

SENTENCIA DE NULIDAD – Cosa juzgada erga omnes en relación con la causa petendi juzgada

[D]e acuerdo con el Código Contencioso Administrativo, la sentencia que niegue la solicitud de nulidad pedida producirá «cosa juzgada “erga omnes” pero solo en relación con la “causa petendi” juzgada» (Art. 175, C.C.A.). Lo anterior quiere significar que en la medida en que en este proceso se solicita la nulidad de las mismas disposiciones cuya legalidad fue estudiada en el Expediente 11001-03-26-000-2002-00038-01(23410), invocándose como violada la misma disposición legal (inciso final del párrafo único del artículo 6 de la Ley 680 de 2001) y esgrimiéndose el mismo concepto de la violación, la decisión que denegó las pretensiones de la demanda produjo efectos de cosa juzgada. Quiere decir esto que en el evento en que esta Sala se hubiera visto obligada a tomar una decisión en relación con los argumentos de la parte demandante relacionados con la violación de dicha disposición legal, la misma debía haber sido la de declarar la existencia de dicho fenómeno y estarse a lo resuelto en la sentencia del 25 de febrero de 2009.

SENTENCIA DE NULIDAD – Efectos retroactivos siempre que no afecte situaciones jurídicas consolidadas / EFECTOS RETROACTIVOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD – Aplicación a casos en los que no haya situaciones jurídicas consolidadas / DECLARATORIA DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO GENERAL - Efectos en el tiempo / CONCESIONARIOS DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN Y TELEVISIÓN SATELITAL – Compensación por la explotación del servicio / RÉGIMEN UNIFICADO DE CONTRAPRESTACIONES – Nulidad de Acuerdo 003 de 2001 / CONCESIONARIOS DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN Y TELEVISIÓN SATELITAL – No afectación de la legalidad de pagos efectuados por la explotación del servicio por nulidad de norma que los regulaba

[E]n virtud de la decisión judicial proferida en el Expediente 11001-03-26-000-2002-00038-01(23410) anterior a la declaratoria de nulidad proferida en el Expediente 110010326000 2004 00020 00 (27832 Acumulados 1-7846, 2-7693 y 1-7995), los pagos efectuados siguiendo los lineamientos del Acuerdo 003 del 13 de noviembre 2001 se ajustaron al ordenamiento jurídico y, por ello, nos encontramos ante una situación jurídica consolidada. Al devenir la sentencia del 13 de mayo de 2009, mediante la cual declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, dicho fallo judicial, como lo ha indicado esta Sala en oportunidades anteriores, tuvo efectos retroactivos, es decir que las cosas debieron volver al estado anterior. [...] Si bien la sentencia del 13 de mayo de 2009 mediante la cual se declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001 tuvo efectos retroactivos, no afectó la legalidad de los pagos efectuados por la demandante con sustento en dicho acuerdo toda vez que se trata de una situación consolidada, en la medida en que la sentencia del 25 de febrero de 2009 convirtió una situación que se encontraba en controversia, a saber, la legalidad del Acuerdo 003 de 2001 relacionada con el establecimiento de la tarifa equivalente al 7.5% como compensación por la explotación del servicio a los concesionarios de televisión satelital, en una que ya no lo era, por lo que, se reitera, dicha sentencia del 13 de mayo de 2009 no podía afectar lo ya decidido, debiéndose negar las pretensiones relativas al restablecimiento solicitado por el demandante.

RÉGIMEN UNIFICADO DE CONTRAPRESTACIONES – Nulidad de Acuerdo 003 de 2001 / CONCESIONARIOS DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN Y TELEVISIÓN SATELITAL – Legalidad de pagos efectuados por la explotación del servicio a pesar de nulidad de norma que los regulaba /

ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA – Condiciones para su configuración / COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN – Inexistencia de enriquecimiento sin justa causa

[S]i bien la decisión judicial del 13 de mayo de 2009, mediante la cual se declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, tuvo efectos retroactivos, no afectó la legalidad de los pagos efectuados por la demandante con sustento en dicho acuerdo por tratarse de una situación consolidada, por virtud de la sentencia de 25 de febrero de 2009, como se explicó anteriormente. No se evidencia, entonces, que hubiera existido el enriquecimiento sin causa denunciado por el actor.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, de 31 de agosto de 2015, Radicación 25000-23-26-000-2005-00221-01(36998), C.P. Olga Melida Valle de De La Hoz.

DICTAMEN PERICIAL – Es inadmisibles para verificar aspectos de derecho / OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL – No puede prosperar con fundamento en aspectos de derecho que solo competen al juez

La primera instancia consideró que la objeción de dictamen relacionada con la declaratoria de inexequibilidad del inciso final del artículo 6 de la Ley 680 de 2001 tenía vocación de prosperidad puesto que la prueba está sustentada en lo señalado en dicha norma y se abstuvo de emitir pronunciamiento alguno frente a las demás objeciones. Ahora bien, [...] debe señalarse que el perito debe informarle razonadamente al juez lo que evidenció de acuerdo con sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos especializados. Por ello, las mismas disposiciones legales han previsto que este medio probatorio es inadmisibles para verificar aspectos de derecho (Art. 236, núm. 1, C.P.C.). Lo expuesto permite entonces resaltar que no le correspondía al perito determinar los efectos que sobre la controversia tuvo la declaratoria de inexequibilidad del inciso final del artículo 6 de la Ley 680 de 2001 por ser un asunto que le compete únicamente al juez y, en esa medida, la decisión relativa a la concesión de la objeción por error grave resulta desacertada.

CONTRAPRESTACIÓN POR LA CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS DE DIFUSIÓN – Cálculo / INGRESO BRUTO – Concepto / INGRESO NETO – Concepto / ERROR GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL – Concepto / ERROR GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL – Por haber calculado la contraprestación por la concesión de los servicios de difusión con base en los ingresos brutos y no netos / OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL – Prospera por haber sido elaborado el dictamen sobre bases equivocadas que condujeron a conclusiones erradas

Nótese como en la Tabla No. 1, el perito anuncia que se calcula el porcentaje del 3% mensual sobre los ingresos brutos, manifestando en las notas explicativas de esta tabla que «En esta está calculando el 3% mensual sobre los ingresos y de acuerdo al Decreto 2041 de 1998 en su Artículo 22, como Contra prestación (sic) por la prestación de los servicios», lo cual no se ajusta a lo previsto en dicha disposición normativa que indica que la contraprestación se calcula con base en los ingresos netos causados, no en los ingresos brutos. Al respecto, el diccionario de la lengua española define bruto, como «5. Adj. Dicho de una cantidad de dinero: Que no ha experimentado retención o descuento alguno. U.t.c.s.m.U. en contraposición a neto». Neto, a su vez, es definido como «2. Adj. Que resulta líquido en cuenta, después de comparar el cargo con la data, o en el precio,

después de deducir gastos». Conforme a lo anterior, la Tabla No. 3, en la que se calcula el 4.5% correspondiente a la diferencia entre el 3% y el 7.5% sobre los ingresos brutos, tampoco se encuentra correctamente elaborada puesto que, como se dijo anteriormente, el porcentaje previsto en el artículo 22 del Decreto 2041 de 1998 no se calcula sobre los ingresos brutos, sino sobre los ingresos netos. Por ello, no es posible calcular un porcentaje de diferencia del 4.5% pues los porcentajes del 3% (sobre ingresos netos) y 7.5% (sobre ingresos brutos) no son equiparables y, en esa medida, no es posible emplear para su cálculo los ingresos brutos. Las demás tablas son elaboradas con sustento en la información extractada en las tablas números 1, 2 y 3 y, por ello, los errores evidenciados en las tablas 1 y 3 se han reproducido en ellas, por lo que los cálculos allí efectuados son igualmente defectuosos.

NOTA DE RELATORÍA: Ver autos y sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, de 27 de marzo y 24 de julio de 2003 y 25 de febrero de 2009, Radicación 11001-03-26-000-2002-00038-01(23410), C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros y Ramiro Saavedra Becerra; de 9 de octubre de 2014, Radicación 25000-23-26-000-1998-02870-02(28021), C.P. Stella Conto Diaz del Castillo; de la Sección Primera la decisión de 11 de diciembre de 2014, Radicación 76001-23-31-000-2005-05532-02, C.P. María Claudia Rojas Lasso; y la sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación 11001-03-24-000-2006-00394-00, C.P. María Claudia Rojas Lasso; y de la Corte Constitucional la sentencia T-415 de 2016

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 175 / LEY 680 DE 2001 – ARTÍCULO 6 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 236.1 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 238 / DECRETO 2041 DE 1998 – ARTÍCULO 22

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., tres (03) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00539-01

Actor: GRABACIONES MODERNAS DE COLOMBIA S.A

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

Referencia: Acción de Nulidad y restablecimiento del derecho

Referencia: No se accede al restablecimiento del derecho solicitado en la demanda puesto que, pese a que el acto administrativo general bajo cuyo amparo se realizaron los pagos por parte de la demandada fue anulado, existe una decisión judicial anterior que produjo la consolidación de dicha

situación jurídica. Prospera la objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial en la medida en que se encontró que fue elaborado sobre bases equivocadas que condujeron a conclusiones erradas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 28 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C – en descongestión, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por Grabaciones Modernas de Colombia S.A. en contra de la Comisión Nacional de Televisión.

1.- Antecedentes

1.1.- La demanda

La sociedad Grabaciones Modernas de Colombia S.A., obrando a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de solicitar la nulidad de los artículos segundo, tercero y cuarto del Acuerdo 003 del 13 de noviembre de 2001, expedido por la Comisión Nacional de Televisión.

Solicitó, a título de restablecimiento del derecho, que: (1) se condene a la demandada a la devolución de la suma de \$685.680.669.00, *«ajustada en su valor a la mayor tasa de interés permitido en la ley para el momento en que se profiera sentencia definitiva y conforme a las condiciones de los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo»*; (2) que se ordene a la demandada a devolver el 4.5% sobre las sumas pagadas entre la fecha de presentación de la demanda hasta el día en que se emita la sentencia definitiva, teniendo en cuenta la base de liquidación fijada en el Decreto 2041 de 1998 y en consideración a los efectos que señalan los artículos 177 y 178 del C.C.A.; y (3) que se ordene pagar a la demandada los perjuicios financieros que le fueron causados *«en razón a la periodicidad de los pagos que fijó la CNTV en el acto que se demanda, de conformidad con el resultado de la prueba pericial que se solicita al Honorable Tribunal en el acápite correspondiente de esta demanda»*.

1.2.- Los cargos formulados en la demanda. La violación de las normas en debieron fundarse los actos administrativos demandados.

1.2.1.- Normas violadas

En criterio de la sociedad demandante, el acto administrativo atacado es contrario al artículo 338 de la Carta Política¹, al artículo 6 de la Ley 680 de 2001², al artículo 22 del Decreto 2041 de 1998³, al artículo 52 de la Ley 4 de 1913⁴, al artículo 43 del Decreto 1 de 1984⁵, y al artículo 119 de la Ley 489 de 1998⁶.

¹ **ARTICULO 338.** En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

² **Artículo 6°.** Se autoriza, a la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), como a las Juntas administradoras de los Canales Regionales para que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, revise, modifique y reestructure los actuales contratos con los operadores privados, con los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, así como con los contratistas de otras modalidades del servicio público de televisión en materia de rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión.

Parágrafo. Para efectos de la reestructuración de las tarifas prevista en este artículo derogase el literal g) del artículo quinto (5°) de la Ley 182 de 1995. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-351 de 2004, únicamente por el cargo analizado en la sentencia.**

De igual manera, la Comisión Nacional de Televisión - CNTV - deberá tener en cuenta los cambios ocurridos, tanto en la oferta como en la demanda potencial de pauta publicitaria en televisión.

Los demás concesionarios del servicio de Televisión también serán titulares de la renuncia y de la terminación anticipada de los contratos autorizada en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996.

En los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, se aplicarán en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, para los servicios de telecomunicaciones, establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias. Cuando se den disminuciones en los costos para los contratos de concesión, estos menores valores se deberán reflejar en beneficios para los usuarios. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-351 de 2004**

³ Artículo 22. Contraprestación por la concesión de los servicios de difusión. Por concepto de la concesión para la prestación de los servicios de difusión diferentes al de radiodifusión sonora y televisión, habrá lugar al pago de una contraprestación porcentual anual por concepto de la prestación de los servicios concedidos y sin consideración del área de cubrimiento, equivalente al tres por ciento (3%) de los ingresos netos causados.

Las contraprestaciones por concepto de la concesión de servicios de radiodifusión sonora y televisión se regirán por las normas especiales y las estipulaciones contenidas en los respectivos títulos de concesión, sin perjuicio de la aplicación de los procedimientos y plazos señalados en este Decreto para el pago, recaudo y cobro de las demás contraprestaciones cuando sea el caso.

⁴ **ARTICULO 52.** La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada.

La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción.

⁵ **ARTÍCULO 43.** Deber y forma de publicación. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

1.2.2.- Concepto de la violación

La demandante considera que el acto administrativo enjuiciado fue expedido transgrediendo las normas que le debieron servir de fundamento, en particular, las disposiciones constitucionales y legales señaladas líneas atrás.

1.2.2.1.- Inicialmente encuentra que el Acuerdo 003 de 2001 es contrario a lo previsto en el inciso final del artículo 6 de la Ley 680 de 2001 y a lo señalado por el artículo 22 del Decreto 2041 de 1998.

Para sustentar el cargo formulado, cita el mencionado inciso final del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, que al tenor señala:

«En los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, se aplicarán en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas para los servicios de telecomunicaciones establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión, sin sus excepciones y diferencias. Cuando se den disminuciones en los costos para los contratos de concesión, estos menores valores se deberán reflejar en beneficios para los usuarios».

Posteriormente afirma que el régimen unificado que se menciona allí es el contenido en el Decreto 2041 de 1998, subrayando que:

«[T]eniendo en cuenta que, de conformidad con la clasificación establecida en el decreto 1900 de 1990, los servicios de televisión son servicios de difusión, lo que la norma de la ley 680 (sic) ordena que se aplique “en lo pertinente” de este decreto 2041 son las “disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas ... para los servicios de difusión, sin sus excepciones y diferencias».

Los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio hábil.

⁶ **Artículo 119º.-** *Publicación en el Diario Oficial.* A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el **Diario Oficial**:

a. Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;

b. Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;

c. Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.

Parágrafo.- Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el **Diario Oficial**, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad.

La contraprestación para los servicios de difusión, señala el actor, están regulados en el artículo 22 del citado decreto, cuyo contenido es el siguiente:

«Artículo 22. Contraprestación por la concesión de los servicios de difusión. Por concepto de la concesión para la prestación de los servicios de difusión diferentes al de radiodifusión sonora y televisión, habrá lugar al pago de una contraprestación porcentual anual por concepto de la prestación de los servicios concedidos y sin consideración del área de cubrimiento, equivalente al tres por ciento (3%) de los ingresos netos causados.

Las contraprestaciones por concepto de la concesión de servicios de radiodifusión sonora y televisión se regirán por las normas especiales y las estipulaciones contenidas en los respectivos títulos de concesión, sin perjuicio de la aplicación de los procedimientos y plazos señalados en este Decreto para el pago, recaudo y cobro de las demás contraprestaciones cuando sea el caso»

Así las cosas, continúa el actor, a partir de la vigencia de la Ley 680 de 2001, la tasa aplicable a las contraprestaciones que deben pagar los concesionarios del servicio de televisión por suscripción era del 3% sobre los ingresos netos y no del 7.5% sobre los ingresos brutos establecida en el Acuerdo 003 de 2001, la cual se debía pagar trimestralmente y no mensualmente.

1.2.2.2.- Posteriormente, la demandante acusa el acto administrativo de transgredir el artículo 338 de la Carta Política, el artículo 52 de la Ley 4 de 1913, el artículo 43 del Decreto 1 de 1984 y el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, puesto que su artículo 4 *«cobija hechos cuya causación han sido anteriores a la promulgación del mismo Acuerdo 003 de 2001, es decir, contiene efectos retroactivos»*.

Profundizando en su argumentación, explica que el artículo cuarto del acto administrativo demandado estableció que sería aplicable a partir del mes de octubre de 2001, esto es, con anterioridad a su entrada en vigencia que lo fue el 28 de noviembre de 2001, fecha en que la fue publicado en el diario oficial número 44.629.

Se desconoce, entonces, el artículo 52 de la Ley 4 de 1913 que establece que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación. Además, en criterio del actor, se viola el artículo 43 del Decreto 01 de 1984 que señala que los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el diario oficial, así como el artículo 119 de

la Ley 489 de 1998 que enseña que se cumple con el requisito de publicidad de los actos administrativos de carácter general para efectos de su vigencia y oponibilidad, únicamente, con la publicación que de ellos se haga en el diario oficial.

Agrega el actor que por tratarse de una norma de carácter tributario, sus efectos, por virtud del artículo 338 de la Carta Política, únicamente *«pueden ser hacia el futuro, sin pretender gravar hechos que han acaecido antes de su expedición»*.

1.3.- Contestación de la demanda por parte de la Comisión Nacional de Televisión

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Comisión Nacional de Televisión contestó la demanda, oponiéndose a sus pretensiones con sustento en los siguientes argumentos:

1.3.1. En primera instancia alegó la falta de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para conocer del presente proceso porque, en su concepto, lo era el Consejo de Estado por tratarse de un acto administrativo de carácter general expedido por una autoridad del orden nacional.

1.3.2.- Luego se adentró al estudio de las pretensiones de la demanda, solicitando, como se indicó, que fueran denegadas, en la siguiente forma:

1.3.2.1.- La demandante enfrenta el cargo consistente en la violación de la Ley 680 de 2001, afirmando que dicha disposición legal establece que en los contratos de concesión de televisión por suscripción se aplicarían, en lo pertinente, las disposiciones que en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas se establecieron en el régimen unificado de contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión, encontrando que la aplicación de dicho régimen unificado, previsto en el artículo 22 del Decreto 2041 de 1998, no resulta pertinente por las siguientes razones:

«1. En primer lugar y como se señaló anteriormente la aplicación del artículo 22 no sería pertinente, en razón a que el legislador estaría señalando directamente una tarifa para los servicios de difusión, facultad que otorgó a la CNTV de acuerdo con el primer inciso del artículo 6.

2. Que la aplicación de la tarifa señalada en el artículo 22 del decreto 2041 de 1.998, estaría desconociendo la autonomía de la CNTV en relación con el manejo de tarifas y contribuciones a cargo de los contratistas del servicio de televisión, facultad otorgada por el legislador.

3. Que la reestructuración de las tarifas en los contratos de televisión por suscripción, debe ser el resultado del análisis de la situación específica del servicio.

4. No puede interpretarse la voluntad del legislador en el sentido de que la CNTV deba aplicar una tarifa establecida para los servicios de difusión diferentes a los de televisión, como lo establece el artículo 22. Es importante señalar que la determinación del valor de la concesión para los servicios de televisión fue adoptado por la Comisión Nacional de Televisión, producto de un estudio especializado que arrojó los valores que actualmente se aplican.

5. (...) Como se observa el concepto de pago en el Régimen de contraprestaciones no puede aplicarse de manera exacta a lo dispuesto para el servicio de televisión, si se tiene en cuenta que en el servicio de televisión por suscripción se manejan dos pagos; uno por valor del derecho a la operación y explotación, y otro por valor de la explotación en sí misma, situación que resulta claramente diferente de lo dispuesto en el artículo 22 del decreto 2041 de 1998.

6. De otra parte si la intención del legislador hubiese sido la de aplicar las tarifas de manera directa, en primer lugar no habría autorizado a la Comisión Nacional para fijarlas en los procesos de reestructuración, y en segundo lugar, lo habría hecho para todas las modalidades del servicio de televisión.

7. Finalmente es importante señalar que el artículo 77 de la Constitución Nacional como lo ha reiterado la Corte Constitucional, distinguió con claridad que la determinación de la política corresponde al legislador, y la dirección de la misma que debe adelantarse con arreglo a la ley ha sido confiada a la Comisión Nacional de Televisión.

(...)

Le corresponde entonces a la CNTV el desarrollo de la política y para ello deberá establecer un sistema tarifario que se ajuste a la situación específica y financiera de los concesionarios. En estas circunstancias, no le es dado entrar al legislador imponer una tarifa para una modalidad de servicio público de televisión cuando para ello ha autorizado expresamente a la CNTV, estableciendo los criterios que debe tener en cuenta el ente rector, por lo cual mal entiende el actor que la CNTV ha desconocido el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política, al expedir el acuerdo demandado».

1.3.2.2.- Luego se detuvo a analizar el cargo relacionado la aplicación del acto administrativo demandado a situaciones anteriores a su entrada en vigencia, frente a lo cual resaltó:

«Se precisa que el valor de la compensación que pagan los concesionarios del servicio de televisión por suscripción y las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital directa al hogar, deviene de la ley y contratos, y que lo establecido en el acuerdo objeto de demanda fue la rebaja del valor de la compensación que venían pagando los mismos, del 10% al 7.5%, con corte a octubre de 2001.

(...)

El hecho de que la disposición consagre que las tarifas señaladas se apliquen a partir de la autoliquidación que para el efecto debieron presentar con respecto a valores causados desde el mes de octubre de 2001, no signifique que se esté desconociendo el artículo 43 del C.C.A., en virtud de que los concesionarios cancelan estas sumas con posterioridad a su causación.

En resumen se tiene que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión expidió el Acuerdo 003 de 2001, por medio del cual se rebaja el valor de la compensación que venían pagando los concesionarios de televisión por suscripción del 10% al 7.5%, sin que se pueda entender que los plazos otorgados para el pago de la compensación, establecidos en la ley y el contrato hayan variado en virtud de la expedición de la Ley 680 de 2001, como erróneamente la interpreta el accionante, no existiendo como consecuencia ningún perjuicio para el actor».

1.4.- La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C – en Descongestión, mediante fallo de 28 de noviembre de 2011, decidió:

*«**PRIMERO.- DECLÁRASE** no probada la excepción de falta de competencia, propuesta por el organismo acusado, por las razones expuestas.*

***SEGUNDO.- CONCÉDASE** la objeción por error grave que hizo la parte actora respecto de la pericia y **ABSTENERSE** de ordenar la práctica de un nuevo dictamen pericial, en los términos señalados en la parte motiva de éste fallo.*

***TERCERO.- ESTESE** a lo resuelto por el Consejo de Estado, en sentencia de 13 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 11001-03-26-000-2004-00020-00 (27832), mediante la cual se declaró la nulidad del Acuerdo 003 del 13 de noviembre de 2001, expedido por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. En consecuencia **DECLÁRASE INHIBIDA** la Sala para pronunciarse respecto de la declaratoria de nulidad invocada en la demanda.*

CUARTO.- DENIÉGANSE las pretensiones relativas al restablecimiento del derecho, por las razones expuestas.

QUINTO.- ABSTIENESE de condenar en costas en esta sentencia.

SEXTO.- DENIÉGASE la solicitud de audiencia especial consagrada en el artículo 147 del C.C.A., conforme a lo indicado anteriormente.

SÉPTIMO.- RECONÓCESE personería jurídica al Dr. JUAN CARLOS GÓMEZ JARAMILLO, como apoderado de la parte actora en el sub lite, conforme las razones expuestas.

OCTAVO.- DEVUÉLVASE a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hubiere lugar a ello

NOVENO.- ARCHÍVESE el expediente, una vez ejecutoriada esta providencia, por Secretaría (...)

El Tribunal de instancia emitió tal pronunciamiento, previo estudio y análisis de los siguientes aspectos:

1.4.1.- La excepción de falta de competencia

La primera instancia inició el análisis del presente asunto pronunciándose en relación con la excepción de falta de competencia propuesta por la parte demandada.

En contra de lo manifestado por dicha parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó la excepción indicando que «se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya cuantía excede los 300 salarios mínimos legales mensuales, de manera que, de conformidad con lo establecido en el numeral 3, del artículo 132 del C.C.A., por controvertirse en el sub lite un acto administrativo de cualquier autoridad, es competencia de los Tribunales Administrativos, en primera instancia, por lo mismo, la excepción invocada no tiene vocación de prosperidad, como se indicará en la parte resolutive de la providencia».

1.4.2.- La objeción por error grave del dictamen pericial practicado en proceso, formulada por la demandada

Luego se pronunció en relación con la objeción por error grave que formuló la Comisión Nacional de Televisión en contra del dictamen pericial practicado en el proceso, advirtiendo que:

«(...) los argumentos de la objeción al dictamen pericial esgrimidos por el apoderado judicial de la entidad acusada en la aclaración del mismo, relacionados con la declaratoria de inexecuibilidad del inciso final, del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, disposición legal en la cual está fundamentado el respectivo experticio, tienen vocación de prosperidad por haber sido excluida tal normativa del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional, de manera que se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno frente a las demás fundamentos de la objeción.

Sería del caso conforme lo dispone el inciso 6 del Artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, ordenar la práctica de una nueva pericia, sin embargo, observa la Sala que la declaratoria de la objeción coincide con la argumentación normativa correspondiente a los cargos de la demanda, razón por la cual una vez analizadas las razones jurídicas y fácticas de acusación, se decidirá respecto al decreto de una nueva práctica pericial»

En punto de la práctica de un nuevo dictamen pericial, posteriormente, indicó que resultaba inútil ordenarlo.

1.4.3.- Emprende el análisis de los cargos resaltando que el acto demandado fue declarado nulo por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 13 de mayo de 2009, Expediente 110010326000 2004 00020 00 (27832)⁷, transcribiendo los apartes más importantes de la providencia judicial.

Conforme a lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca *«no encuentra fundamento alguno para pronunciarse en lo atinente a las alegaciones expuestas en la demanda referentes a la nulidad del acto administrativo acusado, de manera que en la parte resolutive de esta providencia, ordenará por sustracción de materia, respecto al cargo endilgado por la parte actora, que se esté a lo decidido por el Consejo de Estado en la sentencia de 13 de mayo de 2009»*.

1.4.4.- Frente a la procedencia del restablecimiento del derecho, la Corporación pone de presente que el último inciso del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, aplicable al presente asunto, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-351 de 2004, la cual transcribe en sus consideraciones más relevantes. En atención a lo anterior, estima el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que:

⁷ La primera instancia subraya que fueron presentadas 3 demandas en contra del acto administrativo aquí demandado (Expedientes 1-7846, 2-7693 y 1-7995), las cuales fueron acumuladas mediante auto de 13 de mayo de 2003 y admitidas mediante autos del 16 de mayo de 2002, 5 de julio de 2002 y 21 de junio de 2002.

«En este orden de ideas, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión acusada del último inciso del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, al considerar que la norma que obliga a la Comisión Nacional de Televisión a atenerse a lo resuelto en un decreto reglamentario que fija las contraprestaciones en materia de contratos de televisión es inconstitucional.

(...)

La sentencia C-351 de 2004 proferida por la Corte Constitucional no indicó los efectos en los que fue proferida, de manera que, en principio, atendiendo los postulados de la norma estatutaria indicada, como de los direccionamientos jurisprudenciales, se entendería que la sentencia que declaró la inexecutable del inciso final del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, tiene efectos hacia el futuro, esto es a partir del 20 de abril de 2004, fecha de entrada en vigencia, la cual fue publicada en la gaceta de la Corte Constitucional, salvo las situaciones jurídicas no consolidadas, esto es aquellas que han sido objeto de controversia o bien ante la administración o ante esta jurisdicción, evento en el cual el efecto será retrospectivo.

(...)

Atendiendo lo preceptuado por la Corte Constitucional, es claro que para el caso en concreto, los efectos de la sentencia C-351 de 2004, que declaró inexecutable el último inciso del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, son ex nunc, esto es "... efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso...", entendiéndose esto último como retrospectividad, es decir, la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado que no estén consolidadas.

Así las cosas, como en el presente asunto existe una situación jurídica que no se encontraba consolidada, toda vez que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia fue impetrada el 1° de abril de 2002, esto es, con anterioridad al pronunciamiento de la Corte Constitucional, la declaratoria de inexecutable afectó las situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso.

El Consejo de Estado ha definido el concepto de situaciones jurídicas no consolidadas; entendiéndolas como aquellas que eran objeto de controversia en actuación administrativa o estaban demandadas ante la jurisdicción contencioso administrativa (sic).

En efecto, en el sub lite, la situación jurídica generada entre las partes, con ocasión de la expedición de la Ley 680 de 2001 y luego con la aplicación del Acuerdo 003 de 2001 por parte de la Comisión Nacional de Televisión, no se consolidó, debido a que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa se encontraba en curso al momento de la declaratoria de inexecutable del inciso final del artículo 6 ibídem.

En este orden de ideas, concluye la Sala que resulta nugatorio pronunciarse sobre las pretensiones relacionadas con el

restablecimiento del derecho en virtud de la nulidad del acto acusado, toda vez que están fundamentadas en una norma que dejó de hacer parte del ordenamiento jurídico porque fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, motivo por el cual se negarán las pretensiones de la demanda».

1.5.- El recurso de apelación presentado por Grabaciones Modernas de Colombia S.A.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, Grabaciones Modernas de Colombia S.A. presentó recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, solicitando su revocatoria y reiterando que se acceda al restablecimiento del derecho solicitado.

1.5.1.- Expresa el apelante que la sentencia recurrida es abiertamente contradictoria, señalando, en síntesis, lo siguiente:

«En el caso que nos ocupa, la sociedad GRAMACOL S.A., con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo 003 de 2001, el cual para el momento gozaba de presunción de legalidad, realizó pagos mensuales a la CNTV equivalentes al 7.5% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de televisión por suscripción. Con el fin de que estos dineros fueran restituidos, el 18 de octubre de 2002, dentro del término de caducidad previsto para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, mi representada interpuso la mencionada acción contra el Acuerdo CNTV 003 de 2001.

Fue durante el trámite del presente proceso que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en virtud de la acción de simple nulidad, declaró la nulidad del Acuerdo 003 puesto que este fue expedido de manera irregular, violando los requisitos previstos en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995 para la expedición de Acuerdos por parte de la CNTV.

(...)

Si bien la nulidad del acto se ocasionó, no en la violación de la Ley 680 de 2001, sino en los vicios de procedimiento que rigieron su elaboración, la consecuencia final sigue siendo que el acto es nulo y que los operadores de televisión por suscripción no estaban obligados al pago de la compensación establecida en el Acuerdo 003 de 2001.

Con la declaratoria de nulidad, los pagos realizados por mi representada se quedaron sin fundamento jurídico alguno, motivo por el cual el derecho debió ser restablecido mediante la devolución de los dineros pagados a la entidad.

La nugatoria del restablecimiento del derecho acarrea la clarísima configuración de un enriquecimiento sin justa causa a favor de la CNTV.»

1.5.2.- Explorando a profundidad la configuración de un enriquecimiento sin justa causa a favor de la CNTV, el apelante resalta:

«El primer elemento es el aumento patrimonial. Al respecto la doctrina ha manifestado que el “enriquecimiento debe ser entendido en su significación vulgar y corriente de toda entrada de valor o ventaja en un patrimonio, aún en bruto, esto es, no tomando en cuenta siquiera las circunstancias jurídicas que lo introducen”. Así, en el caso que nos ocupa, el patrimonio de la CNTV se incrementó debido a los pagos que mensualmente hiciera mi representada con el fin de cumplir con las obligaciones impuestas por el Acuerdo 003 de 2001.

El dictamen pericial, visible a folio 129 del expediente, demuestra claramente que desde la entrada en vigencia del Acuerdo 003 de 2001, hasta la suspensión provisional del mismo, GRAMACOL pagó a la CNTV la suma de MIL CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL CIENTO CATORCE PESOS (\$1.142.801.114). Esta suma constituye el enriquecimiento de la CNTV en el presente caso.

Respecto del segundo elemento, esto es la disminución patrimonial correlativa, la doctrina ha manifestado lo siguiente:

(...)

Así las cosas, el patrimonio de mi representada se empobreció en MIL CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL CIENTO CATORCE PESOS (\$1.142.801.114), como consecuencia directa de los pagos realizados a la CNTV por concepto de la compensación por la concesión del servicio de televisión por suscripción. La suma mencionada, más los réditos financieros y la indexación, constituyen el derecho que debe ser restablecido.

(...)

En el presente caso, los pagos realizados por GRAMACOL a la CNTV encontraban su justificación en la presunción de legalidad del Acuerdo 003 de 2001, sin embargo, al desvirtuarse dicha presunción y declararse la nulidad del mencionado acto administrativo, la causa dejó de existir. Así, el dinero ha debido restituirse, puesto que de no hacerlo, la CNTV se enriquecía sin causa alguna y a costa del patrimonio del administrado»

1.5.3.- Posteriormente se refirió a los efectos de la declaratoria de nulidad sobre las situaciones no consolidadas, subrayando que lo que pretende, en este caso, es precisamente que se afecte ese tipo de situaciones. Para el efecto, indica que:

«Para la fecha de la sentencia en la cual se declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, la materia que nos ocupa seguía siendo objeto de controversia. La nulidad y restablecimiento del derecho habían sido demandados con anterioridad sin que la situación hubiere sido resuelta, por este motivo y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la declaratoria de nulidad del Acuerdo 003 de 2001 produce efectos sobre el presente proceso y por tanto debe declararse el restablecimiento del derecho reclamado».

1.5.4.- Plantea que para la fecha en que se presentó la demanda y se realizó el dictamen pericial, el artículo 6 de la Ley 680 de 2001 estaba vigente y gozaba de presunción de legalidad, razón por la que:

«(...) la compensación a que estaban obligados los operadores del servicio de televisión por suscripción debía ser equivalente al 3% de los ingresos, fue por este motivo que los cálculos de la prueba pericial se basaron en esta cifra y que se solicitó, a manera de restablecimiento del derecho, la restitución de la diferencia entre lo preceptuado por la Ley y lo dispuesto por el Acuerdo, esto es el 4.5% de los pagos realizados a la CNTV

(...)

No encuentra ningún asidero en el ordenamiento jurídico colombiano, la procedencia de la objeción por error grave declarada por el a quo, toda vez que el error grave debe fundamentarse en una equivocación de gran importancia por parte del perito que tenga entidad suficiente para llevarlo a conclusiones igualmente equivocadas. En el caso que nos ocupa, el perito no incurrió en yerro alguno, simplemente se limitó a realizar el siguiente ejercicio:

Verificar el monto de las sumas pagadas por el concesionario, a la tasa del 7.5% y establecer la diferencia de ese monto, frente al monto que debía pagarse a la tasa del 3.0%. Ese simple ejercicio matemático no se invalida por el hecho de que se hubiere declarado inexecutable el último inciso del artículo 6 de la Ley 680 ni porque el perito se basara, supuestamente, en las cuentas de la parte demandada.

El a quo ni siquiera tuvo en cuenta que obran en el expediente, como pruebas del presente proceso, los documentos en los cuales se acreditan las consignaciones bancarias que la parte actora efectuó a favor de la demanda con el fin de cumplir la obligación establecida en el Acuerdo 03 de 2001, obligación que desapareció del ordenamiento jurídico como consecuencia de su nulidad, razón de la cual procede el restablecimiento del derecho solicitado.

De ninguna manera se adecua al argumento del a quo para efectos de negar el restablecimiento del derecho, puesto que a la fecha de presentación de la demanda era imposible conocer la providencia de la Corte Constitucional que iba a declarar la inexecutable de la Ley 680 de 2001.

Lo cierto es que el Acuerdo demandado fue declarado nulo por el Consejo de Estado y que dicha nulidad está llamada a producir efectos sobre la situación que nos ocupa, independientemente de la declaratoria de inexecuibilidad de la Ley 680 de 2001. Por el contrario, la mencionada inexecuibilidad implica que los operadores no estaban obligados ni si quiera al pago del 3% por concepto de compensación. Así el restablecimiento del derecho ya no corresponde al 4.5%, sino al 7.5%».

1.6.- Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del agente del Ministerio Público

Mediante providencia de 22 de marzo de 2013, el magistrado ponente corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público para que allegara su concepto de fondo sobre la controversia.

El apoderado de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación. Por su parte el apoderado judicial de la Comisión Nacional de Televisión – En Liquidación expuso las consideraciones por las cuales estima que la decisión de primera instancia debe confirmarse.

Para el efecto, mencionó que la obligación de pagar la compensación por la utilización y explotación de los canales radioeléctricos del Estado fue establecida en el Decreto 666 de 1985 (artículos 11 y 12) y posteriormente en la Ley 14 de 1991.

Luego citó el contenido del artículo 5, letra g, y el artículo 12, letra b, de la Ley 182 de 1995, resaltando que era función de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión fijar las tarifas, tasas y derechos a que se refiere esta ley, de conformidad con los criterios en ella establecidos.

La potestad la ejerció, continúa la entidad demandada, en el Acuerdo 014 de 1997, estableciendo que dicha compensación era del 10% de total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio, el cual estuvo vigente hasta el 24 de noviembre de 2006 y, entonces, fue de obligatorio cumplimiento para los concesionarios del servicio de televisión por suscripción.

Ahora bien, estima que por virtud del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, se autorizó a la Comisión Nacional de Televisión para que revisara, modificara y reestructurara, entre otros aspectos, los contratos con los concesionarios de televisión, en materias tales como rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos, con el único y exclusivo fin de conducir a la normal prestación del servicio público de televisión.

Con sustento en esa disposición legal, se expidió el Acuerdo 003 de 2001 que redujo de 10% a 7.5% el valor de la competencia o tarifa por la explotación del servicio, en beneficio de los concesionarios. Sin embargo, dicho acuerdo fue suspendido y anulado, volviendo las cosas al estado en que se encontraban al momento de expedirlo, esto es, al Acuerdo 014 de 1997. En relación con este punto, finalmente señala:

«En todo caso, la contribución que por concepto de la compensación se causó en vigencia del Acuerdo No. 03 de 2001, y 014 de 1997 (sic), surtió efectos por efectos por tratarse de situaciones concretas y particulares ya definidas, tal y como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, tema del cual nos ocuparemos más adelante.

(...)

Ahora bien es cierto que el Consejo de Estado en providencia del 27 de marzo de 2003 decretó la suspensión provisional de los efectos de las expresiones acusadas del Acuerdo No. 003 de 2001 (...) por considerar que la Ley 680 de 2001, en su artículo 6°, derogó la mencionada competencia de la CNTV para fijar los derechos, tasas y tarifas respecto de los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, estableciendo que en materia de tarifas derechos, compensaciones y tasas, se aplicarían las establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencia, contenido en el Decreto 2041 de 1998.

A su turno, la misma Corporación de lo Contencioso Administrativo dentro del Proceso No. 2002 0038 correspondiente a la Acción de Nulidad de los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo No. 003 de 2001, mediante sentencia del 25 de febrero de 2009, negó las pretensiones de la demanda. (...)»

Continuó su análisis insistiendo en que el Acuerdo 014 de 1997 permaneció vigente hasta el 28 de noviembre de 2006, fecha de entrada en vigencia del Acuerdo 010 del 14 de noviembre de 2006 y agregó:

«2.- Las situaciones concretas y particulares definidas en los contratos de concesión y en el Acuerdo No. 014 de 1997, permanecen incólumes

en virtud de lo dispuesto por la SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – DEL CONSEJO DE ESTADO, CON PONENCIA DEL DR. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, MEDIANTE SENTENCIA DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2012, DENTRO DEL PROCESO NO. 2005 – 0005600 (31648), la cual precisa:

“... la presente decisión no surtirá efectos sobre los contratos de concesión que hayan sido suscritos por la CNTV antes de la ejecutoria de esta sentencia, por tratarse de situaciones concretas y particulares ya definidas.”

(...)

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que EL CONTRATO DE CONCESIÓN establece el pago del 10% de compensación, y el mismo no han sido objeto de pronunciamiento o decisión judicial alguna, que invalide la referida obligación, lo cual quiere decir que los términos y estipulaciones del contrato, permanecen incólumes y son de obligatorio cumplimiento.

En otras palabras, la obligación de pagar la compensación establecida en EL CONTRATO DE CONCESIÓN, siguen vigentes.»

El agente del Ministerio Público que interviene ante esta Sala, guardó silencio.

2.- Consideraciones de la Sala

2.1.- El acto administrativo enjuiciado

Lo son las siguientes disposiciones (subrayadas y resaltadas) del Acuerdo 003 del 13 de noviembre de 2001, *«Por el cual se modifican las tarifas por concepto de compensación para los contratos de televisión por suscripción y para las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital»*, cuyo contenido es el siguiente:

«LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 12 literal a) de la ley 182 de 1.995 y en desarrollo de lo establecido en el artículo 8 de la ley 335 de 1.996, mediante el cual se modificó el artículo 43 de la ley 182 de 1.995, en el artículo 21 de la ley 335 de 1.996 y en desarrollo del artículo 6 de la ley 680 de 2.001, y

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el párrafo 2º del artículo 8 de la ley 335, modificador del artículo 43 de la ley 182 de 1.995, hasta la fecha de cesión de los contratos a la Comisión Nacional de Televisión, los concesionarios del servicio de televisión cerrada o por suscripción,

seguirían cancelando la compensación a que se refiere el artículo 49 de la ley 14 de 1.991;

Que igualmente el citado párrafo establece que si la Comisión decidiera prorrogar esos contratos, la Comisión percibiría la compensación que fije en idénticas condiciones de los operadores nuevos;

Que en aplicación de la norma señalada, le corresponde a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, fijar el valor de la compensación a pagar a la Comisión, por los concesionarios de televisión por suscripción cuyo contrato fue cedido a la entidad por el Ministerio de Comunicaciones y por los concesionarios adjudicatarios de los procesos licitatorios 001 de 1.999, 002 de 1.999 y 003 de 1.999;

Que la Comisión Nacional de Televisión, fijó en el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1.997 por concepto de compensación, el diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de este servicio;

Que la Comisión Nacional de Televisión, fijó en el inciso artículo 4 del Acuerdo 005 de 1.996 y en los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Acuerdo 032 de 1.998, por concepto de compensación a ser pagada por las sociedades autorizadas para la prestación del servicio de televisión satelital o televisión directa al hogar, el diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales percibidos de los pagos que por la recepción de las señales realizan los usuarios del sistema;

Que de conformidad con el artículo 21 de la ley 335 de 1.996, el servicio de televisión satelital denominado (DBS) o televisión directa al hogar, o cualquier otra denominación que se emplee para este sistema, causará el pago de la misma compensación que se señale para el servicio de televisión por suscripción, así como el cumplimiento de las obligaciones que se determinen para dicho servicio;

Que el artículo 6 de la ley 680 de 2.001, autoriza a la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) para que revise, modifique y reestructure, entre otros aspectos, los actuales contratos con los concesionarios de televisión por suscripción, así como con los contratistas de otras modalidades del servicio público de televisión, en materia de rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión;

Que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en sesión efectuada el 13 de Noviembre de 2.001, según consta en el Acta No 863, adoptó en desarrollo de las facultades señaladas en las leyes 182 de 1.995, 335 de 1.996 y 680 de 2.001, determinaciones con respecto a los contratos de televisión por suscripción y para las sociedades autorizadas para la prestación del servicio de televisión satelital, incluido el monto a pagar por concepto de compensación;

ACUERDA:

ARTÍCULO PRIMERO: DEL CAMPO DE APLICACIÓN.- *El presente acuerdo se aplica a los concesionarios de televisión por suscripción y a las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital directo al hogar.*

ARTICULO SEGUNDO: *Modificar el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1.997, el artículo cuarto del Acuerdo 005 de 1.996 y los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Acuerdo 032 de 1.998, los cuales quedarán así: **"Los concesionarios de televisión por suscripción y las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital directa al hogar, pagarán directamente a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación del servicio, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente período de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario"***

ARTICULO TERCERO: DE LA FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACION.- **El valor de la compensación deberá ser pagado mensualmente por parte de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción y por parte de las sociedades autorizadas para la prestación del servicio de televisión satelital.** *Para tal fin, deberán presentar dentro de los quince días calendario siguientes al vencimiento del respectivo mes, una autoliquidación sobre los valores causados, la cual contendrá el número de usuarios y el valor de la tarifa cobrada, de conformidad con el formato contenido en el Anexo que forma parte integral del presente acuerdo; la autoliquidación deberá presentarse debidamente firmada por el Representante Legal y el Contador o Revisor Fiscal de la sociedad, según el caso. El concesionario o la sociedad autorizada, tendrán un plazo máximo de quince días calendario contados a partir de la fecha límite para presentar la correspondiente autoliquidación, para efectuar su pago. Si el concesionario o la sociedad autorizada no presentan la respectiva autoliquidación dentro del término previsto en el presente artículo, la Comisión Nacional de Televisión, a través de la Subdirección Administrativa y Financiera, procederá a efectuar la correspondiente liquidación oficial, tomando como base la anterior autoliquidación presentada, incrementada en un diez por ciento (10%). La no cancelación del valor de la compensación dentro del plazo señalado, causará a favor de la Comisión Nacional de Televisión la tasa máxima de interés moratorio certificada por la Superintendencia Bancaria.*

ARTICULO CUARTO: **Las tarifas señaladas en el presente Acuerdo, se aplicarán a partir de la autoliquidación que debe ser presentada, con respecto a los valores causados desde el mes de octubre de 2.001. »**

2.2.- Análisis de los cargos formulados por el demandante en el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de primera instancia

2.2.1.- La sentencia recurrida es abiertamente contradictoria

2.2.1.1.- Los argumentos de la parte actora

El demandante considera que la sentencia de primera instancia es contradictoria en la medida en que, de un lado, reconoce la nulidad del acto administrativo demandado, pero del otro, niega el restablecimiento solicitado. Estima que el restablecimiento del derecho es la consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, siempre que este se haya solicitado en la demanda y el perjuicio se haya acreditado.

En el presente caso, resalta que se encuentra acreditado que Grabaciones Modernas de Colombia S.A., dando cumplimiento al Acuerdo 003 de 2001, realizó pagos mensuales a la Comisión Nacional de Televisión por la suma equivalente al 7.5% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de televisión por suscripción, cuya restitución ha solicitado oportunamente, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Subraya que durante el trámite de este proceso, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 13 de mayo de 2009, Expediente 11001032600020040002000 (27832), declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, razón por la que, manifiesta la parte actora, *«[A]l analizar los motivos por los cuales el Consejo de Estado consideró que el Acuerdo 003 de 2001 debía ser declarado nulo, se llega necesariamente a la conclusión de que es procedente el restablecimiento del derecho solicitado»*.

Finalmente agrega que *«Si bien la nulidad del acto se ocasionó, no en la violación de la Ley 680 de 2001, sino en los vicios de procedimiento que rigieron su elaboración, la consecuencia final sigue siendo que el acto es nulo y que los operadores de televisión por suscripción no estaban obligados al pago de la compensación establecida en el Acuerdo 003 de 2001»*, motivo por el cual el derecho debió ser restablecido mediante la devolución de los dineros pagados al concesionario.

2.2.1.2.- La tesis de la Sala

Para desatar el cargo propuesto, inicialmente debe advertirse que el ciudadano José Vicente Camacho Vanegas solicitó que se declarara la nulidad parcial de algunas expresiones contenidas en el Acuerdo 003 de 13 de noviembre de 2001, expedido por la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión. Dicho proceso se tramitó en la Sección Tercera del Consejo de Estado con el número de expediente 11001-03-26-000-2002-00038-01(23410).

En este proceso se procedió, mediante auto del 27 de marzo de 2003, a la admisión de la demanda e igualmente se decretó la suspensión provisional de los apartes demandados, así:

«R E S U E L V E

ADMITESE la demanda presentada por el abogado JOSE VICENTE CAMACHO VANEGAS, por reunir los requisitos formales.

NOTIFIQUESE personalmente al Señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

NOTIFIQUESE a la Nación, Comisión Nacional de Televisión, representada legalmente por el Director de la Junta Directiva.

FÍJESE el negocio en lista por el término de diez (10) días, para los efectos previstos en el en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A. modificado por el artículo 58 de la Ley 446 de 1998.

SOLICITESE a la Nación, Comisión Nacional de Televisión, el envío de los antecedentes administrativos.

DECRETASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados constituidos por las siguientes expresiones de los artículos:

**“De ARTICULO SEGUNDO, la expresión inicial del inciso segundo
“Los concesionarios de televisión por suscripción. Y..”**

Del ARTÍCULO TERCERO. DE LA FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN, la expresión del inciso primero: “... por parte de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción y por... El concesionario o ...”

**Del mismo ARTICULO TERCERO, la expresión del inciso segundo:
“Si el concesionario o ..”**

Del ARTÍCULO QUINTO, la expresión inicial: “Los concesionarios de televisión por suscripción y...”»

Los razonamientos que expuso esa sala de decisión para adoptar la suspensión provisional de los efectos de los apartes de dicho acto administrativo, fueron los siguientes:

*«Sin embargo, con la expedición de la Ley 680 de 2001, se modificó la Ley 182 de 1995 y se dictaron otras disposiciones en materia de televisión. **En dicha oportunidad en legislador limitó algunas de las facultades atribuidas por la Ley a la entidad pública, es más el artículo 6º dispuso que en los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, se aplicarían en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, para los servicios de telecomunicaciones, establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias:***

“ARTÍCULO 6º. Se autoriza, a la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), como a las Juntas administradoras de los Canales Regionales para que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, revise, modifique y reestructure los actuales contratos con los operadores privados, con los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, así como con los contratistas de otras modalidades del servicio público de televisión en materia de rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión.

PARÁGRAFO. Para efectos de la reestructuración de las tarifas prevista en este artículo derogase el literal g) del artículo 5o. de la Ley 182 de 1995.

(...)

En los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, se aplicarán en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, para los servicios de telecomunicaciones, establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias. Cuando se den disminuciones en los costos para los contratos de concesión, estos menores valores se deberán reflejar en beneficios para los usuarios.”

La norma que se deja expuesta, muestra en primer lugar que el legislador derogó expresamente la competencia que le asistía a la Comisión Nacional de Televisión para fijar los derechos, tasas y tarifas que debía percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión; facultad reglamentaria que venía ejerciendo hasta entonces. Pero además en el inciso final, específicamente se pronunció respecto de los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, para

los cuales en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, se aplicarían las establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias.

Bajo esta disposición, no hay duda en cuanto a los contratos de concesión por suscripción, la misma ley ordenó la aplicación del Régimen Unificado y no las normas expedidas para el efecto por la Comisión Nacional de televisión.

El Presidente de la República con la expedición del Decreto Reglamentario No. 2041 de 1998, había establecido el Régimen Unificado de Contraprestaciones, por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones y los procedimientos para su liquidación, cobro, recaudo y pago, el cual fue modificado parcialmente por el Decreto 1705 de 1999.

El artículo 18 del decreto en mención consignó.

“Contraprestación por la concesión para la prestación de servicios básicos de telecomunicaciones. Por concepto de la concesión para la prestación de servicios básicos de telecomunicaciones, distintos de los señalados en los artículos 19, 20 y 21 del presente Decreto, habrá lugar al pago de una contraprestación porcentual anual calculada sobre los ingresos netos causados por concepto de la prestación de los servicios concedidos y sin distinción de su área de cubrimiento, equivalente al tres por ciento (3%).”

Por su parte el artículo 22 del Decreto 2041 vigente dispone:

“Artículo 22. Contraprestación por la concesión de los servicios de difusión. Por concepto de la concesión para la prestación de los servicios de difusión diferentes al de radiodifusión sonora y televisión, habrá lugar al pago de una contraprestación porcentual anual por concepto de la prestación de los servicios concedidos y sin consideración del área de cubrimiento, equivalente al tres por ciento (3%) de los ingresos netos causados.

Las contraprestaciones por concepto de la concesión de servicios de radiodifusión sonora y televisión se regirán por las normas especiales y las estipulaciones contenidas en los respectivos títulos de concesión, sin perjuicio de la aplicación de los procedimientos y plazos señalados en este Decreto para el pago, recaudo y cobro de las demás contraprestaciones cuando sea el caso.

Aunque la norma arriba transcrita expresamente indicó que para la prestación de los servicios de difusión diferentes al de radiodifusión sonora y televisión, habría lugar al pago de una contraprestación porcentual anual por concepto de la prestación del servicio, equivalente al tres por ciento (3%) de los ingresos netos causados, se observa:

Si bien, el decreto reglamentario había dejado por fuera del ámbito de su aplicación a los servicios de radiodifusión sonora y

televisión, y por lo tanto el porcentaje por la prestación del servicio, equivalente al 3 % de los ingresos netos causados, no cabía en relación con la prestación del servicio de televisión cualquiera que fuera su modalidad, también lo es que la Ley 680 del 2001 modificó el alcance del decreto reglamentario, en la medida que para los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, ordenó que se aplicarían las reglas del Régimen Unificado de Contraprestaciones en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, y destacó que para la aplicación de dicha normatividad no se tendrían en cuenta las excepciones y diferencias allí previstas.

Lo anterior permite concluir, por un lado, que la Ley 182 de 1995 facultó a la Comisión Nacional de Televisión para fijar los derechos, tasas y tarifas por la explotación del servicio de televisión; y por otro, que con la expedición de la Ley 680 del 2001 esa atribución fue limitada por el mismo legislador, al ordenar en el artículo 6° que para los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, se aplicaría el Régimen Unificado de Contraprestaciones.

Ahora bien, la norma acusada, esto es, los artículos 2°, 3° y 5° del Acuerdo No. 003 del 13 de noviembre del 2001 expedida por la Comisión Nacional de Televisión, apoyándose en las facultades conferidas “por el artículo 12 literal a) de la Ley 182 de 1995 y en desarrollo del artículo 6° de la Ley 680 del 2001”, dispuso (artículo 2°) que los concesionarios de televisión por suscripción y las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital, pagarían directamente a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación del servicio, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario.”

Igualmente, el artículo 3° señaló “El valor de la compensación deberá ser pagado mensualmente por parte de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción y por parte de las sociedades autorizadas para la prestación del servicio de televisión satelital. Para tal fin deberán presentar dentro de los quince días calendario siguientes al vencimiento del respectivo mes, una autoliquidación sobre los valores causados, la cual contendrá el número de usuarios y el valor de la tarifa cobrada, de conformidad con el formato contenido en el anexo que forma parte integral del presente acuerdo; la autoliquidación deberá presentarse debidamente firmada por el Representante Legal y el Contador o Revisor Fiscal de la Sociedad, según el caso. El concesionario o la sociedad autorizada, tendrán un plazo máximo de quince días calendario contados a partir de la fecha límite para presentar la correspondiente autoliquidación, para efectuar su pago.”

— Por último, el artículo 5° del acuerdo acusado dijo : “Los concesionarios de televisión por suscripción y las sociedades

autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital o directa al hogar, con contrato actualmente vigente, tendrán plazo para suscribir el correspondiente otro si hasta el 26 de diciembre de 2001.

Para la Sala le asiste razón a la parte demandante, pues, la norma acusada desconoce parcialmente la previsión legislativa, en la medida que la reglamentación contenida en el Acuerdo No. 003 del 2001, en materia, de tasas, tarifas y derechos por la explotación del servicio de televisión involucra a los concesionarios de televisión por suscripción, cuando el mismo legislador con la expedición de la Ley 680 del 8 de agosto del 2001 había señalado expresamente cual era el régimen aplicable por la explotación de dicho servicio. Es más, en la disposición legal se había indicado que para los concesionarios de televisión por suscripción se aplicaría Régimen Unificado de Contraprestaciones, en cuyo caso no se tendría en cuenta las diferencias y excepciones contenidas en el Decreto 2041 de 1998, que eventualmente pudieran ocasionar algún equivoco en la aplicación de la norma.

Además, no debe perderse de vista que el Régimen Unificado reglamento el procedimiento a seguir para tasación de la obligación a cargo del concesionario.

Bajo las circunstancias anteriores, resulta claro que las expresiones acusadas de nulidad contenidas en el Acuerdo No. 003 del 13 de noviembre del 2001, por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión desconocen ostensiblemente el artículo 6° de la Ley 680 del 2001 y el artículo 22 del Decreto Reglamentario No. 2041 de 1998, en especial porque la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión carecía de competencia para reglamentar lo concerniente a los derechos, tasas y tarifas que debía percibir por la explotación del servicio de televisión respecto de los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción.

Igualmente, el acuerdo mencionado vulneró la norma legal, teniendo en cuenta que el mismo legislador había señalado cual era el régimen aplicable para los contratos de concesión de televisión por suscripción y dicha reglamentación había sido expedida mediante el Decreto Reglamentario 2041 de 1998, arrojándose de esa manera una facultad de la cual carecía.

Bajo estos términos, la confrontación hecha por el demandante fue suficiente para la prosperidad de la medida cautelar, lo cual condujo a la Sala a admitir la demanda por reunir los requisitos legales y decretar la suspensión provisional de los efectos de las expresiones acusadas contenidas en los artículos 2°, 3° y 5° del Acuerdo No. 003 del 2001.»

Dicha decisión fue impugnada por la Comisión Nacional de Televisión y confirmada por dicha sección, mediante providencia del 24 de julio de 2003, manifestando:

«Tal y como quedó expuesto en la providencia recurrida, las disposiciones demandadas desconocen parcialmente la previsión legislativa, en la medida que la reglamentación contenida en el Acuerdo No. 003 del 2001, en materia, de tasas, tarifas y derechos por la explotación del servicio de televisión involucró a los concesionarios de televisión por suscripción, cuando el mismo legislador con la expedición de la Ley 680 del 8 de agosto del 2001 había previsto que dicho servicio, se sometía en cuanto a su liquidación y monto al Régimen Unificado de Contraprestaciones

Las razones anteriores resultan suficientes para concluir que las expresiones acusadas de nulidad contenidas en el Acuerdo No. 003 del 13 de noviembre del 2001, por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión desconocen los artículos 6º de la Ley 680 del 2001 y 22 del Decreto Reglamentario No. 2041 de 1998, en especial porque la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión carecía de competencia para reglamentar lo concerniente a los derechos, tasas y tarifas que debía percibir por la explotación del servicio de televisión respecto de los contratos de concesión por suscripción.

El acuerdo mencionado vulneró la norma legal, teniendo en cuenta que el mismo legislador había señalado cual era el régimen aplicable para los contratos de concesión de televisión por suscripción y dicha reglamentación había sido expedida mediante el Decreto Reglamentario 2041 de 1998, arrojándose de esa manera una facultad de la cual carecía.

Los argumentos anteriores condujeron a la Sala a decretar la medida cautelar; sin embargo, en concepto del recurrente la Sección no debió entrar a estudiar detenida y elaboradamente el fondo del asunto, porque en su sentir dicho análisis era materia de la sentencia y no de la providencia que abordaba el estudio de la suspensión provisional.

Para la Sala esta apreciación resulta equivocada, porque en esa oportunidad, la suspensión provisional abordó especialmente el estudio de las normas que se consideraron vulneradas.

Además, se observa que el recurrente no discutió de fondo los argumentos que condujeron a la Corporación a sostener la violación de la norma superior relacionada con la falta de competencia del organismo de regulador. En ese orden de ideas, los razonamientos de la Comisión Nacional de Televisión no resultaron suficientes para modificar la providencia, en cambio colaboran en mantener lo dicho por la Sala».

Pese a lo anterior, dicha sección, en sentencia del 25 de febrero de 2009⁸, decidió negar las pretensiones de la demanda, esgrimiendo para el efecto lo siguiente:

⁸ De acuerdo al reporte del sistema de gestión judicial, la notificación de esta decisión se surtió por edicto, del 5 al 9 de marzo de 2009.

«La naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Televisión y sus funciones.

(...)

De esta manera, se produjo un reparto de competencias entre el legislador y la hoy creada **Comisión Nacional de Televisión**, que demarca el ejercicio de las facultades normativas de cada uno de ellos y establece así mismo, un límite a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, en tal forma que se garantiza la independencia de la **CNTV** en el ejercicio de su función de regulación en materia de televisión, sin que con ello se afirme que esté desligada de la ley o que no se halle subordinada a la misma; al respecto, ha dicho la Corte Constitucional⁹:

“El cumplimiento de las funciones de ejecución de la CNTV está supeditado a la ley, en la medida en que sus normas constituyen el marco que las nutre y las delimita. Cosa distinta es que dicha entidad cuente con autonomía para hacerlo, no pudiendo el legislador, ni sustituirla asumiendo directamente las funciones de dirección y ejecución de la política que él defina, ni invadir sus competencias, como lo señala la actora, a través de normas legales que contengan decisiones que se traduzcan en definiciones concretas sobre aspectos específicos propios del ente ejecutor”.

*Es clara entonces la subordinación de la **CNTV** frente a la ley, pues ésta es la encargada de establecer las políticas, así como los planes y programas estatales en materia de televisión, que le corresponde ejecutar y desarrollar a la entidad rectora de este servicio público, lo que es apenas lógico, dado el origen democrático de las disposiciones del Congreso de la República, ámbito natural de producción de las normas imperativas que se imponen a los asociados; pero lo que sí es claro y no admite discusión, es la intención que tuvo el constituyente de salvaguardar el servicio público de televisión frente a las indebidas interferencias que pudieran provenir del Gobierno y evitar que éste utilizara su poder para poner a su disposición dicho medio de comunicación con el fin de emplearlo en la manipulación y orientación de la opinión pública en cualquier sentido.*

Es esta clase de independencia la que se quiso garantizar, en relación con el medio de comunicación más poderoso de la presente época, salvaguardando de esta manera la naturaleza democrática y pluralista que debe revestir tan importante mecanismo de difusión, que tanta influencia ejerce sobre la sociedad, a tal punto que puede determinar las preferencias de consumo de los televidentes, e incluso condicionar las decisiones que individualmente se tomen, aún en el ámbito político.

⁹ Sentencia C-350 del 29 de julio de 1997, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Por lo anterior, aunque evidentemente, la **CNTV** está sujeta en sus actuaciones a lo dispuesto por la ley, ésta, a su vez, se encuentra supeditada a la Constitución Política; y si la Carta ha radicado de manera exclusiva un determinado ámbito de decisión en cabeza de una específica autoridad administrativa, atribuyéndole una competencia reglamentaria en ciertas materias o asuntos, el legislador debe respetar esa disposición superior, absteniéndose de expedir normas en las que se contradiga o desconozca dicha competencia.

Y en el caso que ocupa ahora la atención de la Sala, se advierte que este deber no fue cumplido cabalmente por el legislador en la Ley 680 de 2001, pues en su artículo 6º, más exactamente en el inciso final del párrafo de esta norma, supeditó la actuación de la CNTV a la aplicación de un decreto reglamentario expedido por el Gobierno Nacional, respecto de una materia que en principio le correspondía reglamentar a dicha entidad, como titular de la función de intervención estatal en el espectro electromagnético y ejecutora de la política de televisión impuesta por el legislador, entidad a quien le corresponde además, por encargo constitucional, la regulación de la televisión, de la cual hace parte el tema de los pagos que deben efectuar los concesionarios de los servicios de televisión, por concepto de tales concesiones y de la explotación de dichos servicios.

En efecto, a pesar de que la CNTV, como órgano estatal interventor en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y entidad reguladora de los mismos, es la encargada de adjudicar las concesiones en materia del servicio de televisión y de fijar y cobrar los derechos y contraprestaciones a que las mismas dan lugar, tal y como, en desarrollo del mandato constitucional (arts. 76 y 77) fue determinado por la Ley 182 de 1995 en el literal g) del artículo 5º de la Ley 182/95, y no obstante que en relación con la concesión del servicio de televisión por suscripción ella ya había establecido mediante un Acuerdo suyo (014 de 1997) la reglamentación correspondiente a esta clase de servicio de televisión, de la cual hacía parte el régimen de contraprestaciones a que daba lugar la concesión del mismo, el legislador, en el último inciso del párrafo del art. 6 de la Ley 680/01 le ordenó aplicar el “Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias”.

Con tal remisión, el legislador desplazó a la CNTV en su función constitucional reglamentaria, ordenándole someterse a un reglamento gubernamental, es decir que obró en sentido totalmente contrario al querer del constituyente, que perseguía precisamente la independencia del organismo rector de la televisión, no sólo respecto del poder de influencia de los grupos económicos, sino también y en forma principal, frente al mismo Gobierno; mediante esta norma legal, se atentó directamente contra la autonomía e independencia de la CNTV, en materia de reglamentación del servicio de televisión.

Esta contradicción evidente de la Constitución Política por parte de la norma legal que se adujo como vulnerada en la demanda que dio origen al presente proceso, no puede ser obviada por el juzgador a la hora de evaluar la validez del acto administrativo acusado, debiendo por lo tanto, aplicar la excepción de inconstitucionalidad para efectos de decidir y así lo hará la Sala.

En consecuencia, toda vez que al momento de expedición del Acuerdo 003 de 2001, al que pertenecen los apartes acusados, estaba vigente el último inciso del párrafo del artículo 6° de la Ley 680 de 2001, y que dicha norma era violatoria de lo dispuesto por el artículo 77 de la Constitución Política, la Sala procede a inaplicarla, dando como resultado la subsistencia de los apartes acusados del acto administrativo parcialmente demandado, toda vez que desapareció el fundamento de derecho de su impugnación.

La excepción de inconstitucionalidad.

En este punto, advierte la Sala cómo, mediante Sentencia C-351 de 2004¹⁰ -es decir con posterioridad a la presentación de la demanda en el sub-lite-, la Corte Constitucional declaró inexecutable el siguiente aparte del inciso final del Párrafo del Artículo 6° de la Ley 680 de 2001:

“En los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, se aplicarán en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, para los servicios de telecomunicaciones, establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias”.

Para la Corte Constitucional, la remisión que la Ley 680 de 2001 hizo a este Decreto del Gobierno, para efectos del ejercicio de la función de la **CNTV** de fijar las contraprestaciones por concepto de la explotación del servicio de televisión por suscripción por parte de los concesionarios, resulta violatoria de la independencia constitucionalmente otorgada a esta entidad; al respecto, dijo dicha Corporación:

(...)

5. Caso concreto

El inciso final del artículo 6° de la Ley 680 dispuso que en los contratos de concesión del servicio de televisión por suscripción,

¹⁰ Sentencia del 20 de abril de 2004. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

las tarifas serán las señaladas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión, sin sus excepciones y diferencias.

Lo anterior implica que la Comisión Nacional de Televisión debe sujetarse a las tarifas que dicho régimen señala para los servicios de difusión, a la hora de establecer las tarifas, derechos y compensaciones que deban fijarse para los contratos de concesión de televisión por suscripción.

El Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado en materia de telecomunicaciones fue expedido por el Presidente de la República mediante Decreto Reglamentario 2041 de 1998 (modificado parcialmente por el Decreto Reglamentario 1705 de 1999).

Las contraprestaciones a favor del Estado por razón de la concesión de servicios de difusión consignadas en el RUCFE estaban contenidas en el artículo 22 del mencionado Decreto Reglamentario 2041 de 1998¹¹.

(...)

Conforme a las consideraciones generales consignadas en esta providencia, la sumisión de la Comisión Nacional de Televisión a una reglamentación administrativa distinta a la que ella misma expide es inexecutable. El hecho de que para fijar las contraprestaciones concernientes a la prestación del servicio público de televisión, la Comisión Nacional de Televisión deba acogerse a lo dispuesto por el Gobierno en un decreto reglamentario constituye intromisión del Ejecutivo en el espectro normativo reservado a la Comisión y, por tanto, como se explicó precedentemente, atenta contra la autonomía del manejo del servicio público de televisión, garantizada por la autonomía de la potestad regulativa de la Comisión Nacional de Televisión.

No es posible, a la luz de los artículos constitucionales que garantizan la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión, que una autoridad administrativa distinta designe la forma en que habrá de manejarse un aspecto reservado al ámbito regulativo de la Comisión. Así las cosas, la norma que obliga a este organismo a atenerse a lo resuelto en un decreto reglamentario que fija las contraprestaciones en materia de contratos de televisión es inconstitucional.

Antes de continuar, debe anotarse que la sumisión que, por disposición del artículo demandado, debe la Comisión Nacional de Televisión al reglamento dictado por el Ejecutivo no constituye un ejemplo de coordinación administrativa, avalada por el artículo 209 de la Constitución Política y refrendado por la Corte Constitucional

¹¹ Al respecto debe clarificarse que aunque el artículo 22 del citado decreto regula las tarifas para los servicios de difusión diferentes a la radiodifusión sonora y a la televisión, lo que en principio haría parecer que la norma no es aplicable al servicio de televisión, el inciso demandado del artículo 6° de la Ley 680 de 2001 claramente remite a dicho artículo “sin sus excepciones y diferencias”, lo cual sin duda cobija a los contratos de televisión.

como mecanismo constitucionalmente válido de cooperación entre la Comisión Nacional de Televisión y otras entidades del Estado. En efecto, al disponer la norma que en los contratos de concesión de televisión por suscripción se aplicarán las disposiciones del RUCFE, no se otorga a la Comisión la facultad de concertar con el Ministerio la fijación de tales tarifas, sino la obligación de someterse a los dictados del decreto reglamentario en que se contiene el RUCFE. En este sentido, la disposición tampoco se ajusta a los predicados constitucionales que preservan la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión frente a las disposiciones reglamentarias”. (Las subrayas son de la Sala).

Ahora bien, la anterior sentencia de inexecutableidad, no dispuso su aplicación retroactiva, por lo que en principio sus efectos se despliegan hacia el futuro, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, a cuyo tenor “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

Esta disposición se justifica en la medida en que resulta necesario brindar seguridad jurídica a las situaciones que se han consolidado a la luz de un determinado régimen jurídico vigente y presuntamente válido, de tal manera que aquellos actos de carácter particular y concreto que hayan dado lugar al surgimiento de derechos e intereses jurídicamente protegidos y que adquirieron firmeza en vigencia de la norma legal presuntamente constitucional, es decir, con anterioridad a la declaratoria de inexecutableidad de la misma, deben conservarse incólumes.

Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, al resolver demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de carácter particular y concreto proferidos con fundamento en normas que posteriormente han sido declaradas inexecutableas por la Corte Constitucional¹²:

“En ese orden y en relación con el tema central de los cargos, la Sala considera que debido a que la Corte Constitucional no le señaló efecto retroactivo o ex tunc a la sentencia de inexecutableidad en comento, se ha de considerar que sus efectos son hacia el futuro, atendiendo el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en su único aparte declarado executable por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, a cuyo tenor “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

¹² Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 4 de diciembre de 2008. No. de Radicación: 25000 2327 000 2002 01646 01; M.P.: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta

Lo anterior significa que la vigencia de la norma se preserva hasta la ejecutoriedad¹³ de la sentencia que la declara inexecutable, toda vez que sólo desaparece o deja de ser aplicable o ejecutable a partir de esa fecha, luego las situaciones jurídicas ocurridas antes de la sentencia y que se encuadren en dicha norma son susceptibles de su aplicación, y están llamadas a generar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes, independientemente de que se trate de situaciones jurídicas consolidadas o no, puesto que cuando los efectos de la desaparición de una norma son ex nunc, se presenta el fenómeno de la prospectividad de la misma, es decir, que sigue produciendo efectos en el tiempo respecto de los hechos ocurridos bajo su vigencia, con excepción de las materias o asuntos que por mandato constitucional están cobijados por el principio de favorabilidad, esto es, de la aplicación de la norma más favorable”.

No obstante, la Sala considera que, si de lo que se trata es de revisar la legalidad de un reglamento expedido con base en una norma cuya inconstitucionalidad es advertida por el juzgador al momento de hacer el análisis de validez del acto acusado, nada obsta para que éste pueda pronunciarse mediante la aplicación de la respectiva excepción, por cuanto no resulta coherente declarar la nulidad de un acto administrativo, por vulnerar una norma legal que es abiertamente inconstitucional, teniendo en cuenta, por otro lado, lo dispuesto por el artículo 4º de la Constitución Política, en el sentido de que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

(...)

Es decir que la única limitación que se impone al juez cuando se trata de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, es la de preservar la intangibilidad de los efectos de los actos administrativos de carácter particular y concreto que hayan creado situaciones de la misma naturaleza que se encuentren consolidadas y que constituyen la creación de derechos adquiridos con justo título, que merecen protección por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en el presente caso, la Sentencia de la Corte Constitucional se produjo con posterioridad a la presentación de la demanda que dio inicio al presente proceso, es decir, cuando aún se presumía la constitucionalidad de la norma legal que se planteó como violada por el acto acusado,

¹³ En la sentencia C-113 de 1993, la Corte Constitucional dejó precisado que “... los efectos de un fallo, en general, y en particular de los de la Corte Constitucional en asuntos de constitucionalidad, se producen sólo cuando se ha terminado el proceso, es decir cuando se han cumplido todos los actos procesales. En otras palabras, cuando la providencia está ejecutoriada.” (subrayas son de la Sala)

momento en el cual, se propuso por la parte demandada la excepción de inconstitucionalidad; por ello, considera la Sala que el pronunciamiento de la Corte no puede significar en modo alguno, una limitación a la labor de juzgamiento de los actos administrativos demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa, ni una restricción de los mecanismos que para el cumplimiento de la misma se pueden utilizar, como resulta ser la referida excepción de inconstitucionalidad, respecto de aquel periodo de tiempo durante el cual la norma legal rigió, antes de la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional.

Se sostiene lo anterior, por cuanto lo que sí resulta material y jurídicamente imposible, es que una autoridad, administrativa o judicial, aplique la referida excepción, cuando ya existe una sentencia de la Corte Constitucional declarando la executable de la norma en cuestión, es decir su conformidad con la Constitución Política, por cuanto se trata de un fallo erga omnes, proferido por el juez natural de constitucionalidad, es decir que su decisión es obligatoria para todos los operadores jurídicos, que no pueden, en consecuencia, desconocerla ni contradecirla; contrario sensu, es decir, cuando la sentencia de la Corte ha sido de inexecutable, perfectamente puede el juez encargado de aplicar la norma objeto de tal declaratoria, en aquellos casos en los que no medien situaciones jurídicas particulares debidamente consolidadas que se puedan afectar, proceder a aplicar en su lugar, la excepción de inconstitucionalidad, decisión que resulta coherente con lo decidido final y definitivamente por la Corte Constitucional y que preserva la necesaria armonía que debe existir en el ordenamiento jurídico en general.

(...)

En el caso que ahora resuelve la Sala, sucede lo contrario: se trata de un acto administrativo –reglamento- que, si bien en el momento de su expedición no se ajustó a lo prescrito en una norma legal, sí acató los mandatos constitucionales, que precisamente, fueron vulnerados por la referida norma legal; en todo caso, sigue siendo un evento en el que se le otorga toda la preeminencia a la norma constitucional para efectos de evaluar la validez de una decisión administrativa, aplicando aquella de manera preferente, frente a otra de inferior jerarquía, norma legal expedida por el Congreso de la República, que desconoció la disposición constitucional de manera ostensible.

En efecto, en el sub-lite resulta evidente la incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal que la desconoce, pues al paso que el artículo 77 de la Carta le atribuye la función de regulación de la televisión a la entidad creada específicamente para ello, Comisión Nacional de Televisión, CNTV, lo que implica que le defirió a ésta la competencia exclusiva para la reglamentación detallada de todo lo atinente a la prestación del

servicio público de televisión en todas sus modalidades, dentro de los límites que el legislador haya impuesto al fijar las políticas en la materia e implementar los planes y programas que se deben adelantar en el sector, el último inciso del Parágrafo del artículo 6° de la Ley 680 de 2001, le ordena a la CNTV, aplicar un reglamento del Gobierno, para efectos de determinar la contraprestación a que tendría derecho la CNTV, por concepto de la prestación del servicio, en los contratos de concesión del servicio de televisión por suscripción; ante esta manifiesta contradicción de la norma constitucional y en virtud de la supremacía de la Constitución Política que así lo permite, según los términos de su artículo 4°, resulta procedente la inaplicación, por parte de la Sala, de la norma legal que la vulnera.

Ahora bien, observa la Sala que el acto administrativo aquí acusado parcialmente, al momento de surgir al ámbito jurídico, en realidad no acató la norma legal que ahora se inaplica, por cuanto al ejercer la CNTV la facultad de revisar, modificar y reestructurar los contratos de concesión de televisión por suscripción, tal y como lo autorizó la Ley 680 de 2001, lo hizo con fundamento no sólo en lo dispuesto en esta ley, sino en lo establecido en las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996¹⁴; y para efectos de fijar la compensación a la que tendría derecho la CNTV por la explotación de dicho servicio por parte de los concesionarios de la televisión por suscripción, no aplicó el porcentaje establecido por la norma reglamentaria a la que inconstitucionalmente la remitía el último inciso del Parágrafo del artículo 6 de la Ley 680 (establecido en el artículo 22 del Decreto 2041 de 1998 en el 3% anual de los ingresos netos del concesionario), sino que fijó como compensación el pago del 7.5% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de tales servicios, en la forma que resultara de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente período de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario, estableciendo además, que el pago de tal compensación debía efectuarse mensualmente.

Resulta entonces evidente, que la CNTV en el acto administrativo acusado, ejerció su facultad reguladora de origen constitucional y estableció la contraprestación de los contratos de concesión del servicio de televisión por suscripción que se hallaban vigentes, en la forma en que consideró que era procedente, por cuanto a su juicio, tal y como lo declaró en la contestación de la demanda, lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2041 de 1998, no resultaba pertinente.

Conforme a lo expuesto, estima la Sala que en el sub-lite, no media un vicio invalidante del acto administrativo acusado en la forma en que se planteó en demanda, razón por la cual las pretensiones no están llamadas a prosperar.

¹⁴ En el encabezado del Acuerdo 003 de 2001, se lee: “LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISION en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 12 literal a) de la ley 182 de 1995 y en desarrollo de lo establecido en el artículo 8 de la ley 335 de 1996, mediante el cual se modificó el artículo 43 de la ley 182 de 1995, en el artículo 21 de la ley 335 de 1996 y en desarrollo del artículo 6 de la ley 680 de 2001 (...)”

Finalmente, la Sala considera que, por si lo anterior no fuera suficiente sustento de la decisión que ahora se toma, es necesario recordar también que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 243 de la Constitución Política, para efectos de decidir el presente proceso resulta indispensable atender los efectos jurídicos de las sentencias de la Corte Constitucional en las que ésta se pronuncia sobre la constitucionalidad de las normas cuyo control le ha sido atribuido, que son erga omnes y hacen tránsito a cosa juzgada, de lo cual surge a cargo de todas las autoridades, administrativas y judiciales, la obligación de abstenerse de aplicar, al momento de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, las disposiciones que han sido retiradas del ordenamiento jurídico en virtud de la declaratoria de inexequibilidad proferida por la Corte¹⁵; al respecto, dicha Corporación ha sostenido¹⁶:

(...)

Conclusión:

En consecuencia, al resultar constitucionalmente ajustados los apartes acusados del Acuerdo 003 de 2001, se torna improcedente su anulación por violación de una norma legal que, si bien estaba vigente cuando aquel se produjo, por vulnerar ostensiblemente la Constitución Política fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante una providencia que tiene efectos erga omnes y que hizo tránsito a cosa juzgada, resultando por lo tanto improcedente la aplicación del último inciso del Parágrafo del artículo 6º de la Ley 680 de 2001, norma que se adujo como violada por el acto administrativo acusado y que fue retirada del ordenamiento jurídico por el máximo tribunal constitucional.

Por las razones expuestas, la Sala negará las pretensiones de la demanda».

Las decisiones judiciales que se citan resultan ser de la mayor importancia en este proceso en la medida en que Grabaciones Modernas de Colombia S.A., solicito mediante la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad de disposiciones del Acuerdo 003 del 13 de noviembre de 2001 cuyo enjuiciamiento ya realizó la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el Expediente 11001-03-26-000-2002-00038-01(23410):

Expediente 2002 00038 01

*“De ARTICULO SEGUNDO, la expresión inicial del inciso segundo **“Los concesionarios de televisión por suscripción. Y..”**”*

Expediente 2002 00539

ARTICULO SEGUNDO: Modificar el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1.997, el artículo cuarto del Acuerdo 005 de 1.996 y los incisos segundo y tercero del artículo 11 del

¹⁵ Al respecto, se puede consultar Auto de esta Sección, del 16 de marzo de 2006, Expediente 29.122, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶ Sentencia T-049 del 29 de enero de 2004. M.P.: Jaime Córdoba Treviño.

Acuerdo 032 de 1.998, los cuales quedarán así: **"Los concesionarios de televisión por suscripción y las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital directa al hogar, pagarán directamente a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación del servicio, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente período de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario"** (La disposición demandada está subrayada y resaltada)

Del ARTÍCULO TERCERO. DE LA FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN, la expresión del inciso primero: **"... por parte de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción y por... El concesionario o ..."**

Del mismo ARTICULO TERCERO, la expresión del inciso segundo: "Si el concesionario o .."

ARTICULO TERCERO: DE LA FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACION.- **El valor de la compensación deberá ser pagado mensualmente por parte de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción y por parte de las sociedades autorizadas para la prestación del servicio de televisión satelital.** Para tal fin, deberán presentar dentro de los quince días calendario siguientes al vencimiento del respectivo mes, una autoliquidación sobre los valores causados, la cual contendrá el número de usuarios y el valor de la tarifa cobrada, de conformidad con el formato contenido en el Anexo que forma parte integral del presente acuerdo; la autoliquidación deberá presentarse debidamente firmada por el Representante Legal y el Contador o Revisor Fiscal de la sociedad, según el caso. El concesionario o la sociedad autorizada, tendrán un plazo máximo de quince días calendario contados a partir de la fecha límite para presentar la correspondiente autoliquidación, para efectuar su pago. Si el concesionario o la sociedad autorizada no presentan la respectiva autoliquidación dentro del término previsto en el presente artículo, la Comisión Nacional de Televisión, a través de la Subdirección Administrativa

y Financiera, procederá a efectuar la correspondiente liquidación oficial, tomando como base la anterior autoliquidación presentada, incrementada en un diez por ciento (10%). La no cancelación del valor de la compensación dentro del plazo señalado, causará a favor de la Comisión Nacional de Televisión la tasa máxima de interés moratorio certificada por la Superintendencia Bancaria. (La disposición demandada está subrayada y resaltada).

Pero además esgrimió los mismos argumentos que en aquél entonces esbozó el demandante:

Expediente 2002 00038 01

«Disposiciones violadas y concepto de la violación:

El demandante adujo que los apartes acusados del Acuerdo 003 de 2001, son violatorios de lo dispuesto en el inciso final del parágrafo único del artículo 6º de la Ley 680 de 2001, por cuanto en esta norma se dispuso que la **CNTV**, para efectos de fijar la contraprestación o compensación en los contratos de concesión del servicio de televisión por suscripción, debía aplicar las tarifas establecidas en el régimen unificado para la fijación de contraprestaciones a favor del Estado, específicamente el señalado para los servicios de difusión, contenido en el Decreto 2041 de 1998, artículo 22, norma según la cual la contraprestación o compensación es del 3% de los ingresos netos anuales causados, la cual debe ser pagada por anualidades y liquidada con base en los ingresos netos.

Y que la **CNTV**, en el acto administrativo parcialmente impugnado, les fijó a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, unilateralmente y en contravía del mandato superior, el pago de la compensación en cuantía del 7,5% de los ingresos brutos mensuales provenientes de la prestación del

Expediente 2002 00539

La demandante considera que el acto administrativo enjuiciado fue expedido transgrediendo las normas que le debieron servir de fundamento, en particular, las disposiciones constitucionales y legales señaladas líneas atrás.

Inicialmente encuentra que el Acuerdo 003 de 2001 es contrario a lo previsto en el inciso final del artículo 6 de la Ley 680 de 2001 y a lo señalado por el artículo 22 del Decreto 2041 de 1998.

Para sustentar el cargo formulado, cita el mencionado inciso final del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, que al tenor señala:

«En los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, se aplicarán en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas para los servicios de telecomunicaciones establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión, sin sus excepciones y diferencias.

servicio, entendidos como el resultado de multiplicar el número de usuarios por la tarifa cobrada a éstos (art. 2º), y estableció que el pago de la compensación debía hacerse mensualmente (art. 3º), razón por la cual el acto administrativo demandado es violatorio de la Ley 680 de 2001.

Adujo así mismo el demandante, que como consecuencia de la pérdida de eficacia de las expresiones acusadas de los artículos 2 y 3 del Acuerdo 003 de 2001, pierde su objeto la imposición del artículo 5º del acto acusado, de firmar otrosí a los contratos de concesión.

También alegó la violación del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, por cuanto la modificación unilateral de los contratos sólo procede para evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, si las partes previamente no llegan a un acuerdo; por lo tanto, el texto parcial de la norma acusada es claramente violatorio del referido artículo de la Ley 80.»

Cuando se den disminuciones en los costos para los contratos de concesión, estos menores valores se deberán reflejar en beneficios para los usuarios».

Posteriormente afirma que el régimen unificado que se menciona allí es el contenido en el Decreto 2041 de 1998, subrayando que:

«[T]eniendo en cuenta que, de conformidad con la clasificación establecida en el decreto 1900 de 1990, los servicios de televisión son servicios de difusión, lo que la norma de la ley 680 (sic) ordena que se aplique “en lo pertinente” de este decreto 2041 son las “disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas ... para los servicios de difusión, sin sus excepciones y diferencias».

La contraprestación para los servicios de difusión, señala el actor, están regulados en el artículo 22 del citado decreto, cuyo contenido es el siguiente:

*«Artículo 22.
Contraprestación por la concesión de los servicios de difusión. Por concepto de la concesión para la prestación de los servicios de difusión diferentes al de radiodifusión sonora y televisión, habrá lugar al pago de una contraprestación porcentual anual por concepto de la prestación de los servicios concedidos y sin consideración del área de cubrimiento, equivalente al tres por ciento (3%) de los ingresos netos causados.*

Las contraprestaciones por concepto de la concesión de

servicios de radiodifusión sonora y televisión se regirán por las normas especiales y las estipulaciones contenidas en los respectivos títulos de concesión, sin perjuicio de la aplicación de los procedimientos y plazos señalados en este Decreto para el pago, recaudo y cobro de las demás contraprestaciones cuando sea el caso»

Así las cosas, continúa el actor, a partir de la vigencia de la Ley 680 de 2001, la tasa aplicable a las contraprestaciones que deben pagar los concesionarios del servicio de televisión por suscripción era del 3% sobre los ingresos netos y no del 7.5% sobre los ingresos brutos establecida en el Acuerdo 003 de 2001, la cual se debía pagar trimestralmente y no mensualmente.

La decisión judicial del **25 de febrero de 2009**¹⁷ se produjo con antelación a la sentencia del **13 de mayo de 2009**¹⁸, decisión judicial mediante la cual la misma Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad del Acuerdo 003 del 13 de noviembre de 2001, la cual sustenta el restablecimiento del derecho solicitado en este proceso, también enjuiciado en esta acción de nulidad y restablecimiento del derecho, empleando la siguiente argumentación:

*«Conforme a las anteriores normas, es claro, de un lado, que en los antecedentes de expedición de la Ley 182 de 1995 -nueva ley de televisión-, se tuvo en consideración a los contratistas que en ese momento tenía el Estado en materia de televisión y se previó por lo tanto, la transición del régimen antiguo al nuevo mediante la posibilidad de prorrogar, previa **audiencia pública**, dichos contratos; es decir que se partía de la necesidad de poner en conocimiento del público tal decisión y de oír lo que los interesados tuvieran que decir al respecto.*

*De otro lado, es también evidente, que conforme a lo dispuesto expresamente por el artículo 13 de la Ley de televisión, los actos administrativos de carácter general expedidos por la **CNTV**, que deben revestir la forma de “acuerdos”, están sujetos a un requisito de publicidad previa a su expedición, pues se le ordena a la entidad poner en conocimiento del público su intención de reglamentar o regular la*

¹⁷ De acuerdo al reporte del sistema de gestión judicial, esta sentencia se notificó por edicto desde el 5 al 9 de marzo de 2009.

¹⁸ De acuerdo al sistema de gestión judicial, esta sentencia se notificó por edicto desde el 21 al 26 mayo de 2009.

materia que será objeto del futuro acto administrativo general, para darles oportunidad a los interesados de presentar, dentro de los dos meses siguientes a la publicación, las observaciones que consideren pertinentes, antes de tomar la decisión definitiva, que en consecuencia, deberá tener en cuenta tales observaciones.

*Lo anterior demuestra que en esta materia, ha sido intención del legislador brindarles la oportunidad de participación a los destinatarios de las normas reglamentarias del servicio de la televisión en la elaboración de las mismas, dándoles oportunidad de opinar, antes de que sean tomadas las decisiones definitivas por la entidad competente, es decir, por la **Comisión Nacional de Televisión**.*

*Observa la Sala que el Consejo de Estado ya se ha pronunciado sobre la exigencia de este requisito legal de formación de actos administrativos de carácter general como el demandado –Acuerdos de la Junta Directiva de la **CNTV**–, considerando que su omisión vicia estas decisiones y declarando nulo el acto que ha incurrido en dicha irregularidad¹⁹.*

*Ahora bien, se advierte que el Acuerdo 003 de 2001 de la **CNTV** demandado, se expidió en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 680 de 2001 para revisar, modificar y reestructurar los contratos existentes con los operadores y concesionarios de televisión²⁰.*

(...)

Es evidente entonces, que los prestadores del servicio de televisión, tanto por los canales públicos (concesionarios de espacios de televisión en los mismos) como por los canales privados, estaban afrontando dificultades económicas que influían sobre la correcta prestación del servicio y que por lo tanto amenazaban con afectar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en el mismo; y fue para conjurar esa crisis que se estaba presentando en el sector, que el legislador expidió la Ley 680 de 2001.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 21 de septiembre de 2000, Expediente 5426, M.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

²⁰ Art. 6°. Se autoriza, a la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), como a las Juntas administradoras de los Canales Regionales para que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, revise, modifique y reestructure los actuales contratos con los operadores privados, con los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, así como con los contratistas de otras modalidades del servicio público de televisión en materia de rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión.

PARÁGRAFO. Para efectos de la reestructuración de las tarifas prevista en este artículo derogase el literal g) del artículo quinto (5o.) de la Ley 182 de 1995.

De igual manera, la Comisión Nacional de Televisión - CNTV - deberá tener en cuenta los cambios ocurridos, tanto en la oferta como en la demanda potencial de pauta publicitaria en televisión.

Los demás concesionarios del servicio de Televisión también serán titulares de la renuncia y de la terminación anticipada de los contratos autorizada en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996.

En los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, se aplicarán en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, para los servicios de telecomunicaciones, establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias. Cuando se den disminuciones en los costos para los contratos de concesión, estos menores valores se deberán reflejar en beneficios para los usuarios”.

En medio de este ambiente de crisis, fue pues expedido el Acuerdo 003, sin lugar a dudas un acto administrativo de carácter general²¹, que entre otras cosas, introdujo una modificación a la reglamentación aplicable a los contratos de concesión de televisión por suscripción y de televisión satelital directa al hogar que se encontraban vigentes, variando la tarifa y la forma de pago que debían regir para la cancelación de la compensación periódica a cargo de los concesionarios por la explotación del servicio.

No obstante la importancia de las modificaciones que se estaban introduciendo a los contratos de concesión a través del acto administrativo acusado, no consta en el mismo ni en parte alguna del expediente, que la entidad demandada haya dado cumplimiento al deber legal de publicar previamente el proyecto de reforma o los términos en que pretendía efectuarla, de tal manera que hubiese garantizado la posibilidad de opinar a sus destinatarios y a los interesados en general, sobre la modificación propuesta.

Y en este punto, considera la Sala que debe hacerse claridad, en el sentido de que si bien en estos casos no se trata exactamente de garantizar el derecho de audiencia y de defensa propios de los procedimientos de expedición de los actos administrativos de carácter particular y concreto que van a afectar intereses o derechos subjetivos de un administrado en particular, la omisión en la que incurrió la entidad demandada al expedir el Acuerdo 003 de 2001, efectivamente lo vicia de nulidad, pues aún tratándose de un acto administrativo de carácter general, existe una norma legal que establece un procedimiento administrativo especial para la expedición de esta clase de actos por parte de la CNTV, que por lo tanto resulta imperativa y de obligatorio cumplimiento para la entidad, la cual sin embargo, resolvió dejarla de lado al proferir el referido Acuerdo 003.

Por otra parte, la gravedad de la omisión en la que incurrió la entidad demandada se evidencia aún más al tener en cuenta cuál era la finalidad perseguida con las medidas que se estaban tomando y en virtud de las cuales fue expedido el acto acusado, que no era otra que la de normalizar las condiciones de prestación del servicio de televisión en todas sus modalidades, frente a la grave crisis que el mismo estaba afrontando, mediante la implementación de mecanismos que aliviaran la situación de la industria de la televisión en general, uno de los cuales era, precisamente, la revisión del canon que se estaba pagando por las concesiones.

Y esa es la naturaleza de las disposiciones contenidas en el acto administrativo acusado, mediante el cual, como ya se vio, se modificó la tarifa de la compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción y el servicio de televisión satelital directa al hogar, medidas que afectaban de manera directa e inmediata a todos los concesionarios de estos servicios, a

²¹ Se trata de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, en la medida en que sus disposiciones recaen sobre todas aquellas personas que se encuentren en las condiciones descritas en el mismo pero no sobre un administrado en particular, respecto del cual se haya modificado una situación jurídica reconociendo un derecho o creando una obligación a su cargo.

quienes se les estaban variando las condiciones de contratación en tema tan sensible como lo es el monto de la contraprestación a su cargo.

Por lo anterior, si la regla general en materia de expedición de acuerdos por parte de la Comisión Nacional de Televisión es que se debe poner previamente en conocimiento del público ese proyecto de reglamentación, dicha regla imperativa se imponía, aún con más veras, en este caso, en el que se afectaban contratos de concesión vigentes; ésta era razón más que suficiente para que la Administración diera cumplimiento a su obligación de oír a los interesados antes de tomar cualquier decisión modificatoria del régimen tarifario existente.

Considera pues la Sala, que en el presente caso el requisito procedimental omitido era de naturaleza sustancial, no solo porque era impuesto por la ley -motivo suficiente para que así sea-, sino porque versaba sobre la modificación de una obligación pecuniaria a cargo de los administrados destinatarios de la nueva norma, y porque de haberse cumplido, el sentido del acto administrativo pudo haber sido otro, como resultado de la participación previa de los interesados mediante la formulación de observaciones frente a la reglamentación que se pretendía expedir.

Finalmente, observa la Sala que el incumplimiento del deber legal de publicidad en este caso concreto, se evidencia aún más, al verificar cómo, en anteriores Acuerdos expedidos en la misma materia y que son modificados por el acto administrativo acusado, la CNTV de manera expresa, manifestó en sus consideraciones, que para la expedición de los mismos, se había cumplido con dicho requisito²², manifestación que se echa de menos en el Acuerdo 003 de 2001, en el que simplemente se consignó “(...) Que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en sesión efectuada el 13 de noviembre de 2001, según consta en el Acta número 863, adoptó en desarrollo de las facultades señaladas en las Leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y 680 de 2001, determinaciones con respecto a los contratos de televisión por suscripción y para las sociedades autorizadas para la prestación del servicio de televisión satelital, incluido el monto a pagar por concepto de compensación, ACUERDA: (...)”.

Conclusión:

Las consideraciones que se dejan expuestas, resultan suficientes para concluir que el acto administrativo demandado, Acuerdo 003 de 2001 de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión es nulo, lo que torna innecesario el estudio de los demás cargos aducidos en su contra, por lo cual la Sala procederá a declararlo así en la parte resolutive de esta providencia.»

²² Acuerdo 014 de 1997, Acuerdo 005 de 1996 y Acuerdo 032 de 1998, obrantes en los Anexos del Expediente, fls. 366, 367 y 388, manifiestan en sus consideraciones frases como la siguiente: “Que debidamente observado el trámite establecido en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, ACUERDA (...)”.

Esta Sala no puede perder de vista que, de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo, la sentencia que niegue la solicitud de nulidad pedida producirá «cosa juzgada “erga omnes” pero solo en relación con la “causa petendi” juzgada» (Art. 175, C.C.A.)²³.

Lo anterior quiere significar que en la medida en que en este proceso se solicita la nulidad de las mismas disposiciones cuya legalidad fue estudiada en el Expediente 11001-03-26-000-2002-00038-01(23410), invocándose como violada la misma disposición legal (inciso final del párrafo único del artículo 6 de la Ley 680 de 2001) y esgrimiéndose el mismo concepto de la violación, la decisión que denegó las pretensiones de la demanda produjo efectos de cosa juzgada.

Quiere decir esto que en el evento en que esta Sala se hubiera visto obligada a tomar una decisión en relación con los argumentos de la parte demandante relacionados con la violación de dicha disposición legal, **la misma debía haber sido la de declarar la existencia de dicho fenómeno y estarse a lo resuelto en la sentencia del 25 de febrero de 2009.**

Por ello, en virtud de la decisión judicial proferida en el Expediente 11001-03-26-000-2002-00038-01(23410) anterior a la declaratoria de nulidad proferida en el Expediente 110010326000 2004 00020 00 (27832 Acumulados 1-7846, 2-7693 y 1-7995), los pagos efectuados siguiendo los lineamientos del Acuerdo 003 del 13 de noviembre 2001 se ajustaron al ordenamiento jurídico y, por ello, nos encontramos ante una situación jurídica consolidada.

Al devenir la sentencia del 13 de mayo de 2009, mediante la cual declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, dicho fallo judicial, como lo ha indicado esta Sala en oportunidades anteriores, tuvo efectos retroactivos, es decir que las cosas debieron volver al estado anterior.

Sin embargo, esta Sección ha limitado los resultados retroactivos a casos en los que no haya situaciones jurídicas consolidadas, **es decir aquellas que dejaron**

²³ En el mismo sentido, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: «La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada».

de ser susceptibles de controversia o impugnación. Para aclarar este punto, en decisión del 11 de diciembre de 2014²⁴, se explicó lo siguiente:

«-Resulta de gran importancia aclarar que los actos administrativos demandados son de carácter general y fueron demandados en acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A. que busca reparar el orden jurídico general; sin embargo, el Consejo de Estado reiteradamente ha considerado que los efectos de la nulidad de los actos administrativos de carácter general, son retroactivos, es decir que las cosas deben volver al estado anterior; pero también ha limitado los resultados retroactivos a casos en los que no haya situaciones jurídicas consolidadas, es decir aquellas que dejaron de ser susceptibles de controversia o impugnación.

*En efecto esta Corporación ha sido reiterativa en este sentido:*²⁵

“Respecto a los efectos de la declaratoria de nulidad, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala, al precisar que éstos son “ex tunc”, es decir, que producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado. Igualmente se ha indicado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas, esto, que al momento de producirse el fallo de nulidad, se encontraban impugnadas ante las autoridades administrativas o estaban demandadas ante la jurisdicción contencioso administrativa.”

*También se consideró en jurisprudencia reciente:*²⁶

“Respecto del efecto de esta sentencia que declara la nulidad de un acuerdo que reguló una amnistía tributaria a favor de los contribuyentes, se precisa que no es distinto al previsto para aquellos acuerdos que imponen obligaciones tributarias.

Lo anterior por cuanto los actos jurídicos normativos o actos generales de tipo regla, al igual que la ley, una vez se publican y rigen causan un efecto: el efecto de estar ya en el ordenamiento jurídico. Es el efecto de formar parte del ordenamiento jurídico. Pero todavía por ese solo hecho no necesariamente causan un efecto particular y concreto. Dependerá de cada situación. Una vez se declara la inexequibilidad, la nulidad o la invalidez de un acto general, de un acto regla, de una ley, deja de producir el efecto esperado, esto es, deja de ser parte del ordenamiento jurídico.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 76001-23-31-000-2005-05532-02, Actor: VICTOR HUGO BECERRA, Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, Referencia: ACLARACION SENTENCIA – ACCION DE SIMPLE NULIDAD

²⁵ Sentencia de 29 de agosto de 2002 Expediente 12555 M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié y de 1 de febrero de 2002 Expediente 12256 M.P. María Inés Ortiz Barbosa, entre otras.

²⁶ Sentencia de 10 de Julio de 2014, expediente 2010 – 00530, Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Esto quiere decir que la sentencia no afecta las situaciones jurídicas consolidadas, pero sí puede afectar aquellas que no lo están.”

En el caso concreto se trata de normas impositivas que tuvieron aplicación en el pago de cuotas establecidas en contratos suscritos con el Municipio, por lo tanto se deben respetar las situaciones jurídicas consolidadas durante el tiempo que estuvo vigente la norma anulada, tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional, y en ese sentido, en efecto, corresponde al juez orientar con exactitud los efectos de la sentencias»

Esta misma posición ha sido igualmente sostenida por la Corte Constitucional, que en Sentencia T-415 de 2016, consideró lo siguiente:

«5. Los efectos en el tiempo de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de contenido general.

(...)

5.2. En efecto, los actos administrativos integran el ordenamiento jurídico sin necesidad de que exista un pronunciamiento judicial o administrativo que determine si el mismo se encuentra o no ajustado a derecho (presunción de legalidad). Sin embargo, cuando se configuran las causales de anulación previstas en el código administrativo para el efecto, es posible acudir a la jurisdicción administrativa a través de los medios de control previstos en los artículos 137 y 138 del CPACA para pedir que se declare la nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho del respectivo acto administrativo.

5.3. Actualmente, el medio de control de simple nulidad se encuentra regulado en el artículo 137 del CPACA que establece la posibilidad de que “toda persona” pueda acudir a la jurisdicción administrativa para pedir la nulidad de un acto administrativo de contenido general y abstracto y excepcionalmente uno de carácter particular, cuando se configuren las siguientes causales: (i) la infracción de las normas en que deberían fundarse, (ii) la incompetencia del funcionario u órgano que lo expide, (iii) la expedición irregular, (iv) desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, (v) falsa motivación o desviación de poder²⁷.

(...)

5.5. El Consejo de Estado ha determinado que las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo tienen efectos “ex tunc”, es decir desde la expedición del mismo, en la medida que así se posibilita el restablecimiento del orden jurídico cuando haya resultado vulnerado por la vigencia del respectivo acto.

²⁷ Estas mismas causales las establecía el artículo 84 del anterior código contencioso administrativo.

La explicación de esta tesis se ha dado, por ejemplo, cuando se ha pronunciado sobre la legalidad de actos administrativos que al momento del pronunciamiento respectivo, ya han sido derogados y que a pesar de ello, el Consejo de Estado consideró la necesidad de determinar la legalidad o ilegalidad del mismo en consideración a que la derogatoria de un acto administrativo no reestablece la vulneración del orden jurídico que se haya dado como consecuencia de la ejecución del mismo.

En este sentido, en un pronunciamiento del 14 de enero de 1991²⁸ la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció la importancia de diferenciar entre los efectos de derogar un acto administrativo y declararlo nulo, en la medida que la derogatoria no restablece “per se” el orden jurídico que pudo resultar vulnerado, sino acaba con su vigencia, circunstancia que produce efectos hacía el futuro.

Ello, “porque resulta que un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace ab - initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad”.

Conviene destacar que en esta oportunidad, el Consejo de Estado también expresó la necesidad de restablecer la ilegalidad de los actos administrativos de contenido particular que se hayan expedido bajo la vigencia del acto general declarado nulo, en consideración a que “las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario sensu, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate”.

5.6. Esta posición ha sido reiterada por el Consejo de Estado en distintos pronunciamientos²⁹. En aquellos, además se ha considerado que los efectos de la anulación de un acto administrativo no afectan situaciones jurídicas consolidadas. Así, en la sentencia del 21 de marzo de 2012³⁰ que declaró la nulidad del numeral 5º literales a), b) y c) y del párrafo del numeral quinto (5º) del artículo primero (1º) de la resolución 03662 del 13 de agosto de 2007,

²⁸ CE. Expediente NS 157. CP Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

²⁹ Sentencias del Consejo de Estado: Expediente 6438, CP Olga Lucía Navarrete Barrero, sentencia del 15 de marzo de 2001. Expediente 13562, CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia del 5 de mayo de 2005. Expediente 31648, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 19 de noviembre de 2012. Expediente 17379, CP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia del 21 de marzo de 2013. Expediente 36054. CP. Enrique Gil Botero, sentencia del 14 de abril de 2010. Expediente 18841. CP. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, sentencia del 23 de enero de 2014.

³⁰ CE. Expediente No 39477. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

del numeral sexto (6°) del artículo primero (1°) y de los artículos décimo segundo y décimo cuarto de la misma la resolución, expedida por el Director General de Instituto Nacional de Vías, “por la cual se establece el procedimiento para la imposición de sanciones y se señalan las causales y cuantías para hacer efectiva la cláusula de multas en los contratos celebrados por el Instituto Nacional de Vías” estableció que los efectos de esta providencia se retrotraían a la expedición del acto anulado (efectos ex tunc) sin embargo advirtió “que las situaciones individuales y concretas de carácter definitivo que se hayan producido en vigencia del acto que se declara nulo, gozan de presunción de legalidad”».

Si bien la sentencia del 13 de mayo de 2009 mediante la cual se declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001 tuvo efectos retroactivos, no afectó la legalidad de los pagos efectuados por la demandante con sustento en dicho acuerdo toda vez que se trata de una situación consolidada, en la medida en que la sentencia del 25 de febrero de 2009 convirtió una situación que se encontraba en controversia, a saber, la legalidad del Acuerdo 003 de 2001 relacionada con el establecimiento de la tarifa equivalente al 7.5% como compensación por la explotación del servicio a los concesionarios de televisión satelital, en una que ya no lo era, **por lo que, se reitera, dicha sentencia del 13 de mayo de 2009 no podía afectar lo ya decidido**, debiéndose negar las pretensiones relativas al restablecimiento solicitado por el demandante.

A pesar de que esta Sala no comparte los planteamientos de la primera instancia en relación con la aplicación de la Sentencia C-351 de 2004 que declaró la inexecutable del último inciso del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, cierto es, por lo señalado líneas atrás, que la decisión judicial de primera instancia no resulta ser contradictoria y, por ello, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

2.2.2.- Se configuró un enriquecimiento sin justa causa a favor de la Comisión Nacional de Televisión

2.2.2.1.- La posición de la parte demandante

La sociedad demandante, luego de analizar los elementos que la jurisprudencia y la doctrina han establecido para la configuración del enriquecimiento sin causa, indica que «*los pagos realizados por GRAMACOL a la CNTV encontraban su justificación en la presunción del Acuerdo 003 de 2001, sin embargo, al desvirtuarse dicha presunción y declararse la nulidad del mencionado acto administrativo, la causa dejó de existir. Así, el dinero ha debido restituirse, puesto*

que de no hacerlo, la CNTV se enriquecería sin causa alguna y a costa del patrimonio del administrado».

2.2.2.2.- La tesis de la Sala

Conforme se advirtió líneas atrás, si bien la decisión judicial del 13 de mayo de 2009, mediante la cual se declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, tuvo efectos retroactivos, no afectó la legalidad de los pagos efectuados por la demandante con sustento en dicho acuerdo por tratarse de una situación consolidada, por virtud de la sentencia de 25 de febrero de 2009, como se explicó anteriormente. No se evidencia, entonces, que hubiera existido el enriquecimiento sin causa denunciado por el actor.

Adicionalmente, esta Sala considera que la figura del enriquecimiento sin causa, en la forma en que fue concebida en la jurisprudencia del Consejo de Estado, no puede ser aplicable al presente asunto, pues esta figura se encuentra condicionada a la existencia de circunstancias excepcionales que no encuadran en lo debatido en este proceso y que se señalan así³¹:

«De igual manera, en cuanto a la existencia de una obligación que suponga una eventual condena para la administración, derivada de la posible actio in rem verso, esta Corporación, en reciente pronunciamiento analizó la procedencia de la misma, concluyendo que la aplicación de esta figura se encuentra condicionada a la existencia de circunstancias excepcionales; a saber:

“a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00221-01(36998), Actor: UNION TEMPORAL SIMCO, Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.³²

De igual forma, en dicha providencia se dispuso que la acción in rem verso no será procedente para reclamar el pago de servicios prestados cuando no haya mediado un contrato celebrado con las solemnidades prescritas por la ley.

Así lo expuso la Sala:

“Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.³³»

Como efecto de lo consignado, el cargo no tiene vocación de prosperar.

2.2.3.- La declaratoria de nulidad surte efectos sobre las situaciones jurídicas no consolidadas

2.2.3.1.- La posición de la parte demandante

La sociedad demandante, señala que: «(...) En el presente proceso no se pretende que la nulidad declarada por el Consejo de Estado el 13 de mayo de 2009 surta un efecto retroactivo sobre hechos ocurridos en el pasado, por el contrario se pretende que afecte una situación jurídica no consolidada (...).» Con esta perspectiva, la apelante encuentra que:

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Sentencia del 19 de noviembre de 2012; Rad. 24897; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³³ Ibídem.

«Para la fecha de la sentencia en la cual se declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, la materia que nos ocupa seguía siendo objeto de controversia. La nulidad y el restablecimiento del derecho había sido demandados con anterioridad sin que la situación hubiere sido resuelta, por este motivo y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la declaratoria de nulidad del Acuerdo 003 de 2001 produce efectos sobre el presente proceso y por tanto debe declararse el restablecimiento del derecho reclamado».

2.2.3.2.- La tesis de la Sala

Inicialmente y contrario a lo esbozado por el actor, esta Sala considera que la nulidad de los actos administrativos produce efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado («*ex tunc*»). Además, ha señalado, que cuando la nulidad recaiga sobre un acto de carácter general, «*afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo de nulidad, se encontraban impugnadas ante las autoridades administrativas o estaban demandadas ante la jurisdicción contencioso administrativa*»³⁴.

Siguiendo este derrotero y considerando la inconformidad del apelante con la sentencia de primera instancia, anota esta Sección que aquel olvidó mencionar que con anterioridad a la decisión de nulidad que sustenta el restablecimiento del derecho solicitado (sentencia del 13 de mayo de 2009, Expediente 2004 00020 (27832), se profirió por la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, la sentencia del 25 de febrero de 2009 (Expediente 11001-03-26-000-2002-00038-01(23410)).

Como se resaltó, esa sentencia judicial convirtió una situación jurídica que era objeto de controversia, en una situación jurídica consolidada. Se dice esto toda vez que la sentencia del 25 de febrero de 2009 negó las pretensiones de la demanda de nulidad del Acuerdo 003 de 2001, en la que se alegaba que dicho acto administrativo era contrario al inciso final del artículo 6 de la Ley 680 de 2001 pues la Comisión Nacional de Televisión, para efectos de fijar la contraprestación en contratos de concesión del servicio de televisión por suscripción debía aplicar las tarifas establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00394-00, Actor: COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES CISPATA LTDA. COOTRANCIS LTDA, Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE

Contraprestaciones a Favor del Estado, previstas en el Decreto 2041 de 1998 (Artículo 22).

En dicha sentencia se evidenció que la Comisión Nacional de Televisión, si bien no acató esa disposición legal (Artículo 6, L. 680 de 2001) al momento de expedir el Acuerdo 003 de 2001, la misma resultaba transgresora de la Carta Política al permitir que el Ejecutivo invadiera la función regulatoria de la Televisión asignada a la Comisión Nacional de Televisión al obligarla a aplicar un reglamento del Gobierno Nacional para determinar la contraprestación a favor de dicha entidad en los contratos de concesión de televisión por suscripción (Decreto 2041 de 1991), lo cual determinó que inaplicara por inconstitucional el último inciso del párrafo del artículo 6 de la Ley 680 de 2001.

Esta decisión, se reitera, en la medida en niega la solicitud de nulidad produce efectos *«cosa juzgada “erga omnes” pero solo en relación con la “causa petendi” juzgada»* (Art. 175, C.C.A.)³⁵.

Al ventilarse en este proceso judicial la nulidad de las mismas disposiciones cuya legalidad fue estudiada en el Expediente 11001-03-26-000-2002-00038-01(23410), invocándose como violada la misma disposición legal (inciso final del párrafo único del artículo 6 de la Ley 680 de 2001) y esgrimiéndose el mismo concepto de la violación, la decisión que denegó las pretensiones de la demanda que se profirió en aquel proceso produjo efectos de cosa juzgada, lo que quiere indicar que la controversia en relación con la legalidad de los pagos realizados por la parte demandante con sustento en el Acuerdo 003 de 2001 quedó zanjada y, por ello, la decisión judicial que anuló el citado acuerdo, proferida con posterioridad, no tiene el efecto de afectar los mismos, pues se trata de una situación jurídica consolidada.

Para la Sala, entonces, no le asiste razón en su reclamo frente a la sentencia de primera instancia y, por ello, el cargo debe desestimarse.

2.2.4.- Para la fecha en que se presentó la demanda y se realizó el dictamen pericial, el artículo 6 de la Ley 680 de 2001 se encontraba vigente

³⁵ En el mismo sentido, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: *«La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada»*.

2.2.4.1.- Los argumentos de la parte actora

La sociedad demandante resalta que la decisión de la primera instancia consistente en declarar próspera la objeción por error grave del dictamen pericial practicado en el proceso no se encuentra ajustada a derecho, por cuanto a la fecha de presentación de la demanda como a la fecha en que fue rendido el dictamen pericial, el artículo 6 de la Ley 680 de 2001 se encontraba vigente.

El perito, entonces, no incurrió en yerro alguno pues los cálculos por él realizados siguieron para el efecto los lineamientos de dicha disposición legal y, en esa medida, se solicitó, a título de restablecimiento del derecho, la restitución de la diferencia existente en lo previsto en la norma y lo consignado en el Acuerdo 003 de 2001. Estos cálculos, continúa el actor, no se invalidan por el hecho de que se hubiera declarado inexecutable el último inciso del artículo 6 de la Ley 680 de 2001.

Finaliza subrayando que *«[E]l a quo ni siquiera tuvo en cuenta que obran en el expediente, como pruebas del presente proceso, los documentos en los cuales se acreditan las consignaciones bancarias que la parte actora efectuó a favor de la demanda con el fin de cumplir la obligación establecida en el Acuerdo 03 de 2001, obligación que desapareció del ordenamiento jurídico como consecuencia de su nulidad, razón de la cual procede el restablecimiento del derecho»*.

2.2.4.2.- La tesis de la Sala

Mediante auto del 21 de noviembre de 2002, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, decretó para que fuera practicada, la prueba pericial que fue solicitada por la parte demandante.

Esta prueba pericial fue practicada por el perito Luís Álvaro Orjuela Orjuela, el 12 de junio de 2003 (fol. 128-139, cdo. ppal.). La parte demandada, mediante escrito del 7 de julio de 2003, objetó por error grave el dictamen pericial (fol. 142-144, cdo. ppal.). El demandante, a su turno, solicitó la aclaración y complementación del mismo (fol. 145-147, cdo. ppal.). La aclaración y complementación del dictamen pericial se presentó el día 18 de enero de 2005 (fol. 169-170, cdo. ppal.), frente a la cual la demandante presentó objeción por error grave (fol. 173-176, cdo. ppal.).

La primera instancia consideró que la objeción de dictamen relacionada con la declaratoria de inexequibilidad del inciso final del artículo 6 de la Ley 680 de 2001 tenía vocación de prosperidad puesto que la prueba está sustentada en lo señalado en dicha norma y se abstuvo de emitir pronunciamiento alguno frente a las demás objeciones.

Ahora bien, en relación con la decisión adoptada por la primera instancia que declaró próspera la objeción por error grave, debe señalarse que el perito debe informarle razonadamente al juez lo que evidenció de acuerdo con sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos especializados. Por ello, las mismas disposiciones legales han previsto que este medio probatorio es inadmisibles para verificar aspectos de derecho (Art. 236, núm. 1, C.P.C.).

Lo expuesto permite entonces resaltar que no le correspondía al perito determinar los efectos que sobre la controversia tuvo la declaratoria de inexequibilidad del inciso final del artículo 6 de la Ley 680 de 2001 por ser un asunto que le compete únicamente al juez y, en esa medida, la decisión relativa a la concesión de la objeción por error grave resulta desacertada.

Siguiendo lo anterior y teniendo en cuenta que la parte demandante formuló otros argumentos por los cuales consideraba que el dictamen pericial practicado adolecía de error grave, los mismos deben ser objeto de análisis por la Sala.

En el escrito de 7 de julio de 2003, la demandante presentó objeción por error grave del dictamen pericial allegado por el experto Luís Álvaro Orjuela Orjuela, fundamentando su solicitud, de la siguiente forma:

«(...) Del caso concreto (...) El señor Luís Álvaro Orjuela Orjuela presentó ante el Honorable Tribunal peritazgo cuyo procedimiento se llevó de la siguiente forma: (...) Elaboró trece (13) tablas calculando unos porcentajes sobre ingresos e intereses mensuales sin señalar de dónde ni cómo aparecen supuestas sumas que no están debidamente certificadas por la Comisión Nacional de Televisión (...) Por otro lado el perito no tuvo en cuenta que el acto administrativo demandado es de carácter general por lo que en ningún momento podía entenderse que va dirigido al accionante y mucho menos determina cuantías que lo puedan afectar, por lo que nuevamente reiteramos que el Acuerdo 003 del 11 de noviembre de 2001 en el evento de ser nulo le corresponderá al Honorable Consejo de Estado y no dentro del proceso que se adelanta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de esta sección (...) El error grave en que incurrió el perito: (...) El peritaje no ha tenido en cuenta las definiciones de concesión y de compensación y

tampoco hizo consulta a la CNTV sobre el régimen de fijación de contraprestaciones a cargo del Estado. Todo ello, hubiese permitido un experticio (sic) ajustado a derecho sin que incurra en bases equivocadas de la magnitud presentada (...) Tomó parámetros errados sin conocer exactamente las cifras y los montos avalados por la CNTV, el peritaje contiene una serie de desaciertos que son fundamentalmente distintos al objeto del proceso por lo tanto son falsas las conclusiones del mismo pues no ha interpretado ni aplicado correctamente las normas legales del régimen de la televisión colombiana (...) El dictamen pericial rendido pone en contraposición el fondo mismo del proceso es decir, el peritaje no da luces ni claridad para una decisión justa a favor de mi representada. (...) El dictamen pericial debe ser claro, preciso y detallado y en él se deben explicar los exámenes, las investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos y científicos; no solamente basados en los documentos que aporta dentro del proceso la parte demandante, si no que tiene que ser contrastados con todos los documentos que figuran dentro del proceso y en el evento de no ser claros para su experticio, es obligación del perito solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (...)».

Posteriormente y rendida la aclaración y complementación solicitada por la parte demandante, la demandada objetó por error grave la aclaración y complementación presentada por el experto, la cual expuso así:

«(...) Del caso en concreto (...) En el peritaje inicial, objetado por error grave por mi presentada, se elaboran trece (13) tablas calculando unos porcentajes sobre ingresos e intereses mensuales sin señalar de donde ni cómo aparecen supuestas sumas más que no están debidamente certificadas por la Comisión Nacional de Televisión. (...) En la aclaración al dictamen si sigue incurriendo en el mismo error, pues lo único que se hace es indicar que los datos del informe pericial “fueron tomados del folio 29 del informe radicado el día 01 de Abril de 2002 presentado por el demandante doctor Andrés Trujillo Maza (...) Se indica igualmente que el informe fue presentado siguiendo los parámetros de la Ley 680 del 2001 en el artículo 6° y el Decreto 2041 de 1998 en los artículos 9, 10 y 11 (...) Del error grave (...) En el peritaje se tomaron parámetros errados, sin conocerse exactamente las cifras y los montos avalados por la CNTV; contiene una serie de desaciertos que son fundamentalmente distintos al objeto del proceso, por lo tanto son falsas las conclusiones del mismo. Se basó en el régimen de contraprestaciones del decreto 2041 de 1998, no aplicable al caso en virtud a que la parte pertinente del artículo 6° de la Ley 680 de 2001, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en cuanto a que disponía que a los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción se aplicarían en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, para los servicios de telecomunicaciones establecidas en el Régimen Unificado para la fijación de contraprestaciones a favor del Estado».

Al respecto cabe recordar que el error grave al cual se refiere el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, norma que gobernaba este medio de prueba al

momento de ser practicado, fue descrito por la jurisprudencia de la Corporación³⁶ de la siguiente manera:

«Se precisa que para que se configure el “error grave” en el dictamen pericial se requiere de una equivocación que pueda llevar tal calificativo, por parte de los peritos; una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C.³⁷ Así lo han sostenido tanto la doctrina³⁸ como la jurisprudencia.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, Bogotá, D. C., nueve (09) de octubre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02870-02(28021), Actor: SOCIEDAD INVERSIONES COMERCIALES DE TABARES ARANGO Y CIA. S. EN C. Y OTRA, Demandado: U.A.E. AERONAUTICA CIVIL, Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de marzo 5 de 2008, exp. 16 850, C.P. Enrique Gil Botero.

³⁸ “[E]l Dr. Antonio Rocha, sobre el particular señala:

“¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción del error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consiste ese acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que este realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción modernos de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase “Precis de Philosophie”, por Paul Foulqui, profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis).....pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, ¿Cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?.....Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y estar, en últimas sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial..... Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terrero para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.

“Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. (U. Nacional de Colombia 3a. Edición 1951, pags. 230 y ss).” (Citado por: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de mayo 30 de 1991, Radicado 3577, C. P. Julio Cesar Uribe Acosta) - (negritas por fuera del original)

El tratadista Jaime Azula Camacho al conceptualizar que respecto del error grave de una experticia sostuvo que *“el hecho de tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den o falsas las conclusiones que de ellos se deriven”* (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI ‘Pruebas Judiciales’. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 2003. Pág. 286).

La doctrina define el error grave como “una falla de entidad en el trabajo de los expertos”³⁹, de ahí que no cualquier equivocación admita tal connotación.

Ahora, la prosperidad de la objeción supone que el objetante acredite las circunstancias que, su juicio, originan el error; para ello puede solicitar las pruebas que estime pertinentes o, si lo considera suficiente, esgrimir los argumentos que fundamentan su objeción.⁴⁰

Respecto del significado del error grave, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Como es sabido, el error se opone a la verdad y consiste en la falta de adecuación o correspondencia entre la representación mental o concepto de un objeto y la realidad de éste. Por ello, si en la práctica del dictamen anticipado se formula objeción, el juez respectivo tendrá que determinar si existe o no el error señalado y si acepta o no la objeción, o sea, deberá establecer si el dictamen tiene o no valor de convicción”⁴¹.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“[S]i se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo **tiene bases equivocadas** de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...pues lo que caracteriza desacierto de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje...**es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...**, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez

Gustavo Humberto Rodríguez afirmó que “El error grave no es la documentación deficiente, sino que resulta de conceptos objetivamente equivocados, en forma grave. Debe tratarse de errores de hecho, no de derecho. La jurisprudencia ha dicho que el error de hecho consiste en creer probado un hecho no demostrado, o al contrario; y que lo que lo hace grave es ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones” (RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho probatorio colombiano. Compendio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1983).

Para Rosember Emilio Rivadeneira: “El dictamen será objetado por error grave cuando la equivocación en la que haya incurrido el perito sea de tal magnitud que contrarie la objetividad de los hechos o la naturaleza de las cosas, de manera tal que si en él no se hubiere incurrido otro fuera el sentido de las conclusiones.” (RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember Emilio. Manual de derecho probatorio administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2008).

³⁹ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, Procedimiento Civil Pruebas, Tomo III, Dupré Editores, Bogotá 2001, Pág. 235.

⁴⁰ Ibidem, pág. 236

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de octubre 8 de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería.

considerada recta y cabalmente la cosa examinada (...) (negrillas fuera del texto)⁴².

La Sección Tercera, por su parte, sostuvo que la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación y no a la conclusión de los peritos:

*“En punto a lo que debe entenderse como error grave, no hay discusión en la jurisprudencia que éste es el que se opone a la verdad, por la falta de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito, pero constituirá error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos pero no de éste. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos”*⁴³.

La Sección Primera también se ha pronunciado sobre el alcance de la objeción, en los siguientes términos:

*“En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de **una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas**. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando **se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito**. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.*

En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos” (negrillas fuera del texto)⁴⁴.

En este orden de ideas, para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen esté elaborado sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones también erradas, que recaigan, necesariamente en el objeto de la prueba. Los errores bien pueden consistir en que se haya tomado como punto de referencia y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer la experticia o que se hayan modificado las características esenciales del objeto examinado por otras que no tiene, de una forma tal, que de no haberse presentado, los resultados hubieren sido distintos. Como lo ha

⁴² “Corte Suprema de Justicia, auto de septiembre 8 de 1993, exp. 3446, acogido, por ejemplo, por la Corte Constitucional en sentencia C-807 de 2002 (Citado por Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01 (AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de noviembre 26 de 2009, Radicación 25000-23-27-000-2004-02049-01 (AP), C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta.

expresado la jurisprudencia, el dictamen controvierte “la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones”⁴⁵».

Ahora bien, el demandante solicitó la práctica de la prueba pericial por parte de un perito contador con la finalidad de que *«determine los beneficios financieros que no pudo percibir mi representada, en razón a que la Comisión Nacional de Televisión determinó que los pagos de las contraprestaciones debían ser mensualmente y no trimestralmente como lo ordena el Régimen Unificado de Contraprestaciones»*. Para ello, entonces, le formuló el siguiente cuestionario:

«2.1 Calcular de la contribución que ha debido pagar la sociedad demandante si en lugar de aplicarse el porcentaje del siete punto cinco por ciento (7.5%), como lo ordena el Acuerdo 003 de 2001, se hubiera aplicado el tres por ciento (3%) de conformidad con la Ley 680 de 2001 y el decreto 2041 de 1998.

2.2. Cálculo de los intereses generados a favor de mi representada, si en lugar de haber cancelado mensualmente la contraprestación a la Comisión Nacional de Televisión, ésta se hubiera pagado trimestralmente conforme a lo ordenado por el Régimen Unificado de Contraprestaciones.

2.3. Cálculo de los intereses que hubieran generado en cada una de las fechas de pago establecidas en el Régimen Unificado de Contraprestaciones, si en lugar de aplicar la tasa señalada en el Acuerdo 003 de 2001 se hubiera aplicado la tasa del tres por ciento (3%) como lo estipula el Régimen Unificado de Contraprestaciones»

La pericia presentada por el señor LuíS Álvaro Orjuela Orjuela, está compuesta por

13. En las notas explicativas sobre las tablas el experto señala:

«TABLA No. 1 (...) En esta está calculando el 3% mensual sobre los ingresos y de acuerdo al Decreto 2041 de 1998 en su Artículo 22, como Contra prestación (sic) por la prestación de los servicios (...) TABLA No. 2 (...) En ella se calcula el 7.5% mensual sobre los ingresos y de conformidad al Acuerdo No. 003 de 2001 de la Comisión Nacional de Televisión (...) TABLA No. 3 (...) En esta se calcula el 4.5% mensual sobre los ingresos, este porcentaje corresponde a la diferencia que se presenta entre aplicar el 3% según el Decreto 2041 y el 7.5% según el acuerdo 003 de 2001 (...) TABLA No. 4 (...) En ella están calculados los intereses mensuales, aplicados desde octubre de 2001 hasta mayo de 2003, al valor pagado de demás, o sea la diferencia que se presenta entre el 3% y el 7.5%, estos intereses tomados de la Superintendencia Bancaria, según el Artículo 191 del C. de P.C. (...) TABLA No. 5 (...) En esta se calculan los intereses mensuales aplicados desde noviembre de 2001 hasta mayo de 2003, al valor pagado de demás, o sea la diferencia que se presenta entre el 3% y 7.5%. Estos intereses tomados

⁴⁵ Sección Tercera, sentencia de 15 de abril de 2010, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18014.

de la Superintendencia Bancaria, según el Artículo 191 del C. de P.C. (...) Las Tablas No. 6, 7, 8 (sic) se elaboraron de acuerdo a la 4 y 5. (...) TABLA No. 9 (...) En esta se calcula el interés trimestral desde octubre de 2001 hasta mayor de 2003 sobre el 4.5% pagado de demás. Este interés tomado según la Superintendencia Bancaria, según el Artículo 191 del C. de P.C. (...) Las tablas 10, 11, 12, 13 fueron calculadas lo mismo que la 9 (...)

En la complementación de la pericia, el experto manifestó:

«Los datos del informe pericial fueron tomados del folio 29 del informe radicado el día 01 de Abril de 2002 presentado por el (...) demandante doctor Andrés Trujillo Maza y cuyos recibos de pagos fueron anexados (...) Todos los valores fueron ajustados de acuerdo a las tablas de intereses suministrados por la Superintendencia Bancaria y de acuerdo al artículo 191 del C. de P.C. (...) Por lo consiguiente me permito aclarar los siguientes puntos: (...) A. El valor que aparece en la columna Interés Generado efectivamente corresponde al interés que genera el capital demás, hasta mayo del 2003. (...) B. La suma de estos valores de la columna 4.5% diferencia se deben de tener en cuenta para saber cuánto capital más se había pagado. (...) C. No se toma el cálculo desde Marzo del 2002 a mayo de 2003 en razón a que la información no llega sino hasta febrero de 2002, pero desde luego si la información de capital pagado demás se tiene se hace el mismo procedimiento (...) D. Se toman los valores de la tabla No. 3 y no los de la tabla No. 2 en razón a que en la tabla No. 3 aparece la diferencia estipulada entre el 3% y el 7.5% que es la que se debe tomar, porque en la número dos está incluido el 3% y si se toma quedaría doble (...)

La Sala evidencia que, en efecto, dicho error grave se produjo en el presente caso.

Nótese como en la Tabla No. 1, el perito anuncia que se calcula el porcentaje del 3% mensual sobre los ingresos brutos, manifestando en las notas explicativas de esta tabla que «En esta está calculando el 3% mensual sobre los ingresos y de acuerdo al Decreto 2041 de 1998 en su Artículo 22, como Contra prestación (sic) por la prestación de los servicios», lo cual no se ajusta a lo previsto en dicha disposición normativa que indica que la contraprestación se calcula con base en los **ingresos netos causados**, no en los ingresos brutos.

Al respecto, el diccionario de la lengua española define bruto, como «5. Adj. Dicho de una cantidad de dinero: **Que no ha experimentado retención o descuento alguno.** U.t.c.s.m.U. en contraposición a neto»⁴⁶. Neto, a su vez, es definido como

⁴⁶ <http://dle.rae.es/?id=6CGZEfd>

*«2. Adj. Que resulta líquido en cuenta, después de comparar el cargo con la data, **o en el precio, después de deducir gastos**»⁴⁷.*

Conforme a lo anterior, la Tabla No. 3, en la que se calcula el 4.5% correspondiente a la diferencia entre el 3% y el 7.5% sobre los ingresos brutos, tampoco se encuentra correctamente elaborada puesto que, como se dijo anteriormente, el porcentaje previsto en el artículo 22 del Decreto 2041 de 1998 no se calcula sobre los ingresos brutos, sino sobre los ingresos netos.

Por ello, no es posible calcular un porcentaje de diferencia del 4.5% pues los porcentajes del 3% (sobre ingresos netos) y 7.5% (sobre ingresos brutos) no son equiparables y, en esa medida, no es posible emplear para su cálculo los ingresos brutos.

Las demás tablas son elaboradas con sustento en la información extractada en las tablas números 1, 2 y 3 y, por ello, los errores evidenciados en las tablas 1 y 3 se han reproducido en ellas, por lo que los cálculos allí efectuados son igualmente defectuosos.

El dictamen pericial, entonces, fue elaborado sobre bases equivocadas que condujeron a conclusiones erradas y, por ello, deben prosperar las objeciones por error grave formuladas por la demandada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR, en todas sus partes la sentencia del 28 de noviembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en descongestión, por los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia judicial.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

⁴⁷ <http://dle.rae.es/?id=QR5iEQb>

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA