

**DOCUMENTO SOBRE EL FRAUDE EN EL MERCADO AUDIOVISUAL**

**1. El mercado audiovisual en Colombia.**

El mercado audiovisual colombiano, cuya estructura se resume en la gráfica 1.1, es un mercado intermodal abierto compuesto por:

- a) Un mercado regulado de televisión por suscripción, en el que compiten:
  - Operadores de televisión por cable
  - Operadores de televisión satelital
  - Futuros entrantes: empresas públicas de telecomunicaciones acorde con la Ley 1507 de 2012
  - TDT pago
- b) Un mercado regulado de televisión comunitaria compuesta por:
  - Operadores de televisión comunitaria puros
  - Operadores de televisión “comunitarios estratégicos”<sup>1</sup>
- c) Un mercado no regulado de acceso a contenidos audiovisuales compuesto por:
  - Proveedores de contenido
  - Video tiendas

**Gráfica 1.1. Estructura Actual del Mercado Audiovisual Pago**



**Gráfica TVPC**

Es un mercado con dos (2) problemas estructurales fundamentales a saber:

<sup>1</sup> Sobre el particular puede observarse el Informe No. 2 de CGI, “Determinación y Análisis Cuantitativo de los Mercados Relevantes”, página 127

1. Informalidad/ilegalidad
2. Asimetrías regulatorias con respecto a los demás servicios de TIC

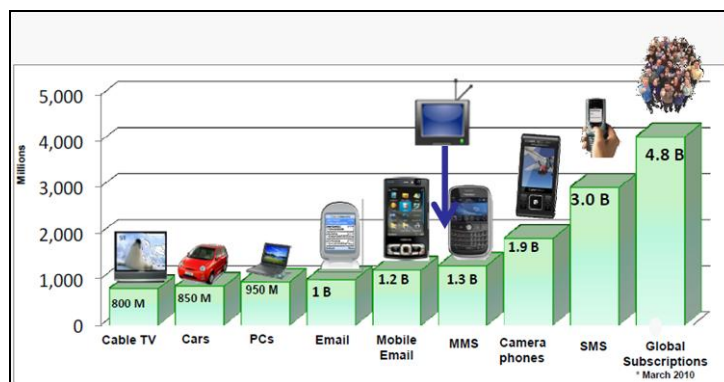
En este documento evaluaremos el impacto de los problemas advertidos.

## 2. Acercamiento a la problemática del fraude:

De acuerdo con cifras de la CNTV en el país hay 3.871.895 suscriptores de televisión, de los cuales el 82.6% corresponden a suscriptores de tv por cable y el 17.4 a suscriptores de televisión por satélite.

La industria audiovisual era considerada el servicio de consumo masivo de mayor presencia en el hogar. Sin embargo, en la actualidad hay mas suscriptores móviles que televisores y servicios móviles como los mensajes de texto - SMS, video - MMS y el correo la superan en importancia. En el mediano plazo, otros dispositivos y servicios como el PC y el correo electrónico están próximos a superarla (Figura 2.1).

Figura 2.1. Número de usuarios para las 10 tecnologías más populares a nivel global



Fuente: [www.3gamericas.org](http://www.3gamericas.org)

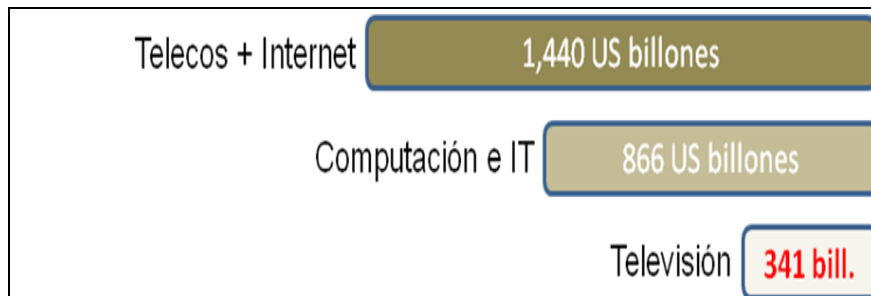
Esa televisión de los años previos a la globalización, el Internet y la convergencia, conocida como aquel servicio difundido visto al mismo tiempo por diversos hogares se desvanece poco a poco dentro de un universo más grande, el de las tecnologías de información y comunicación TIC (Figura 2.2).

Según Cisco, “para 2014 el 64% del tráfico de Internet en América latina lo ocupará el contenido audiovisual”<sup>2</sup> y Según Morgan Stanley<sup>3</sup>, “para ese mismo año habrá más usuarios accediendo a programas de TV desde el móvil y el PC que desde el televisor”. Lo anterior a todas luces constituye una completa revolución para el sector, misma que sin duda debe ser tenida en cuenta por todos los actores del mismo, por el Estado y naturalmente por los usuarios.

<sup>2</sup> <http://tecnología.noticierodiario.com.ar/en-el-2014-el-64-del-trafico-de-america-latina-en-la-red-lo-ocupara-el-contenido-audiovisual.html>

<sup>3</sup> Morgan Stanley, april 2010, Internet Trends.

**Figura 2.2. Ingresos globales del sector TIC. 2009.**

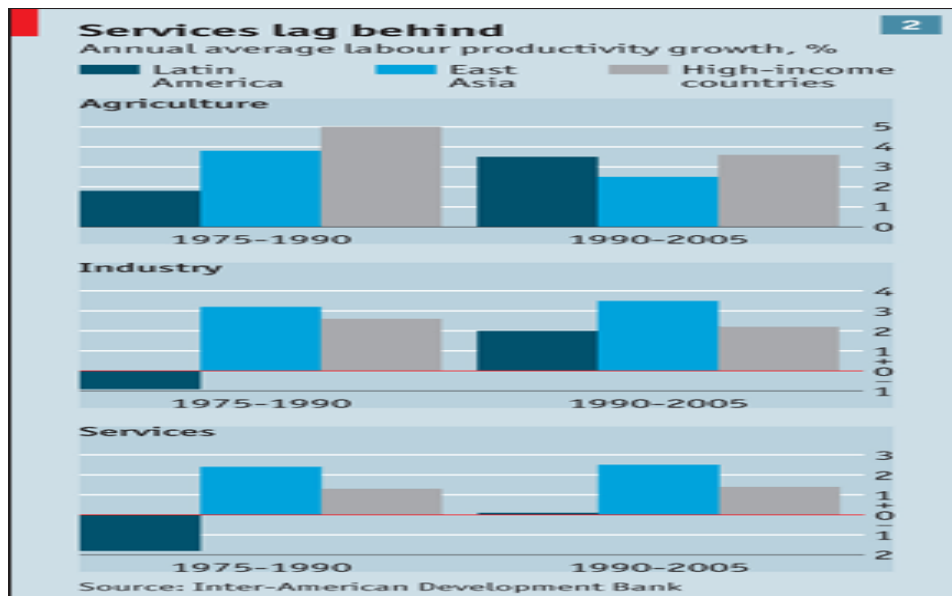


Fuente: Business Week, IDATE y Morgan Stanley.

De otro lado, se resalta que la relación directa entre la incidencia del fraude en el sector y la productividad del sector de la televisión.

Las cifras de fraude que veremos en este documento y que afectan a la televisión por suscripción dejan ver a las claras el impacto de ese flagelo en la industria y en la competitividad.

**Figura 2.3 . Crecimiento de la productividad por regiones y servicios. 1975 - 2005**



Fuente: Tomado de The Economist, sep 19<sup>th</sup> 2010.

Estudios como los de Tang (2007) y Grajek & Roller, (2008), dejan ver a las claras que existe una fuerte relación entre productividad y competitividad país – competitividad en TIC y competitividad en televisión. Por supuesto, la lucha contra el fraude en este sector es justamente un factor decisivo para alcanzar mayores niveles de productividad y conectividad en el sector y la industria.

### 3. La problemática de la televisión por suscripción y el fraude.

#### 3.1 La problemática:

Ya en lo que tiene que ver con la penetración de la televisión por suscripción, tenemos que Colombia es un país con una aparente alta difusión del servicio, **sin embargo, se estima que cerca del 40% de dicho servicio es prestado de manera informal o ilegal, bien sea porque los usuarios no se registran ante el regulador, porque son atendidos por operadores sin autorización o porque se sirven de conexiones fraudulentas.**

Estas prácticas irregulares derivan invariablemente en bajas tarifas de los operadores ilegales con las cuales les es imposible competir a los operadores que cumplen con el ordenamiento legal en materia de impuestos y específicamente el que rige para esa industria, lo que termina convertido finalmente en competencia desleal que compromete su permanencia en el negocio.

En el documento “Análisis del sector TIC en Colombia: Evolución y Desafíos” de 2010, la propia CRC nos indica que:

*En este contexto y aunque las cifras evidencien evolución positiva de los niveles de penetración de la televisión por suscripción, **es de señalarse que uno de los principales problemas que afecta este servicio tiene que ver con la prestación no autorizada del mismo, ya sea a través de las denominadas empresas “piratas” o por usuarios que derivan el acceso a la señal desde conexiones y decodificadores de empresas que están legalmente habilitadas para prestar el servicio de televisión** (Rebellón, 2010).*

Y por ello, la propia CRC en el documento anotado reconoce que:

*En Latinoamérica, en virtud del menor nivel de digitalización, la piratería en televisión por suscripción se focaliza tanto en el robo de señal y transmisión ilegal por parte de organizaciones no habilitadas, como en el fraude que perpetúan los mismos usuarios que se “cuelgan” de señales emitidas por empresas legales. **En éste ámbito, Colombia representa un caso crítico donde cerca del 40% de los suscriptores no se encuentran registrados (subreporte), situación que contrasta con los menores grados de incidencia de la piratería registrados en México (20%) y Argentina (14%).***

La consecuencia lógica de esta lamentable situación es la saturación del mercado y la pérdida de ingresos y competitividad de los operadores establecidos legales, tal y como lo advierte la CRC<sup>4</sup>:

**El fenómeno de la piratería en la televisión paga en Colombia tiene impactos nefastos sobre el servicio, especialmente respecto de la pérdida de ingresos. Esta problemática reduce las expectativas de crecimiento tanto para proveedores como para programadores. En este sentido y de acuerdo con Rebellón, se estima que en el caso colombiano la piratería ha llevado a la saturación del mercado, por lo menos en las principales ciudades del país, donde la penetración de televisión paga (legal e ilegal) puede estar en torno al 78% (EGM, 2009).**

Para concluir la CRC respecto a este punto que:

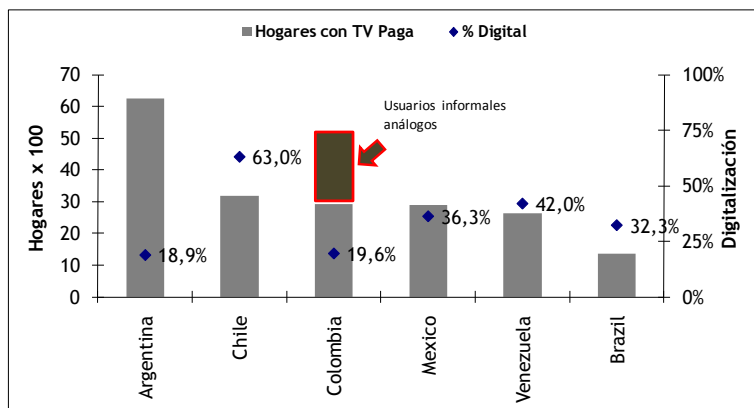
**A este fenómeno de estancamiento en el crecimiento del servicio se suma el fenómeno de elevada informalidad en la prestación del mismo, problemas en la pauta y subreporte. Respecto de este último aspecto, se considera que el mismo es una de las causantes de la crisis de la televisión pública por cuanto el Fondo Para el Desarrollo de la Televisión se nutre de la compensación calculada sobre los ingresos reportados.**

---

<sup>4</sup> “Análisis del sector TIC en Colombia: Evolución y Desafíos” CRC 2010

Ello demuestra que los índices de fraude son gigantescos y que esta situación es claramente conocida por el propio Estado y es evidente que es la propia inactividad de quien debe controlar esta situación la que ha llevado al estado actual de cosas. Resulta obvio en este escenario que hasta que el Estado no aborde seriamente este punto no se mejorará la productividad, ni se lograrán mayores recursos a operadores vía incremento en la base de suscriptores y al Estado vía mayores contribuciones y mayor recaudo de impuestos al valor agregado y a la renta.

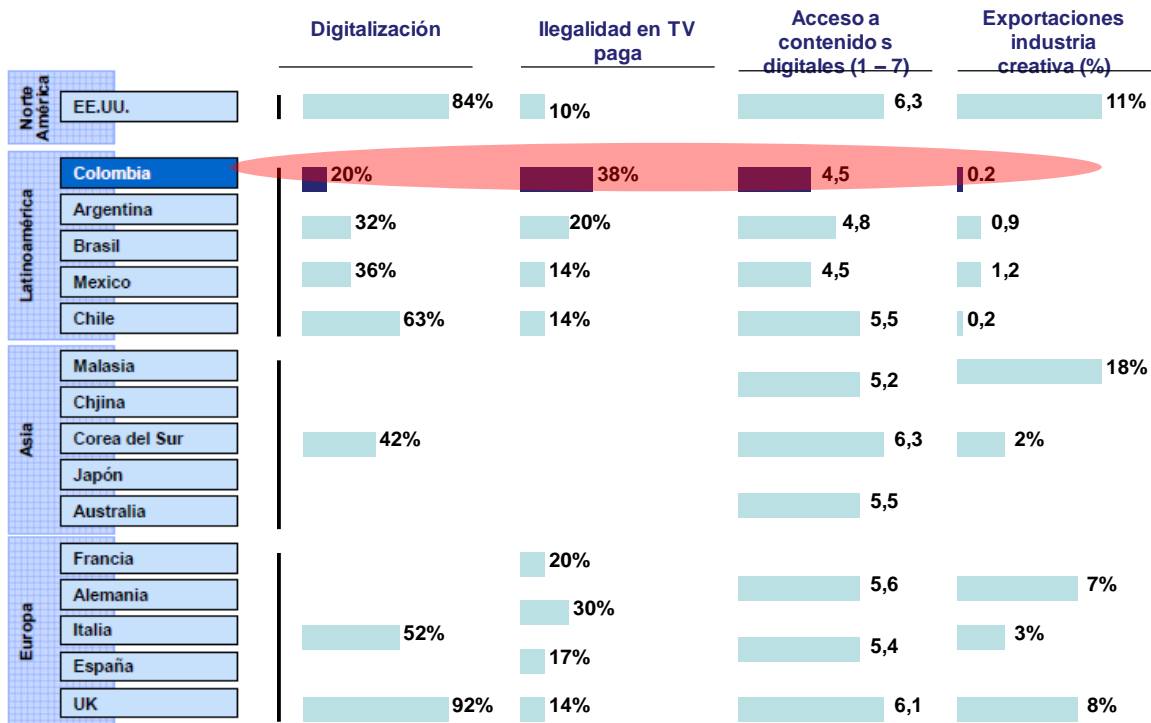
**Figura 3.1 . Penetración del servicio de televisión paga. LATAM – 2009.**



Fuente: Cálculos TVPC con base en CNTV – DANE, CNTV-ACIM, Convergencia Latina y Frost & Sullivan.

La figura 3.2 denominada *Indicadores comparados de digitalización, ilegalidad y promoción de industria de TV. 2009* nos presenta unos indicadores alarmantes en lo que tiene que ver con el fraude, mismo que se situaba en ese año en el 38%:

**Figura 3.2 : Indicadores comparados de digitalización, ilegalidad y promoción de industria de TV. 2009.**



Fuente: IDATE 2010, Frost & Sullivan 2009 y WEF, 2010.

