



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)

Actor: SKY Colombia S.A.

Demandado: Nación - Comisión Nacional de Televisión

Referencia: Acción contractual

Temas: Regulación legal del servicio de televisión satelital en Colombia / Contrato de concesión del servicio de televisión digital / Comisión Nacional de Televisión – interpretación de las cláusulas del contrato.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 30 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se dispuso:

*“**PRIMERO:** No prosperan las excepciones invocadas por el apoderado de la CNT (sic), de conformidad con las consideraciones precedentes.*

***SEGUNDO:** Se declara la nulidad parcial del artículo primero de la resolución (sic) No. 955 del 27 de septiembre de 2002, proferida por la Comisión Nacional de Televisión, el cual quedará en los siguientes términos:*

*- “Ordenar a la sociedad SKY de Colombia S.A., identificada con el NIT No. 830.015.593-2, el pago a la Comisión Nacional de Televisión de la suma de **dos mil cuatrocientos dos millones trescientos treinta y cuatro mil seiscientos catorce pesos (\$ 2.402.334.614)**, por concepto de reajuste de las autoliquidaciones presentadas por el Concesionario, conforme la certificación de 31 de agosto de 2002, expedida por la Jefe de División de Inversiones y Tesorería de la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión Nacional de Televisión.
(Sic)*



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

TERCERO: se niegan las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO (sic): Sin costas.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 11 de junio de 2003¹, la compañía Sky Colombia S.A., en ejercicio de la acción contractual, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda contra la Comisión Nacional de Televisión², con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“I. PRINCIPALES

PRIMERA: Que declare la nulidad de los siguientes Actos Administrativos: (i) la Resolución 955 del 27 de septiembre de 2002 mediante la cual la COMISION NACIONAL DE TELEVISION ordenó a SKY COLOMBIA S.A. el pago de la suma de cuatro mil ochocientos cuarenta y siete millones quinientos cuatro mil cincuenta y cuatro pesos (\$4.847.504.154.00) por concepto de reajuste de las autoliquidaciones presentadas por la sociedad demandante, conforme a la certificación de 31 de agosto de 2002, expedida por la Jefe de División de Inversiones y Tesorería de la Subdirección Administrativa y financiera de la Comisión Nacional de Televisión, y la nulidad de (ii) la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003, mediante la cual la demandada confirmó la Resolución 955 del 27 de septiembre de 2002.

SEGUNDA: Que declare que según la Cláusula Tercera del Contrato 073 suscrito entre SKY COLOMBIA S.A. y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, SKY COLOMBIA S.A. (sic) y lo establecido en el Acuerdo 005 de 1996, la Resolución 017 de 1997 y el Acuerdo 032 de 1998, SKY COLOMBIA S.A. solo se encontraba obligado a pagar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN un canon equivalente al (10%) del total de los ingresos brutos mensuales percibidos EXCLUSIVAMENTE de los pagos que por la recepción de señales hubieran realizado los usuarios del sistema SKY, sin considerar en tal porcentaje otros ingresos diferentes a los percibidos por la recepción de señales.

TERCERA: Que se declare que SKY COLOMBIA S.A. no está obligada a efectuar el reajuste de las autoliquidaciones presentadas por la sociedad demandante y el consiguiente pago, ordenados por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN mediante Resolución 955 del 27 de septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003 (...).

CUARTA: Que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a

¹ Folio 1 – 21, C. 1.

² El apoderado de la parte demandante por medio de memorial de 10 de octubre de 2010, presentó reforma de la demanda, la cual fue aceptada por auto de 12 de febrero de 2004.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

reembolsar a SKY COLOMBIA S.A. aquellas sumas que ésta hubiere pagado en cumplimiento de lo ordenado en la Resolución 955 del 27 de septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003

QUINTA: Que se declare que la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN incumplió la cláusula tercera del contrato suscrito entre SKY COLOMBIA S.A. y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, al exigir el pago de un canon que excedía el valor pactado en la Cláusula Tercera del contrato 073 suscrito entre SKY COLOMBIA S.A. y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, SKY COLOMBIA S.A., y lo establecido en el Acuerdo 005 de 1996, la Resolución 017 de 1997 y el Acuerdo 032 de 1998. El exceso cobrado ilegalmente por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, asciende a la suma de cuatro mil ochocientos cuarenta y siete millones quinientos cuatro mil cincuenta y cuatro pesos (\$4.847.504.154.00), o la suma que se logre probar en el proceso.

SEXTA: Que se declare que la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN está obligada a indemnizar a SKY COLOMBIA S.A., por la totalidad de los perjuicios materiales causados, los cuales consisten en la totalidad de gastos y erogaciones en que ha tenido que incurrir en relación con las acciones de cobro de Resolución 955 del 27 de septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003 y el lucro cesante de las respectivas sumas pagadas con ocasión del cobro y todas las sumas adicionales, cuyo monto se probará en el curso de este proceso.

SÉPTIMA: Que como consecuencia del incumplimiento de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN se le condene al pago de la indemnización a favor de SKY COLOMBIA S.A. por la totalidad de los perjuicios materiales causados, los cuales consisten en la totalidad de gastos y erogaciones en que ha tenido que incurrir en relación con las acciones de cobro de la Resolución 955 del 27 de septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003 y el lucro cesante de las respectivas sumas pagadas con ocasión del cobro y todas las sumas adicionales, cuyo monto se probará en el curso de este proceso.

OCTAVA: Que se condene en costas a la entidad demandada.

II. SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Que el Honorable Tribunal, con fundamento en con (sic) lo dispuesto en el Acuerdo 005 de 1996, la Resolución 017 de 1997, el Contrato 073 de 1997, y el Acuerdo 032 de 1998, determine concretamente cuáles conceptos podían ser considerarse dentro del término "recepción de la señal de televisión por parte de los usuarios", para efectos de calcular la contraprestación que SKY COLOMBIA S.A. debía pagar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, durante el periodo objeto de reliquidación a que se refiere la Resolución 955 del 27 de septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003.

SEGUNDA: Que declare que SKY COLOMBIA S.A. debe efectuar solamente el pago de las sumas que correspondan a lo ordenado por el Honorable Tribunal, conforme a la determinación que éste haga de los conceptos que podían ser considerados dentro del término "recepción de la señal de televisión por parte de los usuarios", para efectos de calcular la contraprestación que SKY COLOMBIA S.A. debía pagar a la COMISIÓN



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

NACIONAL DE TELEVISIÓN, durante el periodo objeto de reliquidación a que se refiere la Resolución 955 del 27 de septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003.

TERCERA: Que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN a reembolsar a SKY COLOMBIA S.A. aquellas sumas que ésta hubiere pagado en exceso de las cantidades que correspondan a lo ordenado por el Honorable Tribunal, conforme a la determinación que éste haga de los conceptos que conceptos (sic) podían ser considerados dentro del término “recepción de la señal de televisión por parte de los usuarios”, que SKY COLOMBIA S.A. debía pagar a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, durante el periodo objeto de reliquidación a que se refiere la Resolución 955 del 27 de septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003.

CUARTA: Que se condene en costas a la entidad demandada.”

2.- Los hechos.

Los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones son en síntesis, los siguientes:

2.1. El 14 de noviembre de 1996, la Comisión Nacional de Televisión – en adelante CNTV-, expidió el Acuerdo 005 de 1996, por medio del cual autorizó el ingreso al país del sistema de televisión directa por satélite, allí mismo consignó que las personas autorizadas para la prestación del servicio de televisión satelital deberían pagar a la CNTV, la suma equivalente al 10% de los ingresos brutos “*que sean provenientes EXCLUSIVAMENTE DE LOS PAGOS QUE POR LA RECEPCIÓN DE LAS SEÑALES, realicen las personas que hacen uso de estos sistemas en el territorio nacional*”.

2.2. La CNTV, a través de Resolución No. 017 de 1997, autorizó a SKY –antes DTH Colombia S.A.- a colocar en el comercio y proporcionar a todas las personas en el territorio nacional, el uso e instalación de los equipos de recepción de señales de televisión directa por satélite., en dicha resolución se dispuso en su artículo 4, lo siguiente: “*Canon para la Comisión. La compañía conformada por DTH Colombia S.A., para ejercer esta autorización deberá cancelar a la Comisión Nacional de Televisión, un canon equivalente a un porcentaje determinado sobre los ingresos brutos percibidos exclusivamente de los pagos, que por la recepción de la (sic) señales realicen las personas que hacen uso de estos sistemas en el territorio nacional.*”



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

2.3. El 18 de Marzo de 1997, la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) y la compañía Sky Colombia S.A., celebraron el Contrato 073 de 1997, cuyo objeto consistía en *“colocar en el comercio y proporcionar a todas las personas que lo requieran en el territorio nacional el uso e instalación de los equipos de recepción de señales de televisión directa por satélite”*, con vigencia inicial de 10 años contados a partir del 18 de marzo de 1997.

2.4. De acuerdo con la cláusula tercera del Contrato, se estableció que la tarifa de la compensación por la explotación del servicio sería equivalente al *“diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos exclusivamente de los pagos provenientes por la recepción de las señales que realicen las personas que hacen uso de estos sistemas en el territorio nacional”*, de conformidad con lo establecido por las leyes vigentes, el Acuerdo 005 de 1996 y la Resolución 017 de 1997.

2.5. El 3 de diciembre de 1997, el Consejo de Estado, Sección Primera, declaró la nulidad del Acuerdo 005 de 1996, por lo cual, el 15 de enero de 1998, la CNTV con fundamento en las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, expidió el Acuerdo 032 de 1998, *“Por el cual se reglamenta el servicio de televisión directa al hogar denominado DBS, o televisión directa al hogar, o cualquier denominación que se emplee para este sistema de televisión directa por satélite.”*

2.6. El artículo 11 del Acuerdo 032 de 1998, nuevamente señaló que la tarifa de compensación por la explotación del servicio, correspondía a un canon del *“diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales percibidos EXCLUSIVAMENTE DE LOS PAGOS, QUE POR RECEPCIÓN DE LAS SEÑALES realicen los usuarios del sistema”*. Así las cosas, dicho acuerdo reiteró, sobre este punto, lo dispuesto en el Acuerdo 005, la Resolución 017 de 1997 y la cláusula tercera del Contrato 073 de 1997.

2.7. El 30 de abril de 2001, Sky Colombia S.A. presentó ante la CNTV escrito radicado bajo el No. 84992, solicitando el reconocimiento expreso de que los ingresos que deriva de los servicios locales que presta a los usuarios, no hacen parte de la base para calcular la contribución a la CNTV, toda vez que no



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

corresponden a los ingresos percibidos por recepción de señal a que hace alusión la respectiva cláusula tercera del Contrato.

2.8. En respuesta a lo anterior la CNTV, expidió la factura 04699 del 30 de abril de 2001, mediante la cual estableció que Sky Colombia S.A., debía pagar por concepto de contraprestación de los meses de julio de 2000 a marzo de 2001, la suma de \$993.506.053.

2.9. Mediante escrito presentado el 25 de mayo de 2001, Sky Colombia devolvió sin aceptación el original de la factura No. 04699, y precisó que con anterioridad se venían adelantado conversaciones con la Junta Directiva de la CNTV, con el fin de aclarar que el canon que le corresponde pagar como contraprestación, en virtud del contrato, debía calcularse sobre los ingresos brutos percibidos exclusivamente de los pagos provenientes de la recepción de las señales que realicen las personas que hacían uso de dichos sistemas, conforme a lo establecido por la cláusula tercera del Contrato.

2.10. El 27 de septiembre de 2001, el Subdirector Administrativo y Financiero de la CNTV mediante oficio No. 75556, señaló que de acuerdo con el estado de cartera con corte al 31 de agosto de 2001, Sky Colombia S.A. adeudaba las sumas de \$2.635.107.394, por concepto de mora, y \$129.207.626, por concepto de intereses causados con ocasión del ajuste a la liquidación efectuada por la CNTV; y el 30 de septiembre de 2001, la CNTV expidió la factura No. 05868, en la cual se señala que Sky Colombia S.A. adeudaba a dicha entidad la suma de \$326.208.003 por concepto de ajuste a la cuenta No. 4145 del trimestre abril – agosto de 2001.

