

Sentencia C-437/22

Referencia: Expediente D-14.437

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 33 (parcial) 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”

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES

A. A. Norma demandada

1. 1. A continuación, se transcribe el texto del artículo demandado con el enunciado específicamente cuestionado subrayado y en negrita:

“Ley 1978 de 2019

(julio 25)

El Congreso de Colombia

Decreta

[...]

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. 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.”

B. La demanda

2. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241.4 de la Constitución Política, el 21 de septiembre de 2021 los ciudadanos Ramiro Bejarano Guzmán,

Ana Bejarano Ricaurte, Juan Carlos Gómez Jaramillo, Juan Sebastián Gómez Castro, Antonia Umaña Pizano, Jorge Martínez de León y Juan Fernando Ujueta López presentaron demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 33 (parcial) 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.” Esto, por considerar que dicha norma resulta incompatible con el preámbulo y con los artículos 13, 20 y 75 de la Constitución Política.

3. A efectos de fundamentar su demanda, formularon los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

Primer cargo: Violación del principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución Política)

4. Los demandantes inician refiriéndose al contenido del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, y destacan la existencia de dos grupos de operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida: los establecidos y los entrantes. Afirman que, a los primeros, la norma les brinda la posibilidad de acogerse al nuevo régimen de habilitación general previsto para la provisión de redes y servicios de comunicaciones, caso en el cual les serán aplicables las reglas definidas en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. Sin embargo, a diferencia de los segundos, les impuso unas cargas económicas adicionales “sin ningún criterio de equidad.”

5. Se explica que en el régimen de habilitación general se causa una contraprestación periódica única a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, conforme a lo previsto en los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009. A dicha contraprestación económica están sometidos los agentes que entren a prestar el servicio de televisión abierta radiodifundida bajo el régimen de habilitación general.

6. Según lo antedicho, si un operador establecido se acoge al régimen de habilitación general, a juicio de los demandantes, solamente debería estar obligado al pago de la contraprestación única periódica, en la medida en que ello es lo que se exige a los demás operadores, especialmente, a los operadores entrantes del servicio de televisión abierta radiodifundida. Sin embargo, las normas demandadas lo someten a otras cargas económicas: la prevista en el párrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995 y al pago del precio de la concesión o prórroga que estaba pendiente al momento de acogerse al régimen de habilitación general. De ahí que el artículo 33 demandado prevea que solo habrá lugar al pago de la contraprestación única periódica una vez haya terminado el período de transición allí establecido.

7. Con base en lo anterior, los actores señalan que hay una diferencia de trato injustificada entre los operadores entrantes, que prestan el servicio de televisión abierta radiodifundida bajo el régimen de habilitación general y a quienes solo se les cobra la contraprestación única periódica, y los operadores establecidos, que son aquellos que ya prestaban dicho servicio, pero que, en el marco de la transición, decidieron acogerse al régimen de habilitación general, a los cuales se les hacen otros cobros adicionales.

8. Al considerar que los dos tipos de operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida son equiparables, argumentan que la diferencia de trato dispuesta en la norma demandada es incompatible con el principio de igualdad consagrado en el preámbulo y en el artículo 13 de la Constitución Política. En efecto, el someter a los operadores establecidos –a los que les aplica el régimen de transición– a cargas que no se les aplican a los nuevos operadores, constituye, a su modo de ver, una discriminación injustificada que “sitúa en el peor de los mundos a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que renuncien a su concesión y se acojan al Régimen de Habilitación General.” La demanda lo explica del siguiente modo:

“Así, en contra del principio constitucional de igualdad, ‘durante el periodo de transición’ los

operadores establecidos del servicio de televisión abierta radiodifundida que se acojan al Régimen de Habilitación General resultan sometidos a unas obligaciones económicas que no tienen los demás sujetos que están bajo dicho régimen, especialmente a las que queden sometidos los operadores entrantes del servicio de televisión abierta radiodifundida. A pesar de que las concesiones de los operadores establecidos del servicio de televisión abierta radiodifundida expiren, estos siguen sujetos a las mismas cargas económicas que tenía durante su concesión. Estas cargas económicas no las tienen los sujetos habilitados y sometidos al Régimen de Habilitación General, especialmente los operadores entrantes del servicio de televisión abierta radiodifundida.

La disposición acusada se refiere a un 'periodo de transición' que sitúa en el peor de los mundos a los operadores establecidos del servicio de televisión abierta radiodifundida que renuncien a su concesión y se acojan al Régimen de Habilitación General.

En el sistema del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, quien renuncia a su concesión y se somete al Régimen de Habilitación General queda sometido al régimen de la contraprestación periódica única. En cambio, en virtud de la norma acusada, los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que renuncien a su concesión siguen bajo el mismo régimen económico de la concesión a la que renunciaron. En aplicación del principio constitucional de igualdad los operadores establecidos del servicio de televisión abierta radiodifundida deberían estar sometidos a las mismas cargas económicas, en especial las que tienen sus competidores, esto es, los operadores entrantes del servicio de televisión abierta radiodifundida.

En virtud de las disposiciones acusadas, las obligaciones económicas a cargo de los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que renuncien a sus concesiones no son las de la contraprestación periódica única, sino las mismas a las que estaban sometidos durante la vigencia de sus concesiones, antes de renunciar a ellas y de que terminaran anticipadamente. En cambio, para los operadores entrantes del servicio de

televisión abierta radiodifundida, el régimen económico sí es el de la contraprestación única periódica.” (negrita y subraya originales)

9. Los accionantes sostienen que los dos tipos de operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida –los establecidos y los entrantes– son equiparables, para lo cual proponen los siguientes criterios de comparación: i) compiten por la misma audiencia, ii) compiten por el mismo mercado publicitario, iii) difunden sus señales a través del espectro electromagnético, iv) cualquier persona que se encuentre en el área de cubrimiento puede recibir las señales tanto de los entrantes como de los establecidos y v) operan directamente las frecuencias. Señalan que, caracterizados por los criterios anteriores se trata de dos grupos asimilables que por efecto de la norma reciben trato diferente respecto de las cargas económicas que les son impuestas. Sostienen, además que no existe justificación constitucionalmente válida para establecer la antedicha diferencia de trato.

10. A fin de demostrar esta falta de justificación, evalúan la pertinencia de aplicar un test de proporcionalidad leve o uno intermedio. Proponen a la Corte aplicar un test intermedio, y con base en este determinan que la diferencia de trato no busca un propósito constitucionalmente importante, pues en el proceso de formación de la norma no se dio cuenta de ningún propósito, menos aún, de uno de importancia constitucional, ya que la medida fue introducida por el legislador durante la etapa de conciliación del proyecto de ley; y que el medio elegido, esto es, aplicar unos cobros diferenciales, no es efectivamente conducente para lograr esa finalidad ignota. Por tanto, concluyen que el trato diferenciado no supera el test intermedio de proporcionalidad y, en consecuencia, la norma acusada debe ser declarada inexecutable.

Segundo cargo: Violación de los derechos a la libertad de expresión, a fundar medios masivos de comunicación, y al acceso equitativo al espectro electromagnético (artículos 20 y 75 de la Constitución Política, y 13 de la CADH)

11. En directa relación con lo anterior, los demandantes acusan la violación de los artículos 20 y 75 de la Constitución Política y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

12. Destacan que la norma acusada, debido a las circunstancias anotadas, afecta la libertad de expresión y, asimismo, la libertad de fundar medios masivos de comunicación, en la medida en que desconoce la igualdad en el régimen legal aplicable a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida en competencia y, por lo mismo, en el acceso al uso del espectro electromagnético, lo que, a su turno, puede llegar a afectar los estándares interamericanos sobre libertad de prensa y acceso equitativo a dicho bien público, específicamente, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. Al respecto, la demanda sostiene que:

“... el legislador debe garantizar que el acceso al espectro electromagnético y su uso se realice en condiciones de igualdad material. Así mismo, el legislador está obligado a desarrollar mandatos legales para evitar que prácticas monopolísticas y garantizar el pluralismo informativo. Todos estos deberes fueron inobservados por el legislador con la expedición de las disposiciones acusadas, pues creó un régimen económico asimétrico, desigual y anticompetitivo entre los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos y los entrantes.

De ninguna manera puede justificarse ese trato desigual bajo la errada consideración de que los operadores establecidos que se acojan al Régimen de Habilitación General tienen unas ventajas competitivas por el hecho de ser incumbentes. Tanto los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos como los entrantes, bajo el Régimen de Habilitación General, utilizan el espectro radioeléctrico y deben hacerlo bajo un régimen

jurídico común, de conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política (...)

[...]

En efecto, como se ha expuesto anteriormente, la imposición de contraprestaciones económicas a unos agentes que no tienen sus pares no guarda ninguna justificación en el acceso a la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida –que, obviamente, requiere la asignación de frecuencias por parte del Estado colombiano–. Este trato diferencial implica una violación directa de sus obligaciones internacionales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.” (negrita y subraya originales)

13. En ese orden de ideas, solicitan a la Corte que “declare la inexequibilidad del inciso segundo del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, o en subsidio declare la constitucionalidad condicionada de la misma en el sentido de ofrecer una interpretación jurídica que imponga un mandato de igualdad entre operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos que se acojan al Régimen de Habilitación General y los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida entrantes, para evitar que la misma vulnere el derecho fundamental a la igualdad, a la libertad de prensa y a los estándares interamericanos que rigen la materia.” (negrita y subraya originales)

C. Trámite procesal

14. El 1º de octubre de 2021, la demanda de la referencia fue repartida al despacho del magistrado sustanciador y, mediante Auto del 21 de octubre del mismo año, se dispuso su admisión. En dicho proveído también se decretó la práctica de pruebas, y se ordenó que, una vez éstas se recaudaran, se procedería con la comunicación del inicio del proceso, la fijación

en lista de la norma acusada, la invitación a participar del asunto a autoridades, organizaciones, universidades y expertos, y el traslado a la señora Procuradora General de la Nación para lo de su competencia.

15. El 10 de noviembre de 2021, la Secretaría General de la Corte Constitucional informó que, en cumplimiento de lo ordenado en el Auto admisorio del 21 de octubre de 2021, se recibieron dos oficios firmados por el Secretario General del Senado de la República, mediante los cuales se allegaron los antecedentes del proyecto de ley que culminó su trámite en esa corporación con la expedición de la Ley 1978 de 2019.

16. El 1º de diciembre de 2021, la Secretaría General de esta Corte informó que se recibió un oficio suscrito por el Secretario General de la Cámara de Representantes, mediante el cual se aportaron las Gacetas del Congreso que contienen los antecedentes del proyecto de ley que culminó su trámite en esa corporación con la expedición de la Ley 1978 de 2019.

17. Comoquiera que, vencido el plazo dispuesto para la práctica de las pruebas decretadas, no se recibió respuesta por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, mediante Auto del 22 de febrero de 2022, se requirió a dicha entidad para que diera cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal segundo, literal B) del Auto del 21 de octubre de 2021.

18. El 4 y 9 de marzo de 2022, la Secretaría General de esta Corte informó que, en cumplimiento de lo ordenado en el Auto del 22 de febrero de 2022, se recibieron tres oficios suscritos por el Director Jurídico del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, mediante los cuales dio respuesta al requerimiento elevado por el magistrado sustanciador, allegando la información solicitada como prueba.

19. Revisados los documentos remitidos por los Secretarios del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, y por el Director Jurídico del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por Auto del 3 de junio de 2022 se ordenó continuar con el trámite procesal del expediente D-14.437.

D. Concepto técnico e intervenciones

20. Dentro del término de fijación en lista se recibió un (1) concepto técnico y cuatro (4) intervenciones. El ciudadano Alfredo Fajardo Muriel, en su calidad de experto invitado a intervenir dentro del presente trámite, rindió concepto técnico en el que solicitó que se declarara la inexecutable del artículo 33 (parcial) de la Ley 1978 de 2019. Por su parte, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Min TIC) pidió a la Corte inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda o, en su defecto, declarar la executable de la citada disposición; el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) se pronunció en defensa de la constitucionalidad de la norma censurada; la Asociación Nacional de Medios de Comunicación (ASOMEDIOS) solicitó, como pretensión principal, declarar la inexecutable de la norma parcialmente acusada y, como pretensión subsidiaria, condicionar su executable; mientras que la Universidad Externado de Colombia planteó la inexecutable del enunciado normativo demandado, y también, solicitó a la Corte declarar la executable condicionada de otro enunciado contenido en el mismo artículo, pero que no fue objeto de la demanda que se examina.

A continuación, la Sala procede a realizar una síntesis de cada uno de estos pronunciamientos:

a. a) Concepto técnico

21. El ciudadano Alfredo Fajardo Muriel, en calidad de experto invitado a participar dentro del proceso de la referencia, rindió concepto técnico mediante el cual solicita a la Corte declarar la inexequibilidad de la norma parcialmente acusada.

22. Comienza haciendo referencia al contenido y alcance del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, y destaca que dicha norma versa sobre distintas cuestiones, a saber: i) la estabilidad de los derechos reconocidos a los operadores de televisión abierta radiodifundida; ii) el sometimiento de la televisión abierta radiodifundida existente al nuevo régimen legal; y iii) las reglas especiales para la transición del servicio de televisión abierta radiodifundida al régimen de habilitación general.

23. Sobre la primera cuestión, advierte que “[l]a primera parte del inciso primero del artículo 33 de la Ley 1978 [de 2019] es semejante al inciso primero del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, disposición que también consagró un tratamiento semejante y con alcance similar a las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones que su momento se habían otorgado para otros servicios de telecomunicaciones distintos a los de televisión, norma que la H. Corte Constitucional encontró en su momento ajustada a la Carta Política.”

24. Para el experto, “esta circunstancia pone de presente una identidad en el comportamiento legislativo y sindéresis en la política pública, con la que ahora se desarrolla en la primera parte del primer inciso del artículo 33 de la Ley 1978 [de 2019] frente a los servicios de televisión abierta radiodifundida, motivo por el cual se puede señalar que el legislador de 2019 respetó y dio trato igualitario al que se había reconocido a otros operadores de telecomunicaciones en el año 2009, en observancia de lo previsto en el artículo 5 de la Carta Política.”

25. A pesar de ello, afirma que sí existe una diferencia entre el régimen de transición previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 y aquel establecido en el inciso primero del artículo

33 de la Ley 1978 de 2019. La explicación es la siguiente:

“En efecto, mientras el legislador del 2009 reconocía que el régimen de transición tendría efecto y aplicación solo hasta el vencimiento de las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias, instante a partir del cual los operadores existentes debían someterse al nuevo régimen; el inciso primero del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019 permite que la diferencia de regímenes se extienda en el tiempo, al brindar la posibilidad de que los títulos habilitantes conferidos al amparo de la normativa anterior puedan ser renovados conforme a las normas vigentes al momento de su expedición.

Por consiguiente, la regla prevista en el régimen de transición para los servicios de televisión abierta radiodifundida de que trata el inciso primero del artículo 33 de la Ley 1978 es semejante a la prevista en el artículo 32 de la misma norma, para los servicios de televisión por suscripción y comunitaria, salvo en lo que hace a la posibilidad de que los primeros (los de televisión abierta) gocen de una protección más amplia y puedan inclusive renovar sus títulos con arreglo a las normas del régimen anterior, garantía que no se aplica a la televisión por suscripción y comunitaria.

Por consiguiente, las razones expuestas por la H. Corte Constitucional para declarar la constitucionalidad de la Ley 1341 pueden ser aplicables, al menos sobre la primera parte del inciso primero del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019.” (negrita fuera del texto original)

26. Frente a la segunda cuestión, expresa que el sometimiento inmediato al nuevo régimen de habilitación general, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, tiene las siguientes características:

“a) [Es] Voluntario, pues ocurre, se sustenta y origina en la decisión libre, expresa y espontánea de cada operador.

b) Es unilateral, por cuanto corresponde solo al libre consentimiento del administrado decidir si mantiene sus habilitaciones o renuncia a ellas para sujetarse al nuevo régimen, de manera que el Estado no interviene ni puede restringir, condicionar o impedir la decisión que adopte cada operador.

c) El sometimiento del administrado al nuevo régimen puede manifestarse en cualquier tiempo, siempre que se lleve a cabo antes del vencimiento de los títulos que detenta, de modo que la decisión no está sujeta a plazos perentorios o preclusivos.

d) La expresión de la decisión de acogimiento implica la terminación anticipada de las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones que se sujetan al nuevo régimen de habilitación general.

e) Comporta el derecho del administrado a que se le renueven los permisos para el uso de los recursos escasos, de acuerdo con los términos de su título habilitante original.

f) Vencidos las renovaciones así conferidas sobre tales recursos debe darse plena aplicación al artículo 12 de la ley.”

27. Para el experto, “el legislador garantiza que el sometimiento al nuevo régimen no

implique un tratamiento desigual, inequitativo o sustancialmente diferente en materia de recursos escasos, entre quienes deciden mantener inalterados los títulos habilitantes frente a aquellos operadores que optan por hacer tránsito anticipado al nuevo régimen de habilitación general.”

28. Sin embargo, en cuanto a la tercera cuestión, advierte que “la complementación incluida en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019 involucra el establecimiento de un régimen de transición notablemente diferente para los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que deciden someterse de manera anticipada al nuevo régimen, que trae consecuencias contradictorias, ilógicas e irreconciliables desde el punto de vista jurídico, económico e institucional (...).”

29. Lo anterior se debe a que, a su juicio, “los pagos adicionales que el legislador impone cobrar a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que se someten al nuevo régimen no tiene causa jurídica constitucional [ni] legal.”

30. Considera que es “ciertamente inexplicable que, una vez culminada la concesión, cesados por completo sus efectos, el legislador mediante la norma acusada haga extensivo en el tiempo o aplique de manera ultra activa el régimen económico anterior, para continuar exigiendo el cumplimiento de los compromisos económicos derivados de una concesión extinguida; en lugar de dar aplicación al nuevo régimen económico de habilitación general al que se somete el operador. Bajo ese entendimiento, no existiría ninguna razón o explicación para que exista un régimen de transición que permita el sometimiento anticipado al nuevo régimen, la norma legal de transición se convertiría en letra muerta y los operadores del servicio de televisión con títulos anteriores a la Ley 1978 de 2009 simplemente no tendrían motivo alguno para hacer tránsito anticipado al nuevo régimen, pues ello no traería consigo ningún efecto jurídico y económico que motive el tránsito a la nueva ley.”

31. En su opinión, “convertir o extender en el tiempo el pago de una concesión terminada significaría que se está en presencia de una carga tributaria de carácter inconstitucional, por vulnerar los principios de legalidad, igualdad y solidaridad contributiva.”