La alta incidencia de las actividades fraudulentas mina cualquier modelo de negocios que pueda presentar un operador legal y resta incentivos a la modernización de redes ya que dicha actividad se sustenta precisamente en todo lo contrario: en el no pago o robo de señales (no digitalización), en derivaciones fraudulentas (no digitalización) y en sub-reporte de usuarios.

Tan escandaloso y evidente es el tema del fraude en la televisión por suscripción que la propia CRC en un reciente documento de marzo de 2012 ha aceptado la necesidad de avanzar en el control del fraude en este servicio:

*“En lo relacionado con la prestación no autorizada del servicio de televisión, diferentes países han tomado medidas para evitar la elusión del acceso condicionado. En Estados Unidos, se prohíbe la elusión del cifrado que se utiliza en las señales de radiodifusión. En Europa, se prohíbe toda actividad comercial de fabricación, distribución y marketing relacionada con tarjetas inteligentes piratas y otros dispositivos que permitan eludir la protección del acceso a servicios de televisión de pago, radio e Internet. En Australia se define la ilegalidad de los actos preparatorios, tales como fabricación o comercialización de dispositivos o servicios utilizados para eludir medidas tecnológicas de protección de los derechos de los autores. Finalmente y en el caso de México, el mercado negro de la televisión es sancionado a través de tres rubros: a) violación a las leyes de derecho de autor; b) desciframiento ilegal de señales satelitales; y c) robo de señal. De lo anterior, se concluye que los retos regulatorios obligados que ha traído la convergencia en el marco de la regulación de los mercados audiovisuales tienen que ver con: i) la delimitación misma de servicios y mercados audiovisuales, ii) el tratamiento de los servicios IPTV y no lineales, iii) las obligaciones de must carry y must offer y iv) la regulación de la prestación no autorizada de los servicios”*

Ahora bien, por otra parte, la convergencia ha tenido como consecuencia que jugadores de un mismo mercado se encuentran regulados por diferentes regímenes, dependiendo del operador y tipo de tecnología que opere.

### 3.2. La asimetría:

En este contexto existe evidentemente una asimetría regulatoria: En el caso de la industria de la televisión cerrada, esta asimetría se traduce en cargas regulatorias distintas para cada actor<sup>5</sup>, con lo cual se afecta el crecimiento y participación de aquellos subsectores más regulados y con menores incentivos para la inversión y la innovación. Se resalta la asimetría regulatoria entre operadores de televisión por cable y satelital y los proveedores de contenido ‘online’ y la necesidad de equilibrar las cargas regulatorias entre estos operadores de contenidos, en atención a que prestan el mismo servicio. Pero la peor de todas las asimetrías es la que existe entre aquellos operadores sometidos a la legalidad y aquellos que operan desde la ilegalidad y el fraude, teniendo en cuenta que estos últimos no se someten a ninguna regulación y muchísimo menos a cargas tributarias, legales o contractuales; eso obviamente coloca a los legales en un plano de franca desventaja.

Y es que mientras los ilegales no se someten a ninguna normatividad en la práctica, los operadores de televisión cerrada pagan altos cánones para entrar y permanecer en el mercado y están sujetos a estrictas normas sobre regulación de contenidos y de protección al consumidor. El pago de dichos cánones de entrada y contraprestaciones, se fundamenta en el hecho de que se encuentran explotando unos derechos exclusivos que concede el Estado para prestar el servicio de televisión, lo que en realidad no es cierto.

### 3.3. La liberalización de las plataformas de WEB.

Ya hemos advertido que los operadores ilegales no dependen de concesiones y sin embargo compiten en el mismo mercado de los operadores de televisión por suscripción. Pero esta situación asimétrica generada por la inactividad del Estado, se agrava aún mas pues tanto el Ministerio de TIC<sup>6</sup> como la CNTV<sup>7</sup> han manifestado que la provisión de contenidos a través de la Internet es libre.

La propia CNTV reconoció en el documento denominado “Determinación y Análisis Cuantitativo de los Mercados Relevantes” del 22 de agosto de 2011 que la WEB TV puede competir con el mercado de los operadores de cable, pudiendo ser sustituto de este, de la siguiente forma:

*Como hemos podido observar, los servicios de televisión por cable, televisión satelital e IPTV participan en el mismo mercado. Al comparar estos servicios con los servicios de Web TV ofrecidos, encontramos que el primer grupo de servicios ofrece múltiples canales temáticos cuya programación es puesta a disposición de los suscriptores en la forma y horarios establecidos por el operador y el suscriptor puede disfrutar de esta programación sujetándose a estas condiciones. Por su parte, los operadores de Web TV ponen a disposición una selección de contenidos de la siguiente manera: Los proveedores globales como filmOn a cuyos sitios web es posible acceder desde cualquier conexión de banda ancha de Colombia o el mundo, ofrecen servicios de contenidos gratuitos y contenidos pagos. Ofrecen tanto contenidos que están siendo emitidos en tiempo real, a través de la web, como programas deportivos, de variedades películas, etc. que pueden ser descargados en el*

---

<sup>5</sup> Diferentes mecanismos de entrada al mercado, cánones de entrada, contraprestaciones, regulación de contenido, distintos reguladores

<sup>6</sup> Por un lado, el Ministerio de las Tecnologías de Información y Comunicaciones, en respuesta a una denuncia presentada por TVPC <sup>6</sup> por presunta infracción de derechos de autor, se pronunció de la siguiente manera: “Se refiere su comunicación de la referencia a la transmisión de contenidos audiovisuales a través de la web. Aunque se refiere igualmente a una posible provisión de redes y servicios de telecomunicaciones sin autorización, es claro –al indicar que las conductas denunciadas se dan a través del protocolo http mediante internet- que el acceso a los websites en cuestión ocurre a través de los canales normales de ISPs, sin que se indique que el denunciado esté actuando en calidad de tal. Así las cosas, el asunto concierne a contenidos audiovisuales que infringirían presuntamente las leyes sobre propiedad intelectual, en particular las de Derechos de Autor, cuya protección por uso indebido no es de competencia del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sino de otras autoridades”. Al final hace traslado de las denuncias a la Fiscalía General de la Nación.

<sup>7</sup> En idéntico sentido, resuelve la CNTV mediante comunicación enviada bajo el número de radicado 20112500090901 del 6 de mayo de 2011, por la cual da respuesta a las últimas 30 denuncias que interpuso TVPC por presunta prestación ilegal del servicio de televisión utilizando el internet. La CNTV se pronunció de la siguiente manera: “la provisión de aplicaciones y contenidos en la WEB es una actividad libre y de amplia difusión en la misma, bajo las modalidades conocidas como TV por internet, WEBTV, ITV, video streaming, etc”. En este orden de ideas, advierten que lo único que se debe tener presente en este caso es “contar con autorización previa y expresa por parte de los titulares patrimoniales de los programas de televisión y obras audiovisuales y de los titulares del derecho conexo de los organismos de teledifusión que originan las señales de soporte”. Concluyen precisando que “la Comisión Nacional de Televisión no es la entidad competente para conocer de estas treinta denuncias, por esta razón se dará traslado al Ministerio de las TIC”.

*momento que el usuario lo decida. La financiación del servicio ofrecido por el proveedor de Web TV puede derivarse de los anuncios publicitarios o de los ingresos percibidos por venta de contenidos.*

Las principales ventajas o factores que determinan el crecimiento de la Web TV frente a modelos de televisión tradicional como televisión por cable, son el crecimiento de la penetración de banda ancha que vienen experimentando muchos países, la facilidad para acceder al servicio sin necesidad de contratos (lo cual le permite al usuario seleccionar el proveedor de su preferencia cada vez que quiere utilizar el servicio), el carácter personal e interactivo que permite seleccionar los contenidos para cada grupo de interés o segmento, y por último y muy importante, la posibilidad de acceder a contenidos gratis y a contenidos premium de bajo costo.

Recién hasta ahora la ley 1520 de 2012 ha prohibido la retransmisión de señales de televisión por Internet<sup>8</sup>; pero a pesar de ello lo que se advierte es que el mercado de contenidos audiovisuales está abierto, pero subsiste un inequitativo esquema de contraprestaciones que hace no competitiva a la industria de televisión por suscripción y satelital<sup>9</sup> frente a los demás operadores legales y aún más, frente a los ilegales. Lo anterior evidentemente es adverso para la competencia, pues la desestimula en vez de promocionarla, como correspondería a la función propia de una autoridad regulatoria en un mercado liberalizado.

### 3.4 Los Comunitarios:

Hoy en día el país cuenta con 781 operadores de televisión comunitaria, que a diciembre de 2011 contaban con 293.584 usuarios reportados a la CNTV.<sup>10</sup> Esta información contrasta con los 722 operadores de televisión comunitarias que reportaron 395.615 asociados a diciembre de de 2010.<sup>11</sup>

En relación con este mercado, los siguientes hechos pueden ser indicativos de la prestación del servicio de TV comunitaria, con un alcance mayor a lo que se les ha permitido en sus licencias o con transgresión del ordenamiento jurídico, especialmente de la normativa de derechos de autor:

- Pueden transmitir hasta 7 señales codificadas, no obstante, se ha encontrado que hay operadores que transmiten hasta 70 señales codificadas.<sup>12</sup> La incursión de los operadores de TV comunitaria en la causal del artículo 16 del Acuerdo 9 del 2006 fue objeto de denuncias por TVPC.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> El artículo 13 prohíbe la retransmisión a través de internet de señales de televisión sin autorización del titular de los derechos contenidos en la señal, de la siguiente forma: “No obstante la posibilidad que tiene el Estado de establecer limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos previstos en la legislación nacional sobre derecho de autor y derechos conexos, **no se permite la retransmisión a través de Internet de señales de televisión, sean terrestres, por cable o por satélite, sin la autorización del titular o titulares del derecho del contenido de la señal y, si es del caso, de la señal.**”

<sup>9</sup> 7% de los ingresos mensuales

<sup>10</sup> CNTV Reporte IV Trimestre de 2011 Televisión Comunitaria

<sup>11</sup> CNTV Informe Sectorial 2011

<sup>12</sup> CNTV-CGI Determinación y Análisis de los Mercados Relevantes 22 Agosto 2011

<sup>13</sup> TVPC presento en el 2010 denuncias ante la SIC y la CNTV contra 14 operadores de televisión comunitaria que al parecer exceden los requisitos legales para la prestación del servicio de televisión comunitaria. Según informe contratado por TVPC en 2010, la mayoría de los operadores investigados excedían el número de señales codificadas permitidas por el artículo 16 del Acuerdo 9 de 2006. Al consultar los reportes de las señales codificadas de varios operadores en la CNTV no se pudo constatar las señales codificadas registradas por dichos operadores ante la CNTV.



- Deben cumplir con normas de derecho de autor, no obstante, ya existen investigaciones a comunitarias por la retransmisión de señales codificadas utilizando equipos de operadores satelitales.<sup>14</sup> También se han dado condenas sobre el particular.<sup>15</sup>
- Los reportes de información de usuarios de TV comunitaria parecen sugerir inconsistencias en el número de usuarios reportados y una falta de control suficiente por parte de la CNTV de dichos registros.<sup>16</sup>
- La TV comunitaria según la información dada a conocer al público por la misma CNTV, estaría padeciendo de un alto nivel de subreporte.<sup>17</sup>
- Las acciones de control y vigilancia sobre la televisión comunitaria, han sido insuficientes e inefectivas.<sup>18, 19</sup>
- Los comunitarios compiten con operadores de TV por suscripción cuando emiten una programación similar pero como lo señala NIETO pueden ofrecer el servicio a precios bastante inferiores por la evasión de costos regulares del servicio e impuestos.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> Sobre el particular puede consultarse denuncias presentadas contra los operadores de TV comunitaria ASOMAR TV y DOSQUEBRADAS TV que están autorizadas sólo para transmitir señales incidentales y no obstante fueron detectadas retransmitiendo señales codificadas (algunas sin autorización de sus titulares). Dichas denuncias están en curso en la Fiscalía 4 de la Unidad Nacional de Delitos contra la Propiedad Intelectual y las Telecomunicaciones.

<sup>15</sup> Fallo del Juzgado 5° Penal de Pereira según el cual se sanciona a una operación clandestina por violación a los derechos de autor, al incurrir en retransmisión de señales pagas a través de equipos de DIRECTV y TELEFÓNICA.

<sup>16</sup> En la página antigua de la CNTV (que actualmente no puede consultarse) respecto al número de usuarios y valor de las tarifas de la televisión comunitaria se encontró que para el tercer trimestre de 2007 aparecen inscritos 129 operadores, para el cuarto trimestre del mismo año 549 y para el tercer semestre de 2008, 553. En los listados una gran cantidad de operadores aparecen sin referencia de número de usuarios ni valor de tarifa registrada, lo cual denota una ausencia de control del ente regulador. Para el 2007 aparece un listado de solicitudes de licencia para dicha operación de 197 operadores. Asumiendo que la CNTV les concedió la licencia a todos, sumados los 129 ya registrados, corresponderían a un total de 326 operadores, pero para el cuarto trimestre de 2007 aparecieron registrados 549. En la página de la ANTV [http://www.antv.gov.co/InfoSectorial/tarifas/2007/usuarios\\_4trimestre\\_07.pdf](http://www.antv.gov.co/InfoSectorial/tarifas/2007/usuarios_4trimestre_07.pdf), aparece sólo la información del cuarto trimestre de 2007 pero aún en ese reporte se encuentran operadores sin reporte de número de asociados y tarifa. No se registra para 2012 ningún reporte de dichos operadores.

<sup>17</sup><http://www.prensario.net/1082-Colombia-CNTV-sospecha-de-subreporte-de-45-en-TV-paga.note.aspx>. “ **Jaime Andrés Estrada** hizo referencia a la diferencia que ha existido siempre entre las cifras estadísticas del **DANE** (Departamento Administrativo Nacional de Estadística), que señalan que la penetración de la TV paga en Colombia es del 76%. En tanto, los operadores oficialmente licenciados reportan actualmente 3,7 millones de hogares, un 31%.

De acuerdo a datos de **Private Advisor**, parte de la diferencia radica en la operación de los sistemas comunitarios (alrededor de 1,3 millones de suscriptores) y los “parabólicos”, la mayoría sin licencia. Para Estrada, existe influencia del uso de los decodificadores para señales Free to Air (FTA) que son modificados con software bajado de Internet para captar ciertas señales codificadas, problema que también ha sido denunciado en Paraguay y Uruguay, pero también habría subreporte de los sistemas comerciales.” (subrayado fuera del texto original).

<sup>18</sup> Leico (2011), página 39.

<sup>19</sup> TVPC presentó en el 2010 denuncias ante la SIC y la CNTV contra 14 operadores de televisión comunitaria que al parecer excedían los requisitos legales para la prestación del servicio de televisión comunitaria.

<sup>20</sup> Nieto Potes, Mauricio. La industria de televisión en Colombia, Comisión Nacional de Televisión. Escuela de Administración de Negocios. Citado en Estudio CINTEL de 2003.

La propia CNTV reconoció en el documento denominado “*Determinación y Análisis Cuantitativo de los Mercados Relevantes*” del 22 de agosto de 2011 que los comunitarios competían directamente con los operadores de cable y que eran sustitutos en los mercados, máxime cuando:

*“Los operadores de televisión comunitaria se establecen como asociaciones sin ánimo de lucro. Esta característica no impide que el operador pueda comportarse estratégicamente y concurrir al mismo mercado en el que concurren otros operadores que sí tienen ánimo de lucro. El comportamiento estratégico se evidencia cuando un operador comunitario ofrece un número de canales cercanos a los 70, incluya canales temáticos, incluya canales codificados y realice su programación teniendo en cuenta las tendencias comerciales.”(...)*

*Lo cierto es que las normas actuales permiten que los operadores comunitarios se comporten estratégicamente pero a la vez limita el número de canales codificados que pueden emitir y establece cargas regulatorias diferentes a las que tienen los operadores de televisión por suscripción. Esta situación requiere una intervención del regulador en el que se aclaren las reglas referentes a televisión comunitaria de manera que los operadores interesados en competir lo puedan hacer con el mismo nivel de posibilidades de mercado y cargas regulatorias de los operadores de televisión por suscripción.*

En un documento preparado por Leico Consultores para el gremio de TVPC el pasado 16 de diciembre de 2011<sup>21</sup>, estos consultores indican que:

*El segundo grupo de asimetrías, está conformado por situaciones de hecho que no han sido corregidas por el regulador, y afectan de manera directa al mercado y específicamente a los operadores de televisión por suscripción. Estas asimetrías consisten en lo que con base en las quejas radicadas por los operadores de televisión por suscripción parecerían ser el incumplimiento sistemático de las reglas de prestación del servicio, sin una respuesta contundente por parte de la CNTV. Sobre la base de las quejas presentadas, se destacan las siguientes prácticas: i. Transmisión de más de 7 señales codificadas: (...),ii.Sub-reporte de usuarios y de señales codificadas: (...),iii.Violación a los límites geográficos de prestación del servicio y número de usuarios(...),iv)Incumplimiento de los topes tarifarios:(...),v)Interconexión:(...),vi)Incumplimiento respecto a los destinatarios del servicio (...)*

En el documento de Leico<sup>22</sup>, estos consultores indican que:

*“Aun cuando se parte de la base de que en realidad hay operadores de televisión comunitaria constituidos conforme las normas con el ánimo de llevar señal a la comunidad, sin ánimo de lucro, esforzados en la producción de contenidos, debe tenerse en cuenta que quienes como comunitarios formales incumplen con las restricciones impuestas por la regulación que al efecto ha expedido la CNTV con el ánimo de participar de un mercado obteniendo réditos económicos, están incurriendo en una violación de norma susceptible de ser calificada como competencia desleal (artículo 18 ley 256 de 1996 en consonancia con ley 1340 de 2009 artículo 6).*

### **3.5 El Subreporte:**

El análisis realizado por LEICO (2011)<sup>23</sup> muestra claramente que los índices de informalidad del mercado han sido latentes desde el 2006 con un índice promedio de subreporte del 48,6% y que en el 2010 el subreporte se encuentra en el 43,8%.<sup>24</sup> No existe certeza que la política actual de control

---

<sup>21</sup> Documento denominado: Diagnóstico normativo y económico de la televisión por suscripción en Colombia y algunas recomendaciones de política y regulación – Leico Consultores Diciembre 16 de 2011

<sup>22</sup> Documento denominado: Diagnóstico normativo y económico de la televisión por suscripción en Colombia y algunas recomendaciones de política y regulación – Leico Consultores Diciembre 16 de 2011

<sup>23</sup> Leico Consultores Asociados, Diagnóstico normativo y económico de la televisión por suscripción en Colombia y algunas recomendaciones de política y regulación, consultoría contratada por TVPC, Diciembre 16 de 2011.

<sup>24</sup> Téngase en cuenta que este nivel hace parte del mercado ampliado de televisión por suscripción, si se tiene en cuenta que la pregunta de la Gran Encuesta de Hogares aglomera implícitamente todas las modalidades de prestación del servicio (televisión por suscripción, comunitaria y prestación ilegal).

permitirá integrar a esos usuarios al mercado regulado y más cuando éste se sujeta a cargas más excesivas.

También es claro en el citado informe que los servicios de televisión por suscripción y televisión comunitaria son interdependientes con rasgos de sustituibilidad y que los usuarios perciben en forma homogénea la capacidad de entretenimiento de ambos servicios.

Indica Leico que “Desde agosto de 2006, la Comisión Nacional de Televisión era consciente de la problemática de sub-reporte de suscriptores al servicio de televisión por suscripción”. En efecto, para agosto de 2006, la Comisión evaluaba los niveles de sub-reporte en los términos descritos en la Tabla 3.5.1 que se muestra a continuación y la respuesta frente al mismo, fue casi nula. Incluso EEPPM con otras empresas del sector denunciaron desde el 2004 el subreporte a la CNTV sin tener respuesta sobre el particular.<sup>25</sup> La CNTV era conciente de dicha situación desde 2005.<sup>26</sup>

**Tabla 3.5.1. Hogares Usuarios Reportados a la CNTV en 2006 Vs. Hogares Usuarios Estimados por ECV2003, EGM 2006, IBOPE Y ECH III2005**

Encuestas	ECV2003 (3)	EGM I-2006 (1)	IBOPE (2)	ECH-III-2005 (7)	Promedio Encuestas	CNTV (3) (4)
Hogares Proyectados	11.194.108	4.137.307	4.605.700	5.138.474		10.390.553
Hogares usuarios con Cable ó Satélite (5)	2.253.561	2.193.864	2.348.907	2.245.660	2.260.498	1.408.555
Penetración = (Hogares Usuarios / Hogares Proyectados)	20,1%	53,0%	51,0%	43,7%		13,6%
(A) Tarifa Promedio Jun-2006 (6) (\$)	23.205	23.205	23.205	23.205	23.205	23.205
(B) Hogares Subreportados comparado con encuestas	845.006	785.309	940.352	837.105	851.943	
(B.1) % Hogares Subreportados comparado con encuestas	37,5%	35,8%	40,0%	37,3%	37,7%	
(C) Ingresos por Ventas Reportados de Operadores						32.686

<sup>25</sup> Según Investigación del Centro Nacional de Consultoría contratado por EEPPM en el 2004 el subreporte total país era del 38,4%. En la Zona Occidente correspondía al 51,3%. 2005 Porcentaje de subreporte entre 30,9% y el 82,3% dependiendo de la ciudad. En dicho estudio se mostraba que.” “La evasión estimada en el estudio afectaba significativamente a Empresas Públicas de Medellín, Entidad que no incurre en esa práctica, lo que implica que toda su información financiera (ingresos, costos y gastos) y operativa (número de suscriptores,...), así como sus reportes a las Entidades de Control y de impuestos, se ajusta a la realidad y con base en esa información real tributa, paga IVA, paga la compensación a la CNTV y paga derechos de autor. Y cuál es la diferencia con los competidores que incurren en prácticas de evasión y en qué consisten tales prácticas? La base de la evasión es el subreporte de hogares usuarios, que conlleva a un subreporte en la facturación. El primer subreporte supone para el evasor el pago de menos compensación a la CNTV, a los programadores internacionales y a Sayco y Acinpro, quienes cobran sus derechos con base en esa información (número de usuarios). El segundo subreporte supone el pago de menos IVA y menos renta, que se cobran con base en la facturación y en la renta líquida, respectivamente”.

<sup>26</sup> CNTV presentación Comisionado Fernando Devis, 2005

a la CNTV (Mes) (Millones de \$)						
(D) Valoración Ingresos del Subreporte comparado con las encuestas (Mes) (Millones de \$) (A)*(B)	19.608	18.223	21.821	19.425	19.769	
Valoración Ingresos del Subreporte comparado con las encuestas (Anual) (Millones de \$) (D)*12	235.300	218.677	261.850	233.100	237.232	
(E) Tarifa de Compensación	10,0%	10,0%	10,0%	10,0%	10,0%	10,0%
(F) Recaudo por Tarifa de Compensación (Mes) (Millones de \$) (C)*(E)						3.269
(G) Recaudo dejado de percibir comparado con las encuestas (Mes) (Millones de \$) (D)*(E)	1.961	1.822	2.182	1.943	1.977	
Recaudo por Tarifa de Compensación (Anual) (Millones de \$) (F)*12						39.223
<b>Recaudo dejado de percibir comparado con las encuestas (Anual) (Millones de \$) (G)*12</b>	<b>23.530</b>	<b>21.868</b>	<b>26.185</b>	<b>23.310</b>	<b>23.723</b>	

(1) Estudio realizado en 17 ciudades principales de Colombia en el 2006, con una muestra de 11.937 encuestas.

(2) Según distribución regional de Ibope 2004

(3) Hogares determinados por el DANE - Censo 2005

(4) Usuarios reportados a la CNTV a junio de 2006

(5) No incluye Televisión Comunitaria e Incidental

ECV pregunta: ¿Por qué medio recibe señal de televisión? 1. Antena aérea 2. Satelital 3. Cable 4. Parabólica

Se utilizan las respuestas 2 y 3 para calcular el número de hogares usuarios

EGM pregunta: ¿Cuál es la empresa con la que tiene el servicio de cable, satélite o parabólica?

Se seleccionan las encuestados que responden con el nombre de las empresas de cable y satélite

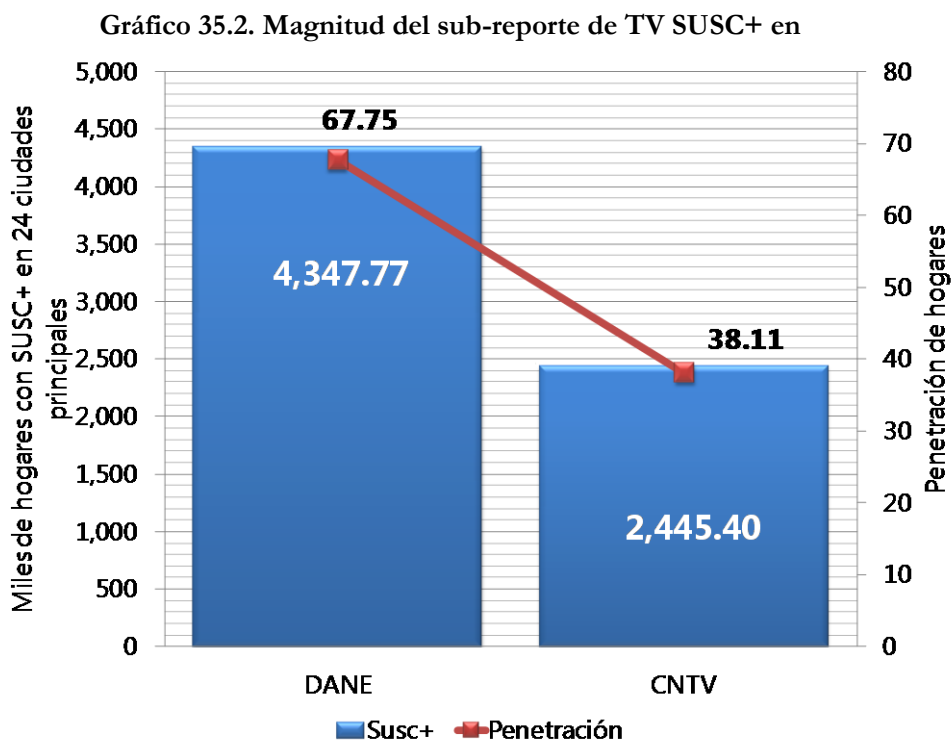
(6) Promedio de la Tarifa de los Usuarios Reportados a la CNTV

(7) Estudio realizado en 16 ciudades principales de Colombia y sus áreas metropolitanas para el tercer trimestre III - 2005, con una muestra de 126.152 encuestas. Pregunta: ¿Cuál es el principal medio por el que recibe el servicio de televisión? 1. Antena aérea 2. Satelital 3. Cable 4. Comunitaria 5. Parabólica. Para las opciones 2, 3, 4, 5. Mencionar el nombre de la empresa.

Se utilizan las respuestas 2 y 3 para calcular el número de hogares usuarios, validado por el nombre de la empresa a la que pertenece el hogar.

De la Tabla anterior se deduce que el nivel de sub-reportaje promedio a mediados de 2006 era de 852 mil suscriptores, que según cálculos de la Comisión representaban una pérdida de recaudo para el Fondo para el Desarrollo de la Televisión de más de \$23,700 millones anuales.

En consultor LEICO deja ver que el indicador de sub-reporte comparable con aquél calculado en 2006, equivale al 43.75% de los suscriptores del servicio ampliado de televisión por suscripción. Con esto, se deduce que en un período de cuatro años, los niveles de sub-reporte sólo se han reducido en siete puntos porcentuales, como se puede ver en la gráfica 3.5.2.



2010

Fuente: GEIH (Dic-10) y cálculos propios

Desafortunadamente, como lo indica Leico<sup>27</sup>, “este resultado evidencia la falta de estrategias eficaces de la Comisión Nacional de Televisión, como ente de vigilancia y control, para reducir los niveles de sub-reporte. En efecto, si a una tasa de compensación del 10% sobre ingresos brutos, en 2006 se estimaba que el sub-reporte implicaba pérdidas de recaudo de más de \$23 mil 700 millones anuales (para más detalle ver Tabla 3.3), para 2010, con un ingreso promedio ponderado por usuario de \$26,154 mensuales, el sub-reporte representa \$41 mil 800 millones anuales, un incremento del 76.18%.”

Más aún, todos estos resultados de casi duplicación de las pérdidas de recaudo debidas al fenómeno de sub-reporte suceden en un escenario en el cual la tarifa de compensación disminuyó en tres puntos porcentuales, ubicándose hoy en día en el 7% de los ingresos brutos de los proveedores del servicio de televisión por suscripción.

Lo anterior, además si se tienen en cuenta que la televisión por suscripción y la comunitaria, son interdependientes, según lo explica el consultor Leico<sup>28</sup> de la siguiente forma:

*De los resultados obtenidos se observa que los servicios de televisión comunitaria y televisión por suscripción cableada son interdependientes, ya que el signo de las elasticidades cruzadas es significativo desde la perspectiva estadística. Resulta*

<sup>27</sup> Documento denominado: Diagnóstico normativo y económico de la televisión por suscripción en Colombia y algunas recomendaciones de política y regulación - Leico Consultores Diciembre 16 de 2011

<sup>28</sup> Documento denominado: Diagnóstico normativo y económico de la televisión por suscripción en Colombia y algunas recomendaciones de política y regulación - Leico Consultores Diciembre 16 de 2011

*importante advertir que esta conclusión es robusta a partir de la significancia estadística de los coeficientes individuales. En este caso de análisis de corte transversal de datos, debido a la baja variabilidad de la información tarifaria, al ser una tarifa promedio, la posibilidad de ajustar la regresión para tener ajustes importantes, representados a través de coeficientes r-cuadrado altos, es bastante remota.*

Por otra parte, declaraciones del ex comisionado Jaime Andrés Estrada de la CNTV<sup>29</sup>, publicadas por el diario El Tiempo de Bogotá y otras más entregadas a un medio de Internet<sup>30</sup>, señalan que el ente tiene 'indicios' de que la penetración de la TV paga comercial en Colombia sería del 45%, frente al 31% oficialmente informado a la autoridad. Indica el Dr. Estrada que de acuerdo a datos de Private Advisor, parte de la diferencia radica en la operación de los sistemas comunitarios (alrededor de 1,3 millones de suscriptores) y los "parabólicos", la mayoría sin licencia. Para Estrada, existe influencia del uso de los decodificadores para señales Free to Air (FTA) que son modificados con software bajado de Internet para captar ciertas señales codificadas, problema que también ha sido denunciado en Paraguay y Uruguay, pero también habría subreporte de los sistemas comerciales.

La CNTV decidió hace poco realizar una auditoría contable de los sistemas comerciales, para determinar si existe fraude. El aporte impositivo actual a las arcas públicas de estos sistemas ha sido estimado en 72 mil millones de pesos colombianos, unos 37,5 millones de dólares. De acuerdo a los 'indicios' citados por Estrada a El Tiempo, la base real de suscriptores de estos sistemas sería de 5,37 millones de suscriptores, un 45% más que lo declarado.

#### **4.- Consideraciones legales y responsabilidad del Estado bajo el régimen de concesiones:**

##### **4.1 La responsabilidad del control y represión del fraude:**

Desde los tiempos de La Ley 182 de 1995 y aún antes se ha considerado que televisión es un servicio público, entendido éste como toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.

La actual ley 1507 de 2012 también la clasifica como un servicio público cuando indica que:

*“(…)la presente ley teniendo en cuenta que la televisión es un servicio público de competencia de la Nación 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, el funcionamiento eficiente y democrático de los contenidos y demás preceptos del ordenamiento jurídico, define la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión y adopta las medidas pertinentes para su cabal cumplimiento, en concordancia con las funciones previstas en las Leyes 182 de 1995, 1341 de 2009 y el Decreto-ley 4169 de 2011.”*

Tal precisión es de capital importancia pues tratándose de un servicio público a cargo del Estado, su régimen ingresa en un plano muy diferente al de la prestación de cualquier actividad humana. Por ello, al referirse a este tipo de servicios, el profesor García de Enterría y Fernández, indica que:

*“(…)ya no basta, por lo tanto, que las leyes se limiten, como tradicionalmente lo han venido haciendo, en punto del establecimiento de los diferentes servicios públicos, a habilitar o a autorizar a la administración para crearlos, sin obligarla*

---

<sup>29</sup> <http://www.prensario.net/1082-Colombia-CNTV-sospecha-de-subreporte-de-45-en-TV-paga.note.aspx>

<sup>30</sup> <http://www.evaluamos.com/2011/internal.php?load=detail&id=13165>

*a hacerlo casi nunca, por el contrario la ley debe esforzarse en fijar estándares completos de prestación, en cantidad y calidad, capaces de garantizar al ciudadano un nivel mínimo de derechos exigibles(...)*”

Gaspar Ariño indica respecto a las características del servicio público indica que las mismas son: “(...)primera, se trata de una actividad estatal, esto es, asumida en su titularidad por el Estado; segunda, se trata de una actividad destinada al público, a la utilidad de los ciudadanos; tercera, se trata de una actividad de reconocida necesidad, indispensable para la vida social (lo cual es distinto a decir que sea actividad necesaria para la vida del Estado: Para la vida del Estado no es necesaria; y cuarta, se trata de una actividad cuya gestión no supone el ejercicio de poderes soberanos ”

No hay duda entonces, que hablando del servicio de televisión, estamos en presencia de un servicio público.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 182 de 1995, la televisión por suscripción “Es aquella en la que la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción”.

En desarrollo de lo anterior, la CNTV entregó la prestación de dichos servicios a los particulares bajo el esquema de un contrato de concesión. Los contratos de concesión llevan intrínsecamente una función pilar, sin la cual dicha figura perdería su esencia, la colaboración entre las partes contratantes, tal colaboración es la base que sostiene la relación contractual, tendiente no solo a producir efectos jurídicos sino beneficios económicos; en los contratos de concesión en televisión.

Así, a cambio del título habilitante, la CNTV recibió fuertes sumas de dinero y luego por concepto de explotación recibió también altos porcentajes de los ingresos brutos mensuales por parte de los operadores de dicho servicio. Así mismo, los operadores o contratistas al operar y explotar el servicio, tienen el interés de recibir rentabilidades y ganancias y así hacer viable financieramente el negocio.

Bocanegra Sierra dice que el contrato de concesión: *"es un acto administrativo por medio del cual la administración pública confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden a la propiedad industrial"*<sup>31</sup>. Enrique Sayagués Laso uruguayo, por ejemplo, la define como: *"el acto de derecho público que confiere a una persona un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración"*<sup>32</sup>.

Es claro además, que el contrato de concesión es un mecanismo que tiene el Estado para cumplir con sus fines<sup>33</sup>, uno de ellos la prestación de los servicios públicos, a través del cual establece relaciones jurídicas en calidad de colaboración y así satisfacer las necesidades de los ciudadanos y a su vez la necesidad del contratista (generar rentabilidad)

En su momento, de acuerdo a los pliegos, la CNTV otorgó los operadores la concesión para la operación y explotación del servicio de televisión por suscripción, éste se pactó bajo condiciones normativas y económicas que enmarcaban la existencia de un mercado cerrado, como uno de los supuestos básicos para su ejecución, las cuales garantizaban al concesionario un potencial número de usuarios resultantes de una mayor demanda y frente a una oferta cerrada del servicio, lo que generaba

---

<sup>31</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl, Tratado de Derecho Municipal, Tomo I. Editorial Civitas segunda edición Pág. 269

<sup>32</sup> SAYAGUES LASO, Enrique Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo Uruguay Pág. 421

<sup>33</sup> El Estado, frente a las concesiones de servicio público, ostenta la responsabilidades derivadas de su calidad como autoridad concedente, y aquellas generales que dimanen de su condición de protector de los derechos de todas las personas residentes en el territorio (CP; art.2), director de la economía (CP; art. 334), regulador y vigía de los servicios públicos (CP; art. 365) y garante de las condiciones de competencia en el mercado (CP; art. 333).

mejores rentabilidades en su explotación, manteniendo un equilibrio contractual, y una mayor expectativa rentable, haciendo del negocio una actividad viable financieramente, entorno en el cual los riesgos en la explotación del servicio originados en el ejercicio de la actividad regulatoria en T.V., deberían ser asumidos por la CNTV en calidad de causante de los mismos.

Dentro de los contratos de concesión, la CNTV en la cláusula 13 se obligó a adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión e imponer las sanciones pertinentes conforme las disposiciones legales contenidas en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996 y demás normas.

Pero en lo que tiene que ver con el tema del fraude y la preservación de los mercados lo que se observa es que la Comisión Nacional de Televisión se quedó muy corta en lo que concierne a su obligación de vigilancia, inspección seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio, en tanto la evidente presencia de operadores informales y el subreporte ha incidido en la baja rentabilidad del negocio de televisión formal.

Pero lo que tenemos es un esquema en el cual el regulador no ha cumplido su labor de vigilancia y control lo que ha significado una falta de transparencia en el mercado, lo que ha limitado la libertad económica y de empresa de quienes compiten en el plano de la legalidad, pues cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta, se produce un daño que afecta no solo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad.

El Estado y en este caso, por mandato de la Carta hasta 2011 la CNTV, debía garantizar la transparencia e interacción de las relaciones económicas, no sólo proscribiendo los comportamientos que resulten lesivos de tales intereses, sino también, evitando, en cualquier caso, que sus propias decisiones o la falta de ellas interfieran, desfavorablemente, en el comportamiento del mercado.

Y es que el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.

La distorsión de la competencia, derivado de la omisión o acción defectuosa de la Administración, comporta una clara fuente de responsabilidad pública. No de otra manera pueden entenderse los cometidos generales vinculados a la intervención económica consagrados en la Carta de 1991: El Estado interviene para evitar que los particulares abusen de sus derechos, al tiempo que ha de promover, con sus decisiones, el clima competitivo, solventando las fallas del mercado. Al mismo tiempo, la salvaguardia de los intereses superiores vinculados a la operatividad libre y leal de los mercados le imponen una prohibición en el sentido de que sean sus propios comportamientos los que alteren las condiciones de competencia. El Estado, al regular la economía, no puede, ni debe, alterar, ni distorsionar, las condiciones del mercado: la actividad regulatoria no puede conducir al otorgamiento de ventajas distintas a las fundadas en los propios méritos competitivos.

En suma, si el Estado desconoce sus deberes como garante de la competencia y en especial, aquellos que se refieren a la salvaguardia del principio de igualdad de oportunidades, se hará responsable frente a los asociados que resulten afectados por dicho comportamiento.

#### **4.2 El daño antijurídico sufrido por los operadores legales de televisión por suscripción:**

Evidentemente, la inacción del Estado al perseguir y reprimir el fraude se traduce en un claro detrimento de quienes tenían una expectativa legítima de que el Estado cumpliera sus deberes legales y



contractuales. Existe claramente un daño antijurídico, a este respecto el Consejo de Estado<sup>34</sup> ha dicho que: *“(.) se define el daño antijurídico “en su texto natural y obvio” como “un hecho, consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc... y supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de ‘causales de justificación’”*

Esta noción se nutre de los aportes de la doctrina española que, clarificando el punto ha señalado: la antijuridicidad no trae causa, pues, de la incorrección de la acción u omisión del causante del hecho dañoso o perjudicial, sino exclusivamente – en correspondencia con el carácter objetivo de la institución de la responsabilidad y la función de la garantía de la integridad patrimonial de esta – de la inexistencia de deber jurídico en el dañado o perjudicado de sufrir y soportar las consecuencias que de aquel hecho se derivan para su esfera patrimonial, es decir, de la ausencia de todo título bastante justificativo del daño o perjuicio ocasionado” .

#### **4.2.1 La responsabilidad del Estado**

La responsabilidad puede ser atribuida a todo sujeto de derecho, persona natural o jurídica, cuando incumpla un deber de conducta señalado en el ordenamiento jurídico.

El Estado como persona jurídica no puede ser excluido del concepto de responsabilidad, de hecho suele ser el mayor demandado cuando las pretensiones apuntan a que se declare su responsabilidad, con ocasión del desarrollo de su actividad regular, expresada en hechos, operaciones y actos administrativos, o como consecuencia de la actividad irregular de sus funcionarios en el desempeño de sus funciones, genera perjuicios a los particulares o a otras ramas del poder.

Es claro entonces, que el Estado es responsable cuando los actos, hechos u operaciones emanadas de una autoridad pública, generen un daño y se logre demostrar el nexo causal entre ese acto, hecho u operación y el daño. El Estado responsable se verá obligado a indemnizar perjuicios.

Según hemos visto en este documento y conforme lo analizaremos en el punto 4.2.2, por mandato legal y contractual<sup>35</sup> era y es deber del Estado la de ejercer las funciones de vigilancia y control. Su inactividad o actividad deficiente en esta materia ha de traer consecuencias para el Estado en la medida en que tal hecho haya causado detrimento patrimonial a aquellos operadores que legítimamente accedieron al mercado, esperando que el Estado lo mantuviera cerrado y libre de piratas y delincuentes.

Al enfrentar a los operadores de televisión por suscripción a una competencia desigual como la que se plantea el Estado resultaría responsable de los daños y perjuicios que estos operadores logren acreditar, por violación a sus deberes como guarda de la competencia, por el desconocimiento de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas y por enriquecerse sin justa causa, esto último, porque habría recibido un beneficio (el pago del canon de las licencias y de las contraprestaciones) sin que existiere justificación económica para ello.

Asimismo, al abstenerse de adoptar medidas tendentes a corregir las distorsiones causadas por el fraude, el Estado estaría desconociendo sus deberes como guardián de la competencia y veedor de los servicios públicos.

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado - Sección Tercera, Exp. 10948-11643, Actor: Luis Polidoro Combata y/o, del 21 de octubre de 1999, M.P. Dr Alier Hernández E.”)

<sup>35</sup> Cláusula 13° de los contratos de concesión.

#### 4.2.2.- Marco legal del deber del Estado de reprimir el fraude:

Bajo la óptica de la ley 182 de 1995 y sus reformas, fue la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) la entidad del Estado encargada, en nombre de éste y por mandato de la Carta de 1991, de planear, dirigir y desarrollar las políticas del mismo, regular el servicio, gestionar el uso del espectro electromagnético, garantizar los derechos de televidentes, y los fines y principios del servicio de televisión en Colombia. Particularmente en lo que refiere al fraude tenemos que el literal b de artículo 5° de la Ley 182, indicaba que era función de esa entidad la de *“(...) Adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos e imponer las sanciones a que haya lugar (...)”*

Ahora bien, dado que buena parte de la ley 182 de 1995 está vigente a pesar de la entrada en vigencia de la nueva ley 1511 de 2012 y en ese escenario<sup>36</sup> son operadores del servicio de televisión, quienes, con o sin ánimo de lucro: *“(...) utilicen directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público de televisión en cualquiera de sus modalidades, sobre un área determinada, en virtud de un título concedido por ministerio de la ley, por un contrato o por una licencia (...)”*

Tal norma indica que: *“Cualquier servicio de televisión no autorizado por la Comisión Nacional de Televisión, o que opere frecuencias electromagnéticas sin la previa asignación por parte de dicho organismo, es considerado clandestino. La Junta Directiva de la Comisión procederá a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes.(...)”* Tal facultad fue transferida a la nueva Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) en virtud de lo dispuesto por el artículo 22 de la ley 1511 de 2012<sup>37</sup>.

De la misma manera, la nueva ley 1507 de 2012 indicó en su artículo 6° que son funciones de la Junta Nacional de Televisión la de:

*“j) Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la ANTV, relacionadas con el servicio. (...)”*

*p) Ejercer las demás funciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la entidad, que no estén expresamente asignadas a otra dependencia de la misma.”*

Por otro lado, el artículo 11 de la nueva norma enseña que:

*“Artículo 11.- Distribución de funciones en materia de control y vigilancia*

*La Autoridad Nacional de Televisión ANTV ejercerá las funciones que el literal b) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 asignaba a la Comisión Nacional de Televisión, sin perjuicio de las actividades relacionadas con la dirección y manejo de la actividad concesional que en calidad de entidad concedente deba realizar la ANTV, de conformidad con el artículo 14 de la presente ley, y de aquellas relacionadas con el control y vigilancia del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de televisión de acuerdo con el artículo 15 de la presente ley.*

---

<sup>36</sup> Artículo 35 del Ley 182 de 1995

<sup>37</sup> Artículo 22. Transferencia supletiva.- . Las funciones de la Comisión Nacional de Televisión que no sean objeto de mención expresa en la presente ley, se entenderán transferidas a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV).

El literal b) del artículo 5° de la ley 182 de 1995 dice que era función de la CNTV y ahora de la ANTV por virtud de lo arriba expuesto la de: *b) Adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos; e imponer las sanciones a que haya lugar”*

Cabe decir, que siendo tan evidente la necesidad de la lucha contra el fraude, no está ocurriendo. Una breve mirada a la política pública de televisión 2010 – 2013 publicada por la CNTV muestra que el 90% de los proyectos de la CNTV se centró en la ejecución de planes y programas de fortalecimiento de la televisión, es decir, que la dirección de la política sigue enfocada en la asignación de presupuestos hacia los operadores públicos.

## **5. Conclusiones:**

5.1. La CNTV no cumplió con su obligación de vigilancia y control generando distorsión e inequidad total en el mercado y causando graves y grandes perjuicios a los operadores legales.

5.2 La CNTV incentivó el incumplimiento del régimen de concesiones, ahogando a los legales con cargas excesivas que no ha querido revisar y siendo, al menos, complaciente con fenómenos como el subreporte, los incumplimientos flagrantes de los comunitarios, el fraude declarado y además dejando en un plano difuso a las nuevas tecnologías como la WEBTV.

5.3 Esto ha generado un círculo vicioso frente al impacto en los precios del mercado y frente a los menores ingresos del sistema que vuelven a repercutir en necesidades de recursos por parte del Estado y cargas más excesivas para los operadores legales.