2.11. El 31 de octubre de 2001, Sky Colombia S.A. presentó escrito mediante el cual reiteró que la liquidación debía realizarse conforme a lo establecido por la cláusula tercera del Contrato. En la misma fecha la CNTV expidió las facturas No. 06340 y 06341, en las cuales se estableció que Sky Colombia S.A. adeudaba a la entidad, la suma de \$255.774.495. Por lo anterior el 10 de enero de 2002, Sky Colombia S.A. nuevamente presenta comunicación reiterando lo enunciado en escrito anterior



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

2.12. El 27 de septiembre de 2002, la Junta Directiva de la CNTV, mediante resolución 955, estableció que Sky Colombia S.A. adeudaba la suma de \$4.847.504.154, por concepto de reajuste de las autoliquidaciones presentadas.

2.13. El 7 de noviembre de 2002, Sky Colombia S.A interpuso recurso de reposición, en contra de la anterior resolución, solicitando que se declarara que no adeudaba suma alguna de dinero a la CNTV, y que se encontraba a paz y salvo.

2.14. Mediante resolución 1248 del 13 de enero de 2003, la CNTV decidió confirmar en todas sus parte la resolución 955 de 2002.

La parte demandante en el acápite de fundamentos de derecho, argumenta cuales fueron las normas violadas y el concepto de la violación, y en ese orden, alegó que la CNTV infringió lo dispuesto en el Acuerdo 005 de 1996, la Resolución 017 de 1997, el contrato 073, el artículo 1602 del Código Civil y el Acuerdo Reglamentario 032 de 1998, toda vez que conforme a dichas normatividades, SKY sólo se encontraba obligado a pagar por concepto de compensación a la CNTV, un canon equivalente al 10% del total de los ingresos brutos mensuales percibidos exclusivamente de los pagos que por la recepción de las señales hubieres realizado los usuarios del sistema, sin considerar en tal porcentaje otros ingresos diferentes a lo percibido por aquel concepto.

Afirma, que la CNTV expidió las Resoluciones Nos. 955 del 27 de septiembre de 2002 y 1248 de 2003, con falsa motivación y desviación de poder.

3.- Actuación procesal de primera instancia

3.1.- Mediante auto del 31 de julio de 2003³, se admitió la demanda y se dispuso la notificación personal al señor Presidente de la Comisión Nacional de Televisión y al Agente del Ministerio Público; se ordenó la fijación en lista y se reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

³ Folio 24, C. 1.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

3.2. El 10 de octubre de 2003, dentro del término de fijación en lista, la Comisión Nacional de Televisión –CNTV- a través de apoderado contestó la demanda⁴, se opuso a las pretensiones de la misma por considerarlas contrarias a derecho, y propuso se declarara de manera oficiosa las excepciones cuyos hechos se hallaran probados en el curso del proceso, como argumento de defensa expuso:

“Para hacer posible el –disfrute de las señales-, es necesario que el televisor pueda descifrar las señales portadoras de programas producidos electrónicamente; esto es, que sean entregadas a la entrada del mismo en formato NTSC.

Sin embargo, para que el servicio se dé es necesaria la instalación en el domicilio de cada usuario de un dispositivo técnico (equipo terminal) con capacidad para decodificar la señal emitida por la sociedad extranjera, descomprimirla y convertirla del formato digital en que se emite (MPEGII, DVB) a un formato analógico NTSC para que el televisor del usuario pueda descifrar, a su vez, las señales portadoras de los programas. Es en este último evento en el que se entiende el servicio como prestado.

Aunque, por la naturaleza, es necesario que el equipo terminal sea instalado en el domicilio del suscriptor, éste no es un equipo de su propiedad (la prueba es que el equipo no es vendido, sino que es entregado en modalidad de arriendo), constituyéndose en el último elemento técnico de la red de transmisión que se necesita implementar para la prestación del mismo. El arriendo o compra de este equipo no es posible sin que medie la suscripción al servicio.

Es la instalación de este equipo terminal, la que permite al prestatario del servicio entregar la señal a la entrada del televisor del usuario en el formato establecido en Colombia (NTSC)

(...) En síntesis, desde la emisión de señales de televisión radiofundida (nacionales o internacionales), pasando por la transmisión, hasta la recepción de imágenes por parte del usuario, se estructura un Proceso Integral, Unitario e Indivisible.

(...) Teniendo en cuenta las consideraciones técnicas anteriores, se llega a las siguientes conclusiones:

-El servicio prestado por Sky de Colombia S.A., se limita únicamente a la recepción de señales de televisión satelital emitidas desde el exterior.

-Teniendo en cuenta que el equipo terminal constituye el último elemento de la red de transmisión, el canon mensual por el alquiler del mismo no constituye la prestación de un servicio independiente del servicio objeto del contrato. Este monto es apenas un costo fijo asociado a cada usuario para hacer posible la prestación del servicio de recepción de señales satelitales. -La separación de –servicios- que realiza Sky Colombia S.A. en su facturación se debe considerar únicamente como ajustado a sus criterios contables y no constituye por sí misma la prestación de dos servicios separables e independientes. Las funciones del equipo receptor son inherentes a la prestación del servicio y el monto pagado por el –alquiler- del equipo receptor hace parte del pago por prestación del servicio.

⁴ Folio 30-53, C. 1.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

- El servicio de recepción de señales de televisión satelital emitidas desde el exterior, se entiende como un servicio que debe proporcionar la capacidad completa para la comunicación hacia el usuario, incluyendo las funciones del equipo terminal.

(...) se infiere que la CNTV está facultada constitucional y legalmente para expedir los actos administrativos impugnados y, en consecuencia, para determinar que la fórmula de cálculo debe incluir otros conceptos o actividades diferentes a aquellos que se refieren a la mera recepción de la señal por parte del usuario, sin que ello constituya – una manifiesta infracción de las normas superiores en las que deberían fundarse las Resoluciones, como son las disposiciones de la Ley 182 de 1995 arriba transcritas-, como manifiesta la demandante.

En breve, la Comisión Nacional de Televisión no ha desconocido nunca la definición hecha por el legislador en lo relacionado con el servicio de televisión satelital, ni ha impuesto -unilateralmente y de manera arbitraria fórmulas de cálculo de contraprestaciones más gravosas a SKY-, ni se ha extralimitado –en el ejercicio de sus funciones, en clara violación a lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución Política-, ni ha contravenido –su deber legal de desarrollar las políticas del servicio dictadas por el legislador-, ni mucho menos ha faltado a su deber de hacer cumplir la ley y los reglamentos que ella misma ha expedido-, aseveraciones sostenidas equivocadamente en la demanda (...).”

3.3. En igual fecha, el apoderado de la parte demandante presentó escrito de reforma de la demanda⁵.

3.4. El 27 de octubre de 2003⁶, Sky Colombia S.A., mediante apoderado presentó contestación a las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.

3.5. A través de auto fechado 11 de diciembre de 2003⁷, se dispuso tener como pruebas las aportadas y pedidas tanto con la demanda como con su contestación.

3.6. El 1 de julio de 2004⁸, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición en contra del auto del 24 de junio de 2004, solicitando se revocara la providencia impugnada, toda vez que se omitió dar el trámite correspondiente a la reforma de la demanda presentada el 10 de octubre de 2003.

3.7. Mediante auto del 12 de febrero de 2004⁹, se resolvió revocar el auto del 11 de diciembre de 2003, por medio del cual se ordenó abrir a pruebas el proceso;

⁵ Folios 195- 227, C 1.

⁶ Folios 228- 232, C.1.

⁷ Folio 279- 280, C. 1.

⁸ Folio 282- 283, C. 1.

⁹ Folios 287- 288, C. 1.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

asimismo, se dispuso notificar personalmente al Presidente de la Comisión Nacional de Televisión, y al Agente del Ministerio Público, de la admisión de la reforma de la demanda, así como la fijación en lista por el término de 10 días.

3.8.- El apoderado de la CNTV, a fecha 6 de mayo de 2004¹⁰, presentó contestación a la reforma de la demanda, reiterando lo consignado en la contestación; propuso, además, las excepciones de contrato no cumplido por parte de Sky Colombia S.A., y cumplimiento de las obligaciones a cargo de la CNTV, además reiteró la solicitud de decreto de manera oficiosa de las excepciones, cuyos hechos se encontraran probados en el transcurso del proceso.

3.9. El 1 de junio de 2004¹¹, Sky Colombia S.A., mediante apoderado presentó contestación a las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, alegó el cumplimiento a cabalidad de las obligaciones por parte de Sky Colombia S.A., así como una indebida apreciación de los hechos y errada interpretación del Contrato 073, por parte de la CNTV.

3.10. Mediante auto proferido el 24 de junio de 2004¹², se abrió a pruebas el proceso, y se decretaron las pruebas solicitadas tanto por la parte demandada como por la parte demandante.

3.11. El 1 de julio de 2004¹³, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de reposición en contra del auto del 28 de junio de 2004, por medio del cual se abrió a pruebas el proceso, toda vez que en este no se hizo pronunciamiento alguno sobre las pruebas pedidas en el escrito que reformó la demanda y en el traslado de las excepciones de fondo.

3.12. A través de auto del 12 de agosto de 2004¹⁴, se revocó parcialmente el auto del 24 de junio de 2004, y se adicionó a dicho auto las pruebas no decretadas.

¹⁰ Folios 292- 320, C. 1.

¹¹ Folios 322-323, C. 1.

¹² Folios 325-27, C. 1.

¹³ Folios 332- 338, C. 1.

¹⁴ Folios 340- 343, C.1.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

3.13. El 20 de agosto de 2004¹⁵, el apoderado de Sky Colombia S.A., interpuso recurso de reposición en contra del auto del 12 de agosto de 2004, solicitando se modificara el numeral 4 de la parte resolutive de dicho auto, toda vez que consideró el recurrente, se estaba relevando al representante de la Comisión Nacional de Televisión de absolver interrogatorio de parte, siendo que conforme a lo establecido por el artículo 199 del Decreto 2282 de 1989, la CNTV no es de aquellas entidades respecto de las cuales exista tal restricción

3.14. Mediante auto del 7 de octubre de 2004¹⁶, se resolvió revocar el numeral 4° del auto del 12 de agosto de 2004, en el sentido de que decidió no decretar el interrogatorio de parte del representante legal de la CNTV por no conocer de los hechos dada su reciente aceptación del cargo, pero si ordenó se delegara a un tercero con conocimiento de los hechos para que depusiera de ellos en la respectiva audiencia.

3.15. La CNTV, a través de oficio fechado 13 de octubre de 2004, interpuso recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, en contra de la anterior decisión, solicitando *“se establezca que el representante legal de la Comisión Nacional de Televisión, por ser esta, un establecimiento de derecho público del orden nacional tal y como lo conforma la propia carta política, debe rendir informe juramentado en los términos del artículo 199 del C.P.C, que prohíbe la confesión por parte de las entidades públicas”*

3.16. El apoderado de Sky Colombia S.A., a través de oficio presentado el 14 de octubre de 2004¹⁷, interpuso recurso de súplica contra el auto del 11 de octubre de 2004, al considerarlo violatorio del debido proceso al cambiar la naturaleza de la prueba solicitada y su objeto.

3.17. Mediante auto del 10 de noviembre de 2004¹⁸, se rechazó por improcedente los recursos de reposición y apelación solicitados por el apoderado de la parte demandada; así mismo, a través de auto del 26 de enero de 2005¹⁹, se rechazó

¹⁵ Folios 345- 347, C. 1.

¹⁶ Folios 385-386, C. 1.

¹⁷ Folios 392-395, C. 1

¹⁸ Folio 398, C. 1.

¹⁹ Folio 406, C. 1.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

por improcedente el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandante.

3.18. A través de auto del 24 de enero de 2007²⁰, se declaró agotado el período probatorio, y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

3.19. El apoderado de la parte accionada presentó alegatos de conclusión el día 9 de febrero de 2007²¹, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

3.20. Por su parte, la apoderada de la parte accionante presentó alegatos de conclusión el 3 de febrero de 2007²², reiterando lo expresado en la demanda.

El Ministerio Público guardó silencio.