32. De igual manera, precisa que dentro de la categoría del servicio público de televisión abierta radiodifundida de operación privada existen tres tipos de regímenes: i) el régimen aplicable a los nuevos operadores, que está gobernado únicamente por las previsiones de la Ley 1978 de 2019; ii) el régimen aplicable a los operadores que deciden no someterse al nuevo régimen y, por lo mismo, mantienen sus concesiones sujetas al régimen anterior, así como sus renovaciones; y iii) el régimen aplicable a los operadores que sí deciden acogerse de manera anticipada al nuevo régimen de habilitación general. Destaca que, en cada uno de estos posibles escenarios, tanto la prestación como la explotación económica del servicio de televisión abierta radiodifundida estaría sujeta a reglas distintas que crearían “mejores condiciones de competitividad para los nuevos operadores del servicio de televisión abierta que surjan en el mercado, mientras que perpetua en el tiempo las antiguas condiciones económicas que se continuarían aplicando a los operadores existentes hagan o no tránsito al nuevo régimen, quienes no reciben un trato siquiera similar al que tendrían los nuevos operadores de televisión.”

33. Desde esa perspectiva, entiende que “[c]rear por vía legal condiciones económicas más favorables para ciertos operadores en menoscabo de otros que ofrecen un mismo servicio, no solo riñe con el principio constitucional de la igualdad y no discriminación, también atenta y desborda los fines sociales del Estado, vulnera la libertad económica reconocida en la norma constitucional y lo más grave, impide o afecta la prestación continua y eficiente de los servicios públicos.”

34. Agrega que, “si alguna medida legislativa habría que adoptar en un régimen de transición, ella debería estar dirigida a proteger, promover y permitir que los servicios de televisión existentes no se pierdan, desaparezcan o simplemente hacerles imposible competir frente a los nuevos desarrollos tecnológicos que puedan existir en el futuro, los cuales, dicho sea de paso, no son gratuitos para los usuarios y por el mismo motivo, no

tienen el mismo grado de universalidad que tiene y ofrece la televisión abierta.”

35. Insiste en que “la norma acusada fija, extiende y perpetua a quienes deciden sujetarse al régimen de transición las cargas económicas impuestas en el antiguo régimen para la televisión, haciendo más onerosa la prestación y operación de los antiguos operadores en comparación con las condiciones aplicables a los nuevos operadores del servicio, así como a las dispuestas para las nuevas plataformas de contenidos que ya existen en el mercado.”

36. El experto finaliza su intervención advirtiéndole sobre las implicaciones de la declaratoria de inexecutable solicitada. Plantea que “[a]ceptar las pretensiones de los actores seguramente contribuiría a la conformación de un régimen jurídico más equilibrado y uniforme para todos los operadores de telecomunicaciones existentes y los que lleguen en el futuro, eliminaría algunas de las diferencias artificiales y la discriminación perniciosa entre las diferentes modalidades de servicios de televisión y, a su vez, contribuiría decididamente en el fortalecimiento de los servicios [de] televisión abierta radiodifundida, tanto de operación pública como privada.”

37. Para tal efecto, hace un ejercicio comparativo entre la organización de las cargas económicas existentes en materia de televisión y las que resultarían de una decisión que acogiese las pretensiones de la demanda, las cuales ilustra de la siguiente manera:

Cargas económicas existentes

Cargas económicas futuras

38. De acuerdo con el anterior resumen esquemático, el experto asegura que los efectos económicos de la inexequibilidad solicitada a la Corte Constitucional tendría las siguientes implicaciones positivas:

“1) Que los servicios de televisión abierta de operación pública sigan manteniendo inalterado su régimen económico especial, en cuya virtud están exentos del pago de todo tipo de cargas económicas.

2) Los nuevos operadores del servicio de televisión abierta de operación privada, los operadores del servicio de televisión por suscripción, los operadores de televisión abierta existentes que se acojan anticipadamente al nuevo régimen de habilitación general y los operadores de los demás servicios de telecomunicaciones quedarían sometidos a un régimen uniforme de contraprestaciones en cuya virtud, todos ellos pagarían por la explotación del servicio un porcentaje único sobre sus ingresos brutos, sin perjuicio del reconocimiento y pago de las cargas por el uso del espectro radioeléctrico, cuando a ello hubiere lugar.

3) A los operadores existentes del servicio de televisión abierta de operación privada que decidan mantener sus concesiones, habilitaciones, autorizaciones y permisos vigentes se les aplicaría, como es natural, el régimen económico anterior hasta el vencimiento de la renovación de sus títulos, régimen económico que sería distinto del general aplicable a los demás operadores de telecomunicaciones y de televisión.

4) A los operadores del servicio de radiodifusión sonora se les continuaría aplicando el

régimen económico especial previsto para este servicio que, no fue objeto de modificación en la Ley 1978, comporta el pago de la concesión y del uso del espectro, con independencia de los ingresos que se perciban por la explotación del servicio.”

39. Así las cosas, concluye su intervención previniendo que una decisión favorable a las pretensiones de los demandantes derivaría “en un esquema más igualitario y competitivo al que existe actualmente en el sector; eliminaría las diferencias entre el régimen económico aplicable tantos a los nuevos como a los demás operadores de telecomunicaciones frente a las reglas disímiles aplicables hoy a los operadores de televisión abierta radiodifundida privados que deciden voluntariamente someterse de manera anticipada al nuevo régimen legal; eliminaría el trato discriminatorio e injustificado que existe actualmente entre operadores de un mismo servicio cuando están sujetos a un mismo régimen jurídico; favorecería la leal y libre competencia entre los diversos operadores; haría más económica y eficiente la explotación del servicio de televisión abierta radiodifundida, todo lo cual iría en beneficio directo de los usuarios del servicio público.”

b) Intervención con solicitud de inhibición y, en subsidio, de exequibilidad

i. i) Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Min TIC)/Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

40. Humberto Antonio Sierra Porto, obrando como apoderado especial del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Min TIC) interviene en el proceso de la referencia con el fin de defender la constitucionalidad de la norma parcialmente acusada. Para ello, propone que la Corte se inhiba de emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda o, en su lugar, que declare la exequibilidad de los enunciados

normativos demandados.

41. En primer lugar, y a manera de consideraciones preliminares, comienza con una breve descripción del proceso de formación del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, para concluir que “no es cierto lo que sostienen los demandantes, esto es, que la Comisión de Conciliación introdujo de forma precipitada e inconsulta un texto que difería sustancialmente del que fue adoptado durante el trámite legislativo por el Senado y por la Cámara de Representantes. Por el contrario, las plenarias de ambas cámaras adoptaron un texto idéntico que por lo tanto no tuvo que ser conciliado y que corresponde a la redacción final del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019.”

42. A partir de esta premisa, plantea que la demanda es inepta por tres razones: en primer lugar, porque no cumple con los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional para que la Corte pueda emitir un pronunciamiento de fondo; en segundo lugar, porque los demandantes no explican los motivos por los cuales las disposiciones acusadas configuran un trato diferenciado más favorable para los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida entrantes; y en tercer lugar, porque no integraron la unidad normativa con otras disposiciones que guardan estrecha conexidad con el enunciado normativo demandado.

43. Sobre la primera de las razones expuestas, la autoridad interviniente sostiene que “los demandantes construyen sus argumentos a partir de una premisa falsa, esto es, que el trato diferenciado es injustificado porque fue introducido por el legislador durante la conciliación del proyecto de ley, sin que fuera objeto de aprobación por parte de las plenarias de las Cámaras.” En su criterio, “[e]sta afirmación no corresponde a lo que realmente ocurrió durante el trámite legislativo de la disposición demandada, pues (...) el régimen de transición hizo parte del contenido del proyecto de ley que no fue objeto de conciliación precisamente porque fue aprobado de manera idéntica por la plenaria del Senado y de la Cámara de Representantes.”

44. Destaca que la demanda “propone un juicio de igualdad respecto de dos sujetos que no

son comparables, pues (...) los sujetos que se pueden acoger al régimen de transición tenían un contrato de concesión previo con el Estado, mientras que los nuevos sujetos no tienen esta condición fáctica inicial. Además, el demandante propone un juicio de igualdad de naturaleza meramente hipotética, pues no hay OTA ‘establecidos’ y OTA ‘entrantes’. Realmente sólo existen OTA que se acogieron al régimen de transición, pues en la actualidad los únicos operadores existentes del régimen de televisión abierta radiodifundida son aquellos que venían prestando este servicio en virtud de una concesión y que decidieron acogerse al régimen de transición.”

45. Esto, a su juicio, “conduce a que se lleve a cabo un juicio de igualdad meramente hipotético, pues uno de los sujetos que recibiría el supuesto trato desigual no existe, lo que a su vez tiene como consecuencia que las supuestas afectaciones a la libertad de expresión tampoco se configuren, porque los operadores que se acogieron al régimen de transición siguen ejerciendo este derecho, y no hay operadores nuevos que ejerzan este derecho en una situación supuestamente privilegiada.” Considera, además, que “la demanda realmente tiene una estricta finalidad económica, cual es evitar que los operadores que venían prestando el servicio público de televisión abierta radiodifundida paguen las contraprestaciones adeudadas al Estado Colombiano en virtud de los contratos de concesión previamente celebrados.”

46. En cuanto a la segunda razón, advierte que “[l]os demandantes no incluyeron en su demanda argumentos dirigidos a demostrar por qué el pago de la contraprestación única supone un régimen más favorable que el pago de las sumas establecidas en el artículo 33 demandado.” Asegura que aquellos “se limitan a inferir que el valor de la contraprestación periódica única es inferior a la sumatoria de lo establecido en el párrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, y 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, sin aportar ningún razonamiento, ni ningún argumento de carácter técnico que sustente tal extremo.”

47. Para la autoridad interviniente, “nuevamente se trata de un juicio de igualdad hipotético porque se basa en la comparación de dos montos que los demandantes no suministran ni ponen a disposición de la Corte. El juez constitucional de forma oficiosa debería hacer los respectivos cálculos para determinar cuál suma es mayor y si en efecto hay un trato desfavorable que perjudica a los OTA “establecidos”.

48. En lo que concierne a la falta de integración de la unidad normativa, manifiesta que los actores no cuestionaron la constitucionalidad del parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, así como tampoco los contenidos normativos de los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009. A su modo de ver, “[e]stas disposiciones hacen alusión al régimen de transición en materia del servicio de televisión abierta radiodifundida y por lo tanto debían ser incluidas en la demanda de inconstitucionalidad.”

49. Luego de estas consideraciones, el Min TIC hace una breve descripción del servicio público de televisión abierta radiodifundida, así como de su regulación, y aclara que “la declaratoria de inconstitucionalidad de los preceptos demandados sólo tiene efectos en relación con dos operadores del servicio público de televisión abierta radiodifundida que son canales privados nacionales, Caracol Televisión y RCN Televisión.” Lo anterior, por cuanto “[e]stos operadores celebraron contratos de concesión con la Comisión Nacional de Televisión el año 1997, en virtud de los cuales se les otorgó el derecho a operar canales nacionales de televisión, de operación privada y de cubrimiento nacional. Al momento de suscribir los respectivos contratos de concesión los concesionarios se obligaron a pagar, además del precio pactado por la concesión, la suma establecida en el parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, correspondiente al 1.5% de la facturación bruta anual para el Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública.”

50. Informa que dichos contratos “fueron prorrogados por diez años en el 2009, y nuevamente en el 2018 mediante otrosí suscritos entre la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y los operadores. Para determinar el valor del precio de la prórroga de la Concesión la

ANTV celebró un convenio administrativo con la Universidad Nacional de Colombia, con el objeto de determinar la valoración económica para las prórrogas de los contratos de concesión. Con base en dichos estudios la Junta Nacional de Televisión fijó el valor de la prórroga de los contratos de concesión. Dicho valor (el de la prórroga de la concesión) ascendió a la suma de ciento veintiocho mil setenta y seis millones de pesos (\$128.076.000.000), para cada uno de los concesionarios y así fue pactado en el respectivo otrosí.”

51. Explica que, “[u]na vez entró en vigor la Ley 1978 de 2019, Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., solicitaron respectivamente acogerse al régimen de habilitación general, por medio de radicados No. 191050650 y 191050648 del 10 de octubre de 2019, dirigidos al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta solicitud fue atendida, y mediante la Resolución 002765 de 11 de octubre de 2019 se terminó de forma anticipada el contrato de concesión de RCN Televisión S.A. y se renovó el permiso para el uso y explotación del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida hasta el año 2029. Igualmente, mediante la Resolución 002766 de la misma fecha, se terminó de forma anticipada el contrato de concesión de Caracol Televisión S.A. y se renovó el permiso para el uso y explotación del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida hasta el año 2029. En el numeral 6 de las respectivas resoluciones se señaló que en aplicación del artículo 33 de la Ley 1978 del 2019, el precio de la prórroga que se encuentra pendiente por pagar a la fecha de expedición de los actos administrativos debe pagarse en nueve (9) cuotas anuales pagaderas el 11 de octubre de cada año a partir del 2020 y el valor de cada cuota será ajustado, anualmente, en el mismo porcentaje de variación anual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior.”

52. De esta manera, afirma que “desde la entrada en vigor de la Ley 1978 de 2019 no han sido autorizados nuevos operadores para prestar el servicio de televisión abierta radiodifundida” y, además, que “las dificultades que tuvo el proceso de licitación de un tercer canal de televisión demostró que es poco probable que entren nuevos operadores a prestar

dicho servicio.” Sobre dicho proceso de licitación revela lo siguiente:

“... en el año 2006 la CNTV contrató la elaboración de estudios para valorar la prórroga de las concesiones otorgadas para la operación comercial de los dos canales nacionales abiertos y la viabilidad del ingreso de nuevos operadores. Posteriormente, la entidad expidió la resolución n.º 2009-380-001210-4 para abrir la licitación pública n.º 001 de 2009, con el objeto de adjudicar ‘el Contrato de Concesión para la Operación y Explotación del Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional No. 3’.

Provistas las audiencias con el fin de asignar los riesgos y aclarar el pliego de condiciones y, después de modificados este último y el cronograma de la adjudicación, la CNTV revocó el acto de apertura, aduciendo la recomendación que en ese sentido le formuló la Procuraduría General de la Nación. Después de modificar el pliego de condiciones para atender los requerimientos de los órganos de control, la CNTV expidió las resoluciones n.º 481-4 y 760-4 del 7 de mayo y del 2 de agosto de 2010 para abrir y finalmente suspender la Licitación Pública n.º 002, fundada esta última decisión en i) la ausencia de pluralidad de oferentes a la fecha del cierre del proceso y ii) la medida dispuesta por el Consejo de Estado en el marco de la acción de nulidad formulada en contra de las normas rectoras del proceso licitatorio. Una de las razones por las cuales el proceso fracasó fue porque solo se presentó un proponente y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado consideró abiertamente contrarias a la Ley 182 de 1995 las disposiciones del pliego de condiciones, relativas a la adjudicación con un único proponente.”

53. Así las cosas, reitera que es poco probable que entren nuevos operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida, al menos en la modalidad que lo prestan los agentes actuales, y que “debido a la multiplicidad de regímenes jurídicos del servicio público de televisión, para que pueda alegarse una violación del principio de igualdad deben ser operadores que se encuentren en una situación fáctica similar a RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A. es decir, debe tratarse de canales de televisión: i) Privados, ii) Con

ánimo de lucro, iii) Que emiten televisión comercial y iv) Prestan el servicio a nivel nacional.” En criterio de la autoridad interviniente “[n]ingún otro operador reúne actualmente estas características, razón por la cual los dos operadores mencionados son los únicos sujetos que están en una situación comparable.”

54. No obstante, refiere que “si en gracia de discusión se aceptara que un tercer operador “futuro” o “hipotético” privado, va a entrar a prestar el servicio de televisión abierta radiodifundida a nivel nacional, la diferencia de trato consistiría en el precio que deben pagar por el uso del espectro, pues mientras el hipotético nuevo operador sólo tendría que pagar el valor de la contraprestación única, los operadores actuales están sujetos a pagar (i) lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, ii) 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.”

55. Siendo así, considera que lo que correspondería en este caso es aplicar un “juicio leve de igualdad”, en la medida en que “no resultan afectados derechos fundamentales, sino eventualmente los intereses económicos de dos empresas privadas que supuestamente estarían pagando un mayor valor por el uso y explotación de las frecuencias que actualmente detentan.” Dicho en otros términos, “no se está en presencia de una medida de acción afirmativa, ni están siendo afectados derechos constitucionales o la libre competencia -pues como se ha explicado con detalle los dos operadores actuales carecen de competencia-, ni se trata de una medida legislativa relacionada con el diseño legal de procesos judiciales.”

56. Por otro lado, repara en que “la disposición demandada no constituye un obstáculo desproporcionado para el ejercicio de la libertad de expresión y de información pues supone el mantenimiento de las condiciones que fueron pactadas entre los dos operadores y el Estado antes de la entrada en vigor de la ley 1978 de 2019.” Considera necesario valorar que “los operadores pudieron conservar el uso de las frecuencias que les habían sido asignadas desde 1997 en virtud del contrato de concesión, no fueron sometidos a un nuevo proceso de

licitación, ni tuvieron que pagar sumas diferentes a las que ya habían sido previamente pactadas, y en la actualidad tampoco enfrentan la competencia de nuevos operadores que gocen de condiciones más favorables.”

57. Finalmente, la autoridad interviniente hace una breve exposición del precedente constitucional sobre los regímenes de transición en materia de uso del espectro radioeléctrico, y concluye que, tal y como se indicó en la Sentencia C-410 de 2010, “previsiones de esta naturaleza no son violatorias del principio de igualdad ni de la libre competencia porque no suponen un tratamiento distinto a situaciones iguales, pues precisamente los antiguos proveedores son sujetos que tiene una situación fáctica y jurídica distinta, en la medida que tenían concesiones vigentes, los cuales no pueden ser comparados con quienes entren a prestar el servicio en el futuro, bajo un régimen normativo distinto.”

c) Intervención con petición de exequibilidad

i. i) Departamento Administrativo de la Función Pública

58. El Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de su Director Jurídico, solicita la declaratoria de exequibilidad del enunciado normativo demandado. Además propone razones para sostener que los cargos admitidos carecen de aptitud sustantiva toda vez que “si bien hay un despliegue de la demanda, en ella no se expresan las razones por las cuales se considera que la disposición acusada es contraria a la Carta Política, es decir, que se desarrolla un enunciativo (sic) normativo, mas (sic) sin embargo no se concretan de manera razonable los cargos formulados, citando al mismo tiempo algunas sentencias de la Corte Constitucional a fines (sic) a las normas vulneradas”.

59. Inicia su intervención recordando que “los OTA establecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1978 de 2019 tienen la obligación contractual de honrar las obligaciones

adquiridas con el Estado colombiano, y que desconocer las mismas implicaría una clara afrenta contra el patrimonio público, lo cual por sí mismo justifica que el régimen de transición prevea el pago de la contraprestación pactada en el contrato de concesión o su prórroga hasta por el plazo acordado.”

61. Con apoyo en la exposición de motivos del proyecto de ley que culminó su trámite con la expedición de la norma acusada, afirma que “la introducción de una contraprestación diferencial para los OTA no obedece al capricho del legislador, si no, se insiste, en que es resultado de un análisis del sector y de la necesidad de fomentar una mayor participación de nuevos actores en la prestación del servicio de televisión abierta que tenga como consecuencia el mejoramiento en la calidad del producto final.”

62. Por lo tanto, considera que “los cargos formulados por el accionante en este sentido devienen infundados en cuanto carecen de razones ciertas y específicas, es decir, que los hechos en que se funda la inconstitucionalidad no obedecen al principio de razonabilidad, o lógica de lo razonable, dado que no hay ningún contraste de cara a la normativa constitucional invocada, por tanto, se considera que la demanda formulada adolece de una clara argumentación que le permita a la Corte razonar adecuadamente el juicio de inconstitucionalidad planteado.”

63. De esta manera, concluye señalando que “no se ha violado en sentido alguno el principio constitucional de igualdad con la expedición de la norma demandada y que esta se ajusta al ordenamiento constitucional.” Dado que, a juicio de la autoridad interviniente, los demás cargos de la demanda “no son sino accesorios al cargo primero”, estima que “tampoco tienen vocación de prosperidad por las mismas razones ya expuestas.”

d) Intervenciones con petición de inexecutableidad y, en subsidio, de executableidad condicionada

i. i) Asociación Nacional de Medios de Comunicación (ASOMEDIOS)

64. La Asociación Nacional de Medios de Comunicación (ASOMEDIOS), por conducto de su Presidente Ejecutivo, interviene en el presente trámite con el objeto de apoyar los fundamentos de la demanda de inexecutableidad y solicitarle a la Corte declarar la inexecutableidad de la disposición acusada o, en su defecto, “condicionar su interpretación a un criterio de igualdad entre operadores”.

65. Antes de presentar sus argumentos, aclara que “Asomeditos agremia a diferentes medios de comunicación, incluyendo concesionarios y/u operadores del servicio de televisión abierta privados, a saber: Caracol Televisión S.A., RCN Televisión S.A. y CEETV S.A. Por lo anterior, la presente demanda de inexecutableidad reviste gran importancia para este gremio y para el desarrollo de los medios de comunicación, en especial del servicio público de la televisión en Colombia.”

66. Hecha la anterior aclaración, informa que ASOMEDIOS está de acuerdo con el desarrollo de un juicio integrado de igualdad intermedio, pues, a su modo de ver, éste revela que:

“1. Los supuestos de hecho son comparables porque los operadores actuales y los entrantes prestan el mismo servicio público, en la modalidad de televisión abierta, y compiten por el mismo mercado (audiencia y publicidad).

2. En efecto existe un trato desigual entre iguales, pues los operadores del servicio de televisión incumbentes que se acojan al régimen de habilitación general no son tratados por la Ley con igualdad frente a los operadores del servicio de televisión abierta entrantes, ya que los regímenes de contraprestación aplicables son distintos. De hecho, los operadores entrantes son privilegiados por la Ley en tanto la contraprestación que deben pagar al estado por prestar el mismo servicio es mucho menor a la que deben pagar los operadores incumbentes que se acojan al régimen de transición, como se hace evidente al revisar los oficios remitidos por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que obran en el expediente.

Mientras los operadores del servicio de televisión abierto establecidos que se acojan al régimen de transición pagar al Estado por concepto de contraprestación el 1.5% de la facturación bruta anual vencida que tenga origen o relación con la operación del servicio habilitado, más el precio de la concesión o de su prórroga; los operadores del servicio de televisión abierta entrantes solo pagarán el 1.9% sobre los ingresos brutos causados por la provisión del servicio de televisión, incluyendo los ingresos por concepto de pauta publicitaria y terminales.

3. El trato diferencial al que ya se hizo referencia no se encuentra justificado en la consecución de un propósito constitucionalmente importante. Al momento de expedir la Ley no se argumentaron fines o propósitos específicos relacionados con la aprobación del artículo 33, específicamente en lo que tiene que ver con la generación de reglas diferentes en pagos de contraprestación entre operadores que prestan el mismo servicio.

4. Dado que el trato diferenciado no está justificado, no es posible determinar si este conduce al logro de la finalidad planteada. En todo caso, en la realidad, esta diferencia de regímenes económicos no tiene efectos positivos en la prestación del servicio de televisión abierta ni el derecho a la libertad de información. Por el contrario, tiene efectos negativos en el ejercicio de la libertad de información como se verá más adelante.”

67. Adicionalmente, resalta que la “circunstancia de que los establecidos -antes de acogerse al régimen general- hubieren ejecutado un contrato de concesión no desvirtúa la realidad de que los entrantes son su competencia directa. Mucho menos justifica que los establecidos bajo el nuevo régimen estén sometidos a un esquema de contraprestaciones más gravoso que tendrán los entrantes. Estos únicamente estarán sometidos a la contraprestación prevista en los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009. En contraste -como quedó planteado- los establecidos deberán pagar (i) la contraprestación prevista en el parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, y (ii) 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.”

68. De esta manera, afirma que “el vicio de constitucionalidad se configura, precisamente, en que el régimen de transición de quienes ‘ya tenían un contrato’ -y se acogen al régimen de habilitación general- es más gravoso. Haber tenido un contrato no les significa ninguna ventaja que resuelva el reparo de inconstitucionalidad que se plantea en la demanda. Por el contrario, es una desventaja, pues, los deja con la carga económica de seguir asumiendo el precio de la concesión pendiente de pago cuando ya el contrato de concesión está terminado. Esta carga no la asumen ‘los nuevos’ que serán sus competidores directos en el mercado.”

69. Por otro parte, manifiesta que comparte el argumento de los demandantes, en sentido de que la norma enjuiciada quebranta, asimismo, los artículos 20 y 75 de la Constitución Política. Al respecto, expresa lo siguiente:

“Vale la pena aclarar que de acuerdo con la Ley 1978 de 2019 la habilitación general para prestar el servicio público de televisión en la modalidad abierta no implica inmediatamente la autorización a usar el espectro electromagnético. Sin embargo, la habilitación general, o

concesión para quienes quieran permanecer en dicho régimen, es un requisito necesario para prestar el servicio y por lo tanto para acceder al espectro. Si bien se trata de procesos diferentes, están estrechamente ligados y el servicio no es posible prestarlo sin los dos.

Por lo tanto, al existir un régimen económico asimétrico, desigual y anticompetitivo asociado a la habilitación general entre operadores del servicio de televisión abierta establecidos y los entrantes, como ya se explicó, se vulnera la garantía de tener acceso en términos de igualdad al espectro electromagnético y consecuentemente se afecta negativamente las posibilidades de mantener o sostener un medio masivo de comunicación, como es la televisión abierta, pues se crea un entorno anticompetitivo.

Tanto Asomédios como los accionantes reconocemos que el Estado tiene facultades de intervención sobre el espectro electromagnético y en ese sentido su acceso puede ser limitado, sin embargo, en el presente caso la limitación que impone el artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, y que se materializa con la creación de un régimen económico asimétrico y desigual, no está amparada en un fin constitucional, no facilita la prestación del servicio público de televisión o algún otro, y aún menos garantiza su acceso en condiciones iguales.”

70. Por último, considera que por las razones ya expresadas se vulnera, igualmente, “el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el cual establece que no se puede restringir el derecho de expresión por vías indirectas, como por ejemplo el abuso de controles oficiales o particulares de frecuencias radioeléctricas; así como el artículo 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, el cual señala la garantía de las asignaciones de radio y televisión con igualdad de oportunidades.”

) Universidad Externado de Colombia

71. La Universidad Externado de Colombia, por intermedio del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones, le propone a la Corte dos soluciones conjuntas: por una parte, declarar la exequibilidad condicionada del enunciado normativo: “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”, que no fue demandado en esta oportunidad; y, por otra, declarar la inexequibilidad del apartado expresamente demandado por los actores (supra, párr. 1).

73. Sin embargo, cuestiona que “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.”

74. Para la interviniente, “... 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.”

75. Por esta razón, estima pertinente traer a colación algunas consideraciones expuestas por el académico Edgar González (2021) en una obra colectiva publicada por el Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones, que resume del siguiente modo:

“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.’”

76. Con fundamento en estas reflexiones, la interviniente sugiere condicionar la exequibilidad del siguiente apartado: “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”, contenido en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, pero que no fue objeto de la presente demanda. Esto, “[e]n 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.”

77. Por último, solicita la inexequibilidad de la disposición expresamente acusada, por cuanto considera que se opone al objeto de la ley y a los principios orientadores que la rigen. Advierte 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 digital.”

E. Concepto del Ministerio Público

78. La señora Procuradora General de la Nación, en Concepto número 7091 del 21 de julio de 2022, le solicita a la Corte declarar la exequibilidad del artículo 33 (parcial) de la Ley 1978 de 2019.

79. Considera que la demanda “no está llamada a prosperar, en tanto que el aparte acusado supera las exigencias de un juicio leve de igualdad, aplicable en esta oportunidad debido al amplio margen de configuración del legislador para regular el uso del espectro electromagnético y el servicio público de televisión (...).”

80. Luego de explicar la forma como se ha ampliado el esquema de habilitación general a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida, a partir de las previsiones contenidas en la Leyes 1341 de 2009 y 1978 de 2019, advierte que “la norma acusada busca respetar el título habilitante obtenido bajo el régimen anterior, con lo cual garantiza la protección de situaciones jurídicamente consolidadas sin cambiar intempestivamente las condiciones bajo las cuales los operadores de servicio de televisión abierta radiodifundida adquirieron su habilitación. Ciertamente, se les permite continuar con la prestación del servicio al amparo de las condiciones pactadas inicialmente en la licencia o concesión correspondiente, durante un tiempo limitado, para luego hacer transición al nuevo régimen.”

81. Dicho lo anterior, procede a aplicar los parámetros del juicio integrado de igualdad de intensidad leve desarrollados en la jurisprudencia constitucional. Esto, por cuanto no aprecia, prima facie, la amenaza del derecho fundamental en controversia, y considera que el legislador goza de un amplio margen de libertad para regular el servicio público de televisión en los términos de los artículos 75 y 77 de la Constitución Política. Conforme a ello,

determina que:

“(i) Con respecto a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, no es posible fijar un parámetro de comparación, pues la misma ley le ha venido dando un tratamiento diferenciado al servicio de televisión abierta radiodifundida en razón de su especialidad. Tan es así, que dicho servicio siempre se ha regido por normas específicas, como las Leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y 680 de 2001, y el régimen de habilitación general hasta ahora ha sido ampliado a los proveedores del servicio de televisión abierta radiodifundida.

En ese sentido, para la Procuraduría es claro que la norma otorga un trato desigual a sujetos en situación diferenciada, lo cual en definitiva no riñe con el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, cuyo propósito principal es asegurar igual trato a situaciones idénticas y diferenciado a circunstancias no asimilables.

(ii) En relación con los operadores entrantes del servicio de televisión abierta radiodifundida, tampoco existe un *tertium comparationis* que los asimile con los operadores establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1978 de 2019 en punto de acceso al régimen de habilitación general.

En efecto, se trata de operadores en situaciones de hecho distintas, pues mientras los primeros no han adquirido ningún compromiso legal previo para la provisión del servicio de televisión abierta radiodifundida, los segundos vienen de un régimen especial de concesiones, licencias, permisos y autorizaciones que los hace merecedores de un régimen de transición, en virtud del cual se busca proteger situaciones jurídicamente consolidadas.”

82. De esta manera, entiende que, “dado que la norma otorga un trato desigual a sujetos en

situaciones de hecho diferentes (...) no hay motivos de peso que permitan inferir la inconstitucionalidad de la norma demandada.” Sin embargo, señala que “en caso de considerarse que entre algunos de los sujetos mencionados sí existe un parámetro de comparación que obliga al legislador a tratarlos igual, debe tenerse en cuenta que la norma supera el juicio de igualdad”, por las siguientes razones:

“(a) Con el establecimiento de un régimen de transición para los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida se busca garantizar la protección de situaciones jurídicamente consolidadas, es decir, una finalidad que no está constitucionalmente prohibida y que, de hecho, garantiza la libre competencia entre los operadores existentes del servicio de televisión abierta radiodifundida, a los cuales no se les cambian intempestivamente las condiciones bajo las cuales adquirieron el título habilitante; y

(b) La medida es adecuada para alcanzar dicha finalidad, pues, en virtud del régimen de transición, a los operadores existentes del servicio de televisión abierta radiodifundida se les permite, durante un tiempo limitado, continuar con la prestación del servicio habilitado bajo las referidas condiciones, para luego hacer la transición al nuevo régimen.”

83. Sobre esa base, el Ministerio Público concluye que “la inclusión de tarifas diferenciales para los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida, en función de su pertenencia al régimen de transición o al modelo general, no resulta una medida contraria al principio constitucional de igualdad.” Aunque estima que por la intensidad del escrutinio no cabe realizar un examen de proporcionalidad, resalta que, en todo caso, “la norma no incorpora un tratamiento desproporcionado per se para los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida, quienes a fin de cuentas tienen libertad de elegir si se acogen al régimen de habilitación general o si permanecen en el modelo anterior, hasta por el término o prórroga de las licencias y permisos respectivos.”

84. A continuación, se presenta un cuadro con el resumen del sentido de las intervenciones recibidas y del concepto del Ministerio Público:

Interviniente

Solicitud

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Min TIC)

Inhibición y, en subsidio, exequibilidad

Departamento Administrativo de la Función Pública

Exequibilidad

Ministerio Público

Alfredo Fajardo Muriel

Inexequibilidad

Universidad Externado de Colombia

Asociación Nacional de Medio de Comunicación (ASOMEDIOS)

Inexequibilidad y, en subsidio, exequibilidad condicionada

. CONSIDERACIONES

A. A. Competencia

85. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, la Corte es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

B. Cuestiones previas

86. Antes de entrar a resolver el fondo del asunto, es necesario dilucidar dos cuestiones previas. Con la primera, la Corte definirá si la demanda es apta sustancialmente, pues uno de los intervinientes en este proceso plantea, como pretensión principal, que se profiera un fallo inhibitorio. Y, con la segunda, se buscará establecer si es necesario integrar la unidad normativa con otras disposiciones legales que no fueron consideradas por los demandantes, según lo advierte el mismo interviniente.

a. a) Sobre la aptitud sustantiva de la demanda

87. El apoderado especial del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones formula, como petición principal, que la Corte se inhiba de emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

88. En su opinión, la demanda es inepta por cuanto: i) no cumple con los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional para que la Corte pueda emitir un pronunciamiento de fondo en particular porque el cargo parte de la premisa de que la disposición acusada no fue debidamente discutida, de lo cual se sigue, en opinión de los demandantes, que no hay razones para su adopción; y porque, ii) los demandantes no explican los motivos por los cuales las disposiciones acusadas configuran un trato diferenciado más favorable para los

operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida entrantes. En el mismo sentido, el representante del Departamento Administrativo de la Función Pública indicó que la demanda se basa en una serie de opiniones personales de los demandantes que no son pertinentes para generar un juicio de constitucionalidad.

89. Por otro lado, el apoderado del Ministerio considera que la demanda no reúne los requisitos de certeza y pertinencia porque el cargo por la mentada violación del principio de igualdad parte de una inferencia hipotética. En su criterio, los demandantes se limitan a inferir que el valor de la contraprestación única periódica es inferior al pago de las sumas indicadas en el artículo 33 parcialmente demandado y, por tanto, supone un régimen más favorable para los operadores entrantes, sin aportar ningún elemento de juicio de carácter técnico que sustente tal aseveración.

90. Para establecer si en esta oportunidad la Corte debe proferir una decisión inhibitoria, como lo propone el mencionado interviniente, es menester determinar, previamente, si la demanda se ajusta a los mínimos argumentativos de los cuales depende la prosperidad del juicio abstracto de constitucionalidad. En particular, será necesario entrar a verificar la aptitud de los cargos formulados que, como se indicó en los antecedentes de esta providencia, plantean la violación del principio de igualdad (preámbulo y art. 13 CP) y de los derechos a la libertad de expresión, a fundar medios masivos de comunicación y al acceso equitativo al espectro electromagnético (artículos 20 y 75 de la Constitución Política).

91. El artículo 241 de la Constitución Política establece que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de su integridad y supremacía y, en sus numerales 4 y 5, le atribuye la función de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley allí enlistados.

92. Esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre los requisitos que

debe reunir una demanda de inconstitucionalidad para efectos de que el asunto sometido a su consideración pueda ser decidido de fondo. En dichos pronunciamientos ha subrayado que las exigencias que rigen en esta materia no resultan contrarias al carácter público de la acción de inconstitucionalidad. Antes bien, responden a la necesidad de establecer una carga procesal mínima, que tiene como finalidad permitir que la Corte pueda cumplir de manera eficaz las funciones que le han sido asignadas por la Constitución Política.

93. En esa medida, la exigencia de requisitos mínimos en las demandas de inconstitucionalidad busca “(i) evitar que la presunción de constitucionalidad que protege al ordenamiento jurídico se desvirtúe a priori, en detrimento de la labor del Legislador, mediante acusaciones infundadas, débiles o insuficientes; (ii) asegurar que este Tribunal no produzca fallos inhibitorios de manera recurrente, ante la imposibilidad de pronunciarse realmente sobre la constitucionalidad o no de las normas acusadas, comprometiendo así la eficiencia y efectividad de su gestión; y, (iii) delimitar el ámbito de competencias del juez constitucional, de manera tal que no adelante, de manera oficiosa, el control concreto y efectivo de las normas acusadas. De hecho, por regla general, a la Corte Constitucional no le corresponde revisar oficiosamente las leyes, sino examinar las que efectivamente demanden los ciudadanos, lo que implica que esta Corporación pueda adentrarse en el estudio de fondo de un asunto, sólo una vez se presente, en debida forma, la acusación ciudadana.”

94. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, la Corte ha determinado que, para que una demanda de inconstitucionalidad sea apta, el demandante debe: i) señalar las normas que acusa como inconstitucionales; ii) indicar las normas constitucionales que estima infringidas; iii) exponer las razones o motivos por las cuales la norma acusada viola la Constitución; iv) si se trata de la existencia de un vicio en el proceso de formación de la norma, debe, además, indicar el trámite previsto en la Constitución para expedir el acto demandado y el modo como fue desconocido; y, por último, v) dar cuenta de la razón por la cual la Corte Constitucional es competente para conocer del asunto.

95. En lo que concierne al requisito de exponer las razones de la violación, la doctrina pacífica y reiterada de la Corte apunta a que dichas razones deben satisfacer unas condiciones mínimas para que sea posible realizar el control de constitucionalidad. Lo anterior, se traduce en que solo habrá lugar a la activación del respectivo juicio de inconstitucionalidad si la acusación presentada se apoya en razones i) claras, esto es, cuando la acusación formulada por el actor es comprensible y de fácil entendimiento; ii) ciertas, si la acusación recae directamente sobre el contenido de la disposición demandada y no sobre una proposición jurídica inferida o deducida por el actor; iii) específicas, en cuanto se defina o se muestre en forma diáfana la manera como la norma vulnera la Carta Política; iv) pertinentes, cuando se utilizan argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no razones de orden legal, personal, doctrinal o de simple conveniencia; y, v) suficientes, en la medida en que la acusación contenga todos los elementos fácticos y probatorios que devienen necesarios para adelantar el juicio de inconstitucionalidad, de forma que suscite por lo menos una sospecha o duda mínima sobre la constitucionalidad del precepto, esto es, “plantear al menos un cargo concreto de inconstitucionalidad que satisfaga dichas condiciones mínimas, es decir, debe proponer una verdadera controversia de raigambre constitucional.”

96. Los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, como se ha indicado, son mínimos, y buscan promover el delicado balance entre la observancia del principio pro actione –que impide el establecimiento de exigencias desproporcionadas a los ciudadanos, a tal punto de hacer nugatorios sus derechos a la participación ciudadana y al acceso a la administración de justicia a través del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad– y el cumplimiento de los requerimientos formales mínimos exigibles conforme a la ley y a la jurisprudencia, en aras de lograr la racionalidad argumentativa que permita el diálogo participativo y la toma de decisiones de mérito por parte de esta Corporación.

97. El citado principio, entonces, aunque releva a la acción pública de inconstitucionalidad de tecnicismos o rigores formales, no exime al demandante de cumplir con una carga

argumentativa mínima dirigida a justificar las razones por las cuales la norma objeto de reproche se considera contraria a la Constitución.

98. En esa misma línea, si se trata de una demanda en la que se alega que una norma desconoce el derecho a la igualdad, la jurisprudencia también ha indicado que es necesaria la exposición de las razones que sustentan tal afirmación. En un inicio se indicó, simplemente, que el actor debía: “comparar dos grupos de personas y señalar la razón por la cual estos dos grupos [debían] ser tratados de manera igual a pesar de que el legislador los trató de manera diferente, o viceversa.” En caso de que ello no se hiciera, el cargo carecería de especificidad y, por tanto, sería imperioso emitir un fallo inhibitorio. Una versión más actual de este mismo mandato ha sido expuesta en los siguientes términos:

“[Corresponde al demandante:] (i) determinar cuál es el criterio de comparación (“patrón de igualdad” o *tertium comparationis*), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe un tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, (iii) averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual.”

99. Cabe anotar que, desde un inicio, la jurisprudencia aclaró que estas exigencias argumentativas no pueden leerse de manera extremadamente rigurosa, al punto de que con ello se disuada a los ciudadanos para no ejercer su derecho político. De allí que “para fundar una sentencia inhibitoria por inaptitud sustancial de la demanda se requiere que esta sea manifiesta” (énfasis propio). Así, lo contenido en los dos fundamentos jurídicos anteriores debe analizarse tomando en consideración los siguientes elementos: i) que, como se mencionó con anterioridad, a los ciudadanos no se les exige cualificación académica alguna como requisito para demandar; ii) que un análisis estricto de estos requerimientos puede

afectar la democracia participativa; iii) que las sentencias inhibitorias deben ser excepcionales, pues es necesario proteger el derecho de acceso a la justicia; y iv) que la propia Sentencia C-1052 de 2001 resaltó la importancia del principio pro actione, según el cual, siempre que exista duda sobre el cumplimiento de los requisitos adjetivos de una demanda, aquella debe resolverse en favor del actor. Prefiriéndose, en tal caso, un fallo de fondo.

100. Finalmente, en armonía con lo expuesto, es importante señalar que la oportunidad para verificar el cumplimiento de las exigencias formales de las demandas de inconstitucionalidad se da en el momento en que el magistrado sustanciador decide sobre su admisibilidad. Sin embargo, en reiterados pronunciamientos, la Corte ha precisado que ello no impide que la Sala Plena, con apoyo en los elementos de juicio allegados al trámite y como resultado de sus deliberaciones, se decante por una decisión inhibitoria, luego de concluir que todos o alguno de los cargos formulados en la demanda carecen de la aptitud sustantiva requerida.

101. Como se advirtió en los antecedentes de esta providencia, el magistrado sustanciador admitió los dos cargos de inconstitucionalidad formulados contra el artículo 33 (parcial) de la Ley 1978 de 2019: i) el relativo a la violación del derecho a la igualdad –siendo éste el cargo central– y ii) el relacionado con la violación de la libertad de expresión y del acceso equitativo al espectro electromagnético –cuyos fundamentos parten de la misma base del primero–, tal y como se advirtió en el Auto del 21 de octubre de 2021.

102. En su demanda los actores plantean que existe un trato injustificado entre dos grupos: i) los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que se acojan al régimen de transición previsto en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019 y ii) los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida nuevos o entrantes en el mercado. La alegada violación del principio de igualdad tendría lugar, según su parecer, porque los primeros estarían obligados a pagar lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995 (1.5. % de la facturación bruta anual) más el precio de la concesión

o de su prórroga que estuviese pendiente al momento de acogerse al régimen de habilitación general, mientras que los segundos únicamente estarían obligados a pagar la contraprestación única periódica prevista en los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009. Si bien es cierto la disposición acusada no prevé una carga económica para los operadores entrantes, lo cierto es que su lectura armónica con las demás disposiciones previstas en la ley permite concluir que, por efecto de lo previsto en el artículo 33 demandado, los operadores establecidos que accedan al régimen de habilitación general tienen una carga económica particular que no es extensible a los operadores entrantes. La Sala estima que no es necesario que la misma disposición prevea los dos tratos, si al ser una regla especial genera un tratamiento especial a un sector que pueda ser caracterizado mediante la aplicación de un criterio de comparación relevante a la luz de la finalidad de la norma.

103. Con esto, los demandantes indicaron con claridad cuál era el *tertium comparationis*. En su criterio, los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos y aquellos entrantes no deben tener un trato diferenciado en lo relacionado con las cargas económicas a las que están obligados. Esto, por cuanto i) compiten por la misma audiencia, ii) compiten por el mismo mercado publicitario, iii) difunden sus señales a través del espectro electromagnético, iv) cualquier persona que se encuentre en el área de cubrimiento puede recibir las señales tanto de los entrantes como de los establecidos y v) operan directamente las frecuencias. En esa medida, argumentaron razonablemente que la norma otorga un trato desigual a sujetos aparentemente asimilables, diferenciación que no tendría justificación tratándose de sujetos que desarrollan una misma actividad.

104. De esta manera, la demanda cumple con el requisito de especificidad, dado que los actores sostienen que la norma atacada otorga a los grupos comparados un tratamiento diferenciado, no obstante que desarrollan la misma actividad. El apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones señaló a la Corte que el cargo no debía prosperar puesto que no se había demostrado que el valor de la contraprestación única pagada por los operadores entrantes fuera menor que el total pagado por los operadores establecidos. La Corte no comparte este argumento por cuanto independientemente de a

quien favorece el trato diferenciado, lo cierto es que la simple lectura de las normas que señalan los elementos para determinar el valor de la contraprestación, así como las cargas económicas a cargo de los operadores establecidos, permiten concluir que se trata de obligaciones económicas diferentes. Esto es suficiente para suscitar una duda seria de constitucionalidad sobre la existencia de un trato diferenciado que prima facie afecta el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política. Así mismo, la Sala encuentra que, contrario a lo afirmado por el apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública el cargo formulado no corresponde a una opinión personal de los demandantes, sino a un argumento específico y razonable sobre el contenido y alcance de la disposición, y su presunta oposición al mandato constitucional de igualdad.

106. Al respecto, la Sala recuerda que el análisis de la aptitud de la demanda difiere sustancialmente del estudio de fondo que hace la Corporación y en ello debe existir total claridad. En este estadio, a la Corte lo único que le corresponde es analizar si la demanda es viable, esto es, si a partir de ella y su contenido es procedente iniciar el respectivo control de constitucionalidad. La Sala Plena se ha referido a este aspecto del siguiente modo:

“... el análisis sobre la aptitud de la demanda no es un análisis sobre la prosperidad de la misma, sino sólo sobre su viabilidad. Se trata, pues, de establecer si la demanda permite o no activar la competencia de la Corte, para que el control de constitucionalidad pueda ejercerse, pero no se trata de definir, en este análisis preliminar, si los cargos de la demanda están llamados a prosperar o no.”

107. Entonces, lo que se busca con el análisis de aptitud de un cargo es establecer si el demandante ha motivado de manera razonable la acusación constitucional, a efectos de que la Corte pueda evaluar, ya en un estudio de fondo, si los argumentos presentados prosperan o no.

108. Tratándose de un cargo por la supuesta violación del derecho a la igualdad, el examen de aptitud pasa por establecer si en la demanda se ofrecieron argumentos razonables para sostener i) que existen dos sujetos asimilables tratados de modo dispar; ii) que tales sujetos son asimilables debido a un criterio de comparación específico; y iii) que dicho tratamiento diferenciado no encuentra una justificación constitucional suficiente. Si la demanda expone una argumentación clara sobre ello, será apta y corresponderá a la Corte, en un estudio de mérito, establecer si las afirmaciones de los demandantes son acertadas o no lo son. Esto es, definir si el cargo prospera. Caso en el cual, se deberá emitir una decisión sobre la exequibilidad o inexequibilidad de la norma demandada.

109. Ahora, puede que la Corte, en el examen de aptitud, encuentre que en la demanda no se argumentó o no se motivó nada sobre estos puntos. Ello ocurriría, v. gr., cuando el demandante afirma que los sujetos a y b deben ser objeto del mismo tratamiento en tanto comparten el rasgo x, pero no presenta razones en defensa de esa tesis. En estos eventos, será fácil advertir que, ante la ausencia de fundamentación, no existe propiamente un cargo. Razón suficiente para que la Corte se declare inhibida.

110. En esta oportunidad, la Sala advierte que, contrario a lo manifestado por el apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no le corresponde identificar –por lo menos no en esta instancia– si el valor de la contraprestación única periódica es inferior a la sumatoria de las partidas establecidas en el inciso segundo del artículo 33 demandado, como para afirmar que los actores se equivocaron en el criterio de comparación al no aportar estudios económicos ni información relacionada con el monto de dichas contraprestaciones. Este será un análisis de fondo, que –como se observará más adelante– hará parte de la primera fase del juicio integrado de igualdad.

111. Por último, la Sala estima que la razón de ineptitud propuesta por el apoderado del

Ministerio respecto del momento de introducción de la disposición acusada en el trámite legislativo es una controversia que no afecta la aptitud sustantiva de la demanda, sino que corresponde al fondo del problema que ha sido propuesto. Las razones que motivaron la aprobación de esta norma en el seno del Congreso, su existencia, oportunidad y validez hacen parte del control de constitucionalidad. En efecto, el análisis de la finalidad perseguida por la norma, y su concordancia con la Constitución Política corresponde a uno de los pasos del test de igualdad que la Corte debe agotar para resolver el primer cargo propuesto por la presunta vulneración del derecho a la igualdad.

112. Dicho lo anterior, es necesario advertir, entonces, que la argumentación expuesta por el interviniente para cuestionar la viabilidad de la demanda, en realidad debe ser considerada por esta Corte para resolver de mérito.

b) Sobre la integración de la unidad normativa

113. El Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones considera, asimismo, que los demandantes han debido incluir entre las normas demandadas, las enunciadas en el párrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995 y los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009. Sostiene que “[e]stas disposiciones hacen alusión al régimen de transición en materia del servicio de televisión abierta radiodifundida y por lo tanto debían ser incluidas en la demanda de inconstitucionalidad.”

114. La Corte determinará si, en el presente caso, se cumplen las exigencias establecidas en la jurisprudencia constitucional para hacer uso de la figura de la integración normativa.

115. El control abstracto de constitucionalidad de las leyes, a cargo de esta Corporación, se

activa por los ciudadanos, a través del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. Son ellos, por medio de sus demandas, quienes solicitan a la Corte que, a la luz de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, decida sobre la constitucionalidad de “las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.” Es decir, se trata de una función jurisdiccional que se activa por medio de la demanda de inconstitucionalidad. Así, pues, el objeto de juzgamiento es, en principio, el establecido por los ciudadanos en su demanda, al momento de señalar las normas demandadas, en observancia del requisito fijado en tal sentido en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991.

116. No obstante, en la parte final del inciso 3 del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991 se estableció que “la Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.” Conforme a esta disposición, la Corte Constitucional puede decidir ampliar el ejercicio de su poder de control abstracto a otras disposiciones no demandadas de forma expresa por los ciudadanos. Este ejercicio de integración normativa es excepcional y con él se busca garantizar los principios de seguridad jurídica y economía procesal. Dicha integración se hace al momento de proferir la sentencia, motivo por el cual, respecto de la norma integrada, los intervinientes y el Ministerio Público no tienen la oportunidad de pronunciarse.

117. Con la integración de la unidad normativa se pretende, entonces, conservar la uniformidad del ordenamiento, al incluir en el análisis de constitucionalidad otras disposiciones no demandadas explícitamente, pero que requieren ser incluidas, de modo que la sentencia de se llegue a proferir no deje de pronunciarse sobre alguna materia que pertenezca al mismo ámbito de análisis, o sobre alguna disposición respecto de la cual se formule eventualmente el mismo problema jurídico. Como puede advertirse, al efectuar la integración normativa, también se procura evitar el desgaste de la administración de justicia.

118. El primer presupuesto que debe concurrir para que la Corte pueda hacer uso de la facultad de integración de la unidad normativa es que se haya formulado al menos un cargo de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones con las cuales se habrá de realizar la integración.

120. La integración de la unidad normativa puede efectuarse en cualquiera de las siguientes tres hipótesis: i) cuando la disposición acusada se encuentra reproducida en otras disposiciones que no fueron demandadas en la acción; ii) cuando la disposición demandada se encuentra relacionada de forma estrecha con otra que, a primera vista, genera dudas serias acerca de su constitucionalidad. Para que proceda la integración normativa bajo esta segunda hipótesis es necesario “(a) que la disposición demandada tenga estrecha relación con los preceptos que no fueron cuestionados y que conformarían la unidad normativa; y (b) que las normas no acusadas parezcan inconstitucionales”; y, por último, iii) cuando la disposición acusada no tenga un contenido claro o único, de forma que, para poder entenderlo y aplicarlo, sea imprescindible integrar su contenido con el de otra disposición que no fue demandada.

121. En el asunto que se examina, la Sala observa que no es necesario integrar la unidad normativa con el párrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995 y los enunciados normativos de los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009 –que se relacionan con el régimen de transición–, pues no se configura ninguna de las hipótesis mencionadas en precedencia.

122. El párrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995 dispone que:

“PARÁGRAFO 2o. 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.”

123. A su turno, los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009 señalan lo siguiente:

LEY 1341 DE 2009

“ARTÍCULO 10. HABILITACIÓN GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la vigencia de la presente Ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación general a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.

PARÁGRAFO 1o. En materia de habilitación, el servicio de radiodifusión sonora continuará rigiéndose por las disposiciones específicas de la presente Ley.

PARÁGRAFO 2o. 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.

PARÁGRAFO 3o. 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.”

“ARTÍCULO 36. CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA ÚNICA A FAVOR DEL FONDO ÚNICO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. <Artículo modificado por el artículo 23 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones pagarán la contraprestación periódica única estipulada en el artículo 10 de la presente ley al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en igualdad de condiciones para el cumplimiento de sus fines.

El valor de la contraprestación a cargo de los proveedores se fijará como un único porcentaje sobre sus ingresos brutos por concepto de la provisión de redes y servicios excluyendo terminales. 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, y del servicio de radiodifusión sonora, el valor de la contraprestación se regirá por las normas especiales pertinentes.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones determinará el valor de la contraprestación periódica única, mediante acto administrativo motivado, previa la realización de un estudio, en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley que incluya el plan de inversiones del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el estado del cierre de la brecha digital del país y esté soportado en estudios de mercado.

El valor de la contraprestación periódica única se revisará cada cuatro (4) años, atendiendo a los criterios antes descritos.

El valor de la contraprestación periódica única no podrá ser superior al de la contraprestación periódica establecida a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

[...]"

124. Aunque las citadas disposiciones son relevantes para entender el contexto en el que se inscribe la norma demandada, puesto que la primera crea las condiciones de acceso al régimen de habitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que causará una contraprestación única periódica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FUTIC), y la segunda precisa las pautas para determinar el valor de la contraprestación única periódica, ninguna de ellas es esencial para resolver el cargo propuesto.

125. El enunciado normativo acusado no se encuentra reproducido en ninguna de dichas disposiciones. En particular porque es el único que define las cargas económicas que conservarán los operadores de televisión abierta radiodifundida establecidos que se acojan al régimen general. Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 modificado por el artículo 13 de la Ley 1978 de 2019 prevé que “para el caso del servicio de televisión abierta radiodifundida, prestado por aquellos operadores que permanezcan en el régimen de transición de habilitación, y del servicio de radiodifusión sonora, el valor de la contraprestación se regirá por las normas especiales pertinentes”; lo cierto es que lo que aquí se acusa no es el hecho de que la contraprestación se rija por normas especiales sino que implique un trato diferenciado irrazonable y desproporcionado que se deriva de la conservación de las dos obligaciones previstas en los literales a) y b) demandados.

126. Los demandantes, por su parte, tampoco formularon objeción alguna en relación con el contenido de éstas. Como se explicó en el apartado anterior, el objeto central de la demanda radica en la diferencia de trato que, según lo actores, la norma censurada les dispensa a los operadores que venían prestado el servicio de televisión abierta radiodifundida y que, en el marco de la transición, se acogen al régimen de habilitación general, en comparación con los

operadores nuevos o entrantes, pues, en su entender, los primeros están sometidos a mayores cargas económicas que los segundos, quienes solo estarían obligados a pagar la contraprestación única periódica prevista en los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009. Ello, a pesar de que ambos se encuentren en el régimen de habilitación general y desarrollen la misma actividad.

127. Todo ello es fundamental para comprender el alcance de la acusación, pero, dado que la norma demandada tiene un contenido propio y autónomo, es posible adelantar el control constitucional en los términos propuestos por los actores, sin necesidad de integrar la unidad normativa. Por tanto, a los demandantes no les es exigible el requisito previsto en el inciso tercero del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, ya que, en realidad, no es necesario incluir normas diferentes a las demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo.

C. Problema jurídico y estructura de la decisión

128. De conformidad con los antecedentes expuestos, a la Corte le corresponde examinar si el enunciado normativo acusado, comprendido en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, desconoce los derechos a la igualdad, a la libertad de expresión, a fundar medios masivos de comunicación, y al acceso equitativo al espectro electromagnético, cuando prevé un régimen de transición, en virtud del cual los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida, que se encuentren operando al momento de expedición de la ley y decidan acogerse al nuevo modelo de habilitación general, deben pagar diferentes tarifas que aquellas que se cobran a los operadores nuevos o entrantes en el mismo esquema de habilitación general.

a) El servicio público de televisión abierta radiodifundida

130. El artículo 365 de la Constitución Política preceptúa que “[l]os servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado.” Y, por tanto, le corresponde a éste “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

131. La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, en el que se encuentran comprendidos derechos y libertades de las personas involucradas en el servicio de televisión, el interés general, el principio de legalidad, el cumplimiento de los fines y deberes estatales, y el funcionamiento eficiente y democrático de los contenidos. En el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, declarado mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, la televisión fue elevada a la categoría de servicio público esencial. Desde el punto de vista técnico, “es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea.”

132. El legislador ha establecido que son fines del servicio público de televisión los de “formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana.” Con su cumplimiento se busca “satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local.”

133. En armonía con lo anterior, la Corte se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre la importancia de la televisión en las sociedades democráticas. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-359 de 2016 destacó que:

“... no cabe duda de que la televisión contribuye a la promoción y consolidación de la democracia, entre otras, por las siguientes razones: (i) porque influye en el desarrollo del individuo y le brinda herramientas para forjar su autonomía; (ii) porque permite el flujo y la confrontación constante de ideas y opiniones –pluralismo informativo–, lo que asegura la formación de posturas críticas sobre el Estado y la sociedad en general; (iii) porque brinda la posibilidad de contar con información suficiente para la toma de decisiones individuales o colectivas –decisiones informadas–; y (iv) porque facilita a los ciudadanos el ejercicio del control sobre los poderes públicos y privados.”

134. En razón de su naturaleza de servicio público, esta Corporación ha reconocido que la televisión se encuentra sometida a una regulación altamente compleja, técnica y de carácter predominante dinámico. Esto se debe a que depende tanto de los desarrollos tecnológicos como de la realidad convergente presente en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).

135. En la actualidad, el servicio público de televisión se encuentra regulado en normas especiales, particularmente, en las Leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y 680 de 2001, todas ellas parcialmente derogadas por la Ley 1978 de 2019.

136. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 182 de 1995, el servicio público de televisión se encuentra clasificado en función de cuatro criterios: i) la tecnología de transmisión, ii) el nivel de cubrimiento, iii) los usuarios del servicio y iv) la orientación general de la programación emitida. En el siguiente cuadro se ilustran cada uno de sus componentes:

CRITERIOS

TIPOS DE TELEVISIÓN

En función de la tecnología de transmisión

- * Televisión radiodifundida

- * Televisión cableada

- * Televisión satelital

En función de su nivel de cubrimiento

- * Televisión internacional

- * Televisión nacional pública

- * Televisión nacional privada

- * Televisión regional

- * Televisión local

- * Televisión comunitaria

En función de los usuarios del servicio

- * Televisión abierta

- * Televisión por suscripción

En función de la orientación general de la programación

- * Televisión comercial

- * Televisión de interés público, social, educativo y cultural.

137. La televisión abierta radiodifundida, que interesa a este pronunciamiento, es aquella en la que la señal llega al usuario desde la estación transmisora por medio del espectro electromagnético, propagándose sin guía artificial, y que puede ser recibida libremente por

cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación –incluso mediante la señal abierta de Televisión Digital Terrestre (TDT)–, es decir, aquella que es gratuita para el usuario que accede libremente al servicio.

138. El espectro electromagnético, cuyas bandas son utilizadas para la operación del servicio de televisión abierta radiodifundida, ha sido definido en la jurisprudencia constitucional como “[la] franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia.”

139. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política, el espectro electromagnético es uno de los componentes del territorio colombiano, pertenece a la Nación, tiene el carácter de bien público inenajenable e imprescriptible y, como tal, está sujeto a la gestión y control del Estado. Se trata, además, de un recurso escaso y limitado, pero, como lo ha reconocido la Corte, “al mismo tiempo, de vital importancia en una era en donde, desde hace varios años y en proceso ascendente, las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) son el medio a través del cual se interactúa, se difunde y accede a la información, se efectúan operaciones transaccionales, etc.”

140. En lo que respecta a los operadores de servicio de televisión, el artículo 35 de la Ley 182 de 1995 dispone que lo son todas aquellas personas jurídicas de naturaleza pública o privada, con o sin ánimo de lucro, que utilizan directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público de televisión en cualquiera de sus modalidades sobre un área determinada. Ello, en virtud de un título habilitante concedido por ministerio de la ley, por un contrato o por una licencia.

141. Así las cosas, el servicio de televisión abierta radiodifundida puede ser prestado por distintos tipos de operadores, que se clasifican entre sí por la zona de cobertura autorizada y

la orientación de sus contenidos. Dichos operadores pueden ser públicos o privados, de carácter nacional, regional o local, con o sin ánimo de lucro.

b) El esquema de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y su ampliación a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida

143. El artículo 23 de la Ley 182 de 1995, derogado por el artículo 51 de la Ley 1978 de 2019 preveía que la Comisión Nacional de Televisión coordinaría previamente con el Ministerio de las TIC el Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del Espectro Electromagnético para Televisión y los Planes de Utilización de Frecuencias para los distintos servicios, con base en los cuales haría la asignación de frecuencias a aquellas personas que en virtud de la ley o de concesión deban prestar el servicio de televisión.

144. En vigencia de la Ley 182 de 1995 la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida se autorizaba mediante contratos de concesión suscritos entre el Estado y el operador. Estos contratos de concesión a) tienen carácter reglado, b) autorizan a un particular la explotación de un servicio de titularidad pública, c) en todo caso conservan en el concedente la titularidad del servicio cuya prestación ha sido autorizada al concesionario; d) la actividad se desarrolla por cuenta y riesgo del particular y bajo la gestión y control estatal; y, e) tienen carácter conmutativo.

145. Con la expedición de Ley 1341 del 30 de julio de 2009, “[p]or la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”, se introdujo un nuevo marco legal en materia de telecomunicaciones que, bajo la observancia del régimen de transición establecido en el artículo 68 y con las salvedades de su artículo 73, derogó el modelo preexistente contenido en la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990 y sus normas reglamentarias.

146. En la Sentencia C-403 de 2010, al resolver sobre una demanda de inconstitucionalidad formulada contra varios artículos de la Ley 1341 de 2009, la Corte destacó que el objeto de tal regulación “puede desagregarse en los siguientes aspectos: (i) determinar el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones; (ii) su ordenamiento general; (iii) el régimen de competencia; (iv) la protección al usuario; (v) lo concerniente a la cobertura, calidad del servicio, promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías; (vi) el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico; (vii) las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo, facilitando el libre acceso de los habitantes del territorio nacional a la “Sociedad de la Información”.

147. Uno de los principales cambios que incluyó la Ley 1341 de 2009 se encuentra previsto en el artículo 10. En dicha norma se habilitó de manera general la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, permitiéndoles a los operadores de tales servicios la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes, se suministren o no al público. A cambio de dicha habilitación, se les impuso como obligación la de pagar una contraprestación periódica con destino al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, fijada mediante resolución por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con fundamento, entre otros, en aspectos tales como: el ancho de banda asignado, el número de usuarios potenciales, la disponibilidad del servicio, los planes de expansión y cobertura, la demanda por el espectro y su disponibilidad, y cualquier otro parámetro técnico que sirva como indicador del precio que debe recibir el Estado por la utilización del espectro. Todo ello en contraste con el modelo anterior de

concesiones, habilitaciones o permisos.

148. A su turno, en la misma disposición se estableció que la habilitación general “no incluye el derecho al uso del espectro electromagnético.” Esto quiere decir que, quien esté interesado en usar y explotar dicho recurso escaso deberá obtener el permiso respectivo, que otorga el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en los términos del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009 y sus normas reglamentarias.

149. Así, pues, bajo el nuevo esquema de habilitación general, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones ya no queda sometida a un título habilitante (concesión, licencia o autorización), como ocurría con anterioridad a la expedición de la Ley 1341 de 2009, sino que opera por ministerio de la ley, y se entiende formalmente surtida cuando el interesado en proveer redes y servicios de telecomunicaciones realice el trámite de inscripción e incorporación en el Registro de Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones de que trata el artículo 15 del mismo ordenamiento. Dicho de otro modo “ya no es necesario para que el particular provea los servicios o las redes el obtener un pronunciamiento expreso de la administración o una decisión explícita del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, pues sólo es menester informar la condición de ser proveedor de determinados servicios o redes o su intención de proveerlos acompañado de los documentos que acrediten la información indicada en la norma reglamentaria”.

150. No obstante, es preciso aclarar que el nuevo modelo de habilitación general se introdujo con algunas limitaciones, pues excluyó de su regulación a los servicios de radiodifusión sonora y de televisión, actividades económicas que continuaron rigiéndose por normas y habilitaciones especiales.

151. Este esquema de habilitación general estuvo vigente por diez años hasta que fue

reformado mediante la Ley 1978 del 25 de julio de 2019, “[p]or 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”, norma que nació con el objeto de “alinear los incentivos de los agentes y autoridades del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (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.”

152. Dentro de los cambios que introdujo la Ley 1978 de 2019 se destaca la modificación del artículo 10 de la Ley 1341 de 2009, en el sentido de ampliar el esquema de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida, lo que, a su turno, permitió a los operadores existentes o establecidos acogerse a dicho modelo de habilitación, conforme al régimen de transición que, para tales efectos, fue establecido en el artículo 33 de la misma ley (parcialmente demandado).

153. Textualmente, el artículo 7 de la Ley 1978 de 2019 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 7o. Modifíquese el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 10. Habilitación general. A partir de la vigencia de la presente Ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación general a que hace referencia el presente artículo

no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.

PARÁGRAFO 1o. En materia de habilitación, el servicio de radiodifusión sonora continuará rigiéndose por las disposiciones específicas de la presente Ley.

PARÁGRAFO 2o. 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.

PARÁGRAFO 3o. 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.”

154. Así, en la actualidad, el esquema de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que incluye a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida, se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009, tal y como fue modificado por el artículo 7 de la Ley 1978 de 2019. Este esquema reemplazó el modelo anterior, que se caracterizó por un sistema de concesiones, habilitaciones o permisos. Ahora, bajo el nuevo esquema de habilitación general, los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida acceden a una especie de “licencia única” a cambio de una contraprestación periódica con destino al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Dicha habilitación, que comprende la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se entiende surtida una vez agotado el trámite de inscripción e incorporación en el Registro de

Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones. A los operadores establecidos se les confiere la posibilidad de acogerse o no al nuevo esquema de habilitación general, con arreglo a lo dispuesto en el régimen de transición creado para tal efecto. En cualquier caso, la habilitación general no incluye el derecho al uso del espectro electromagnético, pues para esto se requiere, además, permiso previo y expreso otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

155. En suma, las diferencias entre el régimen de concesiones previsto en la Ley 182 de 1995 para la operación del servicio de televisión abierta radiodifundida y el régimen de habilitación general, pueden ser resumidas así:

Contrato de concesión

Régimen de Habilitación General

Renovable por 10 años.

Licencia otorgada por 20 años, renovable.

Se debe pagar el valor del contrato dentro de los dos primeros años.

Se paga la licencia en forma diferida durante los primeros 10 años.

La adjudicación del contrato de concesión implica someterse a una licitación pública en la que la definición del precio es incierta pues se sujeta a las ofertas recibidas, y se perfila por el contratante

El otorgamiento de la licencia se basa en el cumplimiento de criterios objetivos. Al verificar el cumplimiento de requisitos se asigna, sin el sometimiento a un procedimiento más incierto.

Al término de la concesión, el otorgamiento de la prórroga es incierto.

Mientras se mantenga el cumplimiento de las condiciones del licenciamiento, hay certeza en

la continuidad de la habilitación.

El contrato de concesión admite el ejercicio de poderes exorbitantes en favor del Estado contratante, entre otros, la caducidad, interpretación y terminación unilateral.

La posición de licenciatario no está sujeta al ejercicio de cláusulas exorbitantes propias del régimen de contratación pública.

c) La contraprestación periódica única prevista en el esquema de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones

156. Como se mencionó en el apartado anterior, bajo el modelo de habilitación general, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones implica el pago de una contraprestación periódica única a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cuyo valor le corresponde fijar al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como un único porcentaje sobre los ingresos brutos causados en el período respectivo.

157. El artículo 36 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 23 de la Ley 1978 de 2019, se refiere a la contraprestación periódica única en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 36. CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA ÚNICA A FAVOR DEL FONDO ÚNICO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. <Artículo modificado por el artículo 23 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones pagarán la contraprestación periódica única estipulada en el artículo 10 de la presente ley al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en igualdad de condiciones para el cumplimiento de sus fines.

El valor de la contraprestación a cargo de los proveedores se fijará como un único porcentaje sobre sus ingresos brutos por concepto de la provisión de redes y servicios excluyendo terminales. 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, y del servicio de radiodifusión sonora, el valor de la contraprestación se regirá por las normas especiales pertinentes.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones determinará el valor de la contraprestación periódica única, mediante acto administrativo motivado, previa la realización de un estudio, en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley que incluya el plan de inversiones del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el estado del cierre de la brecha digital del país y esté soportado en estudios de mercado.

El valor de la contraprestación periódica única se revisará cada cuatro (4) años, atendiendo a los criterios antes descritos.

El valor de la contraprestación periódica única no podrá ser superior al de la contraprestación periódica establecida a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

[...]"

158. Al resolver una demanda de inconstitucionalidad formulada contra el citado artículo, en la que el demandante planteó la posible violación del principio de legalidad tributaria, la

Corte decidió declarar su exequibilidad, tras determinar que “la contraprestación periódica a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es un precio público, sin carácter tributario, y no una contribución parafiscal.”

159. De este modo, en cuanto a su naturaleza jurídica, explicó que la diferencia entre la contribución parafiscal y el precio público es que éste, a diferencia de aquél –que es vinculante para todos los participantes–, es una contraprestación que debe pagar el proveedor que solicite la habilitación para adelantar las actividades necesarias en la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Así, la contraprestación a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones no es de carácter contributivo, puesto que surge de una relación eminentemente contractual o voluntaria, fundada en el postulado de la autonomía de la voluntad, y no en la potestad tributaria del Estado.

160. Posteriormente, en la Sentencia C-352 de 2020, esta Corporación reiteró que “la contraprestación a favor del FUTIC es un precio público. Ello, por cuanto la suma de dinero exigida a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones no se ajusta a ninguna de las especies tributarias expresamente consideradas por la Constitución en el artículo 338 y tampoco corresponde a una contribución parafiscal. Por ende, su tratamiento jurídico no está gobernado por las reglas constitucionales propias del régimen tributario, sino por las condiciones contractuales a partir de las cuales se habilita el uso del espectro, al igual que las demás normas superiores que obran como límite a las previsiones legales.”

161. De otra parte, conviene anotar que, para efectos de la contraprestación periódica antes mencionada, el artículo 2.2.6.2.1.2 del Decreto 1078 de 2015 –Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones– señala que entiende por i) provisión de redes de telecomunicaciones, “la responsabilidad de suministrar a terceros el conjunto de nodos y enlaces físicos, ópticos, radioeléctricos u otros sistemas electromagnéticos, que permita la emisión, transmisión y recepción de información de

cualquier naturaleza”; y por ii) provisión de servicios de telecomunicaciones, la “responsabilidad de suministrar a terceros la emisión, transmisión y recepción de información de cualquier naturaleza a través de redes de comunicaciones, sean estas propias o de terceros.”

162. En síntesis, la contraprestación periódica única a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es un precio público derivado de la habilitación concedida por el Estado a los interesados en prestar el servicio público de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones –incluidos los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida– bajo el nuevo modelo de habilitación general. El valor de la contraprestación es determinado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y corresponde a un porcentaje de la facturación bruta anual vencida que tenga origen o relación con la operación del servicio habilitado. De esta manera, los ingresos producto de actividades económicas distintas a la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones no forman parte de la base para el cálculo de la contraprestación. Para el caso del servicio de televisión abierta radiodifundida, prestado por aquellos operadores que permanezcan en el régimen de transición, el valor de la contraprestación se rige por las normas especiales pertinentes. La obligación de pagar dicho precio público es de origen contractual y, en esa medida, los operadores son libres o no de entrar en un determinado mercado o sector económico, cuyo acceso depende, justamente, del pago del aporte.

d) El régimen de transición aplicable a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos

163. Para el ingreso al régimen de habilitación general de los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos, es decir, aquellos que venían prestando dicho servicio al amparo del esquema anterior a la entrada en vigencia de la Ley 1978 de 2019 (25

de julio de 2019), se creó un régimen de transición, cuyas condiciones de acceso se encuentran definidas en el artículo 33 del mismo ordenamiento, en los siguientes términos:

“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 en el 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. a) Lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, y
- b) El precio de la concesión o de su prórroga, que se encuentre pendiente por pagar al momento en que se acojan al régimen de habilitación general, distribuido en pagos anuales. Los saldos pendientes de pago serán ajustados en el mismo porcentaje de variación anual del Índice de Precios al Consumidor (IPC).

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

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

[...]"

164. El inciso primero de la mencionada disposición les confiere a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida la posibilidad de mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de éstos, así como de renovarlos, bajo la normativa legal vigente al momento de su otorgamiento, y con efectos solo para esas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones.

165. Si por el contrario, la decisión de los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida es acogerse al régimen de habilitación general, la primera parte del inciso segundo de la misma disposición establece que éstos deberán someterse a las reglas definidas en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, norma que, como ya se mencionó, determinó las condiciones para la transición de los operadores de los demás servicios de telecomunicaciones –distintos a los de televisión– al nuevo modelo de habilitación general.

166. Lo anterior conlleva necesariamente i) la terminación anticipada de las respectivas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, sin que se genere derecho a reclamación alguna, ni el reconocimiento de perjuicios o indemnizaciones contra el Estado o a favor de este; y ii) la renovación de los permisos para el uso de los recursos escasos, de acuerdo con los términos de su título habilitante original. Vencidas las renovaciones, los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida deberán acogerse a lo estipulado en el artículo

12 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 9 de la Ley 1978 de 2019, en lo concerniente al plazo y la renovación de los permisos para el uso del espectro.

167. La segunda parte del inciso segundo (demandado) fija las cargas económicas derivadas del sometimiento voluntario de los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida al nuevo esquema de habilitación general. Así, pues, durante el período de transición, dichos operadores deberán pagar: i) la contraprestación a favor del Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública –hoy Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones–, equivalente al 1.5% de la facturación bruta anual, y pagadera trimestralmente (parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995); y ii) el precio de la concesión o de su prórroga, que se encuentre pendiente de pagar al momento en que se acojan al régimen de habilitación general, distribuido en pagos anuales.

168. De igual forma, determina que, una vez finalizado el período de transición, a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos ya no les serán exigibles estas cargas económicas y, por consiguiente, únicamente estarán obligados a pagar la contraprestación periódica única a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

169. El inciso tercero, por su parte, aclara que la inclusión en el régimen de habilitación general no modifica la clasificación legal del servicio de televisión abierta radiodifundida y, por lo mismo, los operadores de dicho servicio deberán cumplir con las demás obligaciones de carácter legal, reglamentario o regulatorio aplicables.

170. A partir de lo expuesto, cabe concluir que el sometimiento de los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida al nuevo esquema de habilitación general, en virtud del régimen de transición, tiene las siguientes características: i) es un acto voluntario, puesto que ocurre, se sustenta y origina en la decisión libre, expresa y espontánea de cada operador; ii) es un acto unilateral, por cuanto corresponde únicamente al operador decidir si

mantiene sus habilitaciones o renuncia a ellas para sujetarse al nuevo régimen, de manera que el Estado no interviene ni puede restringir, condicionar o impedir la decisión que él adopte; iii) el sometimiento del operador al nuevo régimen puede manifestarse en cualquier tiempo, siempre que se lleve a cabo antes del vencimiento de los títulos que detenta, de modo que la decisión no está sujeta a plazos perentorios o preclusivos; iv) la decisión de acogimiento implica la terminación anticipada de las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, que quedan sujetas al nuevo régimen de habilitación general; v) la decisión de acogerse al régimen de habilitación general implica que el operador tiene derecho a que se le renueven los permisos para el uso de los recursos escasos, de acuerdo con los términos de su título habilitante original sin necesidad de acreditar el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 12 de la Ley 1341 de 2009, como son, la maximización del bienestar social, planes de inversión, expansión de la capacidad de las redes de acuerdo con la demanda del servicio determinada por el Ministerio de las TIC, y la satisfacción de las necesidades de cobertura y renovación tecnológica que identifique el mismo Ministerio; vi) vencidas las renovaciones así conferidas sobre tales recursos debe darse plena aplicación al artículo 12 de la Ley 1341 de 2009, tal y como fue modificado por el artículo 9 de la Ley 1978 de 2019; vii) durante el período de transición, el operador deberá pagar lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995 más el precio de la concesión o de su prórroga que se encuentre pendiente de pago al momento de acogerse al régimen de habilitación general; y viii) una vez finalizado el período de transición, cesan estas obligaciones económicas, y al operador únicamente le será exigible el pago de la contraprestación periódica única.

171. Dado que las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones que habilitan al operador establecido para prestar el servicio de televisión abierta radiodifundida terminan de forma anticipada por efecto de su manifestación voluntaria y unilateral de someterse al régimen de habilitación general, es posible afirmar que a partir de tal sujeción los operadores establecidos hacen parte del régimen de habilitación general con todos los derechos y obligaciones que de este se derivan. Así se infiere del inciso segundo del artículo 33 acusado cuando señala expresamente que: “una vez en el régimen de habilitación general y durante el período de transición, los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida (...)”. La transición corresponde entonces no a un régimen jurídico diferenciado, sino a un periodo

de tiempo que el legislador reconoce para que los operadores establecidos ajusten por completo su operación a las condiciones previstas en la Ley 1341 de 2009. En efecto, por ministerio de la ley, estos operadores gozan de un beneficio con el que no cuentan los operadores entrantes, consistente en la posibilidad de renovar el permiso para el uso del espectro sin necesidad de cumplir las condiciones previstas en el artículo 12 de la Ley 1341 de 2009; y tienen a su cargo una obligación económica diferente, prevista en la disposición acusada.

172. A continuación, se presentan los tres escenarios en los que podría estar un operador de televisión abierta radiodifundida a partir de la expedición de la Ley 1978 de 2019:

Tipo de operador

Régimen aplicable

Contraprestación a la que está obligado

Fuente de la obligación

Operadores establecidos que NO se someten al régimen de habilitación general

Les aplica íntegramente el régimen jurídico de la concesión en los términos originalmente pactados

Pagan las obligaciones que surgen del contrato originalmente suscrito que se encuentra vigente y es vinculante para las partes

Contrato de concesión

Operadores establecidos que SÍ se someten al régimen de habilitación general

Les aplica íntegramente el régimen de habilitación general (inciso 2 del art. 33 Ley 1978/19).

Durante el periodo de transición tienen derecho a la renovación de sus permisos sin cumplir

las condiciones previstas en el artículo 12 de la Ley 1341 de 2009.

Su contrato de concesión termina y pagan las sumas ordenadas en el artículo 33 demandado durante el periodo de transición.

Ley

Operadores entrantes

Les aplica íntegramente el régimen de habilitación general, incluidas las condiciones de renovación previstas en el artículo 12 de la Ley 1341 de 2009.

Pagan solo la contraprestación única

Ley

e) El derecho a la igualdad y su relación con el acceso al uso del espectro electromagnético. Reiteración de jurisprudencia

173. En el ordenamiento interno el concepto igualdad tiene una triple connotación jurídica. El preámbulo de la Constitución Política señala que aquella fue promulgada, entre otras cosas, “con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes (...) la igualdad, (...), dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”. Así, la igualdad es un valor y un fin de la comunidad política, y en su búsqueda se han de ver abocadas las autoridades del país. Del mismo modo, también se ha reconocido que la igualdad es un principio y un derecho fundamental. Principio porque, en concordancia con lo antedicho, debe satisfacerse en la mayor medida de lo posible por parte del Estado. Derecho porque las personas no pueden ser discriminadas y, en caso de serlo, cuentan con las herramientas jurídicas idóneas para superar tal situación (v. gr. la acción de tutela o la acción pública de inconstitucionalidad cuando la fuente del agravio es una norma proferida por el Congreso de la República).

174. Como derecho, la igualdad está consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política. En el inciso primero está contenido el mandato de trato paritario, según el cual, toda discriminación, “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” está prohibida. A su turno, en los incisos restantes se reconoce el mandato de trato diferenciado, en cuya virtud, es necesario promover a los grupos que se encuentran marginados, discriminados, o que cuentan con una condición de debilidad manifiesta. Esa promoción se da a partir de medidas afirmativas dirigidas a favorecer a tales personas. La propia Constitución exige, por ejemplo, que los adultos mayores, las personas en condición de discapacidad o los niños, niñas y adolescentes sean sujetos de una protección reforzada.

175. De otra parte, el artículo 75 de la Carta Política, más allá de hacer referencia al carácter inenajenable e imprescriptible del espectro electromagnético, incluye dos importantes prescripciones normativas: en primer lugar, consagra que se debe garantizar “la igualdad de oportunidad en el acceso” a su uso, en los términos que fije la ley. En segundo lugar, impone la obligación de asegurar el pluralismo informativo y la competencia, razón por la cual “el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.”

176. En lo que interesa a esta causa, sobre el primer mandato, la Corte ha entendido que “la igualdad de oportunidades en el acceso” al espectro electromagnético guarda relación estrecha con lo dispuesto en el artículo 13 Superior y, en tal virtud, “constituye una prescripción que busca excluir cualquier forma de discriminación mediante la prohibición de descalificar de manera a priori a una persona o grupo de individuos, respecto de la posibilidad de acceder al uso de un bien público, cuya utilización permite el ejercicio de las libertades de expresión e información, al mismo tiempo que conduce a canalizar el derecho a fundar medios masivos de comunicación.” En esa medida, ha señalado que “la Constitución privilegia una concepción del espectro electromagnético basada en su acceso equitativo, como condición habilitante para el logro del pluralismo informativo.”

177. En la jurisprudencia constitucional el acceso equitativo al espectro se halla, asimismo,

vinculado con el derecho a fundar medios masivos de comunicación, que hace parte de la libertad de expresión prevista en el artículo 20 de la Constitución. Esto, en el entendido de que la posibilidad efectiva de fundar dichos medios y, por su intermedio, ejercer de manera vigorosa la facultad de expresar y difundir el pensamiento y las opiniones, es una de las garantías definitorias de toda sociedad democrática.

178. La igualdad también ha sido reconocida y protegida en diversos instrumentos internacionales. El mandato de trato paritario y la consecuente prohibición de la discriminación están contenidos en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH); y en los artículos 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP).

179. De las normas internacionales antes enunciadas, llaman la atención los artículos 24 de la CADH y 26 del PIDCP, según los cuales, a los Estados les está vedado aprobar leyes o normas que sean contrarias al derecho a la igualdad, a partir de las cuales se trate de modo discriminatorio a un grupo, asignándole, injustificadamente, un trato privilegiado a otro. De lo dicho se sigue que, si existe un trato distinto a dos grupos, ello será aceptable solo si se funda en razones objetivas y carentes de arbitrariedad, dado que las normas del derecho internacional de los derechos humanos no proscriben el tratamiento diferenciado, sino el tratamiento discriminatorio.

180. Por su parte, el acceso equitativo al espectro electromagnético también encuentra soporte normativo en el derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 13 de la CADH consagra el derecho a la libertad de expresión y señala que dicha garantía puede ejercerse por cualquier medio, lo cual impone a los Estados, en su función de administradores de las ondas del espectro electromagnético, el deber de asignarlas de acuerdo a criterios democráticos que garanticen la igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a éstas. El artículo 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión prevé, asimismo, la garantía de las asignaciones de radio y televisión con

igualdad de oportunidades.

181. Por último, es importante destacar que la igualdad es un concepto fundamentalmente relacional. En su nombre se comparan dos sujetos, grupos, o entidades, o bien los regímenes o situaciones en las que dos sujetos o grupos de sujetos estén inmersos. De esta manera, cabe insistir en que nadie podría alegar el desconocimiento de su derecho a la igualdad, si no se relaciona con otro sujeto.

182. La Corte ha reiterado en su jurisprudencia que, de esa relación, pueden surgir cuatro mandatos:

“(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.”

183. Para cumplir con estos mandatos no es suficiente revisar la compatibilidad entre la norma legal demandada y la Constitución, sino que se requiere, además, considerar al otro referente o término de la comparación (*tertium comparationis*), en la medida en que éste sea susceptible de compararse, lo que se establece por medio de un juicio integrado de igualdad. Recientemente, en la sentencia C-384 de 2022 la Corte reiteró que “el control de constitucionalidad abstracto a la luz del principio de igualdad no es un simple control de arbitrariedad por medio del juicio de proporcionalidad del trato en sí que una norma contiene, sino del trato que desconoce de manera irrazonable e injustificada los mandatos que se derivan del principio de igualdad de esencia relacional” (énfasis añadido).

f) El juicio integrado de igualdad. Reiteración de jurisprudencia

184. La Corte ha dispuesto que, para identificar si existe un tratamiento desigual entre sujetos asimilables, que resulte violatorio del mandato de trato paritario exigido por la Constitución Política, se debe adelantar un juicio integrado de igualdad. Dicho juicio contiene los siguientes pasos:

185. En una primera fase, es necesario determinar si existen dos grupos relevantemente asimilables (o iguales), a partir de un criterio de comparación (*tertium comparationis*) relevante de acuerdo a la finalidad que persigue la norma analizada.

186. La importancia de la identificación del criterio de comparación para la habilitación del control constitucional de una norma a la luz del principio de igualdad responde, primero, a la necesidad de contar con elementos que permitan el diálogo constitucional que caracteriza al control de constitucionalidad; segundo, a la necesidad de “proteger en últimas [...] la libertad de configuración legislativa” en el desarrollo del juicio de igualdad; y, tercero, a la necesidad de evitar que, una errada o arbitraria determinación del criterio de comparación o de los sujetos o grupos a comparar dé lugar a que la decisión del juez caiga en dos extremos nocivos: “la inocuidad del derecho a la igualdad o su dominio absoluto sobre los otros principios y valores constitucionales” . En la sentencia C-384 de 2022 la Corte reiteró lo señalado en la Sentencia C-1191 de 2001 para insistir en que el criterio de comparación debe ser relevante en función de la finalidad que persigue la norma enjuiciada, así:

“El gran problema para aplicar [la] máxima [según la cual debe tratarse de manera igual aquello que es igual, y en forma distinta a las personas y situaciones que son distintas] es que, como lo han destacado en forma insistente los filósofos y lo ha reconocido esta Corte,

no existen en sí mismas situaciones o personas que sean totalmente iguales o totalmente distintas. [...] En tales circunstancias, las desigualdades o igualdades entre las personas o las situaciones no son nunca absolutas sino siempre parciales, esto es, desigualdades o igualdades desde cierto punto de vista. [...]

Conforme a lo anterior, para precisar si el trato diferente a dos grupos de situaciones o personas desconoce o no la igualdad es necesario establecer un criterio o *tertium comparationis* a partir del cual se pueda determinar si las situaciones o las personas son o no iguales. Ahora bien, es obvio que ese criterio no puede ser arbitrario, sino que debe ser relevante, de acuerdo a la finalidad misma que persigue el trato normativo que se analiza. [...]

El problema que subsiste, en materia de control judicial del respeto a la igualdad es que los jueces deben evaluar si el trato diferente llevado a cabo por el órgano político se funda o no en situaciones diferentes. Ahora bien, es obvio que, al adelantar ese trato diferente, la autoridad política utilizó algún criterio para diferenciar las situaciones y las personas. Por consiguiente, el juez entra a evaluar si ese criterio invocado por la ley es o no relevante y válido para diferenciar las situaciones. En el fondo, el escrutinio judicial de la igualdad es un juicio judicial de igualdad que se superpone a un juicio político previo adelantado por la autoridad política. Sin embargo, la dificultad es que, al hacer tal análisis, el juez podrá, en cualquier caso, incurrir en dos vicios extremos, igualmente perjudiciales: la inocuidad del derecho a la igualdad o su dominio absoluto sobre los otros principios y valores constitucionales.

Así, siempre podría el juez considerar que el criterio de diferenciación invocado por la autoridad política es relevante, y que, por ende, la autoridad política podía establecer el trato distinto. Pero también puede la igualdad tornarse un derecho “imperial”, que es capaz de acabar con la totalidad del ordenamiento jurídico, pues frente a cualquier trato distinto, podría el juez invocar un criterio igualador que supuestamente exigiría un trato igual”

(negrilla fuera del texto)".

187. Definido el criterio de comparación, corresponde establecer si en función de estas características de uno y otro grupo permiten concluir que se trata de grupos asimilables que, en principio, deberían recibir un trato igualitario, o si por el contrario, las diferencias que los separan son más relevantes que sus similitudes de forma que deberían ser, en principio, tratados de forma diferente.

188. Si esto es así, es decir, si luego del juicio anterior la Corte concluye que está ante dos grupos, cuando menos, relevantemente asimilables, que fueron tratados de modo distinto, en una segunda fase, corresponde identificar si dichas distinciones, previstas en la norma, resultan o no proporcionales debido a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida. En este caso, la Corte debe definir la intensidad con la que adelantará el test de proporcionalidad.

189. La intensidad del test depende del mayor o menor margen de discrecionalidad con que cuenta el legislador al momento de emitir normas. Si la libertad de configuración legislativa es amplia, el test será leve. Si la libertad de configuración legislativa es limitada, el test tendrá que ser más riguroso. La Corte, en la Sentencia C-345 de 2019, hizo algunas precisiones metodológicas respecto de la manera como debía abordarse cada escrutinio. En resumen, señaló lo siguiente:

190. Un examen leve o débil, procede en aquellos eventos en los que es necesario verificar, simplemente, que las medidas legislativas adoptadas hayan sido razonables, o, dicho, en otros términos, que no hayan sido arbitrarias o caprichosas. De modo tal que "para que una norma sea declarada constitucional, la medida que trae un trato diferente debe ser

potencialmente adecuada para alcanzar una finalidad que no esté prohibida constitucionalmente.” Como se advierte, en este test no es procedente efectuar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. También ha dicho la Corte, a manera de hipótesis, que este escrutinio tiene lugar cuando se presentan casos que tienen que ver “(i) con materias económicas y tributarias, (ii) con política internacional, (iii) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, (iv) cuando se examina una norma preconstitucional derogada que aún produce efectos y (v) cuando no se aprecia, en principio, una amenaza para el derecho en cuestión.”

191. La intensidad intermedia, en contraste, procede “1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.” También cuando, a pesar de que la norma pueda fundarse en criterios sospechosos, en el fondo se está protegiendo, a través de acciones afirmativas, a un grupo tradicionalmente discriminado. En estos eventos corresponde a la Corte comprobar que “el fin sea constitucionalmente importante y que el medio para lograrlo sea efectivamente conducente. Además, se debe verificar que la medida no sea evidentemente desproporcionada.”

192. Y, finalmente, el escrutinio estricto o fuerte se activa “cuando la medida (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; (ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o (iv) crea un privilegio.” En estos eventos, la Corte debe evaluar que el fin de la medida sea imperioso, que el medio para lograr el fin sea necesario (en otras palabras, que no pueda reemplazarse por otro medio menos lesivo e igualmente idóneo), y que los beneficios alcanzados con la norma, superen las restricciones que la misma suponga.

D. Análisis del cargo

193. Siguiendo la jurisprudencia de esta Corte y, en particular, la metodología del juicio integrado de igualdad, la Sala evaluará si el enunciado normativo demandado es conforme a la Constitución Política. Para esto analizará, en primer lugar, si existen dos grupos relevantemente asimilables, a partir de un criterio de comparación relevante en función de la finalidad que persigue la norma acusada. Si existen, continuará con la siguiente fase del juicio, para lo cual habrá de definir la intensidad del test a aplicar, y a partir de esta analizará la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida según corresponda por el tipo de test a aplicar.

a) El criterio de comparación o *tertium comparationis*

195. De acuerdo con los planteamientos de la demanda, los sujetos objeto de comparación son los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos que se acojan al régimen de habilitación general y los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida nuevos o entrantes en el mercado. Los demandantes consideran que ambos grupos se encuentran en una misma situación de hecho frente a la prestación del servicio público de televisión bajo el nuevo esquema de habilitación general y, por ende, deberían tener las mismas cargas económicas. Sin embargo, sostienen que la norma acusada les impone a los primeros la obligación de pagar, además de la contraprestación equivalente al 1.5% de la facturación bruta anual a favor del Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública –hoy Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones–, el precio de la concesión o de su prórroga que se encuentre pendiente de pago al momento de someterse al esquema de habilitación general, mientras que los segundos únicamente tendrían que pagar el valor de la contraprestación periódica única. Este trato diferenciado, a su modo de ver, no está justificado y, por lo mismo, vulnera el derecho a la igualdad de los operadores establecidos.

196. El apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, informó a la Corte que los únicos operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1978 de 2019 son Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A.; que los dos se acogieron al régimen de habilitación general; y que, hasta la fecha, desde la entrada en vigencia de la Ley, no han sido autorizados nuevos operadores para prestar el servicio de televisión abierta radiodifundida. Con base en esta información, el Ministerio sostiene que el cargo por igualdad “carece de los requisitos necesarios para un pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional porque se estructura en torno a un juicio de igualdad hipotético, entre dos categorías de sujetos que no pueden ser comparados pues una de esas categorías no existe en la realidad”.

197. Al respecto, la Sala Plena estima necesario precisar que el juicio de constitucionalidad es, en efecto, un juicio abstracto que consulta por la validez de una norma al contrastarla con los mandatos de la Constitución Política. Aunque en el desarrollo del juicio la Corte pueda considerar elementos empíricos relevantes para la decisión, lo cierto es que el proceso de constitucionalidad no es un proceso contencioso, no se trata de un juicio de conveniencia, ni consulta por la eficacia de la norma. De forma que el argumento según el cual aún no existe un tercer operador de televisión abierta radiodifundida que haya sido habilitado con posterioridad a la expedición de la Ley 1978 de 2019 no implica en manera alguna que el cargo formulado sea inepto. Lo cierto es que, aunque a la fecha no existan este tipo de operadores, por efecto de la Ley pueden existir y tendrían cargas económicas diferentes a las que asumen los operadores establecidos que se acojan al régimen de transición. Aceptar el argumento del Ministerio implicaría decir que la Corte solo es competente para conocer de leyes si y solo sí, estas han sido ejecutadas por los particulares o las autoridades a las que están dirigidas, y no porque hagan parte del ordenamiento jurídico, lo cual contraviene lo previsto en el artículo 241.4 de la Constitución Política, según el cual la Corte Constitucional es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes.

198. Aclarado lo anterior, corresponde determinar si el criterio de comparación propuesto es relevante en función de la finalidad de la norma y si, aplicado a los sujetos comparados se puede concluir que se trata de sujetos asimilables respecto de los cuales se observa un trato diferenciado que afecte prima facie el derecho a la igualdad.

199. La señora Procuradora General de la Nación y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, entre otros argumentos, exponen que el juicio integrado de igualdad debería concluir en esta primera fase, pues consideran que no existe un verdadero patrón de comparación. Su crítica radica, básicamente, en que se trata de operadores en situaciones de hecho distintas, pues mientras los establecidos vienen de estar sometidos a un régimen especial de concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, que los hace merecedores de un régimen de transición, los nuevos o entrantes no han adquirido ninguna obligación contractual previa que deba satisfacerse plenamente, por lo que el trato diferenciado se entiende justificado.

200. La Sala observa que, en efecto, los operadores entrantes y los establecidos se encuentran en situaciones de hecho distintas pues unos ingresaron a este mercado en fecha anterior a los demás y por lo mismo prestaron el servicio bajo un régimen diferente. Sin embargo, este no es un elemento relevante para definir el tratamiento de la contraprestación a pagar en el marco del régimen de habilitación general. En particular, porque el objetivo de unificación y simplificación del régimen jurídico aplicable a los operadores de televisión abierta radiodifundida que persigue la Ley 1978 de 2019 permitió a los operadores establecidos acogerse al régimen de habilitación general. Es precisamente la decisión política de conservar obligaciones económicas diferenciadas lo que suscita este juicio de constitucionalidad, de manera que el ejercicio de la acción por este cargo se haría nugatorio si se declinara de adelantar el juicio de igualdad precisamente porque los sujetos comparados son objeto del tratamiento diferenciado que se reprocha.

201. En contraste, la Sala constata que, en este caso, los elementos propuestos por los

demandantes como criterio de comparación son relevantes a la luz de las finalidades que persigue la norma demandada, que se inscriben dentro de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 1978 de 2019. La Corte ha señalado que la identificación de la finalidad de la norma es trascendental para adelantar el juicio de constitucionalidad, que exige del juez constitucional un análisis cuidadoso. Así, en la Sentencia C-386 de 2022 la Corte indicó que, existen eventos en los que el legislador hace expresa la finalidad o el objetivo de la norma en el curso del proceso legislativo, bien porque se señala expresamente en la exposición de motivos o la proposición que la integra, o porque se hace expreso en el curso del debate. En estos casos, el juez constitucional debe atenerse a lo expresado por el legislador y fundamentar el juicio en la voluntad expresa del legislador. No obstante, si el trámite legislativo no permite establecer con certeza la finalidad que persigue cada una de las disposiciones incluidas en un proyecto de ley, aún si estas hacen parte del articulado original, la finalidad habrá de definirse de acuerdo con las manifestaciones generales que haya hecho el legislador sobre los objetivos que persigue la ley de la que la disposición hace parte, o en general con el cuerpo normativo en el que se inserta cuando se trata de una norma modificatoria. Por último, si no existe una manera de identificar la finalidad de la disposición a partir de lo debatido en el curso del proceso legislativo o de las pruebas aportadas al expediente, podrá el juez constitucional suplir tal carencia a partir del contexto de la disposición y la valoración razonable de la finalidad que podría inspirarla. En todo caso, para el desarrollo de este análisis, la Corte parte del reconocimiento de que la configuración legislativa ha sido confiada al Congreso de la República, cuyas decisiones se presumen constitucionales y la carga de demostrar lo contrario recae sobre quien controvierte el ejercicio de la facultad legislativa.

202. Revisados los antecedentes legislativos de las expresiones acusadas, la Sala observa que estas no fueron incluidas dentro del proyecto de ley presentado originalmente por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones al Congreso de la República. De acuerdo con el informe de ponencia conjunta para debate en plenarias del Senado y la Cámara de Representantes, las comisiones conjuntas sextas permanentes Constitucionales no modificaron el texto que luego se convertiría en el artículo 33 de la Ley 1978 de 2019 y lo mantuvieron como originalmente fue propuesto, esto es, sin los literales demandados. Las plenarias del Senado y la Cámara de Representantes modificaron el texto

normativo y agregaron los apartados demandados.

203. En el acta N°38, correspondiente a la sesión plenaria extraordinaria del 17 de diciembre de 2018 de la Cámara de Representantes, publicada en la Gaceta del Congreso 125 del 15 de marzo de 2019 se señala que debido al alto número de proposiciones, se aprobó la creación de una subcomisión para analizar, estudiar y presentar recomendaciones a la plenaria sobre el proyecto de ley. En cumplimiento de ese encargo, la subcomisión propuso a la plenaria una proposición única para aprobar lo que terminó siendo el artículo 33 de la ley 1978 de 2019, que contenía los apartes que hoy son objeto de reproche constitucional.

204. El informe de la subcomisión da cuenta de que el congresista César Augusto Ortiz Zorro propuso la modificación del artículo 33 en lo referente a la tasa simétrica de contraprestación periódica. Sin embargo, ni en el debate en el plenaria, ni en el informe de la subcomisión se señalan las razones que sustentan la modificación propuesta. La única referencia concreta a esta modificación es la siguiente:

“Teniendo en cuenta las preocupaciones y situaciones surgidas en torno a la discusión del artículo 33 del proyecto de ley, escuchando las posturas y críticas provenientes de los diversos sectores, gremios, asociaciones, la sociedad civil, y las inquietudes de los honorables Congresistas de la República, y atendiendo a los deberes que nos asisten a los Congresistas de la República, en el ejercicio de nuestra función legisladora, hemos procedido a desarrollar un estudio particular y profundo de los asuntos, motivo de insistente preocupación en torno a la regla propuesta, frente a la posibilidad de acogimiento al régimen de habilitación general a efectos de generar certeza frente a los ingresos que nutrirán el Fondo Único de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que garantizará el financiamiento de las iniciativas de inversión pública para el cierre de la brecha digital, es decir, la garantía de la televisión pública y la radiodifusión sonora pública, así como el acceso, servicio y uso universal de la Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por todos los colombianos, sin distinción de raza, género, condición socioeconómica,

ubicación geográfica”. (resaltado por fuera de texto)

205. En conclusión, la Sala encuentra que el artículo 33 de la ley 1978 de 2019 fue modificado durante el proceso legislativo. La versión que resultó aprobada fue consolidada por la subcomisión referida de conformidad con la proposición del Senador César Ortiz, y su texto fue aprobado por las plenarias de ambas cámaras del Congreso de la República. Este recuento permite, además, constatar que la afirmación contenida en la demanda, según la cual los apartados demandados fueron incorporados en fase de conciliación sin surtir un debate democrático es incorrecta.

206. Así las cosas, los antecedentes legislativos no permiten a la Corte identificar la finalidad perseguida por el Legislador con la expedición de la disposición acusada, pues si bien es posible identificar el origen del texto normativo, no hay claridad en los motivos que llevaron a la aprobación de la versión final del texto.

207. En esas condiciones, la Sala estima que la finalidad de la norma acusada corresponde a los objetivos generales de la Ley 1978 de 2019 en la que se inserta, estos son: “alinear los incentivos de los agentes y autoridades del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (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.”

208. Ahora bien, los demandantes señalan que los operadores entrantes y los operadores establecidos comparten un patrón de igualdad por cuanto: a. compiten por la misma audiencia, b. compiten por el mismo mercado publicitario, c) difunden sus señales a través del espectro electromagnético, d) cualquier persona que se encuentre en el área de cubrimiento puede recibir su señal; y e) operan directamente sus frecuencias. Dicho de otro

modo, ambos grupos prestan el servicio público de televisión en las mismas condiciones. La Sala estima que este es, en efecto, un criterio de comparación relevante a la luz de las finalidades de la norma consistentes en alinear los incentivos de los agentes del sector de las TIC, potenciar la vinculación del sector privado en el desarrollo de proyectos asociados, y aumentar la eficiencia en el pago de las contraprestaciones y cargas económicas de los agentes del sector. Ello por cuanto la uniformidad de las condiciones de prestación del servicio por parte de agentes privados es un elemento determinante para la definición de un régimen que alinee los incentivos que estos tienen para prestar el servicio, vincularse a proyectos que contribuyan al cierre de la brecha digital, y pagar las contraprestaciones económicas a su cargo.

Los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida “establecidos” y los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida “entrantes” que se sujetan al régimen de habilitación general son asimilables, y por efecto de la disposición acusada reciben un trato diferenciado en cuanto a las contraprestaciones y cargas económicas que les corresponden.

209. Tal como se explicó en precedencia, el servicio público de televisión abierta radiodifundida, en razón de su especialidad, siempre ha estado gobernado por normas específicas, entre ellas, las Leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y 680 de 2001. Tras la promulgación de la Ley 1341 de 2009 se modificó el régimen jurídico de acceso de los particulares a la prestación del servicio público de telecomunicaciones y, con ello, las condiciones para adquirir el derecho al uso del espectro. Mientras la normatividad anterior establecía el contrato de concesión como título que habilitaba a los operadores para concurrir en la prestación de dicho servicio, el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 eliminó la exigencia de un título habilitante, y en su lugar, estableció un sistema de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones a cambio de una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Dicha habilitación, que comprende la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se entiende surtida con el registro

del respectivo proveedor ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Aunque, en principio, el servicio de televisión abierta radiodifundida estuvo excluido del nuevo esquema de habilitación general, con la entrada en vigor de la Ley 1978 de 2019, el legislador decidió ampliarlo a los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida y, con el propósito de respetar el título habilitante obtenido bajo el sistema anterior, estableció un régimen de transición para quienes, voluntariamente, se acogieran al sistema de habilitación general.

210. Tal como lo señalan los demandantes, los operadores de televisión abierta radiodifundida establecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1978 de 2019 prestan el mismo tipo de servicio de televisión por la tecnología de transmisión (radiodifundida), por el nivel de cubrimiento (televisión nacional privada), por los usuarios del servicio (abierta, es decir todo el que esté ubicado en el área de cobertura de la señal), por la orientación general de la programación (comercial). Esto implica que, además, tienen la misma audiencia objetiva y compiten por el mismo mercado publicitario. Sumado a esto, dado que la sujeción al régimen de habilitación general implica la terminación automática de las concesiones, y la aplicación de reglas uniformes para los operadores “establecidos” y los operadores “entrantes” es posible afirmar que estos se encuentran sujetos también al mismo régimen jurídico general. Así, en abstracto, se trata de dos grupos cuya diferencia más relevante consiste precisamente en las cargas económicas que asumen unos y otros como correlato por la autorización recibida para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones. Dado que estos dos grupos comparten más similitudes que diferencias en las condiciones de prestación del servicio que son relevantes para el cumplimiento de las finalidades que persigue la norma, prima facie deberían recibir el mismo tratamiento jurídico en relación con las obligaciones económicas que deben al Estado como correlato por la autorización para el uso de redes.

211. No obstante, la disposición acusada introduce un trato diferenciado pues, mientras los dos prestan el servicio en las mismas condiciones, unos – los operadores entrantes- solo pagan la contraprestación única a favor del Fondo Único de TIC que defina el Ministerio de

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en función de sus ingresos brutos por la provisión del servicio de televisión, incluyendo los ingresos por concepto de pauta publicitaria y terminales; y los otros – los operadores establecidos – pagan un porcentaje equivalente al 1.5% de facturación bruta anual para el Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública –hoy Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones– (parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995), y además 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.

212. Tal como se expuso en el análisis de aptitud de la demanda, el apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones señaló a la Corte que el cargo no debía prosperar puesto que no se había demostrado que el valor de la contraprestación única pagada por los operadores entrantes fuera menor que el total pagado por los operadores establecidos. La Corte encuentra que la simple lectura de las normas que señalan los elementos para determinar el valor de la contraprestación, así como las cargas económicas a cargo de los operadores establecidos, permiten concluir que unos y otros asumen cargas económicas diferentes, esto es, que reciben un trato diferenciado que prima facie afecta el derecho a la igualdad.

213. Por lo demás, el valor puntual de la prestación única se define mediante una resolución administrativa que, precisamente por la jerarquía que ostenta en el sistema de fuentes, no complementa el sentido de la ley, ni constituye razón de validez de la misma. Además, por su carácter administrativo, su producción permite mayor flexibilidad y demanda un estándar democrático menos exigente que el de la ley, lo que permitiría modificaciones con mayor facilidad.

214. Si en gracia de discusión se aceptara que la definición administrativa del valor de la contraprestación puede determinar la solución de este paso del test de igualdad, en todo caso habría que señalar que según lo previsto en el artículo 10 Resolución 290 de 2010,

modificado por el artículo 1 de la Resolución 903 de 2020, proferida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la contraprestación periódica única que deben pagar los operadores de televisión abierta radiodifundida a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones corresponde al uno coma nueve por ciento (1,9 %) sobre los ingresos brutos causados por la provisión del servicio de televisión, incluyendo los ingresos por concepto de pauta publicitaria y terminales. De manera que el total de la contraprestación equivale a un porcentaje apenas 0.4% superior a uno solo de los valores que deben pagar los operadores establecidos que se sometan al régimen de habilitación general. Si a eso se suma el otro factor, esto es, el costo pendiente de la concesión, se deduce fácilmente que los operadores establecidos pagan una suma no solo diferente, sino mayor, a la que pagan sus pares.

215. Ahora bien, dado que la disposición acusada implica, como ha sido identificado, un tratamiento diferenciado que genera cargas económicas diferentes a unos y otros actores del mismo mercado -el mercado de televisión abierta radiodifundida- su sujeción a la Constitución Política depende de que estas cargas diferenciadas no sean irrazonables. En efecto, aplicado a las libertades económicas, el principio de igualdad (i) exige que existan reglas generales e impersonales aplicables a todos los competidores y (ii) limita la libertad de configuración legislativa al impedir que la ley imponga cargas diferenciadas irrazonables que privilegien o perjudiquen a los competidores de un mercado. De modo que el trato diferenciado no viola la Constitución si la carga económica diferenciada resulta razonable y proporcionada.

216. En conclusión, la Sala constata que la disposición acusada prevé un trato diferenciado para sujetos asimilables que prima facie afecta el derecho a la igualdad. Dado que la Constitución no prohíbe de manera categórica las desigualdades de trato, lo que implica que algunas medidas que produzcan asimetrías pueden ser consideradas constitucionales, corresponde evaluar la razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado identificado.

Test de igualdad de intensidad leve

217. La regulación del régimen de prestación del servicio público de televisión es un asunto para el cual la Constitución reconoce un amplio margen de configuración al legislador, lo que da lugar a la aplicación de un test integrado de igualdad de intensidad leve. Los demandantes aducen que la disposición acusada debe ser analizada mediante la aplicación de un test de igualdad de intensidad intermedia porque, en su opinión, el trato diferenciado que la norma introduce tiene efectos devastadores en la libre competencia en el mercado de televisión en Colombia, lo cual, a su turno, tiene efectos directos en la libertad de expresión y la libertad de prensa.

218. La Sala Plena aplicará en este caso el test de igualdad de intensidad leve por las razones que se explican a continuación: a) contrario a lo afirmado por los demandantes, no se avizora prima facie que la norma suscite una violación a la libre competencia, pues como se advirtió en precedencia, su objeto es precisamente el contrario, es decir, brindar condiciones para que se amplie un mercado compuesto por solo dos operadores de televisión abierta de alcance nacional; b) la disposición hace parte del régimen jurídico de un servicio público, materia en la que el constituyente le otorgó un amplio margen de configuración al Legislador al disponer en el artículo 365 de la Constitución Política que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares; c) regula derechos de exclusiva naturaleza patrimonial”, respecto de los cuales el legislador tiene una amplia libertad de configuración; y d) no existen prima facie indicios de arbitrariedad en la disposición acusada, por el contrario la Corte encuentra que la disposición acusada i) mantiene incólumes las condiciones económicas que los prestadores establecidos aceptaron al prorrogar la vigencia de sus concesiones antes de la entrada en vigencia de la ley; y, ii) es el resultado de una decisión voluntaria de los operadores.

220. Así, los dos únicos operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos que decidieron acogerse al régimen de habilitación general, es decir, Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., celebraron contratos de concesión con la extinta Comisión Nacional de Televisión el año 1997, en virtud de los cuales se les otorgó el derecho a operar canales nacionales de televisión, de operación privada y de cubrimiento nacional. Al momento de suscribir los respectivos contratos de concesión, dichos operadores se obligaron a pagar, además del precio pactado por la concesión, la suma establecida en el parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, correspondiente al 1.5% de la facturación bruta anual para el Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública -hoy Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-.

221. Los referidos contratos fueron prorrogados por diez años en el 2009, y nuevamente en el 2018, ambos mediante otrosí suscritos entre la entonces Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y dichos operadores. Para determinar el precio de la prórroga de los contratos de concesión, la ANTV celebró un convenio administrativo con la Universidad Nacional de Colombia. Con base en el resultado de varios estudios, la Junta Nacional de Televisión fijó el valor de la prórroga de los contratos de concesión, el cual ascendió a la suma de ciento veintiocho mil setenta y seis millones de pesos (\$128.076.000.000) para cada uno de los concesionarios, y así fue pactado en el respectivo otrosí.

222. De forma que las condiciones financieras en las que estos operadores desarrollan su actividad económica no sufrieron variación alguna que permita inferir una arbitrariedad que obstaculice el ejercicio del derecho a fundar medios de comunicaciones, a participar del uso del espectro electromagnético o bien al desarrollo de la actividad económica de estos operadores. Dicho de otro modo, los operadores establecidos ya habían aceptado, dentro de los contratos de concesión, la asunción de las cargas económicas que imponen los apartes acusados de forma que su permanencia en el tiempo no afecta intensamente su posición como prestadores del servicio de televisión abierta radiodifundida.

223. Ahora bien, es posible que alguien adujera que el monto de la contraprestación única que pagan los operadores entrantes es sustancialmente diferente a aquel que pagan los operadores establecidos por efecto de la disposición acusada, y que ello los obliga a cobrar precios más altos por concepto de pauta publicitaria que los que cobrarán los operadores entrantes, lo cual podría parecer el resultado de una medida arbitraria. La Sala discrepa de ese análisis por cuanto, si bien los operadores establecidos tienen costos más altos por la contraprestación, dado que el mercado de las telecomunicaciones es un mercado de competencia imperfecta estos costos se compensan en el caso de los operadores entrantes por las inversiones que estos deberán hacer para entrar efectivamente al mercado y atraer a la audiencia y a los anunciantes que han sido fieles a los operadores establecidos por más de 20 años. En particular, la medida no afecta el acceso al mercado de nuevos competidores, sino que regula las condiciones de los agentes establecidos al interior del mercado.

224. Segundo, la Sala constata que la sujeción al régimen de habilitación general por parte de los operadores establecidos fue el resultado de una decisión libre y autónoma en la que cada operador evaluó si los beneficios de esta sujeción equivalían a los costos que habrían de sostenerse por efecto de ella. En efecto, el 10 de octubre de 2019, Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. manifestaron al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones su intención de acogerse al régimen de habilitación general. En consecuencia, mediante la Resolución 002765 del 11 de octubre de 2019, se dio por terminado de forma anticipada el contrato de concesión celebrado con RCN Televisión S.A., y se renovó el permiso para el uso y explotación del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida hasta el 10 de enero de 2029. Lo mismo sucedió con Caracol Televisión S.A., por medio de la Resolución 002766 del 11 de octubre de 2019.

225. En el numeral 6 de las respectivas resoluciones se indicó que, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 33 de la Ley 1978 del 2019, el precio de la prórroga que se encontrara pendiente de cancelar a la fecha de su expedición debía pagarse en nueve (9) cuotas anuales pagaderas el 11 de octubre de cada año a partir del 2020, y que el valor de

cada cuota sería ajustado anualmente en el mismo porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior.

226. De acuerdo con la información reportada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el saldo total de la concesión y/o de su prórroga pendiente de pago por parte de los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida, con corte a 15 de julio de 2019 (fecha en la que entró en vigor la Ley 1978 de 2019), equivalía a la suma de \$82.233.013.293, para cada uno de ellos. Por tanto, las cuotas no vencidas por dicha concesión, sin el ajuste del IPC, son las siguientes:

227. De igual forma, los actos administrativos señalaron que los concesionarios debían aportar al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones el 1.5% de la facturación bruta anual que tuviera origen o relación con la operación del servicio habilitado, el cual sería pagadero de manera trimestral dentro de los 15 días siguientes al vencimiento de cada trimestre. En cumplimiento de lo acordado, los dos operadores establecidos han efectuado pagos por la suma total de \$22.591.323.115, como se muestra a continuación:

228. Según las proyecciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en el caso de Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., se espera que el régimen de transición finalice el 10 de enero de 2029, cuando expire la renovación de los permisos que les fueron otorgados para el uso de espectro electromagnético. A partir de esa fecha, todos los operadores pagarán la misma contraprestación única.

229. Así, la imposición de estas cargas en las condiciones que ya han sido expuestas no es

una orden unilateral y perentoria del legislador que cambia arbitrariamente las reglas de negocio aceptadas por los operadores establecidos y les genera nuevas cargas económicas. Por el contrario, la sujeción al régimen de habilitación general y el pago de estas cargas económicas diferenciadas durante cierto periodo de tiempo son consecuencia de decisiones autónomas de los operadores establecidos que, en todo caso ya tenían esas obligaciones dentro de su patrimonio.

230. Como se señaló en apartes precedentes, en el test de intensidad leve o débil corresponde verificar, simplemente, que las medidas legislativas adoptadas hayan sido razonables, esto es, que no hayan sido arbitrarias o caprichosas. Así, corresponde verificar que estas persiguen una finalidad que no esté prohibida por la Constitución, y que sean potencialmente adecuadas para alcanzarla.

La disposición acusada persigue una finalidad que no está constitucionalmente prohibida

231. Tal como se señaló en precedencia la finalidad de la norma acusada se inscribe dentro de los objetivos generales de la Ley 19.778 de 2019 en la que se inserta, particularmente los consistentes en alinear los incentivos de los agentes y autoridades del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), aumentar su certidumbre jurídica, potenciar la vinculación del sector privado en el desarrollo de los proyectos asociados al cierre de la brecha digital, y aumentar la eficiencia en el pago de las contraprestaciones y cargas económicas de los agentes del sector.

232. Estas finalidades no están prohibidas en manera alguna por la Constitución Política, por el contrario, pueden ser consideradas constitucionalmente importantes pues se alinean con el deber estatal de mejorar la eficiencia en la prestación del servicio público de televisión

que, por mandato del artículo 365 de la Constitución Política, debe ser asegurado en favor de todos los habitantes del territorio nacional.

233. Además, la alineación de los incentivos de los agentes del sector TIC pretende la prestación del servicio por todos los operadores en condiciones de igualdad, lo cual en últimas tributa a la garantía de derechos fundamentales como la libertad de información y el pluralismo informativo previstos en los artículos 20 y 75 de la Constitución Política. En otras palabras, es razonable considerar que la pluralidad de oferentes del servicio de televisión tiende a aumentar la diversidad de la información que circula en este medio, lo cual es consistente con los mandatos constitucionales citados.

Las expresiones demandadas son potencialmente conducentes para el logro de las finalidades identificadas.

234. La introducción de reglas que prescriben cargas económicas diferenciadas para nuevos operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida respecto de los operadores establecidos genera un fuerte incentivo para la entrada de nuevos actores a este mercado. Para la Sala no suscita dudas el hecho de que el reconocimiento de un precio por contraprestación diferenciado para nuevos operadores es una medida potencialmente conducente para incentivar la inversión privada adicional en el sector, que beneficia no solo la extensión de infraestructura de redes para la operación del servicio de televisión, sino que puede generar inversiones nuevas en proyectos tendientes al cierre de la brecha digital.

235. En particular, dado que los operadores establecidos han prestado el servicio de televisión abierta radiodifundida de forma continua por más de 20 años, la entrada de nuevos competidores al mercado que deben hacer inversiones nuevas para prestar el servicio, producir contenidos y atraer anunciantes, entre otros, no sería atractiva si los costos por la operación de las redes que deben ser pagados al Estado fueran los mismos que asumen

aquellos que ya tienen un mercado consolidado. De forma que un precio diferenciado, potencialmente inferior a aquél que pagan los competidores que se han repartido el mercado de la televisión abierta radiodifundida por más de 20 años, resulta una medida potencialmente conducente para alinear los incentivos necesarios para atraer nuevos actores privados que inyecten recursos al sector, y por esa vía mejoren la prestación del servicio público de televisión.

236. Por último, la atracción de nueva inversión a este mercado por efecto del pago de un precio diferenciado como contraprestación puede conducir de forma directa a la vinculación del sector privado en el desarrollo de los proyectos asociados al cierre de la brecha digital. Esto por cuanto el artículo 10 de la Ley 1978 de 2019 prevé que hasta el 60% de la contraprestación única que pagan los operadores entrantes puede pagarse mediante la ejecución de obligaciones de hacer tendientes a ampliar la calidad, capacidad y cobertura del servicio, que beneficie a población pobre y vulnerable, o en zonas apartadas, en escuelas públicas ubicadas en zonas rurales y otras instituciones oficiales como centros de salud y bibliotecas públicas, así como prestar redes de emergencias.

237. Aunque, tal como lo informó el Ministerio de TIC, a la fecha no ha entrado a este mercado un nuevo prestador del servicio de televisión abierta radiodifundida, lo cierto es que esto puede obedecer a multiplicidad de factores, y no necesariamente a que el trato diferenciado aquí analizado no tenga la potencialidad de atraer a esos nuevos actores. Dado que en el test leve la carga de desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la medida cuestionada corresponde al demandante, la Sala encuentra suficientes las consideraciones antedichas para concluir que la disposición acusada satisface el requisito de idoneidad.

238. En virtud de las consideraciones precedentes, la Sala concluye que, si bien las expresiones demandadas dan lugar a un trato diferenciado entre dos grupos asimilables, buscan el logro de fines no prohibidos por la Constitución (en particular, incentivar la inversión privada adicional en el sector) y prevén una medida potencialmente conducente

para su consecución. En consecuencia, la Sala concluye que la asimetría alegada por los demandantes no es contraria a los artículos 13 (igualdad), 20 y 75 de la Constitución Política. Por lo tanto, procederá a declarar la exequibilidad de la norma acusada por el cargo analizado.

239. Dado que el reproche por la aparente vulneración de los artículos 20 y 75 de la Constitución Política, y 13 de la CADH se fundamentaban en la existencia de un trato discriminatorio en la disposición acusada, la Sala Plena concluye que estos cargos deben ser despachados desfavorablemente por sustracción de materia. Por lo tanto, la Corte procederá a declarar la exequibilidad de la norma acusada por el cargo analizado.

III. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

HERNÁN CORREA CARDOZO

Magistrado (E)

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-437/22

Ref.: expediente D-14.437

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial) de la Ley 1978 de 2019, «[p]or 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».

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala Plena, salvo el voto en el asunto de la referencia porque considero que debió prosperar el cargo por violación del derecho a la igualdad formulado en la demanda.

En efecto, a pesar de las diferencias que podrían identificarse entre los operadores establecidos y los entrantes, lo cierto es que frente a la evidente realidad de ser unos y otros competidores en un mercado que debe garantizar la libre competencia económica, la Corte debió profundizar en la situación en que quedaban los operadores establecidos, tanto si voluntariamente se acogían o no al nuevo sistema. En uno y otro caso, operar en el mercado abierto de televisión radiodifundida después de la expedición de la norma acusada podría generarles desventajas competitivas.

Al respecto el inciso segundo del artículo 333 de la Constitución prevé que «[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades». La jurisprudencia de la Corte constitucional ha explicado que el ámbito de protección del derecho a la libre competencia en su faceta individual comprende fundamentalmente dos posiciones jurídicas. Primera, la facultad de concurrir libremente al mercado «sin barreras injustificadas». Estas pueden ser «condiciones restrictivas» o factores que «impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado». En este sentido, dichas barreras pueden tener naturaleza jurídica, estructural,

estratégica, económica y técnica.

La segunda posición jurídica consiste en la prerrogativa de participar en el mercado en «igualdad de condiciones con los demás competidores». Esta prerrogativa es una manifestación del principio de igualdad en el campo de las libertades económicas que i) exige que existan «pautas o reglas de juego generales e impersonales», aplicables a todos los competidores; y ii) impide que la ley otorgue «ventajas competitivas», «privilegios injustificados», «beneficios ilegítimos» o imponga «cargas diferenciadas irrazonables» que sitúen a uno de los competidores en una posición de inferioridad (o superioridad) para formar y mantener una clientela.

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

Esta circunstancia, estimo que la norma permite que existan cargas diferenciadas irrazonables, en perjuicio de los operadores establecido. Por ello, considero que debido declararse su inexecutable.

Fecha ut supra

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-437/22

1. 1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, a continuación presento las razones por las cuales me aparté de la decisión mayoritaria en el proceso de la referencia.

2. En la Sentencia C-437 de 2022, la discusión constitucional se centró en establecer si el enunciado normativo acusado desconocía los derechos a la igualdad, a la libertad de expresión, a fundar medios masivos de comunicación y al acceso equitativo al espectro electromagnético, al prever un régimen de transición, en virtud del cual los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida operantes que se acojan al modelo de habilitación general, deben pagar tarifas diferentes a las que se cobran a los operadores entrantes, en el mismo esquema de habilitación general. En aplicación de un test de igualdad de intensidad leve, la mayoría de la Sala consideró que la medida demandada es exequible porque persigue una finalidad constitucionalmente importante, es efectivamente conducente y no es evidentemente desproporcionada.

3. Como lo explico a continuación, en mi criterio, son tres las razones por las cuales no debió definirse de fondo el asunto y, en su lugar, debió proferirse una decisión inhibitoria: (i) los cargos formulados en la demanda se basaron en un mismo argumento de igualdad que no

logró suplir la carga argumentativa especial de especificidad; (ii) la demanda no se fundamentó en un reparo constitucional, sino en un reproche eminentemente económico; (iii) algunos apartes de la decisión se fundaron en casos concretos cuyo análisis no es propio del escenario de constitucionalidad.

4. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, cuando se presenta un cargo por desconocimiento del principio de igualdad, además de la carga argumentativa mínima exigible frente a las demandas de inconstitucionalidad, también se exige una carga argumentativa especial de especificidad que se compone de tres elementos: (i) identificar con claridad cuáles son los grupos o situaciones involucradas en la controversia y explicar bajo qué criterio serían comparables; (ii) indicar en qué consiste el trato diferencial creado por la norma demandada y, en ese sentido, definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe un tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles; y (iii) explicar por qué dicho trato no se encuentra justificado constitucionalmente.

5. En aplicación de los anteriores criterios al asunto bajo análisis, advierto que en la demanda se formularon dos cargos independientes, fundados en un mismo argumento de igualdad, en virtud del cual no se logró demostrar bajo qué criterios los operadores establecidos y los operadores entrantes de televisión abierta radiodifundida resultaban comparables ni la razón por la cual el Legislador debió brindarles un tratamiento igualitario en el acceso al régimen de habilitación general; conforme lo explico enseguida.

6. Por una parte, los operadores establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1978 de 2019 tenían contratos de concesión vigentes con el Estado para la prestación de servicios de telecomunicación, así como para la instalación, operación y ampliación de las redes de telecomunicaciones asociadas a tales servicios; de manera que ya habían aceptado, dentro de los contratos de concesión correspondientes, la asunción de las cargas económicas que imponen los apartes acusados. Por su parte, los operadores entrantes del servicio de televisión abierta radiodifundida no cuentan con compromisos legales previos, por lo que,

para la provisión del servicio, deben someterse directamente al régimen de habilitación general, a cambio de una contraprestación periódica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

7. En ese sentido se trata de sujetos diferenciables frente a los cuales el Legislador no estaba obligado a brindar un tratamiento igualitario en el acceso al régimen de habilitación general y la demanda no estableció cuáles eran las razones por las cuales era admisible el patrón de comparación. Considero que la existencia de compromisos legales previos con el Estado justifica que los primeros pasen por un proceso de transición, en virtud del cual puedan mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta su término, antes de acogerse al régimen general. Por ende, la norma demandada, en mi criterio, estableció tratamientos distintos frente a situaciones jurídicas diferentes; una consolidada bajo los efectos de la Ley 182 de 1995 que debe ser protegida, con miras a garantizar los derechos y obligaciones previamente adquiridos, y otra que, de configurarse, nacería bajo los efectos del régimen de habilitación general.

8. Por otro lado, la categoría de operadores “establecidos” y “entrantes” del servicio de televisión abierta radiodifundida fue creada por los demandantes, pero no se deriva de la norma demandada, ni de ninguna regulación al respecto. En efecto, los únicos operadores existentes del régimen de televisión abierta radiodifundida son aquellos que venían prestando este servicio en virtud de una concesión o licencia y que decidieron acogerse al régimen de transición; por su parte, los operadores entrantes de televisión abierta radiodifundida no han sido habilitados y, por ende, a la fecha no existen. De manera que la demanda se basó en una proposición jurídica deducida por los demandantes y no en una real o existente, con lo cual, no solo carecía de la carga argumentativa especial de especificidad, sino que también le faltaba certeza.

9. Si bien considero que la Corte tiene la competencia para acudir al principio pro actione en las demandas de constitucionalidad, esto en mi criterio es posible en la medida en que del

escrito y del propio proceso participativo que se surte puedan advertirse con claridad los reparos constitucionales, sin embargo esto no ocurrió en el presente asunto y por ello debió emitirse un fallo inhibitorio.

10. En segundo lugar, advierto que la demanda no se basó en un reproche constitucional, sino en uno eminentemente económico, con lo cual las acusaciones carecieron de claridad, especificidad y suficiencia. En efecto, el argumento central de los demandantes consistió en que, al acogerse al régimen de transición, los operadores establecidos de televisión abierta radiodifundida no solo deberán pagar la contraprestación económica de que trata el parágrafo 2° del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, sino también el valor que se encuentre pendiente por la concesión o su prórroga. Sin embargo y más allá del asunto netamente económico, no se precisó en qué sentido el enunciado normativo acusado infringe el ordenamiento superior, ni cómo éste exhibe un problema de validez constitucional; máxime si se tiene en cuenta que la decisión de someterse al régimen de transición es facultativa. En esa medida, no se logró poner en entredicho la presunción de constitucionalidad de la norma demandada.

11. En tercer lugar, advierto que en la decisión se hizo referencia a situaciones particulares de operadores establecidos de televisión abierta radiodifundida, a pesar de que, en tratándose de una acción pública de inconstitucionalidad, lo que correspondía era realizar un análisis abstracto. En ese sentido, las condiciones financieras en las que RCN y Caracol desarrollan su actividad económica no debieron ser traídas a colación y tampoco era necesario hacer referencia a las condiciones en que se acogieron al régimen de habilitación general. Para concluir que el Legislador no impuso ordenes unilaterales y perentorias a través del enunciado normativo demandado, bastaba con verificar que la medida legislativa acusada haya sido razonable y potencialmente adecuada para alcanzar una finalidad que no estuviera constitucionalmente prohibida. Recuérdese que el control de constitucionalidad se desarrolla bajo los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Constitución Política, el cual prescribe de manera taxativa las funciones que le competen a la guardiana de la Constitución.

12. En los anteriores términos, he presentado las razones que justifican mi decisión de salvar el voto a la Sentencia C-437 de 2022.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada