto al régimen de transición, de acuerdo con el artículo 33 denominado “Régimen de transición para los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida”, para los **operadores establecidos** contempló¹⁹:

1). 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.
- Podrán renovarlos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones.
- Podrán acogerse al régimen de habilitación general. Lo cual implica que se someterán a las reglas definidas en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009.

El siguiente aparte del artículo 33 que se considera el de la discordia:

“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.”

Teniendo en cuenta el documento del MINTIC²⁰ relacionado con los objetivos que se querían alcanzar con este cambio normativo, sorprende finalmente el inciso incorporado que trae un efecto inmediato diferente al establecido por el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 cuando

¹⁹ Artículo 33 de la Ley 1978 de 2019

²⁰ Cartilla ilustrativa que explicaba que se quería con la futura ley de modernización.

consagró que *“la decisión de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acogerse al régimen de habilitación general de la presente Ley, la cual conlleva necesariamente la terminación anticipada de las respectivas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones (...)”*.

De acuerdo con la concepción inicial que se tenía de la norma en el proyecto de ley, se afirmó que no se les estaban eliminando las cargas económicas a los OTA, sino que éstas serían ajustadas al cambio que traía esta nueva legislación, en orden a generar un mercado abierto y competitivo que favoreciera al usuario y en especial el pluralismo informativo.

En particular:

“En caso de que los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida decidan acogerse al régimen de habilitación general, esto es, que decidan terminar sus contratos de concesión y hacer uso de la habilitación que les otorga la norma, les será aplicable lo dispuesto en el artículo 33 del Proyecto de Ley. Es decir, deberán asumir las cargas económicas propias de la habilitación general, consistentes en el pago de la contraprestación periódica única y la contraprestación económica por el uso del espectro.

En este sentido, los operadores del servicio de televisión no dejan de pagar las cargas económicas por la provisión del servicio (y en modo alguno esto implica la eliminación de un deber de pago) y asumen el pago de estas de manera periódica, propio de la habilitación general, en lugar de realizar pagos por adelantado cada 10 años. (...)

Sobre consideraciones de los demandantes:

Revisando lo considerado sobre el artículo 33, en opinión de los demandantes, hacen las siguientes consideraciones, que se resumen así:

Principio de Igualdad

En aplicación del principio constitucional de igualdad, desde el momento mismo de la renuncia a sus concesiones los operadores de servicio de televisión abierta radiodifundida y solicitar la

habilitación general, quedaban sometidos al mismo régimen económico de sus competidores: el pago de la contraprestación única periódica.

En suma, ante un trato desigual entre iguales, los demandantes consideraron que se vulnera los artículos constitucionales sobre la igualdad, la libertad de expresión y el acceso al espectro electromagnético, así como los estándares internacionales de libertad de expresión, en especial en aspectos relacionados con artículo 13 de la Declaración sobre Principios de Libertad de Expresión “ 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”; y el artículo 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión interamericana de Derechos Humanos, que contempló que “Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

Análisis de Constitucionalidad de la norma

A continuación, se presenta las valoraciones sobre los cargos presentados y se analiza si la norma demanda contraría o no el ordenamiento jurídico, teniendo como punto central el principio de igualdad.

Así de nuevo se pregunta si el artículo 33 de la Ley 1978 de 2019 vulnera el derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el pluralismo informativo y la libertad de fundar medios de comunicación masiva, así como los estándares interamericanos de libertad de prensa, en particular el artículo 13 de la Convención Interamericana de derechos Humanos, ¿y el artículo 12 de la declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión?

Consideramos que la Ley 1978 de 2019, denominada ley de modernización de las TIC se constituyó en un avance en aras de reconocer una convergencia tecnológica, de brindar mayor certidumbre jurídica para la inversión, de incorporar elementos para lograr el cierre de la brecha digital y que tuvo por objeto modernizar el régimen normativo del sector de las TIC,

incluyó servicios de comunicaciones como radio y televisión que tiene su propio régimen a esta normativa trayéndolas a un espacio donde las incorporó en aras de promover los contenidos multiplataforma de interés público, que incluya el reconocimiento de identidades étnicas y culturales, la equidad de género, la inclusión política y social, la integración nacional, el fortalecimiento de la democracia y el acceso al conocimiento.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo realizado en la ley, en el caso particular de la televisión abierta radiodifundida, se quiso traer a un nuevo escenario abierto a la competencia, intentando simplificar su régimen en especial, disminuir las barreras de ingreso y contraprestaciones, para lo cual se incluyó para estos operadores el deber de asumir las cargas económicas propias de la habilitación general, que consisten en el pago de la contraprestación periódica única y la contraprestación económica por el uso del espectro, adicionado de una obligación según los literales a y b del artículo 33 que vienen a desdibujar la intención inicial prevista.

Por lo anterior, se considera que es importante reconocer los cambios en la dinámica de un sector en el cual se transita hacia una sociedad de la información y del conocimiento donde los agentes prestan servicios que cada día tienden más a la convergencia y por lo tanto, tener un régimen diferente genera riesgos en cuanto a tratos inequitativos que como sucede en este caso puede llegar a poner en peligro valores constitucionales como los mencionados en torno a la igualdad y la libertad de expresión.

En este punto y antes de dar nuestro concepto sobre la constitucionalidad de la norma demanda, consideramos pertinente traer a colación unas consideraciones dadas por un académico que analizó esta normativa a propósito de la expedición de la ley, en una obra colectiva de este departamento publicada en el año 2021²¹.

²¹ Op.cit. Edgar González (2021)

Las inquietudes las podemos resumir así:

Sobre incorporar el servicio de televisión a la Ley de modernización TIC:

“Así como es necesario reconocer que incorporar los servicios audiovisuales en la ley de TIC resultaba un imperativo, dada la convergencia tecnológica, también lo es señalar que el régimen dual que se consagró con la reforma del 2019 no aporta claridad sobre su regulación.”

Sobre competencias de autoridades:

“Aún más, el régimen de habilitación y las competencias de las distintas autoridades que conforman la organización institucional del sector y de la misma autoridad nacional de la competencia (SIC) no aparecen claramente delimitados.”

Sobre un Régimen antiguo:

“En efecto, los servicios de televisión según el mandato de la reforma legal se siguen regulando por las normas vigentes en la materia, esto es, la Leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y 680 de 2001. No obstante, varias de las normas de la reforma regulan los servicios de televisión en sus diferentes modalidades. Como se verá, esta inserción parcial y fragmentada de la regulación de televisión en la nueva ley manteniendo, a la par, el régimen anterior, no resulta la forma más adecuada para definir con certeza su régimen normativo (...).” “Es conocida la obsolescencia del régimen jurídico de los servicios de televisión que data de 1995 y su falta de migración a los servicios de contenidos audiovisuales. Además, no se compadece con los actuales desarrollos tecnológicos y los cambios dinámicos que se han presentado en general en todos los servicios de telecomunicaciones.”

Reconocer la convergencia tecnológica:

“Parte de los argumentos esbozados para involucrar el servicio de televisión, así sea parcialmente en la nueva ley, precisamente corresponde a la convergencia tecnológica de redes y servicios, y a la necesidad de establecer un único regulador para todos ellos, lo que sirvió de fundamento para liquidar la Autoridad Nacional de Televisión.”

Luego del análisis normativo y revisados los argumentos de los demandantes se considera que sobre el artículo 33 de la Ley 1978 de 2019 se declare:

1. La constitucionalidad condicionada del siguiente aparte:

“Los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos a la fecha de entrada en vigor 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”.

En el sentido de imponer un mandato de igualdad entre los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos que se acojan al régimen de habilitación general y los operadores de televisión abierta radiodifundida entrantes, para evitar que se vulnere el derecho a la igualdad, la libertad de prensa, fundar medios masivos de información y los estándares interamericanos que rigen este tema.

Lo anterior, teniendo en cuenta que al acogerse al régimen de habilitación general y lo que esto implica, en cuanto a los efectos del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 traería como consecuencia la terminación anticipada de la concesión, por lo que no tendría sentido mantener el régimen anterior previsto para la contraprestación.

2. Se declare inexecutable el siguiente aparte del artículo 33 subrayado:

(...)

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:

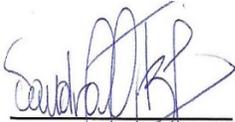
- a) Lo establecido en el párrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, y
- b) El precio de la concesión o de su prórroga, que se encuentre pendiente por pagar al momento en que se acojan al régimen de habilitación general, distribuido en pagos anuales. Los saldos pendientes de pago serán ajustados 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.

Por considerarse en contra del objeto de la ley, así como de los principios orientadores que la rigen. Es importante resaltar que el sector de la televisión requiere una actualización normativa hacia los contenidos audiovisuales digitales que reconozca la convergencia tecnológica, que simplifique su contenido, que se incorpore en un marco institucional más moderno, que se ponga a tono con los cambios hacia una sociedad digital²².

Esperamos que la opinión dada sea de utilidad para que la Corte tome su decisión en este caso.

Cordialmente,



Sandra Milena Ortiz Laverde

C.C. 52.960.520 de Bogotá D.C.



Laura Daniela González Roza

C.C. 1.136.886.709 de Bogotá D.C.

²² La sociedad digital se entiende como aquella en la cual la tecnología permite que la información sea digitalizada de manera masiva, con el fin de que estos datos sean consumidos, transmitidos, procesados o explotados. Todo esto, con el objetivo de generar mayor valor a través de la transformación y adaptación de procesos productivos o la generación de nuevos bienes y servicios, sólo posibles debido a las nuevas capacidades tecnológicas y la toma de decisiones basadas en datos. Es decir, la sociedad digital es aquella donde las principales fuentes de subsistencia son la información y el conocimiento. Al resultado de su producción, distribución y consumo se le conoce como economía digital. Disponible en https://micrositios.mintic.gov.co/plan_tic_2018_2022/pdf/plan_tic_2018_2022_20191121.pdf



Luz Mónica Herrera Zapata

C.C. 51.874.089 de Bogotá D.C.