4.- La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia proferida el 30 de mayo de 2007²³, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al considerar que:

“La cláusula tercera del contrato de concesión No. 73 de 1997, establece:

*- **“CANON PARA LA COMISION** (sic): La compañía conformada por DTH Colombia S.A., para ejercer la autorización deberá cancelar a la CNTV un canon equivalente al 10% de los ingresos brutos percibidos **exclusivamente de los pagos provenientes por la recepción de las señales que realicen las personas que hacen uso de estos sistemas en el territorio nacional, dentro de los 15 días siguientes al vencimiento de cada trimestre...**” “negrilla fuera del texto”*

*Aduce el apoderado de SKY, que la cláusula anterior debe ser interpretada en forma restrictiva, estos es, que el término **“EXCLUSIVAMENTE”** significa que la compensación que esa sociedad debe liquidar a favor de la CNT, debe ser calculada única y exclusivamente sobre los valores que paguen los usuarios de SKY, por*

²⁰ Folio 548, C. 2.

²¹ Folio 103 a 109, C. 1.

²² Folios 575- 610, C. 2.

²³ Folios 612-637 C. Ppal.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

los paquetes de programación de televisión que contrataron... y no sobre el valor total de lo facturado por SKY a cada uno de sus usuarios, pues dependiendo del caso particular de cada uno de ellos, pueden variar los ítems facturados..."

El *a quo* al analizar el memorando de 27 de diciembre de 1999, elaborado por Carlos Alberto Arias -dirigido a la Jefe de la División de Inversiones y Tesorería de la CNTV-, quien a su vez revisó los libros oficiales de contabilidad de SKY, encontró, que en dicho documento se dijo que hasta diciembre 31 de 1998, SKY Colombia tomó como base de cálculo para la liquidación de los derechos de la CNTV, y como ingresos propios, el valor total de lo facturado a sus suscriptores, pero a partir del 1 de enero de 1999, SKY toma como base de cálculo para la liquidación de la compensación, el valor del abono en cuenta a SKY *Multi-Country*, el cual es calculado de acuerdo al número de suscriptores al final del mes, multiplicado por la tarifa de US\$10.53.

Sostuvo el Tribunal, que Sky lo que entendió en un principio era que debía liquidar la compensación, con base en el total de ingresos percibidos de los pagos efectuados por sus afiliados; y no con base en los ingresos registrados, exclusivamente, en la cuenta denominada "ingresos recibidos para terceros", entonces, fue a partir del 1 de enero de 1999, cuando cambió unilateralmente la interpretación que había dado inicialmente a dicha cláusula.

Sin embargo, concluyó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que de acuerdo con el último inciso del artículo 1622 del C.C., la interpretación que SKY hizo de la cláusula tercera del contrato –bajo el entendido que la compensación debía ser liquidada con base en el 10% del total de los ingresos brutos que percibiera del pago de facturas por parte de sus usuarios-, debía mantenerse durante toda la vigencia del contrato, pues la norma en cita señala que las cláusulas dudosas de un contrato, podrán interpretarse "*por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte*", por lo que no resultaba legalmente viable que SKY modificara unilateralmente la forma de interpretar la cláusula tercera, a partir del 1 de enero de 1999.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

El Tribunal afirmó, que la compensación que debía pagar SKY a favor de la CNTV, debió ser liquidada hasta el 30 de enero de 2002, con base en el 10% de los ingresos brutos percibidos mensualmente; y a partir de esa fecha en adelante, dicha compensación debió ser liquidada con base en el 7.5% de los ingresos brutos percibidos, pues así lo dispusieron las partes en el otrosí No. 2, suscrito el 30 de enero de 2002.

Por último, con el fin de determinar el verdadero valor adeudado por SKY a la CNTV, el *a quo* consideró que estaba acreditado que las facturas de los meses de octubre de 2001 a agosto de 2002, fueron canceladas por SKY a la CNTV, por un valor de \$1.923.441.590, y que la entidad cobró a SKY por concepto de intereses de mora de las facturas de octubre de 2001 a enero de 2002, la suma de \$161.727.950. En consecuencia, afirmó, que el valor a descontar de lo cobrado en la Resolución No. 955 de 2002, resultaba de sumar los anteriores valores, lo cual daba la suma de \$2.402.334.614, el cual debía ser restado a los \$4.487.504.154, que impuso la mencionada resolución, lo que en total arrojaba una cifra de \$2.402.334.614 que debía pagar SKY a la CNT por concepto de reajuste de las autoliquidaciones.

5.- El recurso de apelación.

5.1.- El 14 de junio de 2007²⁴, la parte demandante interpuso recurso de apelación²⁵, asimismo, en igual fecha el apoderado de la parte demandada interpuso y sustentó recurso de apelación²⁶.

5.1.1.- Apelación de la parte demandada:

El apoderado de la parte demandada, solicitó que se aclare o modifique el aparte correspondiente al numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, disponiendo que los valores adeudados por SKY Colombia Ltda., contenidos en la Resolución No. 955 de 27 de septiembre de 2002, por valor

²⁴ Folio 639, C. Ppal.

²⁵ Folios 135, C. Ppal.

²⁶ Folio 640- 654, C. Ppal.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

de \$4.487.504.154, permanezcan incólumes, en esa medida, solicita también que los demás aspectos de la sentencia se mantengan.

Como motivo de inconformidad, señaló que el dictamen pericial ignoró aspectos relevantes para la decisión del caso, pues, el perito no tuvo en cuenta que el concesionario de televisión SKY S.A., hasta el 31 de diciembre de 1998 venía cancelando y tomando como base de cálculo para la liquidación de la compensación y como ingresos propios el valor total de lo facturado a sus suscriptores, es decir, sobre las dos cuentas el 100%, y que a partir del 1° de enero de 1999, SKY tomó como base de cálculo el valor de la cuenta denominada “ingresos recibidos para terceros”, es decir, que cesó la cancelación sobre el restante del total de los ingresos. Arguyó el apelante, que si bien los cálculos efectuados por el perito estaban conforme a lo pagado por SKY a la CNTV, la aplicación, está hecha sobre el 60% y no sobre el 100%, como venía ocurriendo hasta diciembre de 1998.

5.1.1.- Apelación de la parte demandante:

El apoderado de la entidad demandante, solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, y en su lugar se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

En sustento de la anterior petición, consideró que el Tribunal no abordó el problema jurídico de fondo que se planteó en la demanda, es decir, determinar sobre que componentes de los ingresos brutos mensuales percibidos por SKY Colombia S.A., se debía calcular el porcentaje de remuneración que se pagó a la CNTV. Además, insistió, que los cargos de nulidad de las Resoluciones Nos. 955 y 1248, planteados en la demanda, no fueron resueltos en la sentencia.

Adujo, que el argumento planteado por el Tribunal acerca de que el demandante interpretó inicialmente la cláusula tercera del contrato de una forma y luego unilateral e intempestivamente cambió dicha interpretación, no es suficiente para desechar las pretensiones de la demanda



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Pretende la parte demandante, que por medio del recurso de apelación el Consejo de Estado determine, que SKY únicamente se encontraba obligada a pagar a la CNTV un canon equivalente al 10% del total de los ingresos brutos mensuales percibidos exclusivamente de los pagos que por la recepción de las señales hubieran realizado los usuarios del sistema, sin tener que incluir en la base de liquidación ingresos diferentes.

Expuso, que las Resoluciones Nos. 955 de 2002 y 1248 de 2003, adolecen de falsa motivación, puesto que están basadas en hechos que no son ciertos, ya que la CNTV efectuó la liquidación con base en operaciones contables inexactas, lo que a la postre, conllevó a liquidar de manera equivocada los ingresos brutos de SKY.

Consideró, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dejó de estudiar los cargos formulados en la demanda como: infracción de normas en que debía fundarse el acto impugnado, falsa motivación y desviación de poder.

6.- Actuación en segunda instancia.

6.1. Los recursos fueron admitidos por esta Corporación, mediante auto del 20 de noviembre de 2007²⁷.

6.2 Mediante auto del 6 de marzo de 2008²⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al agente del Ministerio Público para rendir concepto.

6.3. La parte demandada presentó alegatos de conclusión el 28 de marzo de 2008, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.²⁹

6.4. La apoderada de la parte demandante, presentó alegatos de conclusión el 2 de abril de 2008, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación.³⁰

²⁷ Folio 822, C. Ppal.

²⁸ Folio 826, C. Ppal.

²⁹ Fls. 828 a 865 Ibídem.

³⁰ Fls. 866 a 879 Ibídem.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

6.5. Por su parte el Ministerio Público rindió concepto mediante escrito presentado el 15 de abril de 2008³¹, solicitando se confirme la sentencia de primera de instancia, por considerar que conforme a lo probado desde el punto de vista técnico, lo correcto es que se entienda que para que una señal de televisión satelital sea recibida por los usuarios de dicho servicio, es requisito indispensable que cada uno de ellos cuente en su residencia con tres equipos electrónicos, esto es, con la mini antena parabólica, con el LNB y un decodificador de señales, de donde se concluye que el valor mensual cobrado por SKY COLOMBIA S.A. a sus afiliados, por el alquiler de dichos equipos, hace parte integral del servicio de recepción de señales de televisión satelital, pues sobra advertir, que sin tales equipos, resultaba imposible dar cumplimiento al objeto del contrato No 073 de 1997.

6.6. La sociedad Sky de Colombia S.A, por medio de memorial de 30 de octubre de 2012³², informó sobre la cesión de derechos litigiosos a la Sociedad Directv Colombia Ltda.

6.7. Por auto de 13 de febrero de 2013, se puso en conocimiento de la Comisión Nacional de Televisión la cesión de derechos litigiosos con el fin de que manifestaran de manera expresa si aceptaban o no la cesión, sin embargo, guardaron silencio.

6.8. Por consiguiente, en auto de 22 de mayo de 2013, se dispuso que Directv Colombia Ltda. intervendría en el proceso de la referencia en calidad de litisconsorte de la sociedad Sky Colombia S.A., como quiera que la parte demandada no aceptó expresamente el negocio jurídico de la cesión.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de esta instancia y sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección a pronunciarse sobre el asunto de la referencia, para lo cual abordará los siguientes puntos: 1) competencia; 2) acervo probatorio; 3) regulación legal del servicio de televisión satelital en Colombia; 4)

³¹ Fls. 880 a 897 Ibídem.

³² Folios 922 a 924 cuaderno principal.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

contrato de concesión del servicio público de televisión satelital; 5) de la Comisión Nacional de Televisión y los acuerdos expedidos en el caso *sub examine*; 6) solución del caso concreto y 7) condena en costas.

1. Competencia

La Subsección es competente para conocer el recurso de apelación formulado por las partes, contra la sentencia proferida el treinta (30) de mayo de dos mil siete (2007), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 182 de 1995 –durante su vigencia- que dispuso que los contratos celebrados por la Comisión Nacional de Televisión se registrarán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, de igual forma, al tenor de los artículos 75 y 87 de la citada ley, se observa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de este proceso de controversias contractuales que tiene vocación de doble instancia.³³

2. Acervo probatorio

Del material probatorio allegado al presente proceso, se destaca:

- ✓ Copia simple del Acuerdo No. 005 de 14 de noviembre de 1996, proferido por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, por medio del cual se autorizó el ingreso al país del Sistema de Televisión Directa por Satélite, en el que se acordó, entre otras cosas, lo siguiente: (Fl. 56. Cdno. 1ra instancia)

“Artículo 4: Las personas jurídicas autorizadas para adelantar las actividades descritas en los artículos anteriores, deberán cancelar a la Comisión Nacional de Televisión, además de los valores por otros conceptos contemplados en el respectivo acto, la suma equivalente al 10% de los ingresos brutos que sean provenientes exclusivamente de los pagos que por la recepción de las señales realicen las personas que hacen uso de estos sistemas en el territorio nacional.”

- ✓ Copia simple de la Resolución No. 017 de 15 de enero de 1997, proferida por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, por medio de la cual se autorizó a la sociedad DTH Colombia S.A. (luego SKY Colombia

³³ La pretensión mayor al momento de la presentación de la demanda asciende a \$4.487.504.154.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

S.A.) a colocar en el comercio y proporcionar a todas las personas en el territorio nacional, el uso e instalación de los equipos de recepción de señales de televisión directa por satélite. En dicha Resolución, se estipuló en el artículo 4°, lo siguiente:

“CANON PARA LA COMISIÓN: La compañía conformada por DTH Colombia S.A., para ejercer esta autorización deberá cancelar a la Comisión Nacional de Televisión, un canon equivalente a un porcentaje determinado sobre los ingresos brutos percibidos exclusivamente de los pagos, que por la recepción de la (sic) señales realicen las personas que hacen uso de estos sistemas en el territorio nacional.” (Fls. 57 a 59 Ibídem)

- ✓ Copia simple del contrato de concesión No. 073 del 19 de marzo de 1997, suscrito entre la CNTV y la Sociedad DTH Colombia S.A., en el que se estipularon, entre otras, las siguientes cláusulas: (Fls. 60 a 63 lb.)

“PRIMERO - OBJETO: DTH Colombia S.A. se obliga a crear una compañía colombiana, especialmente constituida para desarrollar y ejecutar la autorización conferida para colocar en el comercio y proporcionar a todas las personas que lo requieran en el territorio nacional el uso e instalación de los equipos de recepción de señales de televisión directa por satélite provenientes de los satélites Panamsat, PAS 3R y PAS 6 o de cualquier satélite autorizado para proveer el segmento satelital respectivo en Colombia, así como a efectuar el recaudo de los derechos de autor a que hubiere lugar por el disfrute de dichas señales y representar a NEWS DTH (Latín América) Investments Ltd., en Colombia, sociedad que estará sujeta al cumplimiento estricto de las normas establecidas en la Resolución No. 017 del 15 de enero y obligada al pago de los derechos y del canon derivados de la autorización conferida (...).

(...)

***TERCERO – CANON PARA LA COMISIÓN:** La compañía conformada por DTH Colombia S.A. Para ejercer la autorización deberá cancelar a la Comisión Nacional de Televisión un canon equivalente al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos exclusivamente de los pagos provenientes por la recepción de las señales, que realicen las personas que hacen uso de estos sistemas en el territorio nacional, dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento de cada trimestre. Para el cumplimiento de esta obligación se presentará a la Comisión Nacional de Televisión los informes correspondientes, debidamente certificados por el auditor de la empresa.”*

***CUARTO – DURACIÓN DEL CONTRATO Y PRORROGA:** El término inicialmente pactado para asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la compañía colombiana que DTH Colombia S.A., constituya para este fin será de diez (10) años, que se prorrogará por un término y sucesivo, siempre que se siga ejecutando por esa sociedad la autorización que le fue conferida y así lo solicite con seis (6) meses de anterioridad al vencimiento del término.”*



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

- ✓ Copia simple del otrosí número 2, al contrato de concesión No. 073 de 1997³⁴, suscrito el 30 de enero de 2002, en cuya cláusula primera se dispuso modificar la cláusula tercera del contrato en los siguientes términos:

“TERCERO – PAGO DE LA COMPENSACIÓN: EL AUTORIZADO *deberá pagar 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 este servicio, 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.”*

- ✓ Copia simple del Acuerdo No. 014 de 20 de marzo de 1997³⁵, expedido por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, y *“por medio del cual reglamenta el servicio de televisión por suscripción, se adopta el plan de promoción y normalización de dicho servicio y se dictan otras disposiciones.”*
- ✓ Copia simple del *“anexo técnico para el proyecto, por medio del cual se reglamenta la prestación del servicio de televisión por suscripción y se dictan otras disposiciones”*³⁶. En el numeral 1 de este documento, se definieron los equipos requeridos para transmitir la señal de televisión satelital, en los siguientes términos:

“El sistema de transmisión para la distribución de señales utilizando el espectro radioeléctrico se compone de los siguientes elementos:

- *Cabecera de red*
- *Red de transmisión radiodifundida de la señal al suscriptor*
- *Red lado suscriptor”*

Luego, en el numeral 1.1.2.3., se hizo una descripción del ítem *“red lado suscriptor”* así:

“Es el sistema que toma la señal radiada para obtener las señales del servicio. Los componentes de red lado suscriptor son:

1.1.2.3.1. Sistema de antena de recepción.

1.1.2.3.2. El concesionario debe proveer un selector conmutable a la entrada del televisor, para que el usuario pueda seleccionar libremente la modalidad de

³⁴ Folios 68 a 72 del cuaderno 1.

³⁵ Folios 75 a 85 cuaderno 1.

³⁶ Folios 85 (anverso) a 90 (anverso) cuaderno 1.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

servicio que desee ver, (servicio público de Televisión – servicio de Televisión por suscripción).

1.1.2.3.3. Decodificador profesional.”

- ✓ Copia simple del Acuerdo No. 032 de 15 de enero de 1998³⁷, proferido por la Junta Directiva de la CNTV, en cuyo artículo segundo, se definió el servicio de televisión satelital, en los siguientes términos: *“...es aquel que permite a los habitantes del territorio nacional, la recepción para uso exclusivo e individual, de señales de televisión transmitidas, emitidas, difundidas y programadas desde el extranjero, a través de segmentos espaciales (satélites) de difusión directa, hasta los equipos terminales de recepción individual”.*

Así mismo, dispuso en el artículo 11: “TASAS, TARIFAS Y DERECHOS: En todo caso, los permisos de que trata el presente acuerdo siempre causarán el pago de las tasas, tarifas y derechos que señale la CNT para prestación, por el régimen de concesión, del servicio de televisión por suscripción.

Para efectos de cumplir lo anterior, el prestatario del servicio regulado por el presente acuerdo, pagará dentro de los 15 días siguientes a cada trimestre vencido, directamente a la CNT, el 10% del total de los ingresos brutos mensuales percibidos exclusivamente de los pagos, que por la recepción de las señales realicen los usuarios del sistema.

En caso que el licenciatario incumpla las fechas antes señaladas, la CNT facturará intereses de mora, correspondientes al doble del interés bancario corriente, sin que exceda la tasa máxima permitida por la ley.”

- ✓ Copia simple del memorando de fecha 27 de diciembre de 1999³⁸, suscrito por el señor Carlos Alberto Arias, funcionario de la CNTV, dirigido a la Jefe de la División de Inversiones y Tesorería de esa entidad, en el cual le informa los resultados de la visita efectuada a la sociedad SKY Colombia S.A., el día 22 de diciembre de 1999.

³⁷ Folios 59 a 64 cuaderno 2 de pruebas.

³⁸ Folios 96 a 97 cuaderno 1.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

- ✓ Copia simple del oficio No. 75556 de 28 de septiembre de 2001³⁹, suscrito por David Fernando Morales Domínguez –Subdirector Administrativo y Financiero de la CNTV-, enviado a SKY, en el cual le informa que el estado de la cartera con corte al día 31 de agosto de 2001, presenta los siguientes saldos:

“Valor en mora: \$2.635.107.394.00

Valor intereses: \$129.207.626.00”

- ✓ Copia simple del oficio No. 75556 de la CNTV y factura 05868, por medio del cual SKY responde a la CNTV, que no pagará los valores que ha cobrado dicha entidad porque resultan ajenas a lo estipulado en la Resolución No. 017 de 1997, al Acuerdo No. 032 de 1998 y al contrato No. 073.
- ✓ Copia simple de la Resolución No. 955 de 27 de septiembre de 2002⁴⁰, expedida por la Comisión Nacional de Televisión, por medio de la cual ordena a la sociedad SKY Colombia S.A., a pagar a dicha entidad, por concepto de reajuste de las autoliquidaciones presentadas por el concesionario, la suma de \$4.847.504.154.00.
- ✓ Copia simple de la Resolución No. 1248 de 13 de enero de 2003⁴¹, proferida por la Comisión Nacional de Televisión, en donde resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por SKY contra la Resolución No. 955 de 2002.
- ✓ Certificado de existencia y representación de la Sociedad SKY Colombia S.A. (Folio 129 cuaderno pruebas 3)
- ✓ Testimonio rendido por el señor Renato Motta, el 24 de marzo de 2006, en las instalaciones del Consulado General de Colombia, ubicado en la ciudad

³⁹ Folio 104 cuaderno 1.

⁴⁰ Folios 135 a 140 cuaderno 1.

⁴¹ Folios 145 a 164 lb.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

de Miami (Estados Unidos)⁴², en donde manifestó tener nacionalidad Brasileña y desempeñarse para la fecha de recepción del testimonio como “Director de Operaciones y Desarrollo de Negocios de DIRECT TV LATIN AMERICA”. Adujo que *“hay un contrato de agencia en que Sky Colombia es el agente de Sky Multi Country Partners en Colombia”*.

Sostuvo, que desde julio de 2001 hasta principios del 2005 se desempeñó como Director de Finanzas para Latino América para SKY Multi-Country Partners, y en el periodo comprendido de 2003 a 2004 también desempeñó el cargo de “Director Financiero en SKY Colombia”.

Respecto la base utilizada para el pago de la compensación a la CNTV dijo: *“Desde enero del 2002, la base es el 100% de los ingresos de programación y Pay Per View que es la suma de las cuentas contables 28 y 4145 – C. En el periodo anterior a enero de 2002, la base era un porcentaje que varió entre el 66% y el 91% del total de los ingresos de programación y Pay Per View (total de las cuentas contables 28 y 4145 – C)”*

Sobre los conceptos que son objeto de cobro a los usuarios mediante las facturas que expide Sky, indicó que lo componen 4 ítems, que son: afiliación o instalación inicial que solo ocurre una sola vez, arriendo de los decodificadores, programación y pay per view y cobros por servicio técnicos y reconexiones.

Afirmó, que el único concepto que debe estar incluido en la base del cálculo de la compensación es una porción o la totalidad de ingresos de programación y pay per view, y que en la cuenta No. 28, SKY Colombia registra los “ingresos recibidos para terceros”, conforme lo estipulado en el contrato de agencia que aquella suscribió con SKY Multi-Country Partners.

- ✓ Testimonio rendido por el señor Carlos Julio Villanueva Soto, el 17 de septiembre de 2004⁴³, en donde manifestó ser ingeniero electrónico y desempeñarse como Subdirector Técnico y de Operaciones de la CNTV,

⁴² Folios 33 a 29 (foliatura irregular) del cuaderno principal No. 2 de primera instancia.

⁴³ Folios 134 a 137 cuaderno 3 de pruebas.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

expuso que el servicio que presta SKY Colombia S.A., consiste en el suministro de equipos y elementos necesarios para la recepción de la programación de televisión de la cual dispone SKY en el satélite.

Señaló, que para que los usuarios puedan acceder a dicho servicio, se requiere de un sistema de recepción satelital, conformado fundamentalmente por una antena parabólica de recepción satelital, un amplificador de bajo ruido y un decodificador., los cuales resultan imprescindibles para la recepción del servicio. Explicó, que la antena permite sintonizar la programación de televisión disponible que se encuentra en el satélite, el amplificador de bajo ruido es necesario para amplificar la señal que proviene del satélite, y poder disponer de ella con los niveles mínimos de intensidad que permitan la disposición de la programación en el sistema decodificador y, posteriormente, en el receptor de televisión; finalmente, el decodificador permite realizar la conversión de la señal digital que proviene del satélite, descomprimirla y codificarla de manera analógica para poder normalizarla al estándar técnico de televisión establecido en nuestro país. Adicionalmente, el codificador permite programar los paquetes básicos o especiales de la programación de televisión en el usuario por parte del operador desde su centro de control y lo habilita para recibir el servicio.

- ✓ Testimonio rendido por Isabel Cristina Salcedo, el 8 de febrero de 2005⁴⁴, en el cual manifestó desempeñarse como contadora pública de SKY Colombia S.A., explicó, que los ingresos que no constituyen base para la liquidación de la compensación del 10% de que trataba la cláusula tercera del contrato son: el costo de trasladar los equipos de recepción satelital de un inmueble a otro, cuando el suscriptor cambia de residencia y costo de activaciones e instalaciones para recepción de la señal de televisión.

