

Sentencia C-303/99

PROYECTO DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA-Inicia trámite en Cámara de Representantes

Cuando de tributos se trata -concepto genérico que cobija no solamente los impuestos sino toda expresión del poder estatal de establecer exacciones a cargo de los gobernados, y por tanto abarca también las tasas y las contribuciones-, el trámite de aprobación del proyecto de ley que los consagre debe comenzar por la Cámara de Representantes, y la exigencia del artículo 154 de la Constitución no se refiere al título dado a la iniciativa por sus autores -lo que haría fácil evadir el precepto superior- sino al contenido de las normas que lo componen, las cuales, cuando son de naturaleza tributaria, no pueden iniciar las etapas de su aprobación en el Senado de la República. Ello significa que, si normas relativas a tributos se encuentran en otro proyecto de ley, éste debe tramitarse según la regla del inciso final del artículo 154 de la Constitución, o, de lo contrario, tienen que ser desglosadas tales disposiciones con el objeto de darles un trámite separado que se ajuste al mandato constitucional.

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Caducidad

No puede producirse fallo de inexequibilidad, toda vez que ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción pública (art. 242, numeral 2, de la Constitución), si se considera que al momento de ser presentada la demanda había transcurrido más de un año desde la fecha de promulgación de la Ley 335 de 1996.

CONTRIBUCION PARAFISCAL

Cuando la ley usa la otra vía indicada por el artículo 150, numeral 12, de la Constitución, es decir, cuando crea una contribución parafiscal, que por definición está destinada a determinado sector, y por tanto, es de destinación específica a partir de su misma esencia, no señala a la globalidad como sujeto pasivo de ella sino que la hace recaer en el mismo sector que habrá de beneficiarse. La regla constitucional que por el actor se estima violada no puede estarlo cuando la destinación específica se refiere a contribuciones parafiscales ni cuando alude a rentas nacionales de origen distinto al tributario, obtenidas por el Estado a través de mecanismos regulares y permanentes, como ocurre con los ingresos que puedan

engrosar las arcas del tesoro por la vía contractual, entre otros, los que provienen de pagos a cargo de quienes son titulares de concesiones, por la explotación que hacen de bienes o recursos públicos.

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Contraprestación económica por la concesión para el uso por particulares/FONDO DE DESARROLLO DE LA TELEVISION PUBLICA/CONCESIONARIOS DE CANALES NACIONALES DE OPERACIÓN PRIVADA/TELEVISION PUBLICA-Promoción

Los pagos que, con destino al Fondo de televisión pública, deben hacer periódicamente los concesionarios por la explotación de frecuencias en el campo de la televisión en canales de operación privada, no son un impuesto, pues carecen de la generalidad que para tal categoría tributaria resulta esencial y, además, a diferencia de los impuestos, es evidente que la obligación de pagar las cantidades periódicas previstas en la norma están vinculadas directamente con el beneficio que a los obligados otorga el Estado mediante la concesión para el uso exclusivo de canales integrantes del espectro electromagnético. Tales pagos tampoco gozan de la característica de la parafiscalidad en sentido estricto, ya que no se establece que el sector privado de las telecomunicaciones deba asumir una exacción predeterminada que haya de aplicarse al mismo sector. Tal obligación legal en cabeza de los concesionarios es solamente una retribución económica que, por razones de interés general, el Estado exige, junto con las demás previstas en la ley, a los particulares a quienes ha otorgado facultad temporal para hacer uso del espectro electromagnético. Los recursos correspondientes tienen, por tanto, un propósito directamente señalado por la ley: deben ingresar al Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública creado por la misma. Se trata de un bien público por cuyo uso se debe pagar al Estado, y el Estado bien puede destinar las cantidades que reciba por ese concepto al fortalecimiento de la televisión pública, que en alto grado interesa a la comunidad y que no cuenta con las fuentes de financiación de la operada por los particulares, sin que por ello vulnere la Constitución Política.

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso primero del parágrafo 2 del artículo 16 de la Ley 335 de 1996

Demandante: Jorge Arango Mejia

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los cinco (5) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

I. LA DEMANDA

Haciendo uso de su derecho político, reconocido en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Constitución, el ciudadano JORGE ARANGO MEJIA ha acudido ante esta Corte para demandar por inconstitucional el inciso primero del párrafo 2 del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, que textualmente dice:

“Ley 335 de 1996

(diciembre 20)

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

Artículo 16. El artículo 62 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

(...)

Parágrafo 2. “Los concesionarios de canales nacionales de operación privada deberán destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, y será pagadero trimestralmente (...)”.

Según el actor, la norma transcrita es contraria al artículo 359 de la Constitución, que prohíbe establecer rentas nacionales de destinación específica, con las excepciones señaladas en el mismo artículo, entre las cuales no se encuentra la disposición impugnada.

Expresa el demandante que en el acápite objeto de su acción se estableció un impuesto y

que los recursos que por concepto de éste se recauden tienen una destinación específica: el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión y la programación cultural a cargo del Estado.

En su criterio, no es esta una contribución parafiscal, pues “los recursos entregados por los concesionarios de canales nacionales de operación privada no se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que los tributa” y tampoco están destinados a quienes los tributa. “Por el contrario: es apenas lógico que en la medida en que se fortalezcan los operadores públicos del servicio de televisión, se debiliten los privados. A la larga, los recursos originados en el tributo que se les impone, causan su desmedro”.

Por otra parte -manifiesta-, tampoco podría sostenerse que el gravamen es la contraprestación que pagan quienes reciben la concesión. Ni tampoco es una tasa por un servicio que preste el Estado, servicio que en este caso no se da. Es un verdadero impuesto que grava a los concesionarios de los canales nacionales de operación privada, aunque en el momento sean sólo dos, pues el número de los sujetos pasivos no le quita al impuesto su condición de tal.

Y como, según su concepto, ese impuesto tiene una destinación específica, estipulada por la misma norma, el impugnante la entiende como opuesta a la Constitución Política.

En lo relativo al trámite de la disposición demandada en el Congreso de la República, el accionante afirma:

“Dispone el inciso final del artículo 154 de la Constitución: ‘Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes y los que se refieran a relaciones internacionales, en el Senado’.

Pues bien: en ninguno de los proyectos que, reunidos, dieron origen a la ley 335 de 1996, figuró una norma igual o semejante a la que se estudia.

Algunos de esos proyectos fueron presentados en la Cámara y otros en el Senado. Ninguno, como se dijo, contenía una norma que creara el impuesto del 1.5%, finalmente aprobado.

¿Cuándo surgió esta norma? Cuando ya el proyecto se tramitaba en la Comisión Sexta del Senado. Allí se estableció su cuantía en el 5% , en las sesiones de los días 26, 27 y 28 de

noviembre de 1995. Posteriormente, el 16 de diciembre de 1995, en el segundo debate, en la plenaria, se rebajó al 2%. Y, por último, el 16 de diciembre de 1996, al repetirse el segundo debate, de conformidad con el artículo 161 de la Constitución, y eliminarse las discrepancias entre las dos cámaras, se redujo al 1.5%. Cabe anotar que una de esas diferencias consistía, precisamente, en que en el texto aprobado por la Cámara (en primero y segundo debate), no aparecía el impuesto de que se trata.

El vicio anotado implica la falta de competencia y, por lo mismo, es de fondo, como lo ha sostenido la Corte Constitucional. Bien puede afirmarse que el Senado es incompetente para iniciar el trámite de un proyecto de ley sobre tributos.

Ni siquiera puede sostenerse que la norma surgió durante la tramitación del proyecto, como algo necesario para la aprobación de éste. No: lo relativo a la concesión de los canales de operación privada, cuya adjudicación se hace como resultado de la correspondiente licitación, no está de ninguna manera ligado al impuesto mencionado.

En síntesis, la tramitación de la norma quedó viciada, por no haber comenzado en la Cámara. Se quebrantó, en consecuencia, el último inciso del artículo 154 de la Constitución. Este vicio, de fondo, no se sana por el paso del tiempo, como lo prevé el numeral 3 del artículo 241 en relación con los de forma”.

Se ha dado cumplimiento al trámite y a los requisitos que establece el Decreto 2067 de 1991 y se ha recibido el concepto del Procurador General de la Nación. Procede, entonces, la Corte Constitucional a proferir fallo de mérito.

II. INTERVINIENTES

En el curso del proceso intervinieron JORGE ALIRIO MANCERA CORTES, apoderado de la Comisión Nacional de Televisión; ALVARO LEYVA ZAMBRANO, Presidente (E) del Instituto colombiano de Derecho Tributario; JUAN FERNANDO ROMERO TOBON, a nombre del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y GLORIA LIZZET PULGARIN AYALA, en representación del Ministerio de Comunicaciones.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador estima que el fragmento normativo acusado no viola la Constitución.

En lo esencial de su concepto, dice el Jefe del Ministerio Público:

“El párrafo del artículo 16 de la Ley 336 (sic) de 1996 impone a los operadores privados la obligación de destinar el 1.5% de la facturación bruta anual, para el Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública, el cual debe ser cancelado trimestralmente.

De tal manera que los sujetos pasivos de la obligación son los operadores privados de la televisión, los cuales, mediante concesión del Estado, prestan el servicio de televisión a través de frecuencias asignadas por éste, con el empleo de sus propios recursos e infraestructura.

El artículo 13 de la Ley 335 de 1996, exige que estos operadores se constituyan como Sociedades Anónimas con un mínimo de trescientos socios para poder prestar el servicio de televisión. Vale la pena señalar que de conformidad con esta disposición legal, ‘quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, no podrá ser concesionario en los Canales nacionales de operación pública’.

Los recursos cobrados a los concesionarios de canales nacionales de operación privada con fundamento en la norma impugnada se destinan al Fondo de desarrollo de la televisión Pública’. Este Fondo fue creado mediante el artículo 17 de la Ley 182 de 1995 ‘por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones’ y tiene como finalidades las siguientes:

‘Artículo 17. De la promoción de la televisión pública. La Comisión Nacional de Televisión efectuará el recaudo de las sumas a que tiene derecho y llevará su contabilidad detalladamente. Una vez hecha la reserva prevista en esta Ley para absorber sus pérdidas eventuales, un porcentaje de las utilidades de cada ejercicio se depositará en un fondo denominado ‘Fondo para el desarrollo de la Televisión’, constituido como cuenta especial en los términos del artículo 2 del Decreto 3130 de 1968, adscrito y administrado por la Comisión, el cual se invertirá prioritariamente en el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión y en la programación cultural a cargo del Estado, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas

monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio.

La Comisión reglamentará lo establecido en este artículo’.

La norma transcrita permite desvirtuar los argumentos presentados por el demandante, en el sentido de afirmar que la exacción en ella establecida no es una contribución parafiscal, por cuanto ‘los recursos entregados por los concesionarios de canales nacionales de operación privada no se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que los tributa’, puesto que, en su criterio, los recursos se destinan a favorecer en forma exclusiva a los operadores públicos del servicio de televisión, lo cual va en desmedro de los intereses de los operadores privados.

Lo anterior, en razón a que las finalidades perseguidas por el Fondo tienden a favorecer al sector del servicio público de la televisión, y en tal sentido no puede afirmarse que el Fondo proteja en forma exclusiva a los operadores públicos del servicio de la televisión.

En efecto, el artículo 17 de la Ley 182 de 1995, al decir que a través del Fondo se promoverá el pluralismo informativo, la competencia y la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión, e igualmente al garantizar la prestación eficiente del mismo, indudablemente tiene en cuenta los intereses de todos los operadores del servicio de televisión.

La destinación sectorial, tal como lo ha sostenido ese alto Tribunal, no se limita a la obtención de beneficios excluyentes para los sujetos gravados, en tanto que la retribución se ha entendido en términos del sector gremial o económico del cual éste haga parte, aunque existan intereses diversos dentro del grupo de agentes o personas que lo integran.

De otra parte, al señalar el artículo 17 de la Ley 182 de 1995, una prioridad en la destinación de los recursos en favor de los operadores públicos del servicio de televisión, significa que los recursos del Fondo de Desarrollo de la Televisión favorece no sólo a este grupo de operadores, sino que también, en el cumplimiento de sus funciones, toma en cuenta a los operadores privados.

Bajo esta perspectiva, puede afirmarse que la disposición cuya constitucionalidad se analiza

es una verdadera contribución parafiscal, permitida por el Ordenamiento jurídico Superior (C.Po. arts. 150-12 y 338), la cual reúne todos los elementos esenciales propios de ese gravamen...”.

(...)

“A juicio de este Despacho, tampoco está llamado a prosperar el argumento esgrimido por el demandante, según el cual la disposición acusada no prevé una contribución parafiscal por el hecho de que los sujetos pasivos del tributo no participan de la administración de los recursos que ellos generan, puesto que este no es un elemento de la esencia de las rentas parafiscales, puesto que, como ya lo ha expresado la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ‘los recursos recaudados pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado’.

Así las cosas, resulta válido que sea la Comisión Nacional de Televisión, como ente encargado de la dirección de la política de este servicio público (C.Po. arts. 76 y 77 y art. 17 de la Ley 182 de 1995), la que administre los recursos del Fondo, con el fin de propender por el desarrollo de la Televisión.

En relación con el trámite de la norma en el Congreso de la República, este Despacho considera que si bien el inciso cuarto del artículo 154 de la Carta prevé que ‘los proyectos de ley relativos a tributos inician su trámite en la Cámara de Representantes’ y que el artículo demandado establece una contribución parafiscal, la cual fue incluida dentro del proceso legislativo en el Senado de la República, en el presente caso se observa que el artículo demandado hace parte de una ley relativa al servicio público de televisión y no a ‘tributos’.

(...)

Aunque no se acogiera la tesis anterior, la ausencia del requisito de la iniciación del trámite del proyecto de ley en la Cámara de Representantes, no vicia la constitucionalidad de la disposición acusada, toda vez que en el presente caso operó el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 3 del artículo 242 del Estatuto Superior”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para resolver sobre la exequibilidad del párrafo demandado, pues hace parte de una ley de la República (artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política).

2. El vicio de forma alegado. Relación entre la exigencia formal del artículo 154, inciso final, de la Constitución Política y el contenido de las normas incluidas en los proyectos de ley. Caducidad de la acción

Como se verá, esta Corte no acepta el argumento del actor en el sentido de que la disposición acusada consagra un impuesto, lo que tiene repercusión en el análisis material del precepto, pero cabe precisar que, si así fuera, estaría en efecto viciado el trámite seguido en el Congreso para la aprobación de la correspondiente norma.

En efecto, el cargo consiste en que el proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley 335 de 1996 principió su trámite por el Senado de la República y no por la Cámara de Representantes, la cual ha debido dar los primeros pasos en el estudio del proyecto, toda vez que, bajo el criterio del actor sobre su carácter tributario, así lo ordena el último inciso del artículo 154 de la Constitución.

Reitera la Corte que, cuando de tributos se trata -concepto genérico que cobija no solamente los impuestos sino toda expresión del poder estatal de establecer exacciones a cargo de los gobernados, y por tanto abarca también las tasas y las contribuciones-, el trámite de aprobación del proyecto de ley que los consagre debe comenzar por la Cámara de Representantes, y la exigencia del artículo 154 de la Constitución no se refiere al título dado a la iniciativa por sus autores -lo que haría fácil evadir el precepto superior- sino al contenido de las normas que lo componen, las cuales, cuando son de naturaleza tributaria, no pueden iniciar las etapas de su aprobación en el Senado de la República. Ello significa que, si normas relativas a tributos se encuentran en otro proyecto de ley, éste debe tramitarse según la regla del inciso final del artículo 154 de la Constitución, o, de lo contrario, tienen que ser desglosadas tales disposiciones con el objeto de darles un trámite separado que se ajuste al mandato constitucional.

El requisito alude a los procedimientos previstos para la aprobación de la ley y, particularmente al orden o sucesión de los pasos que deben seguirse dentro del itinerario forzoso que la Constitución y la Ley orgánica señalan, de lo cual se infiere que un trámite

diverso no contrapone el contenido mismo del proyecto y la materialidad de la Constitución sino que desconoce reglas del proceso legislativo y, por ende, implica un vicio de naturaleza formal, jamás de fondo. La Corte no estima que aquí se encuentre afectada la competencia, como lo dice el impugnante, pues ella corresponde al órgano legislativo -el Congreso-, que es el encargado de expedir la ley, y no a una de sus cámaras, ninguna de las cuales podría, sola, dar la aprobación que la Carta Política impone como requisito para el ejercicio de la aludida atribución.

Así, pues, probado como está en el presente caso que el trámite principió en el Senado y no en la Cámara, si esta Corte coincidiera con la tesis del demandante acerca del carácter tributario del párrafo impugnado, se tendría un defecto de forma que lo haría inconstitucional.

No obstante, aun en tal hipótesis, no puede producirse fallo de inexequibilidad por el expuesto motivo, toda vez que ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción pública (art. 242, numeral 2, de la Constitución), si se considera que al momento de ser presentada la demanda -11 de septiembre de 1998- había transcurrido más de un año desde la fecha de promulgación de la Ley 335 de 1996 (Diario Oficial N° 42946 del 24 de diciembre de 1996).

3. La norma acusada no consagra un impuesto sino la contraprestación económica por la concesión para el uso del espectro electromagnético por particulares. El carácter no tributario del precepto excluye su sometimiento al artículo 359 de la Carta Política

La disposición objeto de proceso establece una obligación en cabeza de los concesionarios de canales de operación privada: la de destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, cantidad que será pagadera trimestralmente.

Es evidente que, si se tratara de un impuesto del orden nacional, no podría tener destinación específica, a la luz del artículo 359 de la Constitución.

La Corte considera que las rentas nacionales a las que se refiere el indicado precepto son precisamente las de origen tributario. Así lo expresó con claridad en la Sentencia C-40 del 11 de febrero de 1993 (M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón):

“El artículo 359 de la Constitución nacional prohíbe las rentas nacionales de destinación específica, con excepción de las participaciones en favor de las entidades territoriales, las destinadas a inversión social, y las que en virtud de leyes anteriores hubieren sido destinadas a la previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías.

A dos razones fundamentales obedeció esta importante prohibición. En primer lugar, como se sabe, las rentas de destinación específica no eran computables dentro del monto global del presupuesto nacional para efectos de señalar la debida participación de las entidades territoriales. La proliferación de tales rentas disminuía entonces el monto de las transferencias de la nación a los municipios y departamentos.

En segundo lugar, la afectación de determinadas rentas restaba flexibilidad a la asignación del gasto público. Así, gastos que en un momento adquirirían la condición de prioritarios, debían ceder ante la previa asignación legal de ciertas rentas, cuyo monto era cada vez mayor.

Por estas dos razones, el Constituyente decidió excluir del presupuesto nacional las llamadas rentas de destinación específica, a fin de aumentar el monto global sobre el cual se computa la participación fiscal de las entidades territoriales y hacer más flexible el manejo del gasto público.

Ahora bien, lo que hace el artículo 359, es excluir del presupuesto las rentas nacionales de destinación específica, mas no prohibir la creación de contribuciones parafiscales -que por su naturaleza, son de destinación específica-, o excluir de los presupuestos de las entidades territoriales distintas a la Nación, dichas rentas.

La prohibición que se estudia no excluye la existencia de contribuciones parafiscales, pues la propia Carta consagra este tipo de gravámenes y cuando la norma habla de “rentas nacionales”, se refiere fundamentalmente a rentas de naturaleza tributaria.

De una parte, la Carta autoriza al Congreso para decretar contribuciones parafiscales las cuales tienen como característica esencial ser recursos de destinación específica. Y si como bien se sabe, uno de los principios fundamentales de hermenéutica jurídica es el de interpretar sistemáticamente un conjunto normativo de manera que sus disposiciones adquieran un sentido dentro del contexto y puedan ser aplicables, debe concluirse que la

prohibición a la que alude el artículo 359, no incluye a las contribuciones parafiscales, contempladas en los artículos 150-12, 179-3 y 338 de la Carta.

De otra parte, una interpretación sistemática del texto constitucional nos lleva a afirmar que la expresión “rentas nacionales de destinación específica”, se refiere exclusivamente a rentas de naturaleza tributaria o impuestos. Esto es así, por cuanto no solo el concepto rentas evoca el de impuestos, sino que también sería difícil entender cómo podrían ser aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 150-7, 210, 336 y 362 de la Carta, en cuanto se refiere a la descentralización por servicios.

Es bien sabido que el legislador otorga a algunas entidades con patrimonio autónomo ciertas funciones, en virtud de las cuales recaudan de manera sistemática y continuada, una serie de recursos que son destinados a su cumplimiento. Si tales recursos fueran entendidos como rentas nacionales, no podrían tener destinación especial, además que pasarían a formar parte del presupuesto nacional quedando así desvertebrado el principio constitucional de la descentralización por servicios.

Todo lo anterior nos permite afirmar que la prohibición del artículo 359 no incluye a las contribuciones parafiscales. Se refiere exclusivamente a las rentas fiscales. Aquellas por el contrario, no afectan el fisco, no surgen como participación o transferencias de rentas nacionales, no son impuestos y por lo tanto cuentan con un régimen jurídico especial, distinto al consagrado para los ingresos tributarios de la nación.

De otra parte, la prohibición de crear rentas de destinación específica se aplica exclusivamente a las rentas de carácter nacional que entran al presupuesto general y no a las rentas locales que engrosan los presupuestos departamentales, distritales o municipales”.
(Subrayado fuera de texto).

De lo cual resulta que cuando el ingreso no es de carácter tributario, no se considera que sea una renta nacional cuya destinación específica se encuentre prohibida.

Como lo declara el artículo 150, numeral 12, de la Constitución, las contribuciones -tomadas en su texto bajo el concepto genérico (tributos)- pueden ser de dos clases: fiscales y parafiscales. Es a las fiscales a las que alude el artículo 359 *Ibídem*.

La prohibición -que cobija al legislador, como lo recordó recientemente la Corte en la Sentencia C-136 del 4 de marzo de 1999- tiene, pues, un alcance restringido a aquellos casos en que se captan por la Nación tributos de carácter fiscal, con el único propósito de destinar su producto a ciertas finalidades señaladas de modo expreso. Se impide tal práctica para evitar que la creación de tributos, en vez de estar orientada al conjunto general de los ingresos que se manejan a través del presupuesto, tenga ya definida desde su origen la utilización que se hará de los fondos que se recauden, gravando a todos los contribuyentes con un propósito predeterminado carente de la misma generalidad, y obstruyendo las demás finalidades que el Estado pueda perseguir mediante el gasto público y la inversión de recursos presupuestales.

Por ello, cuando la ley usa la otra vía indicada por el artículo 150, numeral 12, de la Constitución, es decir, cuando crea una contribución parafiscal, que por definición está destinada a determinado sector, y por tanto, es de destinación específica a partir de su misma esencia, no señala a la globalidad como sujeto pasivo de ella sino que la hace recaer en el mismo sector que habrá de beneficiarse.

La regla constitucional que por el actor se estima violada no puede estarlo cuando la destinación específica se refiere a contribuciones parafiscales ni cuando alude a rentas nacionales de origen distinto al tributario, obtenidas por el Estado a través de mecanismos regulares y permanentes, como ocurre con los ingresos que puedan engrosar las arcas del tesoro por la vía contractual, entre otros, los que provienen de pagos a cargo de quienes son titulares de concesiones, por la explotación que hacen de bienes o recursos públicos.

El caso propuesto se ubica exactamente en la última hipótesis: los pagos que, con destino al Fondo de televisión pública, deben hacer periódicamente los concesionarios por la explotación de frecuencias en el campo de la televisión en canales de operación privada, no son un impuesto, pues carecen de la generalidad que para tal categoría tributaria resulta esencial y, además, a diferencia de los impuestos, es evidente que la obligación de pagar las cantidades periódicas previstas en la norma están vinculadas directamente con el beneficio que a los obligados otorga el Estado mediante la concesión para el uso exclusivo de canales integrantes del espectro electromagnético. Tales pagos tampoco gozan de la característica de la parafiscalidad en sentido estricto, ya que no se establece que el sector privado de las telecomunicaciones deba asumir una exacción predeterminada que haya de aplicarse al

mismo sector. Tal obligación legal en cabeza de los concesionarios es solamente una retribución económica que, por razones de interés general, el Estado exige, junto con las demás previstas en la ley, a los particulares a quienes ha otorgado facultad temporal para hacer uso del espectro electromagnético.

Los recursos correspondientes tienen, por tanto, un propósito directamente señalado por la ley: deben ingresar al Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública creado por la misma.

La Corte estima necesario transcribir el texto del artículo 17 de la Ley 182 de 1995, que define exactamente el objeto del Fondo y, por tanto, delimita la destinación de los recursos que se capten por el pago de la mencionada contraprestación:

“Artículo 17. De la promoción de la televisión pública. La Comisión Nacional de Televisión efectuará el recaudo de las sumas a que tiene derecho y llevará su contabilidad detalladamente. Una vez hecha la reserva prevista en esta Ley para absorber sus pérdidas eventuales, un porcentaje de las utilidades de cada ejercicio se depositará en un fondo denominado ‘Fondo para el Desarrollo de la Televisión’, constituido como cuenta especial en los términos del artículo 2º del Decreto 3130 de 1968, adscrito y administrado por la Comisión, el cual se invertirá prioritariamente en el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión y en la programación cultural a cargo del Estado, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio”. (Subraya la Corte).

Esta norma, cuya constitucionalidad no se controvierte en el presente proceso, concibe el Fondo como una cuenta especial interna de la Comisión de Televisión, y no como una persona jurídica, y le señala un objeto concreta y precisamente determinado que condiciona la inversión que dicho ente, al administrarlo, haga de los recursos que lo alimentan. De allí resulta, por ejemplo, que los dineros a los que se refiere la norma demandada no vayan, como lo entendía el demandante, a fortalecer “a la competencia” de los canales de operación privada, es decir, a los operadores privados concesionarios de la televisión pública, que no están comprendidos en el transcrito artículo 17 de la Ley 182 de 1995, sino exclusivamente a los operadores públicos y a la programación cultural a cargo del Estado, y únicamente con las finalidades dichas.

Ahora bien, así como el Estado se halla facultado para cobrar, en los términos que la ley señale, a los concesionarios de radiodifusión, de radiocomunicaciones o de telefonía, o de otros servicios en el ramo de las telecomunicaciones, unas determinadas sumas durante el tiempo que dure la concesión que otorga, puede hacerlo en este caso, también con base en la ley, y bajo distintas modalidades de cobro, en cuanto a la explotación de las ondas electromagnéticas para canales de operación privada, en beneficio de la televisión pública.

El argumento según el cual los operadores particulares tienen en la televisión pública su competencia, de manera que “en la medida en que se fortalezcan los operadores públicos del servicio de televisión, se debiliten los privados”, como lo dice el demandante, resulta inadmisibles para sostener la inconstitucionalidad de tales pagos, ya que no puede olvidarse que el espectro electromagnético no es de propiedad privada; y, por tanto, el asunto mal puede presentarse o entenderse en el rígido esquema de la competencia económica y la libertad de empresa, garantizadas por la Carta Política pero “dentro de los límites del bien común” (art. 333 C.P.); se trata de un bien público por cuyo uso se debe pagar al Estado, y el Estado bien puede destinar las cantidades que reciba por ese concepto al fortalecimiento de la televisión pública, que en alto grado interesa a la comunidad y que no cuenta con las fuentes de financiación de la operada por los particulares, sin que por ello vulnere la Constitución Política.

La actividad privada en el campo de la televisión no escapa a los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general (art. 1 C.P.). Tampoco está exenta del cumplimiento de la función social que a toda empresa corresponde y que, en los términos del artículo 333 de la Constitución, implica obligaciones.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE el parágrafo 2 del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, que dice:

“Los concesionarios de canales nacionales de operación privada deberán destinar el uno

punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, y será pagadero trimestralmente”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrada

Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ

Secretario General

Aclaración de voto a la Sentencia C-303/99

CONTRIBUCION PARAFISCAL-Correspondencia entre sectores (Aclaración de voto)

Aclaro mi voto en el asunto de la referencia, pues aunque, en mi calidad de nuevo ponente, he plasmado en el fallo lo acogido por la Sala, estimo, a diferencia de ella, que la norma objeto de examen, siendo exequible, lo es, no por consagrar una contraprestación a cargo de los operadores privados sino por tratarse de una verdadera contribución parafiscal. En efecto,

el porcentaje que deben pagar los operadores privados regresa al mismo sector -las telecomunicaciones, y específicamente al subsector de la televisión- No a ellos individualmente, pero sí al concreto y específico ámbito de ese servicio.

Referencia: Expediente D-2213

Aclaro mi voto en el asunto de la referencia, pues aunque, en mi calidad de nuevo ponente, he plasmado en el fallo lo acogido por la Sala, estimo, a diferencia de ella, que la norma objeto de examen, siendo exequible, lo es, no por consagrar una contraprestación a cargo de los operadores privados sino por tratarse de una verdadera contribución parafiscal.

En efecto, el porcentaje que deben pagar los operadores privados regresa al mismo sector -las telecomunicaciones, y específicamente al subsector de la televisión-. No a ellos individualmente, pero sí al concreto y específico ámbito de ese servicio.

Al respecto, me permito transcribir algunos criterios que la Corte acogió en el pasado sobre lo que constituye un “sector” frente al concepto de parafiscalidad, aunque individualmente considerados los beneficiados no sean los mismos contribuyentes:

“Pero al respecto debe la Corte resaltar que no es una característica de la parafiscalidad la de que los sujetos pasivos de la contribución sean exactamente y de manera individual quienes reciban los beneficios derivados de la reinversión de los recursos captados.

La correspondencia que exige la parafiscalidad se establece entre sectores, no entre personas, de lo cual resulta que lo esencial no es que el contribuyente individualmente considerado reciba una retribución directa y proporcional al monto de su contribución, sino que el sector que contribuye sea simultáneamente aquel que se favorece con la destinación posterior de lo recaudado”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-183 del 10 de abril de 1997. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

La tesis expuesta encaja mejor dentro del concepto de parafiscalidad en un Estado Social de Derecho.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Fecha, ut supra.

Salvamento de voto a la Sentencia C-303/99

TASA-Concepto/CONCESIONARIOS DE CANALES NACIONALES DE OPERACIÓN PRIVADA/ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Contraprestación económica para el uso por particulares (Salvamento de voto)

Sostener que el pago en cuestión es una tasa es aún más equivocado. La tasa, como bien lo ha precisado esta Corporación, es un gravamen que tiende a la recuperación del costo de un servicio público ofrecido por el Estado y sólo es exigible en el caso de que el particular decida utilizarlo. En el evento analizado, es claro que los recursos que deberán destinar los concesionarios de canales nacionales de operación privada no se encuentran condicionados a la prestación y utilización efectiva de un determinado servicio público. Tampoco es acertada la tesis que quedó consignada en la sentencia, en el sentido de que la obligación legal en cabeza de los concesionarios de canales nacionales de operación privada es una simple retribución o contraprestación económica por el uso del espectro electromagnético. Si así lo fuera, es claro para este magistrado que los concesionarios de canales nacionales de operación pública también estarían obligados a cancelarla, pues la Constitución, la ley, y la misma jurisprudencia de esta Corporación, reconocen expresamente la igualdad de derechos y deberes entre quienes acceden al uso de dicho bien. Si el primer inciso del párrafo 2° del artículo 16 de la ley 335 de 1996 no establece una contribución parafiscal, ni una tasa, ni una contraprestación por el uso del espectro, es forzoso concluir que se trata de un impuesto, que se caracteriza esencialmente porque el contribuyente está obligado a pagarlo sin recibir a cambio una retribución directa y particular por parte del Estado. Considero que su naturaleza de impuesto es indiscutible, y como aquél deberá entregarse al Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública, para que lo invierta en beneficio de los operadores públicos y de la televisión cultural a cargo del Estado, la norma que lo consagra viola el artículo 359 de la Constitución que prohíbe las rentas de destinación específica.

TELEVISION PUBLICA-Promoción (Salvamento de voto)

Si bien estoy de acuerdo con la mayoría en que el fortalecimiento de la televisión pública es un fin plausible y altamente deseable, considero que aquél no se puede alcanzar mediante mecanismos que violen la Constitución. Precisamente, esto fue lo que aconteció con la

decisión de la Corte, pues en aras de lograr el propósito aludido, no sólo violó el artículo 359 de la Carta, sino que sacrificó principios tan caros a nuestro ordenamiento como el de la igualdad y la libre competencia. a) Sobre el principio de igualdad, ya se ha insistido en que, en virtud del artículo 75 de la Constitución, no es posible establecer un trato distinto, en relación con los derechos y deberes, entre los sujetos que prestan un determinado servicio público a través del espectro electromagnético. Sin embargo, con total desconocimiento de este artículo superior, la mayoría aceptó que sólo los concesionarios de canales nacionales de operación privada, y no los operadores públicos, están obligados al pago de una supuesta retribución por el uso de este bien, con el argumento de que tal diferenciación se justifica por la prevalencia del interés general y porque la televisión pública no cuenta con las fuentes de financiación de la operada por particulares. La simple alusión al interés general no es suficiente para restringir un derecho fundamental -como lo es, en este caso, el de la igualdad-.

TELEVISION PUBLICA/TELEVISION PRIVADA (Salvamento de voto)

Argüir que la diferenciación que se consagra en la norma analizada se justifica porque la televisión pública no tiene los mismos recursos que la privada, es igualmente inane, pues ni la Constitución ni la ley hacen de este factor un motivo para establecer cargas o privilegios distintos entre los sujetos que prestan un servicio público a través del espectro electromagnético. Se pregunta este magistrado : ¿Si los concesionarios de canales nacionales de operación privada tuvieran fuentes de financiación más limitadas que los de operación pública, la Corte admitiría, por este hecho, una carga mayor para estos últimos? No entiendo cómo, para la mayoría, el derecho a la libre competencia puede ser un asunto irrelevante en el análisis de la norma en cuestión, más aún cuando en virtud de esta disposición se genera una carga para los operadores privados y se exime de ella a sus competidores directos, los operadores públicos.

Referencia: Expediente 2213

Sobre la naturaleza del gravamen y la violación del artículo 359 de la Constitución.

1. En la discusión en Sala Plena del proyecto que proponía la inexecutable del artículo referido, se expresaron diversas opiniones sobre la naturaleza del pago del 1. 5 % de la facturación bruta que deberán destinar los concesionarios de canales nacionales de

operación privada al Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública. Se dijo que era una contribución parafiscal, una tasa, una contraprestación y, por mi parte, expresé que era un impuesto de destinación específica. Finalmente, la mayoría entendió que se trataba de una contraprestación económica por el uso del espectro electromagnético, tal y como quedó consignado en la sentencia. Para explicar el porqué me aparto de la decisión vale la pena precisar lo siguiente:

a) Es claro que el pago en cuestión no es, bajo ningún supuesto, una contribución parafiscal, particularmente, porque los recursos que se recaudan no se reinvierten en beneficio de quien está obligado a cancelarlos. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 17 de la ley 182 de 1995 (que se transcribe en la sentencia), lo que se observa es que aquéllos se destinan básicamente a la televisión cultural a cargo del Estado y al fortalecimiento de los operadores públicos, y no al beneficio general de quienes prestan el servicio público de televisión, así el legislador haya enmarcado las funciones del Fondo aludido bajo los propósitos de la garantía del pluralismo informativo y la competencia.

Además, en mi opinión, como los operadores privados son competidores directos de los públicos, mal podría afirmarse que el pago que hace el uno en provecho exclusivo del otro, satisface el requisito de la destinación sectorial o grupal propio de las contribuciones parafiscales. Por el contrario, tal pago, lejos de beneficiar a los concesionarios de canales nacionales de operación privada, genera consecuencias negativas para ellos, pues no sólo implica un mayor costo en la prestación de sus servicios, sino la posibilidad de que, por este hecho, no pueda enfrentar en las mismas condiciones, dentro del marco de la libre competencia, a los operadores públicos, fortalecidos con los recursos que la norma acusada les confiere.

b) De otro lado, sostener que el pago en cuestión es una tasa es aún más equivocado. La tasa, como bien lo ha precisado esta Corporación, es un gravamen que tiende a la recuperación del costo de un servicio público ofrecido por el Estado y sólo es exigible en el caso de que el particular decida utilizarlo.¹ En el evento analizado, es claro que los recursos que deberán destinar los concesionarios de canales nacionales de operación privada no se encuentran condicionados a la prestación y utilización efectiva de un determinado servicio público.

c) Tampoco es acertada la tesis que quedó consignada en la sentencia, en el sentido de que la obligación legal en cabeza de los concesionarios de canales nacionales de operación privada es una simple retribución o contraprestación económica por el uso del espectro electromagnético. Si así lo fuera, es claro para este magistrado que los concesionarios de canales nacionales de operación pública también estarían obligados a cancelarla, pues la Constitución, la ley, y la misma jurisprudencia de esta Corporación, reconocen expresamente la igualdad de derechos y deberes entre quienes acceden al uso de dicho bien.

Así, el artículo 75 de la Carta dispone:

“El Espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantizará la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”. (Subrayas fuera de texto).

La ley 335 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” en el artículo 22 establece :

“Se entiende que es obligatorio el cumplimiento de los principios constitucionales y de los fines del servicio de televisión a los que se refiere el artículo 2° de la Ley 182 de 1995, como son entre otros la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión, el pluralismo informativo y la veracidad, imparcialidad y objetividad de la información que se difunda. Por consiguiente, tanto la Comisión Nacional como los concesionarios y operadores del servicio de televisión, observarán estrictamente dichos fines y principios, las normas contenidas en la presente ley y las demás disposiciones constitucionales y legales sobre la materia.” (Subrayas fuera de texto).

Y, por su parte, esta Corporación en la sentencia C-182 de 1998, al referirse al artículo 75 de la Constitución, señaló :

“La Corte Constitucional entiende que en la norma transcrita se consagra un derecho fundamental, que no deja de serlo por hallarse incorporado a un capítulo de la Carta Política distinto del que se destina a la enunciación de tales derechos (Cfr. Sentencia T-02 del 8 de mayo de 1992. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Ese derecho, reconocido por la Constitución no solamente a las personas naturales sino a las jurídicas -incluidas las de naturaleza pública-, no presenta un contenido que sustancialmente lo sustraiga de los elementos básicos del derecho a la igualdad. Por el contrario, hace parte de él; es una de sus especies y, en consecuencia, obedece a los fundamentos y postulados constitucionales que informan aquél -los cuales han sido extensamente analizados por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte-, de donde se infiere que, ante violaciones o amenazas a su ejercicio, cabe la acción de tutela para impetrar de los jueces inmediata y completa protección.

En torno a la igualdad de oportunidades se ha pronunciado ya la Corte en los siguientes términos:

En el fondo, la garantía constitucional que así se define y protege no consiste en nada diferente de impedir que, al iniciarse entre las personas -naturales o jurídicas- una competencia para alcanzar o conseguir algo -lo cual, en la materia objeto de revisión, se relaciona con la prestación de un servicio público mediante el acceso al espectro electromagnético-, alguno o algunos de los competidores gocen de ventajas carentes de justificación, otorgadas o auspiciadas por las autoridades respectivas con criterio de exclusividad o preferencia, o se enfrenten a obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionados en relación con los demás participantes.

Pretende la Constitución que en el punto de partida y a lo largo de la competencia, hasta su culminación, todos los competidores reciban igual trato, se les otorguen las mismas garantías e iguales derechos; se les permita el uso de los mismos instrumentos y medios de acción; se les cobije bajo las mismas normas y reglas de juego; se prevea para todos el mismo sistema de selección y calificación; se les evalúe y clasifique dentro de los mismos criterios, objetiva e imparcialmente, y se exija a todos un mismo nivel de responsabilidades. (...)”²
(Subrayado fuera de texto)

d) En este orden de ideas, si el primer inciso del párrafo 2° del artículo 16 de la ley 335 de

1996 no establece una contribución parafiscal, ni una tasa, ni una contraprestación por el uso del espectro, es forzoso concluir que se trata de un impuesto, que se caracteriza esencialmente porque el contribuyente está obligado a pagarlo sin recibir a cambio una retribución directa y particular por parte del Estado.

No obstante, la mayoría consideró que los pagos que deberán realizar los canales nacionales de operación privada al Fondo de la Televisión Pública no son un impuesto, “pues carecen de la generalidad que para tal categoría tributaria resulta esencial y, además, a diferencia de los impuestos, es evidente que la obligación de pagar las cantidades periódicas previstas en la norma están vinculadas directamente con el beneficio que a los obligados otorga el Estado mediante la concesión para el uso exclusivo de los canales integrantes del espectro electromagnético.”

Tal afirmación no es cierta, porque la generalidad del impuesto no consiste, como bien lo señaló esta Corporación, “en que todas las personas residentes en el territorio o la totalidad de los ciudadanos deban estar obligados a su pago. Su sentido cabal radica en que el tributo se establezca respecto de todos aquellos que se encuentran bajo supuestos iguales, de manera tal que los sujetos pasivos no resultan señalados de manera individual, exclusiva o singular, de acuerdo con la decisión arbitraria de un funcionario administrativo o de la propia ley, sino que adquieren ese carácter al encajar en las hipótesis genéricamente previstas en la norma.”³

En este caso el tributo es general, pues los sujetos pasivos son todos los concesionarios de canales nacionales de operación privada – un grupo distinto a los concesionarios de canales nacionales de operación pública- y no, exclusivamente, algunos en particular.

Así pues, considero que su naturaleza de impuesto es indiscutible, y como aquél deberá entregarse al Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública, para que lo invierta en beneficio de los operadores públicos y de la televisión cultural a cargo del Estado, la norma que lo consagra viola el artículo 359 de la Constitución que prohíbe las rentas de destinación específica, salvo que se trate de participaciones previstas en la Carta en favor de los departamentos, las destinadas a la inversión social, o las que, con base en leyes anteriores, la Nación haya asignado a las entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías, supuestos no contemplados en el párrafo 2° del artículo 16 de la ley 335 de

1996.

1. La violación de la igualdad y de la libre competencia.

Si bien estoy de acuerdo con la mayoría en que el fortalecimiento de la televisión pública es un fin plausible y altamente deseable, considero que aquél no se puede alcanzar mediante mecanismos que violen la Constitución. Precisamente, esto fue lo que aconteció con la decisión de la Corte, pues en aras de lograr el propósito aludido, no sólo violó el artículo 359 de la Carta, sino que sacrificó principios tan caros a nuestro ordenamiento como el de la igualdad y la libre competencia.

a) Sobre el principio de igualdad, ya se ha insistido en que, en virtud del artículo 75 de la Constitución, no es posible establecer un trato distinto, en relación con los derechos y deberes, entre los sujetos que prestan un determinado servicio público a través del espectro electromagnético. Sin embargo, con total desconocimiento de este artículo superior, la mayoría aceptó que sólo los concesionarios de canales nacionales de operación privada, y no los operadores públicos, están obligados al pago de una supuesta retribución por el uso de este bien, con el argumento de que tal diferenciación se justifica por la prevalencia del interés general y porque la televisión pública no cuenta con las fuentes de financiación de la operada por particulares.

En mi opinión, tales razones son desafortunadas por lo siguiente:

1. Esta Corporación, en repetidas ocasiones, ha señalado que la simple alusión al interés general no es suficiente para restringir un derecho fundamental -como lo es, en este caso, el de la igualdad-. Al respecto, vale la pena transcribir algunos apartes de la sentencia C- 606 de 1992. Dijo la Corte :

“[No basta ya con que el legislador argumente la necesidad de proteger al interés general para restringir el ejercicio de un derecho. El interés general es un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta, probada y razonable. Si esto no fuera así, quedaría en manos del poder público limitar el alcance de los derechos fundamentales, mediante una reglamentación tal que la regla general de libertad se convierta, de hecho en

la excepción.

En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general.⁴

Lo anterior, claro está, no quiere decir que la actividad privada escape al principio de la prevalencia del interés general, ni que aquél carezca de fuerza normativa. Por el contrario, lo expuesto significa que en aras de garantizar el interés general el legislador debe adoptar las medidas que en menor grado sacrifiquen o restrinjan derechos fundamentales. Si bien éste no es el supuesto de la norma analizada, en la misma ley 335 de 1996 se consagran mecanismos de este tipo que, por demás, ya han sido avalados por esta Corporación. Así, por ejemplo, el artículo 11 dispone :

“Los operadores privados del servicio de televisión deberán reservar el 5% del total de su programación para presentación de programas de interés público o social. Uno de estos espacios se destinará a la Defensoría del Televidente. El Defensor del Televidente será designado por cada operador del servicio de televisión”.

2. De otra parte, argüir que la diferenciación que se consagra en la norma analizada se justifica porque la televisión pública no tiene los mismos recursos que la privada, es igualmente inane, pues ni la Constitución ni la ley hacen de este factor un motivo para establecer cargas o privilegios distintos entre los sujetos que prestan un servicio público a través del espectro electromagnético. Se pregunta este magistrado : ¿Si los concesionarios de canales nacionales de operación privada tuvieran fuentes de financiación más limitadas que los de operación pública, la Corte admitiría, por este hecho, una carga mayor para estos últimos?

b) Finalmente, en la sentencia se expresa que el asunto analizado “no puede presentarse o entenderse en el rígido esquema de la competencia económica y la libertad de empresa, garantizadas por la Carta pero <<dentro de los límites del bien común>>” En mi opinión, con esta simple frase la Corte no hizo cosa distinta que omitir el análisis de tan relevante

derecho constitucional, sin tener en cuenta que los operadores públicos y privados compiten entre sí. Baste recordar a este respecto, lo consignado en la sentencia C-318 de 1994. Dijo la Corte:

“Los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente (CP art. 365). Precisamente, la concesión es el instrumento contractual más socorrido de gestión estatal indirecta de un servicio de su competencia; en su virtud el contratista se compromete, durante el término convenido, a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las condiciones estipuladas.

...

En este orden de ideas, cuando por decisión de la ley un aspecto – la gestión – de un servicio reservado al Estado se abre a los particulares, la garantía institucional de la libre competencia económica, trasunto de la igualdad en el terreno económico, cobra plena vigencia, frente a los operadores públicos y privados. De otra parte debe observarse que la intervención económica ordenada por la ley puede tener por objeto no solamente actividades privadas sino también servicios públicos y que su finalidad puede ser tanto la promoción de la productividad como el estímulo de la competitividad, en aras del mejoramiento de la calidad de la vida y de los intereses de los usuarios (CP art. 334). Los sujetos públicos no están, pues, exceptuados de la intervención estatal en la economía” (negrillas y subrayas fuera de texto)⁵

Así pues, no entiendo cómo, para la mayoría, el derecho a la libre competencia puede ser un asunto irrelevante en el análisis de la norma en cuestión, más aún cuando en virtud de esta disposición se genera una carga para los operadores privados y se exime de ella a sus competidores directos, los operadores públicos.

Fecha, ut supra.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

1 Ver, entre otras, las sentencias C-545 de 1994, C-577 de 1995 y C-116 de 1996.

2 Sentencia C-182 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Carlos Gaviria Díaz.

3 Sentencia C-430 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

4 Corte Constitucional. Sentencia C-606/92. MP Ciro Angarita Barón. Tales consideraciones, además, fueron reiteradas en la sentencia C-309 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Sentencia No. C-318 de 1994, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.