

Bogotá D. C., 7 de julio de 2016

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Ciudad

Magistrada Ponente:	NELLY YOLANDA VILLAMIZAR DE PEÑARANDA.
Referencia:	Acción Popular Exp. No. 25000231500020100240401.
Demandante:	Hermann Gustavo Garrido Prada.
Demandado:	Comisión Nacional de Televisión.

CAROLINA PIÑEROS OSPINA y EDUARDO NORIEGA DE LA HOZ, en nuestra calidad de miembros del Comité de Verificación designados por el Honorable Consejo de Estado en el ordinal tercero de la sentencia de fecha 27 de marzo de 2014 del proceso de la referencia, nos permitimos, dentro del término legal, interponer recurso de reposición contra el Auto proferido por la Sección Cuarta, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 28 de junio de 2016, mediante el cual se niega el recurso de reposición interpuesto contra el auto de la misma Sala del 31 de mayo de 2016, mediante el cual se resolvió declarar cumplido el Fallo de Acción Popular del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2014, y su posterior aclaración realizada el 26 de junio de 2014, y se negó la concesión del recurso de apelación interpuesto contra la citada providencia de mayo 31 de 2016. De manera subsidiaria y de conformidad con lo previsto en los artículos 352 y 353 del Código General del Proceso nos permitimos solicitar se ordené la reproducción de todo el expediente desde la sentencia de segunda instancia 27 de marzo de 2014 y demás piezas procesales que se estimen necesarias y copia del incidente de desacato propuesto por RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A. y se remita a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado.

Sustentamos el Recurso en los siguientes términos:

1.- Legitimación en la Causa. Procedencia del recurso de apelación.

Por definición constitucional y legal las Acciones Populares están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personal. En el presente caso la Acción Popular fue promovida por el ciudadano Hermann Gustavo Garrido Prado en relación con el fallido proceso de adjudicación del Tercer Canal de Televisión, en el cual los suscritos participamos, tal como reposa en el expediente, como veedores ciudadanos y formulamos las observaciones que fueron tenidas como prueba por el Honorable Consejo de Estado para proferir Sentencia contra las entidades Accionadas.

Actuamos en nuestra calidad de miembros del Comité de Verificación designados por el Honorable Consejo de Estado en el ordinal tercero de la sentencia de fecha 27 de marzo de 2014 del proceso de la referencia. Como

tal participamos, previa citación, en la Audiencia de Verificación del fallo celebrada en el tribunal Administrativo de Cundinamarca y allí intervinimos para expresar nuestra inconformidad con los informes rendidos por las Entidades Accionadas y expresar nuestro concepto en el sentido de que las órdenes impartidas por el Honorable Consejo de Estado no habían sido cumplidas. La Audiencia fue suspendida y la Magistrada Ponente y miembro del Comité de Verificación dio un plazo hasta el 29 de agosto de 2015 para que los miembros del Comité se pronunciaran sobre el cumplimiento o no dado al Fallo ya citado del Consejo de Estado. Así lo hicimos junto con los Delegados de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la Republica. mediante informe contenido en Acta que aportamos al proceso mediante escrito aportado al presente proceso el 26 de agosto de 2015.

Por decisión del Honorable Consejo de Estado intervenimos en el Proceso y la decisión contenida en el auto que declara cumplida la Sentencia de marzo 27 de 2014 es contraria a la posición asumida por el Comité de Verificación contenida en Acta de agosto 26 de 2015, aportada al proceso y adicionalmente, pone fin al proceso sin que a nuestro juicio se haya cumplido con las órdenes impartidas por el Consejo de Estado.

El artículo 68 de la Ley 472 de 1998 remite en relación con los aspectos por ella no regulados al Código de Procedimiento Civil. En el presente caso la providencia recurrida por nosotros es proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca una vez terminado el trámite de la Acción Popular con sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado y el Código General del Proceso prevé que la misma, por “poner fin al Proceso”, es apelable. (Artículos 320, 321 numeral 7 y 322 del Código General del Proceso.)

2. Ausencia de valoración de los argumentos y pruebas aportados por la mayoría de los miembros del Comité de Verificación. Errónea valoración de los argumentos y pruebas aportadas por las entidades accionadas.

Nuestros argumentos y las pruebas por nosotros aportadas no fueron considerados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que en las providencias de mayo 31 y 28 de junio de 2016, se limita a mencionarlos sin hacer una valoración técnica y jurídica de los mismos mientras que le otorga plena credibilidad a los argumentos falaces y a las pruebas inoportunas e inadmisibles presentadas por las entidades accionadas.

2.1. Desecha el Tribunal, por ejemplo, las pruebas aportadas por la Contraloría General de la Republica contenidas en documentos emanados del ejercicio de su función constitucional de control fiscal en procesos adelantados contra las entidades accionadas, relacionadas con los hechos del proceso y con las órdenes impartidas por el Honorable Consejo de Estado.

En efecto en el Acta del Comité de Verificación se destacan las observaciones realizadas por la Contraloría General de La Republica que se soportan en informes de Auditoria que fueron aportados como anexos de dicha Acta y el Delegado de la Contraloría concluye que *“las actuaciones desarrolladas por la*

Contraloría General de la República han evidenciado que se observa un bajo nivel de competencia intramodal e intermodal entre los modos tradicionales de la provisión del servicio de televisión en Colombia, con altos niveles de concentración en la industria, con fallas del mercado relacionadas con la orden impartida por la ANTV con respecto a la retransmisión de la señal de los canales de televisión abierta por las redes de televisión por suscripción, con la no garantía efectiva del acceso a la señal de televisión abierta radiodifundida, entre otros aspectos, lo que implicaría la necesidad de una acción regulatoria coordinada entre la CRC y la ANTV que permita revertir esta problemática que afecta el acceso a la televisión, la garantía del pluralismo e imparcialidad informativa, la competencia, la eficiencia y el bienestar económico, social y cultural de los habitantes del territorio nacional. Por lo tanto, el cumplimiento del mandato del Consejo de Estado no se está cumpliendo de manera efectiva por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, teniendo en cuenta además, las debilidades de gestión de parte de la Autoridad Nacional de Televisión, lo que adicionalmente tampoco cumple con lo estipulado en la Constitución Política en materia de pluralismo informativo y libre competencia.”

2.2. Insiste el Tribunal en darle valor como regulación o reglamentación en relación con la Retransmisión en Alta Definición de Señal Abierta en Televisión Cerrada, que ha sido plenamente identificada como una falla en el mercado, a la actuación administrativa adelantada por la ANTV mediante Resoluciones No. 1612 de 2014 y 2291 de 2014. Tal actuación además de solo contener la reiteración de normas legales y pronunciamientos contenidos en fallos judiciales, claramente no constituye regulación ni reglamentación. Se trata de una actuación en la que evidentemente se constató la existencia de la Falla en el Mercado pero la ANTV se limitó a impartir unas ordenes que no han sido cumplidas dado que, se reitera, la señal en alta definición de Caracol y Rcn, que es publica, abierta y gratuita, no es transmitida por los operadores de televisión por suscripción y, por causas a estos atribuible, tal como se demostró en la actuación administrativa, tampoco es recibida por los usuarios de manera directa debido a la ausencia de antenas o posibilidad de recepción en los equipos de los operadores de televisión por suscripción.

Las órdenes impartidas por la ANTV mediante las Resoluciones No. 1612 de 2014 y 2291 de 2014 son inocuas y después cerca de dos años de impartidas no han sido acatadas y en consecuencia la falla en el mercado persiste. La ANTV durante el desarrollo de la actuación administrativa iniciada con la Resolución No. 1612 de 2014 conoció que la Superintendencia de Industria y Comercio inició una actuación promovida por los Canales RCN y Caracol sobre la retransmisión de sus señales, dentro de las que se adoptaron medidas cautelares¹ (cuya copia fue aportada por nosotros como prueba en el presente proceso) que están vigentes en la actualidad y que impiden a los operadores de televisión por suscripción retransmitir la señales en alta definición de Caracol y Rcn y que por lo tanto anulan la Orden impartida por la ANTV mediante la Resolución 2291 de 2014 de la ANTV.

¹ Autos Nos. 26683 de junio 3 y No. 34585 de julio 25 de 2014, Proceso de Competencia Desleal, Radicación SIC No. 14 - 116592

La Falla en el mercado en relación con la retransmisión de la señal se explica porque la regulación vigente no define con claridad aspectos relacionados con los derechos de autor en cabeza de los Canales Rcn y Caracol como productores y emisores de contenidos televisivos. Este aspecto tampoco es resuelto de manera satisfactoria por la regulación propuesta por la CRC en el documento “Mercados Audiovisuales en un Entorno Convergente” que, en todo caso, hoy aún no ha sido adoptada.

Esta propuesta de la CRC https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/analisis_mercados_audiov/160329-Proyecto_Resolucion.pdf, que no puede ser tenida en cuenta como parte del marco regulatorio puesto que aun hoy no ha sido expedida, fue descalificada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior y de Justicia que considera que *“siendo los derechos conexos de los organismos de radiodifusión de contenido patrimonial, es decir, implicando una facultad exclusiva para autorizar o prohibir su utilización, es necesario que las autorizaciones o licencias de uso que se concedan a quienes pretendan efectuar la retransmisión de sus emisiones, como por ejemplo los operadores de televisión por suscripción o de televisión satelital, provengan de los titulares de los derechos.”* https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/analisis_mercados_audiov/coment/DNDA.pdf

Lo evidente es que la falla persiste y por lo tanto no es admisible que el Tribunal reseñe como prueba de cumplimiento lo afirmado en el Documento “Mercados Audiovisuales Relevante en un Entorno Convergente” que claramente le otorga valor a una Resolución inocua expedida por la ANTV y a una propuesta de regulación claramente descalificada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor con base en normas de la Comunidad Andina y de nuestra legislación.

2.3. El Consejo de Estado le impartió en la Sentencia de 27 de marzo de 2014 a La ANTV la orden de expedir, dentro del término máximo de 3 meses siguiente al vencimiento del plazo señalado para la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la normatividad general de que tratan las disposiciones del literal e) del artículo 18 de la Ley 182 de 1995 y del artículo 14 de la Ley 1507 de 2012, relativas al otorgamiento y prórroga de las concesiones para la explotación del servicio público de televisión nacional de operación privada, las cuales deberán incluir todos los aspectos señalados en las citadas disposiciones y sujetarse a las disposiciones que en el relación con el mismo servicio adopten la Comisión de Regulación de Comunicaciones y la Agencia Nacional del Espectro.

Frente a la claridad de la orden antes transcrita y a pesar de que en la parte considerativa del fallo el Honorable Consejo de Estado hace un análisis detallado y exhaustivo de la actuación improvisada, opaca e inmoral de la Comisión Nacional de Televisión frente al fallido proceso de adjudicación del Tercer Canal, la ANTV, para justificar el incumplimiento total a la orden del Consejo de Estado, sostiene que la regulación pedida por el Honorable Consejo de Estado ya esta contenida en nuestra legislación contractual. Tal afirmación, aceptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

constituye una burla al Fallo de segunda Instancia proferido dentro del presente proceso.

Es obvio que la ANTV puede y debe acudir a lo ya reglamentado en nuestro estatuto contractual pero tanto las leyes 182 de 1995, 335 de 1996, 680 de 2001 y 1507 de 2012 establecen normas especiales para la prestación del servicio público de televisión que están vigentes y que le imponen como función y obligación a la ANTV la adopción de reglamentaciones especiales a través de las cuales se garantice la vigencia de los principios, fines y objetivos del servicio público de televisión definidos por el legislador. La ausencia de tales normas determinó en el pasado que, por ejemplo, de manera improvisada se definiera la posibilidad de adelantar una subasta con un solo proponente violando de manera flagrante el principio de pluralismo y de condiciones de igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión. Recientemente el Ministro de las TIC señaló que en esta ocasión era posible realizar la subasta con un solo proponente pero frente a aspectos tan importantes y medulares como este la ANTV sostiene que no es necesaria reglamentación alguna.

Al contrario de lo que sostiene la ANTV, en el pasado la Comisión Nacional de Televisión expidió normas que hoy no están vigentes o deben ser actualizadas relacionadas con las condiciones especiales que deben reunir los oferentes dentro de un proceso de licitación, o las condiciones de prórroga, o aspectos relativos a franjas y a contenidos de la programación que hoy no se hayan claramente regulados. Justamente, en virtud de los cambios tecnológicos y el diagnóstico sobre mercados audiovisuales en un entorno convergente realizado por la CRC, es indispensable la adopción de un marco regulatorio que fije las condiciones de ingreso de un nuevo operador, en el entendido de que ese es el alcance de la orden impartida por el Consejo de Estado a la ANTV.

Resulta inadmisibles que se sostenga que el marco ordinario de la legislación contractual es suficiente para garantizar la vigencia de principios y fines del servicio público de televisión definidos en la ley, que justifican a su vez la necesidad de una institucionalidad especial y la existencia misma de la ANTV.

Es el caso de una regulación especial de contenidos de televisión que proteja a los niños y a los jóvenes que ha sido reclamada por Red Papaz con fundamento en normas legales e internacionales que hoy son violadas debido a la ausencia de reglamentación adecuada.

2.4. En relación con los informes y estudios secretos de la Universidad Nacional de Colombia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sin conocerlos, les otorga el carácter de minuciosos, conclusión que no compartimos y reiteramos que tales estudios no pueden tener el carácter de reservados puesto que están referidos a diagnósticos sobre el mercado de televisión que fueron ordenados por el Consejo de Estado y que con base en ellos y en las decisiones que en ejercicio de sus funciones adopte la Junta Nacional de Televisión debe ser posible para el juez de la Acción Popular la valoración en torno a la necesidad o de la adopción por parte de la ANTV de

las reglamentaciones ordenadas por el Consejo de Estado. Sostener que como forman parte de los estudios previos para la licitación del tercer canal no podrán ser públicos sino cuando se abra el respectivo proceso licitatorio es interpretar las normas legales de manera restrictiva, desconociendo los principios de publicidad y transparencia cuya inobservancia motivó el Fallo de Acción Popular que nos ocupa.

De los HH. Magistrados,

CAROLINA PIÑEROS OSPINA
C.C. No. 39.694.233 de Usaquén
Red PaPaz
Av. (Cr) 15 No. 106-32 of. 603
Bogotá D.C.

EDUARDO NORIEGA DE LA HOZ
C.C. No. 12.543.099 de Santa Marta
Control Ciudadano Tv
Carrera 7 No. 88 – 96 apto 301
Bogotá D.C.