Sostuvo también, que en la factura mensual que SKY manda a cada suscriptor, especifica el costo de cada ítem que integra la factura, esto es, el costo de la programación, de la activación de la señal, de la instalación de equipos y el alquiler del decodificador; por lo que el 10% de la

⁴⁴ Folios 567 a 570 cuaderno 3 de pruebas.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

compensación a pagar a la CNTV, debía ser calculado únicamente sobre el valor de lo que pagaban los suscriptores por concepto de programación.

- ✓ Testimonio rendido por el señor Jaime Andrés Plaza Fernández, el 15 de abril de 2005⁴⁵, en donde manifestó ser abogado de profesión y desempeñarse como profesor en las especializaciones y diplomados de derecho y de las telecomunicaciones en la Universidad de la Sabana y la Universidad Militar, respecto al servicio de televisión, manifestó que está catalogado como un servicio de difusión cuya característica fundamental son las transmisiones punto multipunto, es decir, que existe un emisor y múltiples receptores de la comunicación.

Aseguró, que de acuerdo al régimen jurídico de nuestro país, las telecomunicaciones -en especial el servicio de televisión- son un servicio público que se presta de conformidad con la regulación vigente, la cual se compone de la Constitución Política, la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996 y los acuerdos que expida la CNTV, tales como el 005 de 1996, 032 de 1998 y el 03 de 2001.

- ✓ Dictamen pericial elaborado por el contador público Manuel Vicente Hurtado, presentado el 3 de agosto de 2005⁴⁶, con su correspondiente aclaración y complementación, en el cual se hace un estudio y una relación de las facturas y autoliquidaciones que SKY canceló a la CNTV y las que no han sido canceladas, con el fin de determinar el monto que dicha sociedad debe a la CNTV, por concepto de compensación de que trata la cláusula tercera del contrato No. 73 de 1997, suscrito entre ambas partes.

Del dictamen se extraen los siguientes apartes:

“Para ejecutar mi labor como perito contable (...) visité las instalaciones de SKY COLOMBIA S.A., Y efectué una inspección a toda la documentación contable, también solicité copia de todos los documentos relacionados con la Resolución

⁴⁵ Folios 574 a 577 cuaderno 3 de pruebas.

⁴⁶ Cuaderno de pasta negra y folios 530 y siguientes del cuaderno principal No. 2 de primera instancia.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
 Actor: SKY COLOMBIA S.A.

955 al igual que copia de los libros oficiales debidamente registrados ante la Cámara de Comercio (...).

La contabilidad esta (sic) llevada de acuerdo a los principios de contabilidad generalmente aceptados, regidos por el Decreto 2649 y 2650 aceptados en Colombia. Las cuentas de ingresos están debidamente clasificadas, de acuerdo al Plan Único de Cuentas regido por el Decreto 2649 donde se pueden identificar claramente los ingresos propios recibidos y los ingresos para terceros.

A continuación, se observan los siguientes cuadros –entre otros-:

“Las bases para liquidar los ingresos para la Comisión Nacional de Televisión a partir del (sic) Julio de 2000, tomados de los libros de contabilidad son los siguientes:

FECHA	INGRESOS BRUTOS BASE DE LIQUIDACIÓN	PORCENTAJE %	VALOR LIQUIDADADO
Jul-2000	1.910.322.813	10	191.032.281
Ago-2000	1.908.155.378	10	190.815.538
Sep-2000	1.876.084.029	10	187.608.403
Oct-2000	1.925.110.913	10	192.511.091
Nov-2000	1.815.365.406	10	181.536.541
Dic-2000	1.858.605.798	10	185.860.580
Ene-2001	1.901.747.801	10	190.174.780
Feb-2001	1.908.031.437	10	190.803.144
Mar-2001	1.954.202.129	10	195.420.213
Abr-2001	1.976.986.190	10	197.698.619
May-2001	1.942.702.234	10	194.270.223
Jun-2001	1.922.710.599	10	192.271.060
Jul-2001	1.921.455.212	10	192.145.521
Ago-2001	1.928.255.893.	10	192.825.589
Sep-2001	1.946.290.748	10	194.629.075
TOTAL	28.696.026.580	10	2.869.602.658

d). El monto de las sumas pagadas por SKY COLOMBIA S.A. a la Comisión Nacional de Televisión, por concepto del canon o contraprestación, correspondiente al periodo a que se refiere la Resolución 955 del 27 de septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003.

FECHA DE AUTOLIQUIDACION	INGRESOS BRUTOS CAUSADOS	COMPENSACION SOBRE BASE DE CALCULO 7.5%	COMPROBANTE DE EGRESO DE SKY	FECHA CONSIGNACION A LA CNT	BANCO CONSIGNADO
Octubre-2001	1.972.125.521	147.909.414	23.277	28/12/2001	BANCOLOMBIA
Noviembre-2001	1.958.555.514	146.891.664	23.277	28/12/2001	BANCOLOMBIA
Diciembre-2001	1.984.567.442	148.842.558	23.558	30/01/2002	BANCOLOMBIA
Enero-2002	2.252.691.740	168.951.880	23899-900-901-902	28/02/2002	BANCOLOMBIA
Febrero-2002	2.261.108.017	169.583.101	24.246	26/03/2002	BANCOLOMBIA
Marzo-2002	2.560.762.990	192.057.224	24633-34-35-37	30/04/2002	BANCOLOMBIA
Abril-2002	2.950.103.915	194.257.794	24.991	30/05/2002	BANCOLOMBIA



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Mayo-2002	2.509.331.808	188.199.886	25.294	27/06/2002	BANCOLOMBIA
Junio-2002	2.529.662.640	189.724.698	25.671	30/07/2002	BANCOLOMBIA
Juilio-2002	2.564.861.061	192.364.580	26.062	30/08/2002	BANCOLOMBIA
Agosto-2002	2.462.117.219	184.658.791	26.372	30/09/2002	BANCOLOMBIA
TOTAL CANCELADO	26.005.887.867	1.923.441.590			

3. Regulación legal del servicio de televisión satelital en Colombia

La Ley 14 de 1991⁴⁷, “*por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial*”, reguló lo concerniente al régimen de los contratos de concesión de dichos servicios en los artículos 37 y siguientes, definiendo que los mismos se debían celebrar con sujeción a las normas de contratación administrativa.

Luego, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se dispuso acerca del espectro electromagnético y la entidad a cargo de la intervención estatal, lo siguiente:

“Artículo 75. *El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.*

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

Artículo 76. *La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.*

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior.

⁴⁷ **Artículo 1º.- Naturaleza jurídica del servicio.** La televisión es un servicio público cuya prestación está a cargo del Estado a través del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, y de las organizaciones regionales de televisión. Su explotación se podrá contratar en forma temporal con personas naturales o jurídicas, dentro de los principios y objetivos de la presente Ley.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Artículo 77. *La dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.*

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al Director. Los miembros de la Junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La Ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad.

Parágrafo. Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión.

Artículo 365. *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”

En este sentido se tiene que fue la propia Constitución Política la que habilitó de manera genérica –aunque con sujeción al correspondiente régimen legal- a los particulares y a las comunidades organizadas, así como al mismo Estado, para prestar los referidos servicios públicos, por manera que es la norma suprema la que reconoció a los mencionados particulares y comunidades organizadas como titulares directos de la prestación y explotación de los servicios públicos, una vez acrediten en debida forma los requisitos que al efecto determine la ley.⁴⁸

Luego, se expidió la Ley 182 de 1995 – vigente para la época de los hechos-, “*Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y*

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 12 de marzo de 2014, expediente: 30.289, actor: Galaxy de Colombia vs. Comisión Nacional de Televisión.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”. En la cual se dispuso en el artículo 1° lo siguiente:

*“Artículo 1. **Naturaleza jurídica, técnica y cultural de la televisión.** La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política.*

Técnicamente, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea.

Este servicio público está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales.”

4. Contrato de concesión del servicio público de televisión satelital

El contrato de concesión regulado en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dispuso:

(...) 4o. Contrato de concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Por su parte, el artículo 33 de la misma Ley, señaló:

(...) De la Concesión de los Servicios y de las Actividades de Telecomunicaciones: Se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados.

Se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Para efectos de la presente Ley, la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones será la establecida en el Decreto-ley 1900 de 1990 o en las demás normas que lo aclaren, modifiquen o deroguen.

Los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-ley 1900 de 1990 o en las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen.

Las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, serán los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes.

Parágrafo.- *Los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia.*

Posteriormente, al expedirse la Ley 182 de 1995, que se ocupó de regular de manera especial el servicio público de las telecomunicaciones, se entiende que esta regía de manera especial y preferencial los temas tratados en ella –los contratos de concesión-, puesto que fue proferida de forma posterior a la Ley 80 de 1993.

La concesión del servicio público de televisión, establecida en la precitada Ley 182 en el artículo 46 como "*...el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio público de televisión y a acceder a la operación del espectro electromagnético atinente a dicho servicio*", previó dos modalidades de concesión: por contrato, en el cual el derecho de operación emana de un acuerdo de voluntades; o por licencia, evento en el cual el Estado autoriza al particular para poder ejercer el derecho de explotar el servicio público de televisión.

Por su parte, el artículo 35 de la misma ley, consagró:

Operadores del servicio de televisión. *Se entiende por operador la persona jurídica pública o privada, con o sin ánimo de lucro, que utiliza directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público de televisión en cualquiera de sus modalidades, sobre un área determinada, en virtud de un título concedido por ministerio de la ley, por un contrato o por una licencia.*



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Para los efectos de la presente ley son operadores del servicio público de televisión las siguientes personas: el Instituto Nacional de Radio y Televisión al que hace referencia la presente ley, las organizaciones regionales de televisión, actualmente constituidas y las que se constituyan en los términos de la presente Ley, las personas jurídicas autorizadas en virtud de contrato para cubrir las zonas que más adelante se describen, las organizaciones comunitarias y personas jurídicas titulares de licencias para cubrir el nivel local, y las personas autorizadas para prestar el servicio de televisión cerrada o por suscripción.

PARAGRAFO. *Una vez entre a desempeñar sus atribuciones la Comisión Nacional de Televisión, el Instituto Nacional de Radio y Televisión y las organizaciones Regionales de Televisión dejarán de ejercer las funciones de intervención, dirección, regulación, y control del servicio público de televisión. El Instituto Nacional de Radio y Televisión continuará en relación con dicho servicio, solamente como operador del mismo.”*

En este orden de ideas, se advierte que en materia del servicio público de televisión, la “concesión” fue regulada en sus dos modalidades; **i)** el acto administrativo de autorización, es decir la concesión entendida como permiso otorgado o concedido a través de un acto unilateral del Estado y **ii)** el contrato estatal de concesión, esto es el acuerdo de voluntades entre el Estado concedente y el respectivo concesionario público o privado.⁴⁹

La Ley 182 de 1995 también se ocupó de clasificar las distintas modalidades del servicio de televisión, en función de diversos criterios, que brevemente se explican a continuación: **i)** televisión “abierta” y “cerrada –o por suscripción–”, de acuerdo con las condiciones de acceso por parte de los usuarios, bien sea que la señal pudiera ser recibida por el público en general o únicamente por personas autorizadas para dicha recepción; **ii)** televisión “comercial –con ánimo de lucro–” y televisión de “interés público, social, educativo y cultural”, en función de la orientación general de la programación; **iii)** televisión “radiodifundida”, “cableada” o “satelital”, en función de la tecnología utilizada; **iv)** televisión “nacional –de operación pública o privada–”; por oposición a la “televisión regional”, “televisión local” y la “televisión comunitaria sin ánimo de lucro”, criterio que se apoyó en la

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 12 de marzo de 2014, expediente: 30.289, actor: Galaxy de Colombia vs. Comisión Nacional de Televisión.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

cobertura de la autorización otorgada y **iv)** televisión “colombiana” o “internacional”, según el país de origen y destino de la señal.⁵⁰⁻⁵¹

Por su parte, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia⁵², sostuvo que el pago de las contraprestaciones que los concesionarios del servicio público de televisión deben pagar al Estado, constituyen un “precio público” y no un impuesto o una contribución parafiscal.

5. De la Comisión Nacional de Televisión y los acuerdos expedidos por esta en el caso *sub examine*

La Ley 182 de 1995, aparte de regular la naturaleza del servicio público de televisión, creó la Comisión Nacional de Televisión y respecto a dicho organismo previó, que constituía “*una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos*”, con el objeto de “*ejercer, en representación del Estado la titularidad y reserva del servicio público de televisión, dirigir la política de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público de televisión de acuerdo a lo que determine la ley; regular el servicio de televisión, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley.*”⁵³

Así mismo, la precitada ley en su artículo 5°, dotó a la CNTV de una amplia gama de funciones, entre las cuales se destacan:

⁵⁰ Artículos 18 a 22 de la Ley 182 de 1995.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 12 de marzo de 2014, expediente: 30.289, actor: Galaxy de Colombia vs. Comisión Nacional de Televisión.

⁵² Ver sentencias: C-303 de 1999, C-927 de 2006 y C-403 de 2010.

⁵³ Artículos 3 y 4 de la Ley 182 de 1995.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

a) *Dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión determinada en la ley y velar por su cumplimiento, para lo cual podrá realizar los actos que considere necesarios para preservar el espíritu de la ley; Derogado por el art. 23, Ley 1507 de 2012;*

b) *Adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos; e imponer las sanciones a que haya lugar; **Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-298 de 1999;***

...

e) *Reglamentar el, otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos;*

...

g) *Fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias.*

...

Los derechos, tasas y tarifas deberán ser fijados por la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total y el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, con base en las estadísticas que publique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, así como también la recuperación de los costos del servicio público de televisión; la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio; así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos, con el fin de cumplir las funciones tendientes a garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio;

....

n) *Sancionar a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión nacional cuando violen las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños. De acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la Comisión Nacional de Televisión en el término de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, los infractores se harán acreedores de las sanciones de amonestación, suspensión temporal del servicio hasta por cinco meses o caducidad o revocatoria de la concesión o licencia, según la gravedad de la infracción y la reincidencia. En todo caso, se respetarán las normas establecidas en la ley sobre el debido proceso;*



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Es importante advertir, que la Ley 182 de 1995 fue modificada por la Ley 335 de 1996, *“por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones.”*, a su vez, esta ley se encargó de regular el régimen de prestación del servicio público de televisión en las modalidades de *“suscripción”* y *“DBS o televisión directa al hogar, o cualquier otra denominación que se emplee.”* Y dispuso:

“ARTÍCULO 21. El servicio de televisión satelital denominado (DBS) o televisión directa al hogar, o cualquier otra denominación que se emplee para este sistema, deberá prestarse por permiso otorgado por la Comisión Nacional de Televisión y bajo las normas que para tal efecto dicha entidad establezca. Cuando a través de este sistema se presten otros servicios de telecomunicaciones se requerirá autorización previa del Ministerio de Comunicaciones.

En todo caso cualquiera que sea la reglamentación o permiso siempre causará el pago de las tasas, tarifas y derechos que señale la Comisión Nacional de Televisión para el servicio de televisión por suscripción, así como el cumplimiento de las obligaciones que determine.”

Luego, con la expedición del Acto Legislativo No. 02 de 2011, se derogaron los artículos 76 y 77 de la Constitución Política y se dispuso que el Congreso de la República expidiera la ley mediante la cual se definiría las entidades a la que les correspondería el control de los servicios de televisión, situación que a la postre se materializó con la entrada en vigencia de la Ley 1507 de 2012; la cual, entre su articulado dispuso la liquidación de la Comisión Nacional de Televisión, creó la Agencia Nacional de Televisión y distribuyó competencias entre la Comisión de Regulación de las Comunicaciones y la Agencia Nacional del Espectro.

Ahora bien, en virtud de las leyes anteriormente señaladas, la Comisión Nacional de Televisión expidió los siguientes acuerdos:

- Acuerdo No. 005 de 14 de noviembre de 1996, proferido por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, por el cual *“se autoriza el ingreso al país del sistema de Televisión Directa por Satélite”*. En su artículo 4º disponía: *“las personas jurídicas autorizadas para adelantar las actividades descritas en los artículos anteriores, deberán cancelar a la Comisión Nacional de Televisión, además de los valores por otros conceptos contemplados en el respectivo acto, la suma equivalente al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos que sean*



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

provenientes exclusivamente de los pagos que por la recepción de las señales realicen las personas que hacen uso de estos sistemas en el territorio nacional.”

Sin embargo se advierte, que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia No. 4179 de 3 de diciembre de 1997, declaró la nulidad del Acuerdo No. 005 de 14 de noviembre de 1996, en consideración a que el servicio de televisión directa por satélite no constituía una modalidad del servicio público de televisión.

- Acuerdo No. 014 de 20 de marzo de 1997, *“por medio del cual se reglamenta el servicio de televisión por suscripción, se adopta el plan de promoción y normalización de dicho servicio y se dictan otras disposiciones.”* En cuyo artículo 36 dispuso:

“Pago de compensación. El concesionario pagará directamente a la Comisión Nacional de Televisión como compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción, el diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de este servicio, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el periodo de causación.”

De igual manera, se advierte también, que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia de 29 de noviembre de 2010, bajo el radicado: 2005-00240 01, anuló los artículos 44 a 59, correspondientes a la regulación del proceso sancionatorio contemplado en dicho acuerdo.

- Acuerdo No. 032 de 15 de enero de 1998, por medio del cual *“se reglamenta el servicio de televisión satelital denominado Televisión Directa al Hogar (DBS) o Televisión Directa al Hogar.”*

- Acuerdo No. 003 de 13 de noviembre de 2001, *“por el cual se modifican las tarifas por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción y para las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital”,* y se dispuso:

“Artículo Segundo: Modificar el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, el artículo cuarto del Acuerdo 005 de 1996 y los incisos segundo y tercero del artículo 11



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

del Acuerdo 032 de 1998, los cuales quedaran 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.

(...)

Artículo 3º. De la forma de pago de la compensación. (...)

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.

Artículo 4º. 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 2001.

Artículo 5º. 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 otrosí hasta el 26 de diciembre de 2001”.

Luego, en sentencia de 13 de mayo de 2009, bajo el radicado: 27.832, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, declaró la nulidad de dicho acuerdo fundamentándose para ello en la violación del artículo 13 de la Ley 182 de 1995, es decir, que la expedición del referido acuerdo no siguió el procedimiento establecido para ello.

6. Solución del caso concreto

Puesto que los recursos de apelación interpuestos por ambas partes abrieron la *litis* en todos los aspectos que fueron objeto del proceso, la Sala abordará su estudio de acuerdo con los antecedentes expuestos en precedencia, en esa medida, tres son los problemas jurídicos a dilucidar para resolver la *litis*:



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

- a. Establecer si prosperan los cargos de nulidad alegados por la parte demandante en contra de los actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional de Televisión, a saber: infracción de normas en que debía fundarse, falsa motivación y desviación de poder. Cada uno de ellos encaminados a determinar si los ingresos denominados “*servicio de transporte, sonido e imágenes*” y “*alquiler de equipos*” hacían parte de la base para la liquidación de la compensación que se debía pagar a la CNTV.
- b. Establecer si SKY Colombia S.A., al cambiar unilateralmente la interpretación que le venía dando a la cláusula tercera del contrato, constituyó un hecho contrario a derecho.
- c. Establecido lo anterior, y de conformidad con las pruebas aportadas al expediente, determinar en el caso que resulte procedente, la suma de dinero que SKY debe cancelar a la CNTV.

Para dar solución a dichos problemas, esta Sala tendrá como referencia los terminos del contrato de concesión celebrado entre las partes, la interpretación sistemática de las cláusulas que hicieron los contratantes y las normas aplicables al caso concreto.

En el presente asunto, la Comisión Nacional de Televisión celebró el contrato de concesión No. 073, con la sociedad SKY Colombia S.A., cuyo objeto era poner en el comercio para todas las personas que lo requirieran, el uso e instalación de equipos de recepción de señales de televisión, directa por satélite, provenientes de los satélites Panamsat (PAS 3R y PAS 6) o de cualquier satélite autorizado para proveer el segmento satelital respectivo en Colombia.

En dicho contrato, se estableció en la cláusula tercera, que la tarifa de la compensación por la explotación del servicio sería equivalente al “*diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos exclusivamente de los pagos provenientes por la recepción de las señales que realicen las personas que hacen uso de uso de estos sistemas en el territorio nacional*”, de conformidad con lo establecido por las leyes vigentes, el Acuerdo 005 de 1996 y la Resolución 017 de 1997.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Sin embargo, alega la parte actora en su escrito de demanda y en el recurso de apelación, que la Comisión Nacional de Televisión reajustó los valores de las autoliquidaciones con base en unos ingresos que no constituyen exclusivamente pagos provenientes por la recepción de señal de televisión, lo cual contraviene lo estipulado en el contrato de concesión y en las normas que regulan su ejercicio y funcionamiento.

Respecto al tema, es importante traer a este escenario, la sentencia de 12 de marzo de 2014, proferida por la Sección Tercera, subsección A, de esta Corporación, en cuanto zanjó la discusión planteada –respecto al cargo de la falsa motivación- del presente caso, en los siguientes términos:

“Descendiendo a la Resolución No. 286 y al Contrato No. 057, se tiene que las expresiones utilizadas en el objeto de la autorización y del contrato citados, se refirieron a “colocar en el comercio y proporcionar a todas las personas en el territorio nacional el uso e instalación de los equipos de recepción de señales de televisión directa por satélite”, de manera que en ambos actos se hizo alusión a la comercialización de la señal proporcionada al usuario, de donde se infiere que tanto la Resolución No. 286 como el Contrato No. 057 constituyeron un acto de concesión para la explotación del servicio de televisión satelital mediante la prestación del mismo a los usuarios.

(...)

La Sala observa que el denominado -en el artículo 3- “Canon para la Comisión”, constituyó sin duda una parte de la remuneración que tenía que pagar la concesionaria a la Comisión Nacional de Televisión, por el ejercicio de la autorización que le fue concedida para explotar comercialmente el servicio de televisión satelital y que no otra cosa significó que el objeto del Contrato No. 057 se refirió a la comercialización de los equipos para proporcionar el servicio que recibirían los usuarios, por ello se puede concluir sin lugar a hesitación alguna que el canon era una compensación por el derecho a explotar comercialmente el servicio de televisión satelital objeto de la concesión contenida tanto en la Resolución No. 286 como en el Contrato No. 057.

Así las cosas resulta claro que los servicios locales para proporcionar o permitir el disfrute de la señal de televisión por los usuarios, constituyeron parte del servicio de televisión prestado en desarrollo de la concesión contenida en el Contrato No. 057, que como se indicó tenía por objeto ejecutar la autorización otorgada a la sociedad colombiana que se creara para el efecto, con el propósito específico de proporcionar a los usuarios en Colombia el servicio de televisión satelital.

(...)

8.2.6. *La Sala tampoco puede aceptar la interpretación de la parte actora según la cual para efectos del canon o compensación fijado en el contrato sólo se debían tener en cuenta los ingresos por el servicio de distribución de la señal, prestado desde el exterior “y nada más”, por cuanto el objeto y el precio de la concesión se tienen que referir al mismo concepto, en tanto dentro del contrato de concesión, tal como ha sido definido en la Ley 80 de 1993, el precio o remuneración constituye la*



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

contraprestación a la autorización concedida, cual es la explotación del servicio y, por ello, se incluyen tanto en el objeto como en el precio todas las actividades necesarias para la prestación del respectivo servicio.

8.2.7. *Ahora bien, en el numeral 3 del contrato de suscripción se dispuso que Galaxy Entertainmet de Colombia S.A., “instalará los equipos necesarios, para la recepción de la señal. Dichos equipos son principalmente una antena de recepción y un decodificador de señal con una tarjeta”; en el numeral 4 se indica que el valor de la suscripción incluye: “a) el valor de la antena de recepción (...) b) el valor de los equipos y elementos para que la señal llegue hasta el decodificador (...) c) el valor que corresponde a la afiliación de la recepción satélite denominado DIRECTV, d) un valor de instalación hasta 30 metros de cable (...)”.*

De lo anterior se concluye que todos los pagos que realizaron los usuarios por concepto de los equipos que la propia sociedad concesionaria declaró como necesarios para la recepción de la señal, así como aquellos requeridos para que la misma pudiera llegar al decodificador –transporte de imágenes y sonido- se acordaron y se pagaron por los usuarios por razón del servicio de televisión satelital, que por ello se puede entender bajo la secuencia tecnológica de emisión, transmisión, difusión y recepción y, por lo tanto, esa misma sociedad concesionaria no puede desconocer los ingresos correspondientes como originados en el alquiler de equipos y actividades requeridos para proporcionar el servicio en Colombia, de lo cual se desprende con claridad que siempre tuvo la obligación de declararlos como parte de los ingresos percibidos de los usuarios del servicio, para liquidar el canon o tarifa de compensación, de acuerdo con el contenido del Contrato Estatal de Concesión No. 057.

(...)

8.2.8. *Ahora bien, no se conoce en este caso cómo se formó el precio del Contrato No. 057, ni si en el análisis económico que en ese momento debió hacer la Comisión Nacional de Televisión, se tuvieron en cuenta los servicios locales que debía implementar el concesionario y/o los ingresos proyectados por este concepto, para fijar el canon de compensación, pero sí se puede concluir con claridad que el servicio objeto de la Concesión y de los contratos de suscripción mediante los cuales se comercializó la señal fue el servicio de televisión satelital codificada, puesta a disposición de los usuarios en Colombia y, por lo tanto, incluyó todos los equipos y actividades necesarios para la adecuada prestación y funcionamiento del mismo.*

8.2.9. *Finalmente, la utilización del término “exclusivamente” que invocó la parte actora (ingresos brutos percibidos “exclusivamente” de los pagos provenientes de la “recepción” de la señal en Colombia) se debía entender como un exclusión de otros ingresos no provenientes de los pagos de los usuarios en Colombia, como sería la operación en otros países o los ingresos no operacionales de la respectiva sociedad, en el entendido de que no provienen de los usuarios en Colombia y no corresponden al servicio concesionado, como por ejemplo los ingresos originados en las ventas de activos, lo cual constituye una interpretación totalmente lógica y armónica con el concepto del bien público objeto de concesión que es necesariamente utilizado para la prestación del servicio cual es el espectro electromagnético colombiano, por razón del servicio prestado en Colombia, sin que ello signifique desconocer que se trata de una televisión internacional y que el tratamiento tributario de los ingresos puede ser diverso para la parte de los servicios originados por fuera de la porción de la órbita geoestacionaria sobre la cual ejerce soberanía Colombia.”*



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 84 del C.C.A., la nulidad de los actos administrativos procede cuando se infrinjan las normas en que debían fundarse, cuando han sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

Sobre la falsa motivación la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha precisado que “(...)es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad.”⁵⁴

Así las cosas, las anteriores consideraciones realizadas por la subsección A, son compartidas en su totalidad por esta Subsección, en el sentido que no resulta aceptable que la parte actora pretenda que los pagos por concepto de alquiler de equipos, instalaciones y otros conceptos, no sean tenidos en cuenta como base de la liquidación de la compensación que esta debe cancelar a la CNTV, toda vez, que de acuerdo a los testimonios que reposan en el expediente, es posible constatar que esos “otros servicios” resultan claramente necesarios para la recepción de la señal de televisión en los sitios que establezcan los suscriptores.

En efecto, no se evidencia que la Comisión Nacional de Televisión haya expedido sus actos administrativos con falsa motivación, pues le asistía toda la razón al incluir dichos valores y conceptos en el reajuste de las autoliquidaciones, en consideración a que hacían parte de los pagos que SKY recibía por concepto de la recepción de la señal.

Aunado a lo anterior, y por encontrarse estrechamente ligado con el cargo anteriormente invocado, se encuentra que tampoco le asiste razón a la parte

⁵⁴ Sentencia del 8 de febrero de 2007, expediente 15298, CP. María Inés Ortiz Barbosa.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

demandante cuando alega que los actos administrativos proferidos por la CNTV se expidieron sin observancia de las normas en que debían fundarse, toda vez, que del contrato y los acuerdos –previamente citados en el acápite de pruebas-, se infiere claramente que las partes establecieron el pago de la compensación a favor de la CNTV sobre el 10% del total de los ingresos brutos mensuales percibidos exclusivamente de los pagos, que por recepción de las señales realizaran los usuarios del sistema, situación que claramente conllevó a la CNTV a realizar el reajuste de las cuentas mediante los actos acusados, toda vez, que como se explicará posteriormente, SKY cambió unilateralmente la interpretación de la cláusula tercera del contrato de concesión –sobre el porcentaje sobre el cual debía liquidar la compensación- causando un desequilibrio evidente en las contraprestaciones económicas debidas.

Así, de aceptarse la tesis manejada por la demandante, se incurriría en un desconocimiento del principio de la buena fe contractual, el cual consiste según el Estado *“en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.”*⁵⁵

Negrilla fuera del texto

Como último cargo de nulidad, SKY alegó que la Comisión Nacional de Televisión profirió las Resoluciones Nos. 955 de 27 de septiembre de 2002 y 1248 de 13 de enero de 2003 con desviación de poder *“para justificar el recaudo de una cuantiosa cantidad de dinero, destinada a satisfacer los gastos de funcionamiento de la entidad.”*⁵⁶

En los términos establecidos en el artículo 84 del C.C.A., esta causal de nulidad de los actos administrativos, impone para el juez examinar la legalidad de los actos desde su propia finalidad. Al respecto, El Consejo de Estado, Sección

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de junio de 2011, exp.: 16.836.

⁵⁶ Folio 809 cuaderno principal.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Segunda, Subsección B, en sentencia de 12 de febrero de 2009, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, dijo lo siguiente:

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”

Por su parte, dispone el artículo 36 del C.C.A.: *“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

Respecto a este cargo, de entrada encuentra la Sala, que ninguna actividad probatoria desplegada por la parte demandante se hizo en aras de demostrar dicha afirmación, pues no obra ningún elemento de juicio que permita inferir que la Comisión Nacional de Televisión o algunos de sus funcionarios expidieron los actos administrativos demandados para obtener algún provecho de carácter económico, al contrario, en el avance de los análisis antes descritos, se pudo corroborar que la CNTV profirió los actos con sujeción al contrato celebrado entre ella y SKY, y las demás normas que lo regulaban, entre ellas, los acuerdos de la misma CNTV.

De hecho, tal como lo afirma el apoderado de SKY en el recurso de apelación, en vista de la negativa de dicha empresa a pagar las cuentas de cobro emitidas por la CNTV, no quedaba otra alternativa –en virtud de la potestad sancionatoria que ostenta dicha entidad- que proferir los actos discrecionales en virtud de los cuales se les compelió a pagar los reajustes de las autoliquidaciones.

Ahora bien, en cuanto a la interpretación que SKY le dio a la cláusula tercera del contrato se encuentra probado lo siguiente:

Por medio de memorando de 27 de diciembre de 1999, elaborado por el señor Carlos Alberto Arias –en virtud de la visita realizada a las instalaciones de SKY- y dirigido a la Jefe de División de Inversiones y Tesorería de la CNTV, se expuso, que para efectos del control de los ingresos, la sociedad SKY utiliza dos cuentas,



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

la primera de ellas es la cuenta "P.U.C. 28151002 y se denomina "*ingresos recibidos para terceros, SKY Multi-Country Partners*", en donde se registran los ingresos por concepto de "entrada SKY", los cuales no constituyen ingreso para ellos pero si es la única base para liquidar el canon de la compensación a la CNTV, el cual corresponde aproximadamente entre el 67 y el 80% del total facturado a los suscriptores. La segunda cuenta, es la P.U.C. 4145 y se denomina "*servicio de transporte y almacenamiento de sonido e imágenes*", en la cual se registran los ingresos por concepto de servicios nacionales prestados por SKY, los cuales –según la sociedad, indica dicho memorando- no son base para liquidar el canon de la compensación a la CNTV, los valores ahí consignados corresponden al resto del total de los ingresos.

Finaliza dicho documento, diciendo que hasta el 31 de diciembre de 1998, SKY tomó como base de cálculo para la liquidación de los derechos de la CNTV y como ingresos propios, el valor total de lo facturado a sus suscriptores, sin embargo, indica que a partir del 1° de enero de 1999, SKY, empieza a tomar como base de liquidación el valor del abono en cuenta "SKY Multi-Country", el cual es calculado de acuerdo al número de suscriptores al final del mes multiplicado por la tarifa de US\$10.53.

Considera esta subsección, acertada la postura del Tribunal *a quo* cuando sostuvo que no era ajustado a la legalidad la forma como SKY cambió unilateralmente la forma de interpretación de la cláusula tercera del contrato, pues no tenía cabida hacerlo sin la anuencia de la otra parte contratante.

Al respecto, se tiene que el artículo 1622 del Código Civil dispone:

"ARTICULO 1622. INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACIÓN Y POR APLICACIÓN PRÁCTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.” Negrilla fuera del texto

Sobre la interpretación de los contratos, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1 de agosto de 2002, expediente 6907, M.P. Jorge Santo Ballesteros, sostuvo que: *“En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes⁵⁷, sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual. Y a ese propósito se encaminan las reglas que siguen al mencionado artículo 1618, la principal de ellas, contenida en el artículo 1622, alusivo a lo que las mismas partes contractuales han entendido con las palabras utilizadas en el contrato de cuya interpretación se trata. Es una especie de interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo. Dice lo pertinente del artículo: “las cláusulas de un contrato... podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una con aprobación de la otra parte”.* Subrayado fuera del texto

Así las cosas, desde el punto de vista de la interpretación sistemática y coherente que SKY dio a la cláusula tercera del contrato con aprobación de la CNTV, hasta el 31 de diciembre de 1998, dicha sociedad tomó como base de cálculo para la liquidación de los derechos de la CNTV y como ingresos propios, el valor total de lo facturado a sus suscriptores, y luego a partir del 1 de enero de 1999 cambió la interpretación en el sentido de tomar como base de liquidación el valor del abono en cuenta “SKY Multi-Country”, el cual es calculado de acuerdo al número de suscriptores al final del mes multiplicado por la tarifa de US\$10.53.

Se tiene que no era posible en el marco de la interpretación de los contratos, tal como lo prescriben los artículos anteriormente señalados, que SKY de manera unilateral y arbitraria cambiara la interpretación de la cláusula tercera que venía llevándose a cabo con la aprobación de la Comisión Nacional de Televisión, pues

⁵⁷ Dice Messineo que “no se trata de que no deban tomarse en cuenta las palabras, sino de que ellas hayan de *corregirse*, en su caso, a la luz de la efectiva voluntad común”. Doctrina General del Contrato, Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, T II, p 103.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

para ello, debió informar previamente a la otra parte para que de manera conjunta y de la forma más viable, acordaran la interpretación que correspondía de dicha cláusula del contrato No. 073.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 6° de la Ley 680 de 2001, se expidió el Acuerdo No. 003 de 13 de noviembre 2001, el cual modificó la tarifa de la compensación del 10% al 7.5% *“del total de los ingresos brutos percibidos exclusivamente de la prestación de estos servicios”*.

De acuerdo con lo anterior, se suscribió por las partes contratantes el 30 de enero de 2002 el otrosí No. 2 al contrato No. 073, para implementar el cambio de tarifa, es decir, que la base para liquidar la compensación cambió a partir de ese momento del 10% de los ingresos brutos percibidos mensualmente al 7.5%, razón por la cual SKY hasta dicha fecha, debía liquidar la compensación a favor de la CNTV sobre el 10% de los ingresos brutos percibidos exclusivamente del pago que por recepción de señal realizaran los suscriptores del servicio.

Por Resolución No. 955 de 27 de septiembre de 2002, la Comisión Nacional de Televisión reajustó y ordenó a SKY Colombia S.A., el pago –del reajuste- de algunas liquidaciones que SKY había elaborado de forma incorrecta por no tener en cuenta la base de liquidación que correspondía tal como se encontraba estipulado en la cláusula tercera del contrato, y que canceló bien hasta enero de 1999-, es decir, no sobre el 10% o 7.5% correspondiente, sino sobre los ingresos que recibía SKY, pues dicha sociedad sostenía que algunos de ellos no entraban en la base de liquidación por considerar que no provenían exclusivamente del pago por la recepción de señales que hacían los suscriptores, sino que eran causados por la prestación de servicios complementarios.

Dicha disputa se inició con la expedición de la factura No. 04699 de 30 de abril de 2001, por parte de la CNTV, la cual fue devuelta por SKY en consideración a que la misma incorporaba una incorrecta liquidación del canon a cargo de dicha sociedad, pues la CNTV alegaba que la sociedad demandante debía cancelar la suma de \$993.506.053.00, como contraprestación de los meses de julio de 2000 a marzo de 2001.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Para probar todos los pagos hechos por SKY Colombia S.A., a la Comisión Nacional de Televisión así como también lo adeudado, se ordenó un dictamen pericial, el cual fue tenido en cuenta por el Tribunal *a quo*, pero objetado en su integridad por la parte demandada y por lo cual se alzó en apelación.

La Sala precisa, que el dictamen pericial constituye un elemento más de prueba que debe ser valorado por el funcionario judicial inicialmente de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 241 del Código Procesal Civil, y luego en conjunto con los demás medios probatorios teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica.

Pues bien, el dictamen es un medio de convicción con el cual un experto aporta al proceso elementos técnicos, científicos o artísticos, con miras a contribuir a dilucidar la controversia.

La ley procesal determina que la pericia debe contener una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, explicando cuáles fueron los instrumentos, materiales y sustanciales empleados.

Exigencia lógica si se atiende a que con base en esa relación el funcionario judicial lleva a cabo la apreciación del dictamen, dado que las conclusiones tienen como soporte y garantía de credibilidad las labores adelantadas por el perito para llegar a esa opinión.

Además, deben contener las conclusiones formuladas por los expertos con arreglo a los principios de la ciencia, arte o técnica aplicada, respondiendo ordenadamente y en forma concreta y expresa todos los puntos sometidos a su consideración.

En síntesis, el dictamen debe contener dos partes, la descripción del proceso cognoscitivo, y las conclusiones. El primero, comporta la clase de dictamen, las preguntas por responder, el objeto, persona, cosa o fenómeno sometido al proceso de conocimiento, explicar de manera clara el procedimiento técnico, artístico o científico realizado, informando la metodología y medios utilizados, y describir los hallazgos o comprobaciones realizadas, dejando memoria o reproducción de ellos. Las comprobaciones comparadas con el cuestionario



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

extendido por el funcionario judicial y sus respuestas, arrojan las conclusiones del dictamen.

Presentado el dictamen el funcionario judicial debe examinar la coherencia del proceso cognoscitivo y su congruencia con las conclusiones, y todo su conjunto con las preguntas contenidas en el cuestionario.

El dictamen debe ser claro y preciso, explicando los exámenes, experimentos e investigaciones realizadas y los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

El dictamen presentado el 3 de agosto de 2005 y su ampliación y complementación tenía por objeto resolver las siguientes preguntas – entre otras-:

“a) El monto total de los ingresos brutos mensuales percibidos EXCLUSIVAMENTE de los pagos que por la recepción de señales hubieran realizado los usuarios del sistema SKY COLOMBIA S.A., sin considerar en tal porcentaje otros ingresos diferentes de los percibidos por la recepción de las señales, correspondientes al periodo a que se refiere la Resolución 955 del 27 de Septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003.

b) El monto equivalente al 10% del monto total de los ingresos brutos mensuales percibido EXCLUSIVAMENTE de los pagos que por la recepción de señales hubieran realizado los usuarios del sistema SKY COLOMBIA S.A., sin considerar en tal porcentaje otros ingresos diferentes de los percibidos por la recepción de las señales, correspondientes al periodo a que se refiere la Resolución 955 del 27 de Septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003.

c) El monto de los ingresos brutos TOTALES recibidos por SKY COLOMBIA S.A., correspondientes al periodo al que se refiere la Resolución 955 del 27 de Septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003. Los peritos se servirán discriminar en esta liquidación los conceptos de los distintos ingresos a los percibidos exclusivamente por la recepción de las señales, correspondientes al periodo al que se refiere la Resolución 955 del 27 de Septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003.

d) El monto de las sumas pagadas por SKY COLOMBIA S.A., a la Comisión Nacional de Televisión por concepto del canon o contraprestación, correspondiente al periodo al que se refiere la Resolución 955 del 27 de Septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003.

e) El monto de los perjuicios materiales causados a SKY COLOMBIA S.A., los cuales consisten en la totalidad de gastos y erogaciones en que SKY COLOMBIA S.A. ha tenido que incurrir en relación con las acciones de cobro de la Resolución 955 del 27 de Septiembre de 2002, confirmada por la Resolución 1248 del 13 de enero de 2003 y el lucro cesante de las respectivas sumas pagadas con ocasión del cobro y todas las sumas adicionales, correspondientes al costo financiero de tales sumas.” Negritas fuera del texto



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

La parte actora solicitó aclaración y complementación del dictamen⁵⁸ y la parte demandada lo objetó por error grave⁵⁹, la primera solicitud fue aceptada por el Tribunal, por auto de 29 de junio de 2006 y atendida por el perito en escrito obrante a folios 530 a 540 del cuaderno 2 de primera instancia, las cuales fueron trasladadas a las partes mediante auto 18 de octubre de 2010.

En relación con la valoración del dictamen pericial rendido en el presente proceso, manifestó la entidad demandada en la objeción de aquel y en el recurso de apelación, que el perito no tuvo en cuenta que la sociedad SKY facturó hasta el 31 de diciembre de 1998, el valor total de lo facturado a los suscriptores, pero a partir del 1° de enero de 1999, tomó como base de cálculo para liquidación solo el valor de los abonos en la cuenta “*Sky Multy-Country*” el cual es calculado de acuerdo al número de suscriptores al final del mes, multiplicado por la tarifa de US 10.53, desconociendo lo pactado entre las partes.

Advirtió también que el perito ignoró que Sky hasta el 31 de diciembre de 1998, venía cancelando el 100% del valor de la compensación y que a partir del 1° de enero de 1999 comenzó a pagar únicamente el 60% de los ingresos por concepto de conexión satelital registrados en la cuenta denominada “*valores recibidos para terceros*”.

Por último, frente a las respuestas ofrecidas en el dictamen pericial, asevera el recurrente, que las mismas no están acorde a la realidad, puesto que los valores consignados en la Resolución No. 955 de 2002, corresponden a valores dejados de pagar por Sky.

Es pertinente recordar que, para que la objeción del dictamen pericial por error grave prospere se necesita que exista una equivocación de tal envergadura que conduzca a obtener conclusiones igualmente erradas y que se contradigan con 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 que de él haga el perito. Sin embargo, no constituye error grave conclusiones o inferencias a que arriben los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos; en síntesis, la

⁵⁸ Fls. 456 a 458 cdno 1

⁵⁹ Fls. 459 a 472 Cdno. 1



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.

Para contestar las preguntas, se advierte que el perito efectuó una inspección a toda la documentación contable, también solicitó copia de todos los documentos relacionados con la Resolución 955 de 2003 al igual que copia de los libros oficiales registrados ante la Cámara de Comercio. Además, adjunta todos los documentos en que se soportó la experticia, algunos de los cuales también ya hacían parte del acervo probatorio del expediente.

Advierte la Sala que el dictamen rendido y aquí valorado cumplió con lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 237 del C.P.C.⁶⁰, por cuanto se observa que para determinar los valores que Sky ha pagado a la CNTV, así como las bases sobre las cuales se analizaron, se utilizaron los métodos adecuados para su estimación, se explicó de manera detallada cuales fueron los asientos para liquidar los ingresos a la parte demandada, para lo cual, tomaron las cifras de los libros de contabilidad que para el efecto llevaba la sociedad demandante y demás comprobantes de egresos⁶¹.

Aunando a lo anterior, la Sala en aplicación de la reglas de la sana crítica y en conjunto con los demás medios probatorios que reposan en el expediente, apoyará la valoración que del dictamen se realice en el caso de autos, pues considera que se puede llegar a una conclusión firme valorando todas las pruebas aportadas por las partes de la *litis*.

De modo, que teniendo en cuenta lo decantado por esta Corporación en multiplicidad de ocasiones, la prueba pericial se valora de acuerdo con la sana crítica y es en virtud de este principio que el juez tiene la facultad de analizar el dictamen, no sólo por sus conclusiones, sino por los elementos que tuvo en cuenta para emitirlo.

⁶⁰ ARTÍCULO 237. PRACTICA DE LA PRUEBA. En la práctica de la peritación se procederá así:
6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

⁶¹ Ver cuadro transcrito en el acápite de pruebas.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

En síntesis, la objeción presentada por la entidad demandada frente al dictamen no está llamada a prosperar y la Sala le otorgará validez al mismo al momento de pronunciarse frente a las pretensiones del actor, en lo que considere pertinente.

Finalmente, tal como sostuvo la sentencia de primera instancia, se tiene que valorando las pruebas del expediente –comprobantes de egreso- y el dictamen pericial, se llega a las siguientes conclusiones:

- La sociedad SKY canceló a la Comisión Nacional de Televisión el valor que corresponde al periodo comprendido entre octubre de 2001 a agosto de 2002 un valor de \$ 1.923.441.590.

- Por concepto de intereses de mora, en el periodo comprendido entre octubre de 2001 a enero de 2002, está debidamente probado que la CNTV cobró a SKY la suma de \$161.727.950.⁶²

- Al sumar los anteriores valores se tiene un total de \$2.085.169.540, que corresponde al total de dinero pagado por SKY a la Comisión Nacional de Televisión.

- Como consecuencia de lo anterior, se restará el valor de \$2.085.169.540 –ya pagados por SKY a la CNTV-, a los \$4.487.504.154 que ordenó la Resolución No. 955 de 2002 y posteriormente confirmada por la Resolución No. 1248 de 2003. Lo cual arroja un valor final de **\$2.402.334.614** que debe la Sociedad SKY Colombia S.A., a la Comisión Nacional de Televisión.

Dicho valor **-\$2.402.334.614-** será actualizado de acuerdo a la siguiente fórmula matemática:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$Ra = 2.402.334.614 \times \frac{122,89561 \text{ (agosto de 2015)}}{91,75661 \text{ (mayo de 2007)}}$$

⁶² Ver certificación de 31 de agosto de 2002, expedida por la Jefe de División de Inversiones y Tesorería de la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión Nacional de Televisión, la cual es parte de la Resolución 955 de 2002.



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

Ra = \$ **3.217.603.372**

Por último, en el caso *sub examine* considera la Sala que la sentencia de primera instancia debe modificarse, en el sentido de no declarar la nulidad parcial del artículo primero de la Resolución No. 955 de 27 de septiembre de 2002, sino que simplemente se realizará la modificación del valor contenido en la Resolución, que deberá pagarse por parte de Sky Colombia S.A. a la Comisión Nacional de Televisión.

7. Condena en costas

De conformidad con lo reglado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas, en cuanto no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO. Modificar la sentencia proferida el treinta (30) de mayo de dos mil siete (2007), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, la cual quedará así:

“PRIMERO: No prosperan las excepciones invocadas por el apoderado de la Comisión Nacional de Televisión, de conformidad con las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: Se modifica el artículo primero de la Resolución No. 955 del 27 de septiembre de 2002, proferida por la Comisión Nacional de Televisión, el cual quedará en los siguientes términos:



Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01187-01 (34.453)
Actor: SKY COLOMBIA S.A.

“Ordenar a la sociedad SKY Colombia S.A., identificada con el NIT No. 830.015.593-2, el pago a la Comisión Nacional de Televisión de la suma de tres mil doscientos diecisiete millones seiscientos tres mil trescientos setenta y dos pesos (\$3.217.603.372), por concepto de reajuste de las autoliquidaciones presentadas por el concesionario, conforme la certificación de 31 de agosto de 2002, expedida por la Jefe de División de Inversiones y Tesorería de la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión Nacional de Televisión.”

SEGUNDO. En firme esta providencia, **envíese** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado