



CONSEJO DE ESTADO
SECCIÓN TERCERA

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 250002326000201000461 01 (45.215)

Actor: Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A.-

Demandados: Comisión Nacional de Televisión (CNTV)

Asunto: Acción contractual (Sentencia)

Contenido: 1. Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Televisión; 2 El contrato de concesión del servicio público de televisión según lo dispuesto en la Ley 182 de 1995 – Ley vigente para la época de los hechos-; 3. El acto administrativo y la presunción de legalidad¹; 4. Naturaleza jurídica de la imposición de las multas y su legalidad; 5. El sustento legal de la capacidad de la administración contratante de imponer unilateralmente multas; 6. La naturaleza exorbitante de la imposición unilateral de multas; 7. La consideración normativa de la capacidad de imponer unilateralmente multas en la Ley 1150 de 2007 y su aplicación al caso concreto; 8. El principio de buena fe contractual y la regla del “*venire contra factum proprium non valet*”; 9. Caso Concreto: 9.1 Hechos probados; 9.2 Análisis del caso Concreto.

En **CUMPLIMIENTO** de lo resuelto en el fallo de tutela proferido el 6 de julio de 2016 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, esta Sala de Subsección decide nuevamente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 18 de julio de 2012² proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que decidió negar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

¹ SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo – Acto Administrativo, 4 Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003.

² Fls.251-270 C.P

El 13 de julio de 2010³⁻⁴, la **Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A.** – hoy **Grupo de Inversiones Filigrana S.A.** por intermedio de su representante legal y a través de apoderado judicial⁵, presentó demanda contra la **Comisión Nacional de Televisión (CNTV)** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 953 de 21 de julio de 2008 y No. 2009-380-001361-4 de 2 de diciembre de 2009, por medio de las cuales la Comisión Nacional de Televisión le impuso a la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A. – una multa del 20% del valor actualizado del contrato, equivalente a la suma de \$392.501.010.4 y confirmó dicha sanción.

1.2.- Que se declare que la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A. – hoy Grupo de Inversiones Filigrana S.A. no se encontraba obligada a pagar la multa impuesta en los actos administrativos demandados.

1.3- Que se ordene a la Comisión Nacional de Televisión a rembolsar a la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A. – hoy Grupo de Inversiones Filigrana S.A., *“las sumas de dinero que esta hubiera pagado en cumplimiento a lo ordenado en las Resoluciones No. 953 del 31 de julio de 2008, confirmada por la Resolución No. 2009-380-001361-4 de fecha 2 de diciembre de 2009”*.

1.4.- Que se condene a la Comisión Nacional de Televisión a pagar a favor de la demandante los daños y perjuicios materiales derivados de la imposición de la sanción así:

1.4.1.- A título de daño emergente, la totalidad de los gastos y erogaciones en que ha tenido que incurrir en relación con las acciones de cobro de las resoluciones demandadas.

1.4.2.- Por concepto de lucro cesante, las sumas pagadas con ocasión del cobro y las adicionales, cuyo monto se demuestre en el curso del proceso.

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así⁶:

El día 20 de diciembre de 1999, la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A.- hoy Grupo de Inversiones Filigrana S.A. suscribió con la Comisión Nacional de Televisión, el

³ Fls.2-22 C.1

⁴ Vale la pena señalar, que previo a la presentación de la demanda, el día 7 de julio de 2010 se celebró audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial No. 142 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitada mediante escrito presentado ante dicha Entidad el 4 de mayo de 2010 por el Grupo de Inversiones Filigrana S.A. y la cual fue declarada fallida por falta de ánimo conciliatorio. (Fls.5 C.2)

⁵ Fls.1 C.1

⁶ Fls.3-9 C.1

Contrato de Concesión No. 208 de 1999 cuyo objeto era la explotación del servicio de televisión por suscripción en la zona centro del país, conformada por los departamentos de Amazonas, Arauca, Boyacá, Caquetá, Casanare, Cundinamarca, Guainía, Guaviare, Huila, Meta, Norte de Santander, Putumayo, Santander, Tolima, Vaupés, Vichada y Bogotá D.C. por el término de diez años.

En ejecución del contrato, mediante visita realizada los días 30 de agosto y 8 de septiembre de 2005 a las instalaciones del concesionario, la Comisión Nacional de Televisión detectó una disminución de 17.282 usuarios en el mes de julio de 2005.

En atención a lo anterior, la Comisión Nacional de Televisión mediante auto No. 178 de 7 de septiembre de 2007 dispuso adelantar una actuación administrativa en contra del concesionario, por presunto incumplimiento del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, modificado por el artículo 2 del Acuerdo 003 de 2001 y el artículo 2 del Acuerdo 002 de 2004.

Como resultado de la actuación administrativa, la entidad demandada mediante la Resolución No. 953 de 31 de julio de 2008 le impuso a la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A. – hoy Grupo de Inversiones Filigrana S.A, una multa del 20% del valor actualizado del contrato, equivalente a la suma de \$392.501.010.4. Esta decisión fue confirmada por el acto administrativo No. 2009-380-001361-4 de 2 de diciembre de 2009.

3. Concepto de violación

La demandante estructura su concepto de violación con fundamento en los siguientes cargos:

3.1.- La noción lógica del acto o negocio jurídico, la autonomía de la voluntad, la buena fe contractual y la necesidad de motivación de los actos administrativos:

3.1.1.- El contrato No. 208 de 1999 suscrito entre la Comisión Nacional de Televisión y la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A. – desapareció y pasó a ser un acto unilateral por cuanto las obligaciones y condiciones del contrato sólo le eran exigibles al concesionario.

3.1.2.- Se violaron cláusulas que eran de obligatorio cumplimiento entre las partes, como ocurrió con la cláusula compromisoria *“de la cual no se dijo nada en los actos administrativos aquí demandados y que debió ser agotada previo a la imposición de multas de manera arbitraria por parte de la Comisión Nacional de Televisión CNTV”*.

3.2.- Abuso de la posición dominante: Se violó el derecho al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto se transgredió uno de los elementos de dicho derecho, el cual es el respeto al acto propio.

3.3.- Inexistencia de facultad legal a la demandada para imponer multas de manera unilateral al tiempo de los hechos: La Comisión Nacional de Televisión, en ejercicio de la autonomía de su voluntad sólo se encontraba facultada para pactar las multas, más no para imponerlas, de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993.

3.4.- Infracción de las normas en que debía fundamentarse la Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008: Al respecto, la parte actora manifestó:

“La Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008, por medio del cual se resolvió la investigación al ex concesionario CABLECENTRO S.A. carece de fundamentos jurídicos y fácticos al momento de su imposición, puesto que el fundamento de sanción de la misma se basó en el informe de la visita realizada en sus instalaciones por la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión Nacional de Televisión.

La entidad procedió a imponer la sanción por el supuesto incumplimiento de lo ordenado en el artículo 36 del Acuerdo No. 014 de 1997, sin tener en cuenta que estaba contradiciendo su propio mandato, al exigir el cumplimiento de una norma que para el momento de los hechos había sido modificada por el acuerdo No. 002 del 18 de mayo de 2004 y demás normas concordantes, en aplicación de la prevalencia de las leyes en el tiempo, establecido en el artículo 2 de la Ley 153 de 1887.

(...)

Las condiciones del informe de la Subdirección Administrativa y Financiera van en contravía de lo ordenado por la Comisión Nacional de Televisión en el Acuerdo No. 002 del 18 de mayo de 2004 por medio del cual se fijó la tarifa por concepto de compensaciones en el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos.

(...)

El 21 de septiembre de 2005, la Comisión Nacional de Televisión profirió el acuerdo No. 003 por el cual se fijó la tarifa por concepto de compensación en el diez (10%) por ciento del total de los ingresos brutos mensuales provenientes de la prestación del servicio de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH).

Conforme a lo anterior, la liquidación para la compensación a partir del 21 de septiembre de 2005 debería ajustarse a lo establecido en el Acuerdo 003 de 2005, motivo por el cual la compensación presentada por CABLECENTRO S.A. en los meses de junio y julio de 2005, fue establecida conforme a lo ordenado con el Acuerdo No. 002 de 2004 vigente para el momento de los hechos, situación que hace que la sanción impuesta sea totalmente ilegal e injusta, puesto que se estaría exigiendo el cumplimiento de lo ordenado por el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, dejando de lado que debía tenerse en cuenta el Acuerdo 002 de 2004 por encontrarse vigente en los meses de junio y julio de 2005.

(...)”.

3.5.- Falsa motivación: La Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008 se fundó en el estudio realizado por la Subdirección Administrativa y Financiera, el cual no tuvo en cuenta las condiciones cambiarias del mercado de las telecomunicaciones y los agentes externos que afectaron sus ingresos.

4. El trámite procesal

4.1.- La demanda fue admitida⁷ y notificada a la Comisión Nacional de Televisión⁸, quien dentro del término de fijación en lista contestó⁹ en el sentido de oponerse a las pretensiones, con fundamento en que:

4.1.1.- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, en el literal h del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo y lo pactado en el contrato No. 208 de 1999, la Comisión Nacional de Televisión se encontraba facultada para imponer la multa a la parte actora.

4.1.2.- La sanción impuesta a la Unión de Cable Operadores del Centro –Cablecentro S.A- obedeció al incumplimiento por parte de ésta de las obligaciones pactadas en el contrato No. 208 de 1999 por cuanto:

“(…) Realizado el análisis y valoración del informe de visita contenido en el memorando No. 10408 del 13 de octubre de 2005, y las autoliquidaciones de los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2005, en conjunto con el acta de visita y los cuadros comparativos de los usuarios reportados para los meses de junio y julio de 2005, que se allegaron al expediente contentivo de la investigación, permitió deducir con certeza que el concesionario CABLECENTRO S.A., para el mes de julio de 2005 presentó una disminución en el número de usuarios reportados a la Entidad, que no se justifica contablemente en la medida que para el mes de julio disminuyó el número de usuarios desconectados en 5.106 y aumentó el número de usuarios retirados en 1.874, lo cual generó un incremento neto de 3.232 usuarios, que sumados a los usuarios activos (265.971) del mes de junio de 2005, para el mes de julio totalizarían 269.203 usuarios y no 248.689. Circunstancia de la cual se desprende la inconsistencia entre el incremento de los ingresos y el aumento de los usuarios, y el hecho de que el concesionario no tuvo en cuenta 20.514 usuarios en la base de liquidación de la compensación y que de haberlo hecho, el valor a pagar por dicho concepto a la Comisión Nacional de Televisión hubiera sido superior.

(…)

En otras palabras, la omisión de incluir en la liquidación de los valores a pagar a la CNTV por concepto de compensación, el reporte de los usuarios atrás referidos permitió establecer que el concesionario había dejado de pagar al Estado Colombiano en cabeza de la Comisión Nacional de Televisión en el mes de julio de 2005, la suma de \$546.308.334.

(…)”.

De igual forma, la parte demandada propuso como excepción, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, en la medida que durante la ejecución del contrato observó todas y cada una de las regulaciones que reglamentan la materia y las estipulaciones del contrato No. 208 de 1999.

4.2.- Posteriormente, la parte actora mediante escrito presentado el 12 de octubre de 2010¹⁰ se opuso a la excepción propuesta por la parte demandada en su contestación a la demanda por

⁷ Fls.25-28 C.1

⁸ Fls.30 C.1

⁹ Fls.31-86 C.1

cuanto consideró que *“la Comisión Nacional de Televisión CNTV, se valió de una motivación ajena al soporte normativo y a la realidad del contrato de concesión número 208 de 1999 frente a la tarifa de compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción a cargo del concesionario Cablecentro S.A., para imponer una multa como sanción al presunto incumplimiento en el pago del valor liquidado con base en esas apreciación (sic) errónea, afectando de nulidad la resolución atacada”*.

Después de decretar y practicar pruebas¹¹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión¹², oportunidad que fue aprovechada por la demandante¹³, demandada¹⁴ y el Ministerio Público¹⁵.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como se anotó *ad initio* de esta providencia el 18 de julio de 2012 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁶ negó las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró:

1.- Con relación a los cargos planteados en la demanda, relacionados con la *“inexistencia de la facultad legal a la demandada para imponer multas de manera unilateral al tiempo de los hechos”* y *“abuso de la posición dominante”*, encontró que no estaban llamados a prosperar, toda vez que la Comisión Nacional de Televisión tenía la facultad legal y contractual para imponer la multa al concesionario Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A., de conformidad con lo estipulado en el contrato No. 208 de 1999, en lo previsto en el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995 y con la posición jurisprudencial vigente para la fecha.

2.- En cuanto a los cargos denominados *“infracción de las normas en que debería fundamentarse la Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008; falsa motivación y necesidad de motivación de los actos administrativos”*, el *A quo* consideró que estos tampoco estaban llamados a prosperar ya que:

2.1.- El fundamento normativo invocado en los actos demandados por la Comisión Nacional de Televisión en virtud del contrato de concesión No. 208 de 1999 *“que sirviera de base para deducir el incumplimiento dando lugar a la imposición de la sanción pecuniaria estaban debidamente fundamentos en las normas legales y reglamentarias vigentes para tal fin en el momento de su expedición”*.

¹⁰ Fls.94-103 C.1

¹¹ Fl. 104-105 C.1

¹² Fl.178 C. 1.

¹³ Fls.212-221 C.1

¹⁴ Fls.179-211 C.1.

¹⁵ Fls.222-248 C.1

¹⁶ Fls.251-270 C.P

2.2.- La Sociedad demandante no desvirtuó, siendo su carga, la presunción de legalidad y buena fe que amparan a los actos administrativos demandados.

3.- Por último, respecto a los cargos referentes a la “*noción lógica del acto o negocio jurídico; autonomía de la voluntad privada; y buena fe contractual*”, el Tribunal de Primera Instancia consideró que estos no se encontraban llamados a prosperar, toda vez:

“(…) La facultad sancionatoria que le asiste a la Comisión Nacional de Televisión frente al incumplimiento del concesionario del servicio de televisión, emana de la voluntad del legislador. Por lo tanto, prevalece el ministerio de la Ley frente a la autonomía contractual, lo que significa que la demandada no está obligada a acudir al Tribunal de Arbitramento para imponer la sanción pecuniaria establecida en los actos demandados, en tanto le asiste esta atribución y no es admisible en su caso la renuncia a dicha potestad legal, sin que ello desconozca la cláusula compromisoria pactada en virtud de la voluntad de los contratantes”.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El 10 de agosto de 2012 el apoderado judicial de la parte demandante interpuso el recurso de apelación¹⁷ en el que solicitó que se revoque la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en razón de los siguientes argumentos:

(i) Inobservancia de las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado respecto de la regulación de la compensación expedida y cobrada por la Comisión Nacional de Televisión: No existió un estudio juicioso respecto del fallo proferido por el Consejo de Estado en el que se declaró la nulidad de la circular No. 011 de 2005, que fijó como porcentaje de compensación el 10% de los ingresos del cable operador y en base a la cual se efectuó la liquidación de las multas impuestas en las resoluciones demandadas.

(ii) Inobservancia de las pruebas decretadas y practicadas: El *A quo* no tuvo en cuenta al momento de dictar el fallo de primera instancia, las sentencias que obran en el plenario ni el interrogatorio que absolvió al representante legal de la entidad demandada.

(iii) La sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta las explicaciones con las que se defendió cablecentro durante la actuación administrativa adelantada en sede de la Comisión Nacional de Televisión.

(iv) Asimismo el apelante insistió en la Falsa motivación de los actos administrativos demandados.

¹⁷ Fls.272-285 C.P

(v) Autonomía de la voluntad privada, abuso de la posición dominante e infracción de las normas superiores y necesidad de motivación de los actos administrativos: En este sentido, la apelante reiteró lo manifestado en la demanda.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

En consideración a que el expediente se encuentra al despacho del Consejero Ponente para elaboración del fallo¹⁸ y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la Sala de Subsección C procede a desatar la alzada previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: 1. Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Televisión¹⁹; 2 El contrato de concesión del servicio público de televisión según lo dispuesto en la Ley 182 de 1995 – Ley vigente para la época de los hechos-; 3. El acto administrativo y la presunción de legalidad²⁰; 4. Naturaleza jurídica de la imposición de las multas y su legalidad; 5. El sustento legal de la capacidad de la administración contratante de imponer unilateralmente multas; 6. La naturaleza exorbitante de la imposición unilateral de multas; 7. La consideración normativa de la capacidad de imponer unilateralmente multas en la Ley 1150 de 2007 y su aplicación al caso concreto; 8. El principio de buena fe contractual²¹ y la regla del “*venire contra factum proprium non valet*”; 9. Caso Concreto: 9.1 Hechos probados; 9.2 Análisis del caso Concreto.

1. Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Televisión²².

La Comisión Nacional de Televisión es uno de los organismos autónomos establecidos en la Constitución Política de 1991. De conformidad con los artículos 76 y 77 de la Constitución, dicho organismo es de carácter nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio y está encargado de “*la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley*”. Asimismo, se señaló que la dirección y

¹⁸ Fls.318 C.P

¹⁹ Al respecto consultar sentencias de 9 de mayo de 2011, Exp. 31.571 M.P. Jaime Orando Santofimio Gamboa; 14 de febrero de 2012, Exp. 38.954, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁰ SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo – Acto Administrativo, 4 Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencias de 20 de octubre de 2014, Exp. 48.061, de 26 de noviembre de 2015, Exp. 54.563 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²² Al respecto consultar sentencias de 9 de mayo de 2011, Exp. 31.571 M.P. Jaime Orando Santofimio Gamboa; 14 de febrero de 2012, Exp. 38.954, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

ejecución de sus funciones estaría a cargo de una Junta Directiva cuya composición y periodo fue expresamente regulado.

Así las cosas, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la Comisión Nacional de Televisión fue creada por el constituyente como un ente *“encargado de ejercer la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y para desarrollar los planes y programas del Estado en materia de televisión.”*²³

Por su parte, la autonomía que se predica de la Comisión Nacional de Televisión es, sin lugar a duda, su característica definitoria. Así, si bien dicho organismo está sujeto a la Constitución y a la ley, tal autonomía se manifiesta en que no está sujeta a otras autoridades distintas del Legislador y, además, ostenta la facultad constitucional de proferir normatividad en relación con el servicio público de televisión²⁴.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que dicha autonomía no es un rasgo accidental del citado organismo, por el contrario, *“En dicha autonomía se cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas. El sentido de dicha autonomía es la de sustraer la dirección y el manejo de la televisión del control de las mayorías políticas y de los grupos económicos dominantes, de forma tal que se conserve como bien social y comunitario”*²⁵.

Mediante la Ley 182 de 1995 se reglamentó la Comisión Nacional de Televisión y se delimitaron su objeto²⁶ y funciones²⁷, dentro de las cuales, para efectos del caso objeto de análisis, sobresalen aquellas orientadas a dar desarrollo a las políticas sobre la televisión y que consecuentemente implican la producción de normas de carácter general y particular.

En atención a los anteriores planteamientos, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la referida autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no es óbice para que los actos

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-564 de 1995. Magistrado Ponente. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 351 de 2004. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-350 de 1997. Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz y C-298 de 1999. Magistrada Ponente. Martha Victoria Sáchica. Por su parte, en la sentencia C-564 de 1995. Magistrado Ponente. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte sostuvo: *“... [La CNTV] goza de una verdadera autonomía, similar a la conferida al Banco de la República y que le permite, en todo caso, investigar, sancionar, fijar tasas, formular planes, promover estudios sobre televisión y, en general, cumplir todas las tareas que le corresponden como entidad de dirección, regulación y control del servicio público de televisión, teniendo como cabeza principal a su Junta Directiva.”*

²⁶ Artículo 4.

²⁷ Artículo 5.

administrativos que expida sean susceptibles de control judicial por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativa²⁸.

2 El contrato de concesión del servicio público de televisión según lo dispuesto en la Ley 182 de 1995 – Ley vigente para la época de los hechos-

La concesión del servicio público de televisión se encuentra definida en la Ley 182 de 1995 – 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"; al efecto previó dos modalidades de concesión: por contrato o por licencia.

Dichas modalidades se aplican atendiendo la clasificación del servicio que en función del nivel de cubrimiento establece el artículo 22 de la ley 182 de 1995. Así, si se aspira a ser operador zonal, previa licitación pública⁹, podrán acceder, por contrato, personas jurídicas, más específicamente sociedades de capital abierto, esto es sociedades anónimas cuyas acciones estén inscritas en una bolsa de valores (artículo 56 Ley 182 de 1995).¹⁰

Si se aspira a ser operador local en comunidades que no excedan los 300.000 habitantes, podrán acceder, de conformidad con el artículo 47 de la ley 182 de 1995, previo proceso de licitación y otorgamiento de la respectiva licencia en audiencia pública, organizaciones comunitarias o personas jurídicas con ánimo de lucro, siempre que el énfasis de la programación que ofrezcan sea de contenido social o comunitario.

La diferencia de procedimiento encuentra justificación en la obligación que tiene el Estado de promover y fortalecer los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos que son de su interés y específicamente en la prestación de los servicios públicos, mucho más si se trata de la televisión, el cual por sus características tiene capacidad para incidir en el fortalecimiento

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de octubre de 2007. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero. "En lo que respecta a la función de producción normativa de la CNTV, vale la pena evidenciar que ésta se deriva en parte de la Constitución Política y en parte de la Ley; ésta situación, sin embargo, no excluye el control de legalidad y de constitucionalidad de sus actos, que en virtud del carácter taxativo de las normas objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y la competencia residual que en esta materia le corresponde al Consejo de Estado, es ésta Corporación la garante de la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones normativas de éste organismo autónomo.

De esta manera, el control de legalidad (en un sentido formal) y de constitucionalidad de los actos administrativos proferidos por la CNTV, le corresponde a esta Corporación, y para ello, los ciudadanos, cuentan con la acción de nulidad²⁸ y consecuente con ello, deben observar las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo y demás normatividad pertinente.

Se puede decir entonces, que desde una perspectiva material y amplia, éstas pueden calificarse como actos administrativos, toda vez que son manifestaciones de una entidad pública, que producen efectos frente a sujetos de derecho determinados o indeterminados y son objeto del control de constitucionalidad y legalidad del Consejo de Estado."

mismo de la democracia, en la consolidación de los valores que soportan las diversas culturas que lo conforman y en los elementos que configuran nuestra identidad.

Es claro que los objetivos que motivan a unas y otras, esto es a las sociedades con ánimo de lucro y a las comunidades organizadas, éstas últimas definidas por la misma ley en su artículo 37, "... como asociaciones de derecho integradas por personas naturales residentes en un municipio o distrito o parte de ellos, en las que sus miembros estén unidos por lazos de vecindad o colaboración mutuos para operar un servicio de televisión comunitaria, con el propósito de alcanzar fines cívicos, cooperativos, solidarios, académicos, ecológicos, educativos recreativos, culturales o institucionales", son diferentes, sin embargo, todas asumen por vía de concesión la prestación de un servicio público, adquiriendo, de conformidad con lo dicho, una doble condición, de contratistas y de agentes del Estado.

3. El acto administrativo y la presunción de legalidad²⁹

Por acto administrativo de contenido individual se entiende toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.

De esta manera se dice que son 5 los elementos claves para llegar a la conclusión de que existe un acto administrativo: (i) la expresión o manifestación concreta de la administración; (ii) la expresión unilateral del querer de la administración; (iii) la declaración de la voluntad de la administración proviene del ejercicio de la función administrativa; (iv) que su contenido material equivalga al ejercicio de una función administrativa así provenga de cualquiera de los órganos del poder público o de particulares. (v) posee la fuerza suficiente para decidir y crear situaciones jurídicas a partir de su contenido.

Ahora bien, para que el acto administrativo exista y sea válido deben concurrir una serie de elementos acordes al ordenamiento jurídico entre tanto que cualquier falla en su estructura podría afectar la legalidad del acto.

En el primer plano podemos mencionar los elementos esenciales del acto, dentro de los cuales se encuentran los elementos externos, estos son: (i) el sujeto activo, persona, órgano o particular revestido de funciones administrativas competente, (ii) sujeto pasivo, sobre quien recaen los efectos jurídicos del acto y quien ve alterados sus derechos o intereses (iii) eventualmente el Ministerio Público, quien interviene en defensa del ordenamiento jurídico y de los intereses sociales, y (iv) el procedimiento formal (formalidades del acto) que varía según los

²⁹ SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo – Acto Administrativo, 4 Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003.

derechos protegidos y el ámbito de aplicación y cuyo desconocimiento puede conducir a la vulneración del debido proceso.

De otra parte se encuentran sus elementos internos, tales como: (i) el objeto, constituido por todo aquello de que se ocupa el acto jurídicamente; (ii) los motivos (causa), entendida como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo o las circunstancias de hecho o de derecho que provocan su emisión, y (iii) la finalidad, es decir, Las metas que debe lograr la administración, es el fin propuesto, el cual debe ser de interés general, lícito, debe encontrarse dentro de la competencia del agente que realiza el acto y perseguirse por medio de los actos que la ley ha establecido³⁰, finalidad que se enmarca dentro del artículo 2^o³¹ y los artículos 123 – inciso 2^o³² y 209³³ constitucionales.

Y, finalmente el tercer elemento estudia básicamente el mérito u oportunidad para la producción del acto, que si bien no hace parte de su legalidad, como los dos anteriores, sí constituye un importante argumento de ciencia administrativa y de capacidad personal del sujeto intérprete de la voluntad administrativa para la adopción del acto administrativo³⁴.

El mérito no es otra cosa que el momento que obliga a la administración a manifestarse cuando verdadera y ciertamente es necesario para cumplir con la finalidad propuesta sin que este elemento pueda confundirse con el anterior.

Dicho lo anterior, debe anotarse que el acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas y cuando su estructura consta de todos los elementos que le son esenciales.

Del mismo modo, debe quedar claro que la actividad de la administración se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 1971, C. P.: EDUARDO AGUILAR VÉLEZ, ACE, t. LXXXI, n.ºS 431 y 432, 1971, p. 130.

³¹ “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”.

³² Nos enseña que los “... servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad...”.

³³ Señala como uno de los principios rectores de la función administrativa el del “Interés general”.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de abril de 2000, C. P.: OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, exp. 5373: “Encuentra la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sentado doctrina de los elementos del acto administrativo, y sostiene que existen ciertos elementos esenciales, de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma”.

prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

Ahora bien, cuando un acto administrativo ha sido cuestionado por la vía gubernativa y resulta modificado o confirmado por aquel que decide el recurso, se conforma una relación jurídica entre éste y el impugnado de tal suerte que forman un todo inescindible.

Lo mismo no puede decirse si el acto es revocado porque en éste evento, como es obvio, sólo subsistirá el que revoca puesto que el revocado ha desaparecido del mundo jurídico.

Es esta la razón para que el inciso tercero del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo disponga que *“si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión”*.

Con relación al principio de legalidad, éste determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como *“la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”*³⁵ de tal manera que *“la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento”*³⁶ y que todos sus pronunciamientos *“deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”*³⁷

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”*³⁸

³⁵ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo. t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 41.

³⁶ *Ibíd*em, p. 42.

³⁷ *Ibíd*em, p.43.

³⁸ *Ibíd*em, p. 54-55.

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que disponen respectivamente que *“salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...”* y que *“salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”*

Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no sólo debe combatir expresamente su legalidad sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara, circunstancia que será razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

4. Naturaleza jurídica de la imposición de las multas y su legalidad

Si bien es cierto, el tema de multas bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993, ha dado lugar a posiciones en absoluto uniformes, tanto de la doctrina, como de la misma jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado; también lo es, que la oportunidad de incluirlas al interior de los contratos, como una manifestación del ejercicio de la autonomía negocial de las partes, ha sido un tema relativamente pacífico, puesto que la discusión se ha centrado, antes que en dicha opción, en la posibilidad de que la administración pueda unilateralmente declararla, dentro de la comprensión de dicha acción, como una típica exorbitancia o manifestación de prerrogativas públicas.

Por este motivo, estima pertinente la Sala, revisar sumariamente este último aspecto, es decir la oportunidad de la administración pública de declarar unilateralmente una multa debidamente pactada al interior del contrato, situación ésta que en el caso concreto se hace imprescindible, en atención a que ésta es, justamente, la hipótesis que dio lugar a la expedición de los “actos administrativos” cuya legalidad se discute en este proceso.

En sentencia de 20 de octubre de 2005³⁹, la Sala recogió una tesis del pasado⁴⁰, cambiando su posición vigente en aquél entonces⁴¹, e indicó, que si bien resultaba perfectamente viable incluir

³⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 20 de octubre de 2005. Expediente No. 14579. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

⁴⁰ Expresamente se señala: “tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002”. Extrañamente hace referencia a estas providencias, toda vez que, la primera, estableció justamente la tesis contraria, es decir la posibilidad, no solo de contemplar en el contrato estatal cláusulas contentivas de multas, sino también la posibilidad de que la administración pueda imponer estas de manera unilateral; y la segunda, ratificó esta idea. Más bien, recogió una posición jurisprudencial anterior, que se encuentra desarrollada, entre otras, en las siguientes providencias: Auto de 20 de febrero de 1997, expediente 12669; Sentencia de 16 de

dentro de los contratos estatales, cláusulas que pactaran la posibilidad de imponer multas, esto no significaba que la administración pública pudiera hacerlo de manera unilateral, toda vez que dicha atribución de exorbitancia, no le estaba dada por la ley, como se había hecho en el pasado, en el contexto del Decreto Ley 222 de 1983⁴².

Como se observa, fue la comprensión de la capacidad de imponer unilateralmente multas a los contratistas, como una típica exorbitancia, y la inexistencia de una disposición en la Ley 80 de 1993 que lo permitiera, el argumento que sirvió de fundamento a la Sala, para declarar la nulidad, al considerar que se desbordaba el principio de legalidad contenido en los artículos 6, 121 y 122 constitucionales.

En dicho análisis no se hizo referencia a dos aspectos que en este momento, la Sala estima pertinente su mención, para efectos de una mayor claridad en el tema: (1) una revisión detallada de algunas disposiciones de la Ley 80 de 1993 y del Código Contencioso Administrativo, que al entender de algún sector de la doctrina, y de la posición jurisprudencial que se abandonaba, sí establecen dicha atribución; y, (2) una indicación del porqué la imposición de multas, se considera una exorbitancia de la administración pública contratante.

Una vez revisados estos dos aspectos, la Sala estima conveniente analizar la aplicación en el tiempo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que contempló la posibilidad de decretar unilateralmente las multas que se estudian, para efectos de establecer si resulta aplicable al caso objeto de esta sentencia.

5. El sustento legal de la capacidad de la administración contratante de imponer unilateralmente multas

Como ya se señaló, la posición que se abandonó con la sentencia de 20 de octubre de 2005, en relación con el tema objeto de análisis, predicaba que si bien en la Ley 80 de 1993 no existía una disposición que habilitara a la administración pública a imponer unilateralmente las multas, en la comprensión de que esta acción significaba una exorbitancia administrativa, esta

noviembre de 1994, expediente 8449; y sentencia de 15 de agosto de 1996, expediente 8358, todas ellas de esta Sección.

⁴¹ Según la cual se podían incluir cláusulas contentivas de multas en los contratos estatales, pues esta era una posibilidad del derecho privado, y estas podían ser impuestas unilateralmente por la administración, en virtud de lo contemplado en relación con la ejecutoria de actos administrativos en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo. Esta posición fue sostenida por primera vez en el Auto de 4 de junio de 1998 de esta Sección (expediente 13988, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque) y ratificada entre otras por los autos de 6 de agosto de 1998 (expediente 14558), de 14 de diciembre de 1998 (expediente 14504), y de 13 de diciembre de 2001 (expediente 19443), entre otros, y por la sentencia referida en la anterior nota a pie de página de 20 de junio de 2002 (expediente 19488). Más adelante se hará referencia a otras providencias que retomaron esta tesis, aunque con un matiz particular.

⁴² Se citaron los artículos 60, 71, 72 y 73 de este estatuto contractual.

capacidad se derivaba en cambio, de lo establecido en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo⁴³. Al respecto se expuso en el ya citado auto de 4 de junio de 1998:

“Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo.

Para la Sala la administración si tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 “en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales”.

A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo.

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista.”

Esta interpretación, si bien fue consciente de la consideración de la declaratoria unilateral de una multa, como un procedimiento administrativo, pareciera confundir la ejecutoriedad de los actos administrativos, con el principio de legalidad que debe orientar la producción de los mismos.

Los actos administrativos que profieran las administraciones públicas o los particulares en el ejercicio de la función administrativa, por regla general son ejecutables y producen efectos desde su materialización efectiva; de esto no existe duda y a ello hace referencia la disposición

⁴³ Se establece en esta disposición: “Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.”

del Código Contencioso Administrativo aludida. Esa connotación de ejecución de los actos administrativos, no releva sin embargo, la aplicación del principio más importante sobre la materia: la legalidad.

Producir un acto administrativo en un Estado de Derecho, no es, ni puede ser una facultad arbitraria, que no encuentre una habilitación legal, de lo contrario se estaría permitiendo la producción de manifestaciones de poder por fuera del derecho, es decir se estaría quebrantando la esencia misma de este tipo de Estado.

Por este motivo, la comprensión de esta disposición como único sustento de que la administración pública podía obrar de manera exorbitante, en el caso de las multas, no ofreció plena credibilidad, ya que en lo centraba su atención, no era en la hipótesis que se estudia, sino a la connotación vinculante de los actos administrativos. Éste, probablemente, fue el sentido de la sentencia de 20 de octubre de 2005, al superar esta idea.

En lo atinente en cambio, a la existencia de algunas disposiciones de la Ley 80 de 1993, que pudieran habilitar a la administración a imponer de manera unilateral una multa, distintas al artículo 14, vale la pena señalar, que en efecto, esta situación ha sido ya advertida por la doctrina, e inclusive, la jurisprudencia de esta Sección, aunque en un contexto distinto, ha hecho referencia a ellas⁴⁴. En efecto, en el mencionado auto de 4 de junio de 1998, se dijo:

“La ley 80 de 1993 se refiere a las multas en el contrato estatal en los artículos 4º ordinal 2, 22 inciso 5º y 22.1, al señalar de una parte, que las entidades estatales “adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías contra los servidores públicos, contra el contratista o lo terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual “ y de la otra, que en las certificaciones que expidan las cámaras de comercio en relación con los contratos ejecutados por las personas inscritas en el registro de proponentes debe constar “el cumplimiento del contratista en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, **multas y sanciones impuestas y el término de su duración**” (resaltado de la Sala), de acuerdo con información que semestralmente deben suministrar las entidades estatales”.

La doctrina, por su parte, a más de hacer referencia a estas mismas disposiciones⁴⁵ como sustento normativo de la facultad que se estudia, ha hecho también relación a una interpretación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, distinta a la contenida en la sentencia de 20

⁴⁴ En el fragmento de la providencia que se transcribe, se hizo alusión a estas disposiciones, no para indicar que ellas constituyan la habilitación para la imposición unilateral de multas por parte de la administración, sino para indicar que las multas y la posibilidad de pactarlas, no resultaban ajenas a la Ley 80 de 1993.

⁴⁵ Cfr. BENJAMÍN HERRERA BARBOSA, Contratos públicos. Bogotá D.C, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 303.

de octubre de 2005, y según la cual, del tenor de esta disposición, se deriva dicha posibilidad, aunque no se haga mención expresa a la misma⁴⁶.

En lo que respecta a esta última disposición, vale la pena indicar, que si bien en el encabezado y primer ordinal de la misma, se establece:

“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1º. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato (...)”

A renglón seguido se indica:

“...En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2º de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.”

De esta situación se deriva, que si bien la dirección, control y vigilancia del contrato es una función que en virtud de la ley, le corresponde a la entidad estatal contratante, de ella no se puede suponer, la posibilidad de ejercer otras exorbitancias, distintas a las estrictamente señaladas en esta disposición.

El artículo parcialmente transcrito, es claro en hacer mención específica a la caducidad, la terminación, la modificación y la interpretación unilaterales, así como a otras cláusulas excepcionales, y en ninguna parte, hace mención a la imposición de multas. La filosofía o justificación de estas exorbitancias administrativas, indicada en la primera parte de la disposición, no puede extenderse por vía interpretativa para la contemplación de otras prerrogativas públicas, pues por la naturaleza de estas, y la connotación de derecho que detenta el Estado colombiano, en desarrollo de la cual se configura el principio de legalidad, se deriva una evidente y no supuesta configuración normativa para el ejercicio de este tipo de funciones⁴⁷.

En la sentencia de 20 de octubre de 2005, se agregó a lo anterior, el hecho de que en el Decreto Ley 222 de 1983, se contemplaba a la imposición de multas, expresamente como una exorbitancia (artículo 60), mientras que en la Ley 80 de 1993 no. Si bien en la exposición de motivos de ésta última, no se hace alusión expresa a la intención de excluir esta hipótesis

⁴⁶ Cfr. RODRIGO ESCOBAR GIL, Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá, Legis, 1999, p.p. 319 – 321.

⁴⁷ En este momento de la sentencia, no se está afirmando que la imposición unilateral de multas sea una exorbitancia o el ejercicio de una prerrogativa pública; como se indicó, este aspecto se revisará más adelante.

dentro de las cláusulas excepcionales, esta consideración detenta una importancia significativa, en términos interpretativos.

En lo atinente al artículo 4 ordinal 2 de la Ley 80 de 1993, donde expresamente se consagra:

*“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior⁴⁸, las entidades estatales: (...)
Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.”*

No puede derivarse tampoco, la idea de que con él se esté produciendo la atribución legal que se analiza; en efecto, puede ocurrir que para los propósitos indicados en la disposición transcrita, la entidad estatal recurra ante la autoridad judicial, e inclusive, ejerza algunas de las prerrogativas públicas expresamente establecidas en la Ley 80 de 1993.

Al respecto, se insiste en el argumento expuesto, con ocasión del artículo 14 de la Ley 80 de 1993; en un Estado de derecho las prerrogativas públicas no se pueden suponer, sino que tienen que encontrar un soporte legal. No quiere decirse con esto, que solo resultaría viable una disposición que explícitamente aluda al punto, pero si, de la cual éste se derive de manera inequívoca.

Con relación a lo contemplado en el inciso quinto del artículo 22, así como en el artículo 22.1 de la Ley 80 de 1993⁴⁹, donde se establece:

*“Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo (inciso 1 del artículo 22)
(...)”*

En relación con los contratos ejecutados incluirá la cuantía expresada en términos de valor actualizado, y los respectivos plazos y adiciones. En la certificación constarán igualmente, los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración” (inciso 5 del artículo 22)

“Las entidades estatales enviarán, semestralmente a la Cámara de Comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía, cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieran impuesto...”

Vale la pena extender las consideraciones anteriores, en el sentido de que comprender que de ellos se deriva un mandato legal que habilita la posibilidad de ejercer una exorbitancia

⁴⁸ Se establece en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993: “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (...)”

⁴⁹ Se alude aquí a la redacción original de estas disposiciones, antes de la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007.

administrativa, consistente en imponer unilateralmente una multa, sería una simple suposición, que iría en contravía del principio de legalidad.

No se establece aquí la forma como deben o pueden imponerse las multas, y como se dijo antes, el aspecto objeto de discusión, no es la contemplación de ellas, sino la posibilidad de que sean impuestas unilateralmente por parte de la entidad contratante.

Finalmente, vale la pena indicar, que algún sector de la doctrina, ha hecho relación a este aspecto y ha encontrado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, si bien no una habilitación general para la imposición unilateral de multas, sí para aquellos casos en que se pacte cláusula de caducidad en los contratos⁵⁰. En efecto, se establece en el segundo inciso de esta disposición relativa a la cláusula (excepcional) de caducidad:

“... En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado...” (subrayas fuera de texto)

Suponer que de la expresión subrayada, de la disposición transcrita, se deriva la capacidad de imponer unilateralmente multas por parte de las administraciones públicas contratantes, al igual que en las hipótesis señaladas antes, significaría una interpretación que atentaría contra el principio de legalidad que orienta todas las actuaciones administrativas, y con mayor razón, aquellas que significan el ejercicio de prerrogativas públicas.

Como se constata, de lo sostenido en este numeral, en el contexto de la comprensión de la imposición unilateral de multas por parte de la entidad estatal contratante, como una exorbitancia, no se evidencia en el ordenamiento jurídico vigente al instante de celebrarse el contrato objeto de estudio, y aún en el momento de imponerse la multa, una disposición que consagre dicha posibilidad, sino tan solo alusiones ambiguas sobre la posibilidad de contemplar multas en los contratos estatales (aspecto este que se insiste, no se discute), o disposiciones relativas a la dirección, control y vigilancia de la relación contractual en cabeza de la entidad estatal contratante, de las que no puede suponerse una prerrogativa pública que no esté expresamente establecida, o cuando menos que se derive de manera inequívoca de una prescripción normativa.

De ninguna manera, se trata de hacer una lectura restrictiva de las disposiciones analizadas, ni obviar el análisis de la finalidad de las entidades estatales cuando contratan; tan solo de ratificar la importancia del principio de legalidad, con referencia no solo a las funciones de la administración pública, sino con principal atención, a aquellas que suponen ejercicio de prerrogativas públicas.

⁵⁰ Cfr. RODRIGO ESCOBAR GIL, Teoría general de los contratos de la administración pública. Cit. p. 367.

6. La naturaleza exorbitante de la imposición unilateral de multas

El otro aspecto, que como se anotó, estima la Sala, importante de revisar, es la connotación de exorbitancia de la imposición unilateral de multas por parte de la entidad pública contratante.

De la tesis recogida y ratificada⁵¹ por la sentencia de 20 de octubre de 2005, pareciera derivarse, la comprensión de que se está en frente de una exorbitancia, por la verificación de una manifestación unilateral (imposición de la multa) de la administración (entidad pública contratante) que produce unos efectos jurídicos en un sujeto de derecho privado (contratista). ¿Cuáles efectos? Una merma patrimonial; toda vez que la administración contratante haría efectivo el monto de la multa, a través de la retención de unos dineros del saldo por pagar al contratista, o de la garantía por él presentada, o a través del ejercicio de la jurisdicción coactiva.

La naturaleza de algo exorbitante, no se puede determinar de manera independiente y aislada. Lo exorbitante lo es, en relación con algo “normal”, debe encontrar un punto de referencia. En el caso que se estudia, la exorbitancia debe predicarse entonces, no de una consideración subjetiva, sino de la confrontación de las capacidades de un cocontratante (administración pública) de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común.

A este derecho (común), no le resultan ajenas, sin embargo, manifestaciones unilaterales con efectos jurídicos, bien sea como consecuencia de su contemplación legal, o del ejercicio de la autonomía de la voluntad. A título de ejemplo pueden citarse los derechos de un padre sobre el hijo y la posibilidad de ejercerlos a través de decisiones unilaterales en ejercicio de la patria potestad (artículo 288 del Código Civil), así como la posibilidad que detenta un mandante frente a su mandatario, con ocasión de la revocación del mandato.

Como se verifica, entonces, la simple constatación de unos efectos jurídicos de una manifestación unilateral de la administración pública en la ejecución de un contrato, no convierte a dicha situación en una exorbitancia, pues esta debería significar una situación inviable en el derecho común. Esta situación, que ha sido advertida, de manera específica, para el caso que nos ocupa (imposición unilateral de multas), por algún sector de la doctrina⁵², implica un

⁵¹ Como se indicó, ha existido una uniformidad jurisprudencial, en la comprensión de la imposición unilateral de multas, como una exorbitancia administrativa. Sin embargo en algunas providencias, pareciera insinuarse la posibilidad de cuestionamiento, al menos, de la connotación exorbitante que detenta la imposición unilateral de multas. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera. Sentencias de 18 de marzo de 2004 y 14 de julio de 2005. Expedientes: 15936 y 14289 respectivamente.

⁵² JOSÉ LUIS BENAVIDES estudia en detalle esta situación, para concluir, que no percibe en la imposición unilateral de multas por la entidad estatal contratante, una exorbitancia, habida cuenta que el derecho privado ofrece múltiples situaciones contractuales, en las que se presentan decisiones unilaterales de una de las partes, que tienen efectos jurídicos en la otra, y en general en la suerte del contrato. Esta posibilidad la sistematiza a través de tres grupos, (1) mandato legal, como en el caso del mandato civil o comercial; (2) esencia contemporánea de algunos contratos atípicos, y cita entre otros algunas hipótesis de los contratos de concesión privada, mercantil de distribución y franquicia; y (3) autonomía de la voluntad, en la que cita algunas manifestaciones jurisprudenciales que han reconocido

cuestionamiento y análisis más detallado de la esencia de lo exorbitante como concreción de una prerrogativa pública. Por este motivo, la Sala estima conveniente detenerse en este aspecto, para efectos de ofrecer mayor claridad, como se dijo, al calificativo “exorbitancia” que justamente constituye la razón de ser de la consideración que con esta sentencia se ratifica.

Al análisis de la exorbitancia administrativa, le falta entonces, un elemento fundamental: el que ésta constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad.

No basta entonces, se insiste, en la constatación de una manifestación unilateral que produzca efectos jurídicos; esta manifestación debe constituir la concreción de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico atribuye únicamente a un sujeto público o a uno privado, en ejercicio de las funciones administrativas, en virtud de la relación de las específicas actividades de estos, con los fines del Estado.

Esta consideración, conlleva a un análisis adicional, en el caso que ocupa a la Sala: ¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa?

La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas.

La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista.

Se insiste en que esta posibilidad, debe concebirse dentro de la filosofía del rol que le corresponde a la entidad estatal en la ejecución del contrato, para con ello cumplir su objeto, que de una u otra manera guarda relación directa con los fines del Estado. Esta finalidad le ha

este tipo de situaciones. ¿ Las multas son finalmente imposibles en el contrato estatal? En Revista de derecho del Estado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (en prensa).

servido en un caso similar, a la Corte Constitucional, para determinar la exorbitancia de una imposición de multas y la necesidad de la configuración legal de la misma⁵³.

Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendido como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa.

7. La consideración normativa de la capacidad de imponer unilateralmente multas en la Ley 1150 de 2007 y su aplicación al caso concreto.

En el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos” se dispone:

“Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al estatuto General de Contratación de la administración pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto, entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

Como se observa, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo

⁵³ Se trata de la imposibilidad de las empresas de servicios públicos domiciliarios de imponer multas a los usuarios por concepto de fraude. Ha sostenido el máximo tribunal de la Jurisdicción constitucional, que aunque la posibilidad de imponer multas se encuentre pactada en el contrato de servicios públicos, la inexistencia de una disposición legal que habilite a la empresa para ejercitar esa prerrogativa pública, hace inviable esa posibilidad. Como se observa, aquí lo que justificaría esa exorbitancia, sería el servicio prestado por la empresa y no su naturaleza pública o privada. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-720 de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.

Vale la pena advertir, que de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella.

En el caso que se estudia debe entonces analizarse si el contrato que dio lugar a la expedición de los actos administrativos cuya legalidad se cuestiona, establecía la posibilidad de que la entidad contratante impusiera unilateralmente multas, así como, si estas se impusieron en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

En lo que respecta al primer aspecto, como se verá adelante, la Cláusula 24 de contrato de concesión suscrito entre las partes, establecía la posibilidad de que la Comisión Nacional de Televisión impusiera unilateralmente multas por el incumplimiento de las obligaciones previstas en cabeza de la Unión Cable Operadores del Centro - Cablecentro; en lo referente a lo segundo, la simple constatación de las fechas de los actos administrativos demandados, evidencia que estos se produjeron en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

8. El principio de buena fe contractual⁵⁴ y la regla del “*venire contra factum proprium non valet*”.

Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:

“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción,

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencias de 20 de octubre de 2014, Exp. 48.061, de 26 de noviembre de 2015, Exp. 54.563 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.⁵⁵

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa⁵⁶ en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.⁵⁷

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente 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”,⁵⁸ es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho⁵⁹ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”⁶⁰

⁵⁵ Aunque el artículo 1603 sólo expresa que “deberán ejecutarse”, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el iter contractual. (La cita es del texto citado).

⁵⁶ Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión “exenta de culpa” vid.: M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. (La cita es del texto citado).

⁵⁷ Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: “Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. (La cita es del texto citado).

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

⁵⁹ *Ibidem*. (La cita es del texto citado).

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. (La cita es del texto citado).

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, 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 propia⁶¹.

Ahora bien, se encuentra dentro de las reglas que integran la buena fe contractual u objetiva la doctrina de los actos propios o "*venire contra factum proprium non valet*"⁶² en cuya virtud se afirma que la conducta anterior de una parte – y la objetiva confianza que tal obrar inspiró en la contraparte- le vincula para sus actos posteriores, de modo tal que le está proscrito violar la legítima expectativa generada⁶³⁻⁶⁴.

En este sentido, la doctrina ha considerado que este reproche radica en el hecho de alzarse contra la buena fe objetiva, ya que "*cuando hablamos del deber de respetar la confianza generada en la contraparte, resulta evidente que la confianza es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones*"⁶⁵, nótese cómo este deber de coherencia refulge también desde la perspectiva discursiva, como arriba se vio, de modo tal que podría decirse, sin incurrir en equivoco alguno, que quien obra en sentido contrario a su actuar antecedente quebranta en un sentido relevante una regla fundamental del discurso y, con ello, la propia esencia de la argumentación jurídica (en este caso judicial), es por tal razón que se trata de una doctrina cuyo radio de acción supera, en creces, el ámbito negocial siendo evidente su observancia también en el contexto de las actuaciones administrativas y judiciales⁶⁶ y, en general, en todo los escenarios de discusión jurídica.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 10 de diciembre de 2015. Exp.: 53165

⁶³ "Esta regla posee una estrecha relación con la fuerza vinculante de los acuerdos, con el reproche de toda conducta dolosa, con la necesaria consideración de los intereses de ambas partes dentro de la relación contractual y con la exigencia de proteger la confianza generada en la contraparte, presupuestos estos que, como hemos visto, constituyen los elementos estructurales de la prohibición de venire contra factum proprium" NEME VILLARREAL, Martha Lucía. La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 311.

⁶⁴ "6.5.3. Una de las facetas del principio de buena fe es el respeto por el acto propio, cuya teoría tiene origen en el "*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*". **Su fundamento radica en la confianza que un sujeto principal ha despertado en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada por ese sujeto principal. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria del sujeto principal.**" (Resaltado propio). Corte Constitucional, sentencia T-122 de 2015.

⁶⁵ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En: Revista de Derecho Privado, No. 17, 2009, p. 67.

⁶⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-475 de 1992, C-836 de 2001, entre otras. Precisamente en esta última se dijo: "10. (...) En efecto, **si esta máxima [la del venire contra factum proprium] se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares,**

En este sentido, **la doctrina en** apoyo de la jurisprudencia ha manifestado:

“Particular interés ha suscrito tanto para la doctrina⁶⁷, como para la jurisprudencia colombiana y la jurisdicción arbitral, la regla que prohíbe el venire contra factum proprium, teoría de los actos propios o protección de la confianza legítima, que como manifestación del principio de buena fe, ha procedido a aplicar en materia contractual⁶⁸ en diversas oportunidades:

Así lo ha hecho al señalar que la conducta de una parte que entiende surtidos los requisitos⁶⁹ para obligarse en una relación contractual la vincula, imposibilitándole defraudar la confianza generada en la contraparte al pretender posteriormente desconocer el contrato alegando la omisión de alguno de tales requisitos; al igual que al manifestar que la voluntad de renunciar a la exigencia de la prestación en los términos inicialmente convenidos, impide que posteriormente se pretenda pedir su cumplimiento en tales términos⁷⁰.

Asimismo, el mencionado deber de coherencia hace exigible la vinculación a la palabra empeñada, con independencia de la observancia de las formalidades, cuando la actuación precedente de una de las partes así lo ha admitido⁷¹; al igual que el comportamiento de una de las partes en la etapa pre – contractual la vincula, obligándola a preservar la confianza generada en la contraparte⁷²; además de que el retardo desleal en el ejercicio de un derecho vincula y en cuanto tal, obliga a preservar la confianza justificada de la contraparte en que el titular no hará uso de tal derecho⁷³ (...).”

donde –en principio- la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial.” (Resaltado propio).

⁶⁷ M.L NEME VILLARREAL. “Venire contra factum proprium, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”. En AA.VV *Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestroza, 40 años de Rectoría 1963-2003* III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 11 a 56.

⁶⁸ Al respecto cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-478 SDE 1998 M.P.: Alejandro Martínez caballero, REITERADA EN SENTENCIA c – 836 del 9 de agosto de 2001 en las que la Corte sostiene: “El principio constitucional de buena fe, que se manifiesta en la protección de la confianza legítima, garantiza a las personas que ni el estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente, tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación (...) según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*”.

⁶⁹ La Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas. Sentencia del 28 de febrero de 2000. MP.: FABIO MORÓN DÍAZ se pronunció sobre la revisión de la tutela instaurada por un estudiante contra una caja de compensación familiar, que habiendo otorgado una beca al accionante por razón de méritos académicos, pretende dar por terminado el contrato con el becario, con base en un concepto rendido por la Superintendencia de Subsidio Familiar en el sentido de que a los becados sólo se les podrá pagar sus estudios si estos son beneficiarios directos del subsidio familiar de la entidad que otorga la beca, situación en la que no se encontraba dicha estudiante.

⁷⁰ Laudo arbitral del 24 de octubre de 2002, del Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, constituido por los árbitros principales Saúl Sotomonte Sotomonte, Gaspar Caballero Sierra y Francisco Reyes Villamizar.

⁷¹ Laudo arbitral del Tribunal de Arbitramento de Multiphone S.A contra Bellsouth Colombia S.A del 17 de marzo de 2004, proferido por el Tribunal integrado por Gilberto Peña Castrillón, presidente, Marcela Castro de Cifuentes y Ernesto Rengifo García; en el mismo sentido el laudo arbitral del 26 de enero de 2001, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido por Nicolás Gamboa Morales, Jorge Cubides Camacho y Luis Fernando Salazar López para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre la convocante, una sociedad constructora, la Sociedad Proctor Ltda., y la Caja de Compensación Familiar Comcaja.

⁷² Consejo de Estado. Providencia del 10 de septiembre de 1992, exp. 6822. C.P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA. Actor: Suramericana de Construcciones S.A., contra el Instituto de Crédito Territorial (hoy Inurbe).

⁷³ Laudo arbitral del 10 de julio de 2000, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido por Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Jorge Enrique Ibáñez Najjar y Julio César Uribe Acosta para resolver

En fin, constituyen aplicaciones de la prohibición de obrar contra los actos propios, la prohibición de alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes⁷⁴ (...).

9. Caso Concreto

9.1 Hechos probados

9.1.1 Dados los hechos planteados en la demanda, la Sala encuentra que dentro del material probatorio se encuentra el Acuerdo No. 014 de 20 de marzo de 1997 proferido por la Comisión Nacional de Televisión, *“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 estableció⁷⁵:

*“(...) Artículo 36. 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 resulta de multiplicar el número de suscriptores durante el período de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario. Así mismo, deberán cancelar el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos mensuales, percibidos por concepto de pauta publicitaria. En el evento de comprobarse alguna inconsistencia en el número de suscriptores declarado, el concesionario se hará acreedor a la caducidad del respectivo contrato.
(...)”.*

9.1.2 Asimismo se observa que mediante la Resolución No. 0869 de 13 de julio de 1999, la Comisión Nacional de Televisión ordenó la apertura de la licitación pública nacional No. 003 para el otorgamiento de una concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción para el nivel zonal de conformidad con la Ley 182 de 1995 y el Acuerdo No.014 de 1997⁷⁶.

9.1.3 Y el pliego de condiciones de la licitación pública No. 003 de 1999, cuyo objeto era *“otorgamiento de los contratos de concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción en el nivel zonal”* en el que se estableció⁷⁷:

controversias surgidas entre la sociedad demandante, Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A y la Nación – Ministerio de Comunicaciones.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia del 23 de agosto de 2004, exp. T -816848. M.P.: Jaime Araujo Rentería, donde se sostiene que el principio de buena fe “incorpora la doctrina que proscribe el *venire contra factum proprium*, según la cual a nadie le es permitido ir el contra de sus propios actos. La buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos. para la corte no hay duda de que la alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, es decir el desconocimiento de la máxima según la cual a nadie le es permitido venir en contra de sus propios actos, cuando no obedece a una conducta legítima”.

⁷⁵ Fls.290-299 C.3 y 140-160 C.4

⁷⁶ Fls.3-5 C.3

⁷⁷ Fls.11-140 y 175-236 C.3

“(…) RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

El régimen jurídico aplicable a la presente licitación pública y a la prestación del servicio público de televisión por suscripción es el contenido en el presente pliego de condiciones, en la Ley 80 de 1993 en cuanto a las normas que regulan el proceso licitatorio; en las leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 335 de 1996 y en los Acuerdos No. 014 de 1997, 049 de 1998, 001, 002 y 004 de 1999 expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y demás normas que adicionen, modifiquen o reglamenten la materia.

(…)

4.- CONDICIONES ECONÓMICAS DE LA CONCESIÓN.

(…)

4.2.- DE LA COMPENSACIÓN POR EXPLOTACIÓN.

4.2.1.- Del valor de la compensación por explotación.

De conformidad con el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, el concesionario deberá pagar 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 correspondiente periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario.

Asimismo deberá cancelar el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos mensuales, percibidos por concepto de pauta publicitaria.

En el evento de comprobarse alguna inconsistencia en el número de suscriptores declarado, así como en el valor de las tarifas pagadas, con el objeto de evadir un mayor pago de compensación, al concesionario se le impondrá la caducidad del respectivo contrato.

Forma de pago de la compensación.

Los pagos contemplados en el numeral 4.2.1 de este pliego, serán cancelados trimestralmente a favor de la Comisión Nacional de Televisión, en la siguiente forma:

Ingresos causados entre el primero (1º) de enero y el treinta y uno (31) de marzo, antes del quince (15) de mayo; entre el primero (1º) de abril y treinta (30) de junio, antes del quince (15) de agosto; entre el primero (1º) de julio y el treinta (30) de septiembre, antes del quince (15) de noviembre y entre el primero (1º) de octubre y el treinta y uno (31) de diciembre, antes del quince (15) de febrero del año siguiente.

Sin embargo deberá estar acompañado por una certificación suscrita por el representante legal y el contador o revisor fiscal, según el caso, certificando los ingresos brutos recibidos durante el trimestre en cuestión por el cobro de suscripción mensual (discriminando tarifas y número de usuarios) y la pauta si es del caso.

En caso de que el concesionario incumpla las fechas de pago antes señaladas, deberá cancelar a la Comisión Nacional de Televisión intereses de mora, correspondientes al doble del interés bancario corriente, sin que exceda la tasa máxima permitida por la Ley.

Asimismo deberá informar mensualmente a la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los quince primeros días calendario del mes siguiente, el valor de las compensaciones a favor de la entidad, causadas en el mes anterior, debidamente certificadas.

En el evento en que la certificación e informe de que trata el presente numeral no (ilegible) a la Comisión dentro de los términos previstos, el concesionario se hará acreedor a las sanciones a que haya lugar por incumplimiento.

Cualquier información fraudulenta suministrada por el concesionario dará lugar, en todo caso a la declaratoria de caducidad del contrato de concesión y al pago de las multas e indemnizaciones consagradas en la Ley y en el respectivo contrato.
(...)"

9.1.4 La licitación cuyo pliego se citó, fue adjudicada mediante la Resolución No. 1082 de 26 de noviembre de 1999 de la Comisión Nacional de Televisión, a la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A⁷⁸.

9.1.5 Consecuencialmente, se suscribió el contrato de concesión No. 208 de 20 de diciembre de 1999, entre la Comisión Nacional de Televisión y la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A (hoy Grupo de Inversiones Filigrana S.A⁷⁹) del cual se extrae⁸⁰:

"(...) Hemos acordado celebrar el presente contrato de concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción que se regirá por las cláusulas que más adelante se determinan, previas las siguientes consideraciones:

1. Que de conformidad con el artículo 4 de la Ley 182 de 1995 corresponde a la Comisión Nacional de Televisión 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 espacio 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, la Ley y demás normas aplicables.

2. Que mediante la Resolución No. 1082 del 26 de noviembre de 1999, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión adjudicó a Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A, la concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción para la zona centro, en desarrollo del proceso licitatorio No. 003 de 1999, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para tal efecto.

CLÁUSULA 1.- OBJETO. *El objeto de este contrato es la concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el concesionario, las cuales forman parte integral del presente contrato.*

PARAGRAFO: EL CONCESIONARIO *tendrá a su cargo la prestación de este servicio en la zona **CENTRO**, compuesta por los departamentos de: Amazonas, Arauca, Boyacá, Caquetá, Casanare, Cundinamarca, Guainía, Guaviare, Huila, Meta, Norte de Santander, Putumayo, Santander, Tolima, Vaupés, Vichada y el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y será programador, administrador y operador del servicio.*

*El servicio público de televisión por suscripción que presta el concesionario, estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia, regulación y control de **LA COMISIÓN.***

⁷⁸ Fls.141-153 y 253-270 C.3

⁷⁹ Certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 13 de julio de 2010 en el que consta que: (i) por escritura pública No.0000139 de 28 de enero de 1999 se constituyó la sociedad Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A; y (ii) por escritura pública No. 0002646 de 14 de noviembre de 2007 la sociedad cambió su nombre por el de Grupo de Inversiones Filigrana S.A (Fls.1-4 C.2)

⁸⁰ Fls.61-77 C.2, 158-174, 271-279, 435-450 C.3 y 1-17 C.4

CLÁUSULA 2.- PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO. El plazo de ejecución del presente contrato será de diez (10) años, contados a partir de la fecha en que el **CONCESIONARIO** comience a facturar por concepto de la prestación del servicio público de televisión por suscripción a sus usuarios.

(...)

CLÁUSULA 4.- VIGENCIA DEL CONTRATO. El presente contrato estará vigente desde la fecha de su perfeccionamiento hasta su liquidación.

CLÁUSULA 5.- VALOR DE LA CONCESIÓN. Como contraprestación por el derecho a la operación y explotación del servicio de televisión por suscripción, el **CONCESIONARIO** deberá cancelar a la **COMISIÓN** la suma de **MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS MDA/CTE (\$1.384.000.000).**

CLÁUSULA 6⁸¹⁻⁸².- FORMA DE PAGO DE LA CONCESIÓN. EL **CONCESIONARIO** pagará el valor estipulado en la cláusula anterior en forma diferida, en un plazo de dos (2) años de la siguiente manera:

a) Un primer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, a la firma del contrato.

b) Un segundo pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día hábil del vencimiento del primer (1er) semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses

⁸¹ Modificada por el Otrosí No. 1 suscrito entre la Comisión Nacional de Televisión y la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A el día 20 de junio de 2000 en el que acordaron: “(...) CLÁUSULA PRIMERA: La cláusula sexta del contrato de concesión 208 de 1999 quedará así: Clausula sexta.- Forma de pago de la concesión. El concesionario pagará el valor estipulado en la cláusula anterior en forma diferida, en un plazo de dos años de la siguiente manera: a) Un primer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión. b) Un segundo pago improrrogable, correspondiente al treinta por ciento (30%) del valor total de la concesión pagadero antes del último día hábil del vencimiento del segundo semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses causados desde la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés corriente bancario vigente a la fecha de pago. c) Un tercer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día hábil del vencimiento del tercer semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses causados desde la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés corriente bancario vigente a la fecha del pago. d) Un último pago correspondiente al cuarenta por ciento (40%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día hábil del vencimiento del cuarto semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses causados desde la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés corriente bancario vigente a la fecha del pago. En caso que el concesionario cancele después de la fecha estipulada, pagará a la Comisión Nacional de Televisión los intereses de mora correspondientes, los cuales se liquidaran con base en la tasa máxima permitida por ley (...).” (Fls.280-281 C.3 y 17-19 C.4)

⁸² Modificada por el Otrosí No. 2 suscrito entre la Comisión Nacional de Televisión y la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A el día 17 de septiembre de 2001 en el que acordaron: “(...) CLÁUSULA PRIMERA: La cláusula sexta del contrato de concesión 208 de 1999 quedará así: CLÁUSULA SEXTA.- FORMA DE PAGO DE LA CONCESIÓN. El concesionario pagará el valor estipulado en la cláusula anterior en forma diferida, en un plazo de dos años de la siguiente manera: a) Un primer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, a la firma del contrato. b) Un segundo pago improrrogable, correspondiente al treinta por ciento (30%) del valor total de la concesión pagadero antes del último día hábil del vencimiento del segundo semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses causados desde la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés corriente bancario vigente a la fecha del pago. c) Un último pago, correspondiente al cincuenta y cinco por ciento (55%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día hábil del vencimiento del cuarto semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses causados desde la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base el interés corriente bancario vigente a la fecha del pago. En caso que el concesionario cancele después de la fecha estipulada, pagará a la Comisión Nacional de Televisión los intereses de mora correspondientes, los cuales se liquidarán con base en la tasa máxima permitida por la ley (...).” (Fls.283-284 C.3 y 20-23 C.4)

causados entre la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés corriente bancario vigente a la fecha del pago.

c) Un tercer pago, correspondiente al quince por ciento (15%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día hábil del vencimiento del tercer (3er) semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses causados entre la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés bancario vigente a la fecha del pago.

d) Un último pago, correspondiente al cuarenta por ciento (40%) del valor total de la concesión, pagadero antes del último día hábil del vencimiento del cuarto (4º) semestre siguiente a la firma del contrato. Adicionalmente deberán cancelarse los intereses causados entre la fecha del pago anterior y este pago, calculados sobre el saldo de la deuda y liquidados con base en el interés bancario corriente vigente a la fecha del pago.

En caso que el concesionario cancele después de la fecha estipulada, pagará a la Comisión Nacional de Televisión los intereses de mora correspondientes, los cuales se liquidarán con base en la tasa máxima permitida por la Ley.

CLÁUSULA 7. PAGO DE LA COMPENSACIÓN. EL CONCESIONARIO, de conformidad con el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, deberá pagar 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 correspondiente periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario.

Asimismo deberá cancelar el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos mensuales, percibidos por concepto de pauta publicitaria.

CLÁUSULA 8.- FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN. EL CONCESIONARIO pagará la compensación de que trata la cláusula anterior trimestralmente a nombre de la **COMISIÓN**, en la siguiente forma:

A partir del inicio y explotación del servicio de televisión por suscripción correspondiente al primer trimestre del año 2000, de los ingresos causados entre el primero (1º) de enero y el treinta y uno (31) de marzo, dicho pago se efectuará antes o el día quince (15) de mayo; entre el primero (1º) de abril y el treinta (30) de junio, dicho pago se efectuará antes o el día quince (15) de agosto; entre el primero (1º) de julio y el treinta (30) de septiembre, dicho pago se realizará antes o el día quince (15) de noviembre y entre el primero (1º) de octubre y el treinta y uno (31) de diciembre, dicho pago se efectuará antes o el día quince (15) de febrero del año 2001 y así sucesivamente hasta el término de duración de la concesión.

El pago deberá estar acompañado por una certificación suscrita por el representante legal y el contador o revisor fiscal, según el caso, certificando los ingresos brutos recibidos durante el trimestre en cuestión por el cobro de suscripción mensual (discriminando tarifas y número de usuarios) y la pauta si es del caso.

En caso de que el concesionario incumpla las fechas de pago antes señaladas, deberá cancelar intereses de mora, correspondientes al doble del interés bancario corriente, sin que exceda la tasa máxima permitida por la Ley.

Asimismo, deberá informar mensualmente, dentro de los quince primeros días calendario del mes siguiente, el valor de las compensaciones a favor de la entidad, causadas en el mes anterior, debidamente certificadas.

En el evento en que la certificación e informe de que trata el presente numeral, no se alleguen a la Comisión dentro de los términos previstos, el **concesionario** se hará acreedor a las sanciones a que haya lugar por incumplimiento.

(...)

CLÁUSULA 12.- OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. En desarrollo del presente contrato, el concesionario se obliga a:

1. Pagar el valor de la concesión, tarifas, tasas, derechos y contribuciones que se señalan en el pliego de condiciones y en el presente contrato.

2. Pagar la compensación, de conformidad con lo expuesto en la cláusula 8 del presente contrato.

3. Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.

4. Colaborar con **LA COMISIÓN** en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y el servicio prestado en desarrollo del mismo sea de la mejor calidad.

5. Acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato le imparta **LA COMISIÓN**.

(...)

10. Observar estrictamente los principios constitucionales y los fines y principios del servicio público de televisión, especialmente los establecidos en el artículo 2 de la Ley 182 de 1995 en concordancia con el artículo 22 de la Ley 335 de 1996.

11. Enviar a la **COMISIÓN** una certificación trimestral suscrita por el representante legal y contador o revisor fiscal, según el caso, del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente en la prestación del servicio. Asimismo deberá informar mensualmente a la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los quince (15) primeros días calendario del mes siguiente, el valor de las compensaciones a favor de la Entidad, causadas en el mes anterior debidamente certificadas.

(...)

17. Cumplir con la reglamentación que expida la **COMISIÓN** respecto al servicio público de televisión por suscripción.

CLÁUSULA 13.- OBLIGACIONES DE LA COMISIÓN. LA COMISIÓN en virtud del presente contrato se obliga a adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión e imponer las sanciones pertinentes conforme las disposiciones legales contenidas en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996 y demás normas que los aclaren, modifiquen o adicionen, así como las normas concordantes.

(...)

CLÁUSULA 15.- INSPECCIÓN. LA COMISIÓN tendrá la facultad de supervisar e inspeccionar las instalaciones, el sistema y el servicio proporcionado por el **CONCESIONARIO** el cual deberá permitir el acceso a las mismas para dicha inspección. Asimismo, podrá realizar muestreos independientes, aleatorios y permanentes al sistema de quejas y reclamos. **EL CONCESIONARIO** descontará de la cuenta del suscriptor correspondiente al mes siguiente, el valor por concepto del tiempo que estuvo fuera de servicio.

CLÁUSULA 16. COMPENSACIÓN AL SUSCRIPTOR. Cuando la totalidad del servicio sea interrumpido por causas imputables al **CONCESIONARIO** por un lapso mayor a veinticuatro (24) horas consecutivas, éste no podrá cobrar suma alguna por la prestación del servicio durante el lapso de la interrupción, a los usuarios del mismo. Para tal efecto, **EL CONCESIONARIO** descontará de la cuenta del suscriptor correspondiente al mes siguiente, el valor por concepto del tiempo que estuvo fuera de servicio.

CLÁUSULA 17. INFORMACIÓN. EL CONCESIONARIO se obliga a proporcionar la información técnica, administrativa, estadística y financiera requerida por **LA COMISIÓN** de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias, y ésta se obliga a mantener la confidencialidad de aquellas que por su naturaleza sean reservadas.

(...)

CLÁUSULA 20. TERMINACIÓN, MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO. Cuando surjan motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato, que hicieren necesaria la interpretación, modificación y/o terminación unilateral de éste, se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, o a las normas que lo modifiquen, adicionen o aclaren.

(...)

CLÁUSULA 22. SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO. Cuando sobrevengan situaciones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobadas, se podrá, de común acuerdo entre las partes, suspender temporalmente la ejecución del contrato, mediante suscripción de un acta donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de la suspensión. Se reanudará una vez desaparezcan las causas que originaron la suspensión. **EL CONCESIONARIO** prorrogará la vigencia de la garantía única por un término igual al de la suspensión. En el acta de suspensión se expondrán los motivos que hayan dado lugar a la misma, la obligación del **CONCESIONARIO** de prorrogar la vigencia de la garantía única por un término igual al de la suspensión y de ser posible se fijará la fecha en la cual se reiniciará el servicio.

(...)

CLÁUSULA 24⁸³. MULTAS. LA COMISIÓN impondrá al CONCESIONARIO multas en caso de incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones estipuladas en este contrato, que a juicio de la COMISIÓN no amerite la declaratoria de caducidad, a menos que el contrato, las leyes o los reglamentos señalen una sanción específica diferente para la infracción. Las multas se impondrán en cada oportunidad en que se presenten hechos que determinen el incumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO para cuyo efecto se proferirá resolución motivada y para la determinación del monto de la multa o multas a imponer, que podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento, se tendrán en cuenta, entre otros factores la relevancia que a juicio de la Comisión tenga la obligación incumplida, la reiteración de la conducta y la incidencia de la misma en la afectación de los fines y principios del servicio de televisión.

CLÁUSULA 25⁸⁴. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. El presente contrato se liquidará de común acuerdo entre las partes al cumplimiento de su objeto o a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes, contados a partir de la fecha de terminación o del término de la prórroga o de la fecha de ejecutoria del acto administrativo que ordene su terminación. También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y

⁸³ La presente cláusula fue modificada por el otrosí No. 4 suscrito entre la Comisión Nacional de Televisión y la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A el día 12 de julio de 2002 en el que acordaron: "(...) CLÁUSULA TERCERA: Incluir en la cláusula 24 del contrato de concesión de televisión por suscripción No. 208 de 1999, el siguiente párrafo así: MULTAS (...) PARÁGRAFO: LA COMISIÓN impondrá multas sucesivas al CONCESIONARIO que incumpla sus obligaciones frente al sistema de seguridad social integral, parafiscales (cajas de compensación familiar, SENA e ICBF), hasta tanto se de cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 828 de 2003, por la cual se modificó el párrafo segundo del artículo 50 de la Ley 789 de 2002. El valor de las multas será de dos (2) a cinco (5) por ciento del valor de la concesión (...)" (Fls.288-289 C.3 y 31-34 C.4)

⁸⁴ La presente cláusula fue modificada por el otrosí No. 4 suscrito entre la Comisión Nacional de Televisión y la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A el día 12 de julio de 2002 en el que acordaron: "(...) CLÁUSULA CUARTA: Incluir en la cláusula 25 del contrato, el siguiente párrafo así: CLÁUSULA 25: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. PARÁGRAFO: La liquidación del contrato se sujetará a los términos y oportunidades establecidas en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y en las disposiciones concordantes de la Ley 446 de 1998. Para la liquidación del contrato, el concesionario deberá acreditar, con los soportes correspondientes, que se encuentra al día en el cumplimiento del pago de los aportes a sus empleados, anexando además la certificación expedida por el revisor fiscal, cuando éste exista de acuerdo con los requerimientos de la ley, o por el representante legal. Al momento de liquidar el presente contrato LA COMISIÓN verificará y dejará constancia del cumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO frente a los aportes mencionados durante su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas. En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, LA COMISIÓN deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dicho recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo defina el reglamento. (...)" (Fls.288-289 C.3 y 31-34 C.4)

reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para la liquidación se exigirá al **CONCESIONARIO** la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía única con el fin de avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

SI EL CONCESIONARIO no se presenta a la liquidación o las partes no llegaren a un acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por parte de **LA COMISIÓN** y se adoptará por acto administrativo susceptible del recurso de reposición.

(...)

CLÁUSULA 30. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y en el reglamento de la Corte de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá D.C., lugar en el cual funcionará y tendrá sede el Tribunal de acuerdo con las siguientes reglas: a. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes; si ello no fuere posible serán designados por la Corte de Arbitraje. b. La Organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. c. El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad.

(...).(Subrayado fuera del texto)

9.1.6 Ahora bien, con posterioridad a la suscripción del contrato antes citado, la Comisión Nacional de Televisión profirió el Acuerdo No. 003 de 13 de noviembre de 2001 por medio del cual se “*modifican las tarifas de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción y para las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital*”, según el cual⁸⁵:

“(...) **CONSIDERANDO**

Que de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 8 de la ley 335, modificadorio del artículo 43 de la ley 182 de 1.995, hasta la fecha de cesión de los contratos a la Comisión Nacional de Televisión, los concesionarios del servicio de televisión cerrada o por suscripción, seguirían cancelando la compensación a que se refiere el artículo 49 de la ley 14 de 1.991.

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

(...)

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

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

(...)

⁸⁵ Fls.300-301 C.3

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

ACUERDAN:

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

ARTICULO SEGUNDO: Modificar el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1.997, el artículo cuarto del Acuerdo 005 de 1.996 y los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Acuerdo 032 de 1.998, los cuales quedarán así:

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

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

Si el concesionario o la sociedad autorizada no presentan la respectiva autoliquidación dentro del término previsto en el presente artículo, la Comisión Nacional de Televisión, a través de la Subdirección Administrativa y Financiera, procederá a efectuar la correspondiente liquidación oficial, tomando como base la anterior autoliquidación presentada, incrementada en un diez por ciento (10%).

La no cancelación del valor de la compensación dentro del plazo señalado, causará a favor de la Comisión Nacional de Televisión la tasa máxima de interés moratorio certificada por la Superintendencia Bancaria.

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

ARTICULO QUINTO: Los concesionarios de televisión por suscripción y las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital o directa al hogar, con contrato actualmente vigente, tendrán plazo para suscribir el correspondiente otro sí hasta el 26 de diciembre de 2.001.

(...)"(Subrayado fuera del texto)

9.1.7 Pese al vencimiento del plazo otorgado por el Acuerdo 03 de 2001 - 26 de diciembre de 2001 (antes citado), el día 12 de julio de 2002 entre la Comisión Nacional de Televisión y la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A. suscribieron el otrosí No. 3⁸⁶ en el que acordaron modificar el contrato No. 208 de 1999, de la siguiente manera:

“(…) CONSIDERACIONES

(…)

SEGUNDA: *Que el artículo 8º de la Ley 335 de 1996, mediante la cual se modificó el artículo 43 de la Ley 182 de 1995, faculta a la Comisión para fijar el valor de la compensación que deben cancelar los concesionarios de televisión por suscripción para la explotación del servicio.*

TERCERA: *Que el artículo 6 de la Ley 680 de 2001, autoriza a la Comisión Nacional de Televisión para que revise, modifique y restructure los actuales contratos con los concesionarios de televisión por suscripción, en materia de rebaja de tarifas, forma de pago, adición de compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión.*

CUARTA: *Que con el fin de garantizar la normal prestación del servicio de televisión por suscripción, en desarrollo del artículo 6º de la Ley 680 de 2001, la Junta Directiva en sesión efectuada el 7 de noviembre de 2001, según consta en el acta No. 861, adoptó decisiones con respecto a los contratos de televisión por suscripción y expidió el Acuerdo No. 003 de noviembre 13 de 2001, mediante el cual modificó las tarifas por concepto de compensación.*

QUINTA: *Que le corresponde a la Comisión Nacional de Televisión, garantizar el recaudo de los valores causados por concepto de concesión y compensación, derivados de la adjudicación y explotación de los contratos de concesión para la operación y explotación del servicio de televisión por suscripción.*

SEXTA: *Que mediante Resolución No. 424 de mayo 7 de 2002 se fijaron las condiciones y el procedimiento para la celebración de acuerdos de pago de las obligaciones económicas en mora derivadas de los contratos de televisión por suscripción.*

SEPTIMA: *Que de conformidad con lo establecido en el artículo tercero de la Resolución 424 de mayo 7 de 2002, el incumplimiento en el pago de cualquiera de las cuotas pactadas en el acuerdo de pagos celebrado con una sociedad concesionaria, dará lugar a la declaración de plazo vencido de la totalidad del saldo insoluto de la obligación, a la declaratoria del siniestro para hacer efectivas las garantías que amparen el acuerdo de pagos, e iniciar las acciones legales pertinentes, en especial la declaratoria de la caducidad del contrato.*

OCTAVA: *Que la sociedad concesionaria **UNIÓN DE CABLE OPERADORES DEL CENTRO S.A** mediante comunicación radicada con el número 2479 de febrero 18 de 2002, solicitó la celebración de un acuerdo de pagos, manifestando las condiciones con arreglos a las cuales presentaba la correspondiente propuesta; esta solicitud fue retirada por comunicación 06555 de mayo 14 de 2002, las cuales fueron respondidas por la entidad.*

NOVENA: *Que mediante comunicación radicada con el número 09665 del 24 de junio de 2002, el **CONCESIONARIO** solicitó un acuerdo de pago de conformidad con lo previsto por la Resolución No. 424 del 7 de mayo de 2002, manifestando la constitución de un fideicomiso para garantizar el cumplimiento de las obligaciones objeto del acuerdo de pagos.*

(…)

⁸⁶ Fls.285-287, 515-519 C.3 y 26-30 C.4

ACORDAMOS

CLÁUSULA PRIMERA: Modificar la cláusula séptima del contrato de concesión de televisión por suscripción No. 208 de 1999, la cual quedará así:

CLÁUSULA 7.- PAGO DE LA COMPENSACIÓN: EL CONCESIONARIO deberá pagar directamente a la Comisión Nacional de Televisión como compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción, 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 período de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario.

Asimismo deberá cancelar el diez (10%) por ciento de los ingresos brutos mensuales, percibidos por concepto de pauta publicitaria.

CLÁUSULA SEGUNDA: Modificar la cláusula octava del contrato de concesión de televisión por suscripción No. 208 de 1999, la cual quedará así:

CLÁUSULA 8.- FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN: EL CONCESIONARIO pagará la compensación de que trata la cláusula anterior mensualmente. Para tal fin, deberá presentar dentro de los quince (15) días calendario siguiente al vencimiento del respectivo mes, una autoliquidación sobre los valores causados, la cual contendrá el número de usuarios y el valor de la tarifa cobrada, de conformidad con el anexo que forma parte integral del Acuerdo 003 de 2001, o de aquel que lo modifique o sustituya, debidamente suscrita por el representante legal y el contador o revisor fiscal, según el caso. **EL CONCESIONARIO**, tendrá un plazo máximo de quince días contados a partir de la fecha límite para presentar la correspondiente autoliquidación, para efectuar su pago.

Si el concesionario no presenta la respectiva autoliquidación dentro del término previsto en la presente cláusula, 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.

En el evento en que la autoliquidación de que trata la presente cláusula, no se allegue a la Comisión dentro del término previsto, **EL CONCESIONARIO** se hará acreedor a las sanciones a que haya lugar por incumplimiento.

(...)

CLÁUSULA CUARTA.- Modificar los numerales 6, 11 y 14 de la cláusula doce del contrato de concesión de televisión por suscripción No. 208 de 1999, los cuales quedarán así:

(...)

11.- Enviar a la **COMISIÓN** dentro de los quince (15) primeros días calendario siguientes al vencimiento del respectivo mes, la autoliquidación sobre los valores causados por concepto de compensación, debidamente firmada por el representante legal y el contador o revisor fiscal de la sociedad, según el caso, la autoliquidación deberá contener el número de usuarios y el valor de la tarifa cobrada de conformidad con el formato contenido en el anexo del Acuerdo 003 de 2001 o de aquel que lo modifique o sustituya.

(...)

CLÁUSULA SEXTA.- EL CONCESIONARIO podrá ejercer la facultad de renuncia y terminación anticipada del contrato de que trata el artículo 17 de la Ley 335 de 1996,

previo el cumplimiento de los requisitos y el procedimiento señalado por la Junta Directiva de la **COMISIÓN** (...). (Subrayado fuera del texto)

9.1.8 Asimismo la Sala observa que 18 de mayo de 2004 la Comisión Nacional de Televisión profirió el Acuerdo No. 002, a través del cual “fij[ó] la tarifa por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH)” y dispuso⁸⁷:

“CONSIDERANDO

Que mediante auto del 27 de marzo de 2003, el Consejo de Estado decretó la suspensión provisional de los efectos de las siguientes expresiones “los concesionarios de televisión por suscripción” “por parte de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción” “el concesionario” “si el concesionario” y “los concesionarios de televisión por suscripción”, de los artículos segundo, tercero y quinto del Acuerdo 003 de noviembre 13 de 2001, auto que fue confirmado mediante Auto No. 23410 de julio de 2003, el cual quedó ejecutoriado a partir del 12 de agosto de 2003.

Que mediante la circular 011 del 10 de septiembre de 2003 emitida por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se informó a los concesionarios de televisión por suscripción que en acatamiento del “auto de suspensión 23410 del 27 de marzo de 2003, proferido por la Sección Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, confirmado por auto del 24 de julio de 2003, ejecutoriado desde el 12 de agosto de 2003, la tarifa a pagar por concepto de compensación, será de acuerdo con el artículo 22 del Régimen Unificado de Contraprestaciones “una contraprestación porcentual anual por concepto de la prestación de los servicios concedidos y sin consideración del área de cubrimiento, equivalente al tres por ciento (3%) de los ingresos netos causados”.

Que la Corte Constitucional al decidir la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Director de la Comisión del artículo 6 (parcial) de la Ley 680 de 2001, en sentencia C-351 del 20 de abril de 2004 resolvió declarar exequible únicamente por el cargo analizado en la parte considerativa de la sentencia, el parágrafo del artículo 6º de la Ley 680 de 2001 “en el entendido de que el mismo sólo se trató de una suspensión temporal, por tres meses y por ende, el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995 se encuentra vigente” y declarar inexecutable la expresión acusada del último inciso del artículo 6º de la Ley 680 de 2001, el cual disponía que a los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción se aplicarían en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, para los servicios de telecomunicaciones establecidas en el Régimen Unificado para la fijación de contraprestaciones a favor del Estado.

(...)

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: CAMPO DE APLICACIÓN.- El presente acuerdo se aplica a los concesionarios de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH).

ARTÍCULO SEGUNDO: VALOR.- Los concesionarios de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH) pagaran directamente a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación del servicio, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario.

⁸⁷ Fls.307-308 C.3 y 181-184 C.4

ARTÍCULO TERCERO: FORMA DE PAGO.- El valor de la compensación deberá ser pagado mensualmente por parte de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH). Para tal fin, deberán presentar dentro de los quince días calendario los siguientes al vencimiento del respectivo mes, una autoliquidación sobre los valores causados, la cual contendrá el número de usuarios y el valor de la tarifa cobrada, de conformidad con el formato contenido en el anexo que forma parte integral del presente acuerdo; la autoliquidación deberá presentarse debidamente firmada por el representante legal y el contador o revisor fiscal de la sociedad, según el caso. El concesionario, tendrá un plazo máximo de quince días calendario contados a partir de la fecha límite para presentar la correspondiente autoliquidación, para efectuar su pago.

Si el concesionario no presenta 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 CUARTO: APLICACIÓN.- Las tarifas señaladas en este Acuerdo se aplicarán a partir de la autoliquidación que debe ser presentada por los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH), respecto de los valores causados desde la fecha de su entrada en vigencia. (...)."

9.1.9 En el mismo sentido se profirió la Circular No. 011 de 23 de mayo de 2005 mediante la cual la Comisión Nacional de Televisión dispuso⁸⁸:

"(...) En estricto acatamiento de los autos de suspensión del Acuerdo No. 002 de 2004 (...) proferidos por el Consejo de Estado el 2 de febrero de 2005, confirmados el 28 de abril de 2005 y ejecutoriados a partir del 17 de mayo del presente año, dentro de los expedientes 27727 y 28968 (acción de nulidad), la tarifa a pagar por concepto de compensación es del diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario, establecida en el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997 y en la cláusula 7 de los contratos de concesión (...)

En consecuencia la autoliquidación de la compensación con el diez por ciento (10%) se efectuará dentro de los primeros quince días siguientes a cada mes vencido a partir del 17 de mayo de 2005 y el concesionario tendrá un plazo máximo de quince (15) días calendario para realizar el pago, contados desde la fecha límite para presentar la correspondiente autoliquidación.

En relación con la base a la cual se aplicará el diez por ciento (10%) es decir la del total de los ingresos brutos causados, deberá tenerse en cuenta el formato de autoliquidación anexo al Acuerdo 002 de 2005, en razón a la decisión del Consejo de Estado en autos del 2 de febrero de 2005, confirmados el 28 de abril del año en curso (...).

Si el concesionario no presenta la respectiva autoliquidación dentro del término señalado, la Comisión Nacional de Televisión efectuará la liquidación oficial, por intermedio de la Subdirección Administrativa y Financiera tomando como base la anterior autoliquidación incrementada en un diez por ciento (10%).

⁸⁸ Fls.379-380 C.3

Se reitera a los concesionarios que conforme a las estipulaciones de los respectivos contratos de concesión de televisión por suscripción, el incumplimiento de la obligación a pagar dentro del plazo señalado, dará lugar a que se paguen los intereses moratorios correspondientes sin exceder la tasa máxima permitida en la ley y sin perjuicio de la imposición de sanciones pactadas contractualmente o establecidas en las disposiciones legales que rigen el servicio público de televisión.
(...)

9.1.10 Ahora, con relación al pago de la compensación obra el formato de autoliquidación de la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A, correspondiente al mes de julio de 2005⁸⁹:

“(...) causado”	Mes	julio de 2005				
No. Total de usuarios		314.235				
No. Total de usuarios activos		248.689				
No. de usuarios retirados		9.720				
No. Total de usuarios desconectados		55.826				
Tarifa promedio		26.631				
Concepto de ingresos	Código de cuenta contable PUC	Ingresos Brutos Causados (Base cálculo compensación)	Compensación (sobre base cálculo)	Ingresos brutos causados (base cálculo pauta)	Pauta publicitaria (sobre base cálculo)	
1. Ingresos operacionales	41	9,799,654,584	293,989,638	0	0	
2. Ingresos telecomunicaciones	4145	9,799,654,584	293,989,638	0	0	
3. Ingresos servicios de televisión por cable	414575	9,799,654,584	299,989,638	0	0	
4. Ingresos servicio mensual	41457501	9,572,078,377	287,162,351	0	0	
5. Ingresos por	41457503	119,197,708	3,575,931	0	0	

⁸⁹ Fls.434 C.3

afiliaciones					
6. Ingresos por derivaciones	41457504	41,117,443	1,233,523	0	0
7. Ingresos por traslados	41457510	15,809,458	474,284	0	0
8. Ingresos por reinstalaciones	N.A	0	0	0	0
9. Ingresos por reconexión	41457508	38,950,033	1,168,501	0	0
10. Ingresos por venta de revista	41457513	0	0	0	0
11. Ingresos por PPV	N.A	0	0	0	0
12. Ingresos arriendo codificadores	N.A	0	0	0	0
13. Ingresos por servicios técnicos	N.A	0	0	0	0
14. Ingresos por publicidad	N.A	0	0	0	0
15. Otros ingresos por servicios de televisión por suscripción	41457512	12,501,565	375,047	0	0
TOTALES (sumatoria numerales 4 a 15)		9,799,654,554	293,989,638	0	0".

9.1.11 Asimismo, la Sala prevé que el 8 de septiembre de 2005 el Subdirector Administrativo y Financiero de la Comisión Nacional de Televisión, realizó una visita a Cablecentro S.A, con el fin de “verificar la razonabilidad en el reporte del número de usuarios por cuanto para julio de 2005 se presentó una disminución de 17.282 usuarios” y en la que se encontró⁹⁰:

“(…) Al realizar un ejercicio para verificar la razonabilidad del reporte sobre el número de usuarios, se debe tener en cuenta las siguientes premisas:

1. El número total de usuarios totales como mínimo debe ser igual al mes anterior, pero nunca inferior.

2. Nunca se va a perder un usuario, ya que este se puede trasladar de usuario activo a usuario desconectado o a usuario retirado o viceversa.

⁹⁰ Fls.406-416 C.3

Teniendo en cuenta estas premisas, se verificó la información reportada de enero a julio de 2005 (cuadro 4), encontrando injustificado el aumento de usuarios desconectados para abril de 2005 de 32.354 usuarios que necesariamente no se sabe de donde salieron, ya que no se afectaron en la misma proporción los usuarios activos ni los retirados.

Siguiendo este mismo procedimiento y teniendo en cuenta que para julio disminuyeron los usuarios desconectados en 5.106 y aumentaron los usuarios retirados en 1.874, se tiene un aumento neto de 3.232 usuarios que sumados a los usuarios activos de junio de 265.971, daría para julio un total de usuarios activos de 269.203 y no de 248.689 como fue reportado.

Indagando al concesionario sobre las causas de la disminución del número de usuarios para julio (se incluye acta de visita), afirmaron que se debió a una necesidad de generar más recaudos ya que las metas no se cumplirían. Esta decisión implicó que la facturación de julio se adelantara generando un mayor número de usuarios para junio, y que para julio no tuvieron en cuenta ese mayor número de usuarios. Sin embargo, una decisión que tenía como objetivo aumentar el recaudo (efectivo), no tiene por qué influir en el conteo del número de usuarios, ya que realmente la facturación se expidió con fecha del 1 de julio y se causó en el mismo mes, tal y como lo informó el concesionario.

Dentro de la información solicitada al concesionario “usuarios de junio y julio”, existen inconsistencias, con respeto a los libros de contabilidad así:

Para junio en la contabilidad están registrados los usuarios e ingresos para las oficinas de Kennedy, agencia comercial Córdoba, agencia comercial Sucre, agencia comercial Activisión y estos no fueron incluidos dentro del listado de usuarios.

Igual hecho sucede para julio en el cual se registran en la contabilidad los ingresos y usuarios de las agencias principal, agencia comercial Córdoba, agencia comercial Sucre, agenda comercial Activisión y estos no se incluyeron en el listado de usuarios. Los ingresos de la Agencia Mocoa se incluyen en el listado de usuarios y no se incluyen en la contabilidad.

(...)

CONCLUSIONES

1.- Los ingresos totales reportados a la CNTV se han incrementado mensualmente, con excepción de abril en donde disminuyeron en un 0.48%. No necesariamente el incremento en los ingresos se debe al aumento del número de usuarios, ya que el aumento de estos últimos no guarda la misma proporción con el aumento de los primeros. De igual manera, no se puede determinar la forma como el concesionario calcula los ingresos que reporta la CNTV, ya que al multiplicar la tarifa promedio reportada por el número de usuarios activos, existen diferencias significativas.

2.- Presumiblemente, el número de usuarios activos para julio debería ser de 269.203 usuarios aproximadamente y no de 248.689 como fue reportado. La cifra de 269.203 se fundamenta en que dentro del reporte se establece que los usuarios desconectados disminuyeron en 5.106 y aumentaron los usuarios retirados en 1.874 para un aumento neto de 3.232 usuarios que sumados a los usuarios activos de junio de 265.971, daría para julio un total de usuarios activos de 269.203.

3.- En la muestra tomada de las oficinas de Anapoima, Calle 80 y ciudad Montes, se pudo establecer que los nuevos usuarios de junio el concesionario sólo los incluyó hasta julio. También se pudo establecer que tanto para junio como para julio no se incluyeron usuarios activos.

4.- Las facturas expedidas por Cablecentro cumplen con los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario para el “contenido y requisitos de la factura”. Al tomar una muestra aleatoria de la facturación – obtenida de 3 usuarios y no con el concesionario

directamente – se pudo constatar que sólo a uno de ellos le incrementaron la tarifa en un 5.71% para septiembre de 2005. (...)”.

9.1.12 El mismo 8 de septiembre de 2005, se elaboró el Acta de visita administrativa al concesionario Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A realizada por la Comisión Nacional de Televisión, en la que se encontró⁹¹:

“(...) Para verificar la información sobre los ingresos de julio de 2005, Luis Eduardo Campos le solicitó al doctor correa, copia de los siguientes documentos:

- Listado de la totalidad de usuarios de junio y julio, en el cual se incluya el código de usuario, la ubicación del usuario (por unidad de negocio), y la situación actual.

- Copia del balance a nivel de cuenta de marzo y julio de 2005.

- Ingresos por unidad de negocio de marzo y julio de 2005.

Para llevar a cabo la prueba de facturación se solicitó montar las bases de datos de julio, prueba que se llevará a cabo el día 8 de septiembre.

En revisión preliminar de la documentación aportada, se presenta el siguiente cuestionario para ser respondido por Cablecentro:

1.- ¿Por qué se presenta una diferencia de 17.282 usuarios activos, en julio? La diferencia se presenta debido a que Cablecentro tomó la decisión estratégica de adelantar 5 días de facturación, la compañía tiene previsto generar el proceso de facturación el día 23 de todos los meses de tal forma que le llegue al usuario el día 25 de cada mes aproximadamente. Durante junio este proceso se llevó a cabo el día 18 originando que el día 20 los clientes procedieran a ejecutar el pago. Esta decisión afectó el conteo de clientes activos durante junio, existiendo un mayor número de clientes, sin embargo, la facturación sale emitida con fecha 1 de julio y se causan este mismo mes. Los clientes que se reportaron de más en junio no se tuvieron en cuenta en el conteo de julio, por lo cual se origina la disminución el cual se observa en el reporte a la CNTV. Esta situación se normaliza en agosto.

2.- ¿Al disminuir el número de usuarios activos, por qué los ingresos no disminuyen, sino que por el contrario aumentan? A pesar de que la facturación se emitió 3 días, esta se causó con fecha del 1 de julio. Cablecentro tiene el sistema de facturación anticipada y así los pagos con cargos a esta facturación se registran en la cuenta del pasivo: “ingresos recibidos por anticipado”.

3.- ¿A que corresponde el menor valor de ingresos de la cuenta 4145 “transporte, almacenamiento y comunicaciones” por \$450.389.236 para julio de 2005? Este valor corresponde a notas de crédito por servicios no prestados, reclasificaciones entre áreas de negocios, que se compensan con créditos dentro de la misma cuenta”.

9.1.13 Ahora bien, el 21 de septiembre de 2005 nuevamente la Comisión Nacional de Televisión profiere el Acuerdo No. 003 “por el cual se fija la tarifa por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH)”⁹², según el cual:

⁹¹ Fls.419-420 C.3

⁹² Fls.304-306 y 381-387 C.3

“(…) ARTÍCULO PRIMERO: CAMPO DE APLICACIÓN. El presente Acuerdo se aplica a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH).

ARTÍCULO SEGUNDO: VALOR DE LA COMPENSACIÓN. Los concesionarios de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH), pagarán directamente a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación de la concesión, el diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes de la prestación del servicio de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH) en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el periodo de causación, por los valores cobrados al usuario.

Para la determinación del valor de la tarifa, el total de los ingresos brutos mensuales provenientes de la prestación, incluye pagos por afiliaciones, derivaciones, traslados, reinstalaciones, reconexiones, publicidad, servicio técnico, cargo básico, programas especiales, paquete por ver, arriendo o venta de decodificadores, cobros periodicos o sucesivos asociados con el servicio y en general, la totalidad de los valores que el suscriptor cancele al concesionario, relacionados con la prestación del servicio de televisión por suscripción.

PARÁGRAFO: Los operadores zonales del servicio de televisión por suscripción cableada deberán informar, adjunto al formato de autoliquidación y de manera desagregada, el número de suscriptores correspondiente a cada una de las ciudades servidas, de tal forma que la sumatoria de éstos corresponda exactamente al total reportado para la zona respectiva.

ARTÍCULO TERCERO: FORMA DE PAGO. El valor de la compensación deberá ser pagado mensualmente por los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, cableada y satelital al hogar (DTH). Para tal fin, deberán presentar dentro de los quince días calendario siguiente al vencimiento del respectivo mes, una autoliquidación sobre los valores causados, la cual contendrá el número de usuarios y los montos cobrados; la autoliquidación deberá presentarse debidamente firmada por el representante y el contador o revisor fiscal de la sociedad o empresa, según el caso. El concesionario deberá efectuar el pago de la compensación en un plazo máximo de quince días calendario contados a partir de la fecha límite para presentar la correspondiente autoliquidación.

Si el concesionario no presenta la 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 compensación del mes inmediatamente anterior, 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 CUARTO: APLICACIÓN. Las tarifas señaladas en este Acuerdo, se aplicarán a partir de la autoliquidación que debe ser presentada por los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, cableada o satelital directa al hogar (DTH), respecto de los valores causados desde la fecha de la entrada en vigencia del presente Acuerdo.

PARÁGRAFO PRIMERO: La Subdirección Administrativa y Financiera con fundamento en lo previsto en el artículo segundo de este Acuerdo, elaborará el formato de autoliquidación que deberán presentar los concesionarios mensualmente para el pago de la compensación.

PARÁGRAFO SEGUNDO: *Por la Secretaría General remítase copia del presente Acuerdo y del formato de autoliquidación a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH) y por la Subdirección de Asuntos Legales, a las aseguradoras que han garantizado las obligaciones contraídas por los concesionarios en cada uno de dichos contratos. (...).* (Subrayado fuera del texto)

9.1.14 Seguidamente, en el orden cronológico del material probatorio obrante en el plenario, la Sala encuentra copia auténtica del Acta No. 1277 de 3 de octubre de 2006⁹³ de la reunión de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión en la que, sin especificar los hechos a los que se refiere, determinó:

“(...) La Junta Directiva, en atención a la investigación adelantada por la Oficina de Regulación de la Competencia, determina:

PRIMERO: IMPONER SANCIÓN al Concesionario Cablecentro S.A consistente en multa en un porcentaje del cinco por ciento (5%) del valor actualizado del contrato equivalente a la suma de noventa y un millones trescientos veintidós mil seiscientos setenta pesos (\$91.322.670) moneda corriente, por no realizar la liquidación de la compensación sobre la totalidad de los ingresos brutos provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de televisión por suscripción y los inherentes al mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Acuerdo 014 de 1997, al infringir lo dispuesto en el artículo 2 del Acuerdo 003 de 2001 y el artículo 2 del Acuerdo 002 de 2004 y la cláusula séptima del contrato de concesión No. 208 de 1999. Parágrafo: Dicha multa deberá pagarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria del acto administrativo. (...). (Subrayado fuera del texto)

9.1.15 La orden otorgada por la Junta Directiva de la CNTV se materializó en la Resolución No. 1017 de 4 de octubre de 2006 proferida por la Comisión Nacional de Televisión por medio de la cual: (i) se le impuso una multa a la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A equivalente al 5% del contrato No. 208 de 1999 por no realizar la compensación sobre la totalidad de los ingresos brutos provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de televisión, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 014 de 1997, modificado por el Acuerdo 003 de 2001 y 002 de 2004 y en el contrato de la referencia; (ii) y le ordenó al concesionario Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A realizar la liquidación de la compensación sobre la totalidad de los ingresos brutos provenientes de la prestación del servicio de televisión⁹⁴, sin especificar cual sería el Acuerdo con fundamento en el cual debía realizarse dicha liquidación.

Al respecto debe preverse que aunque la Sanción aquí impuesta recayó sobre el contrato 208 de 1999, los hechos que dieron lugar a la sanción corresponden al año 2003 y versan sobre”

“(...) el resultado del análisis de las cuentas contables (...) estableció que el concesionario Cablecentro S.A. (sic), hasta el mes de septiembre de 2003 no incluyó la totalidad de los ingresos brutos base de liquidación de la compensación, es decir, los valores que se perciben por la prestación del servicio de televisión por suscripción y los inherentes al mismo. (...) solamente incluyó como ingresos brutos base de la liquidación,

⁹³ Fls. 342-377 C.3

⁹⁴ Fls.524-540 C.3

[aquellos] provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de televisión por suscripción, el valor correspondiente a la tarifa de suscripción cobrada al usuario, no incluyó otros ingresos que igualmente provienen exclusivamente de la prestación del servicio de televisión” (Subrayado fuera del texto)

9.1.16 El acto administrativo antes descrito fue modificado mediante la Resolución No. 0104 de 6 de febrero de 2007, en el sentido de especificar que Cablecentro debía realizar la liquidación de la compensación con aplicación del Acuerdo 003 de 2005⁹⁵.

9.1.17 Entre tanto, el 24 de noviembre de 2006 se había proferido el Acuerdo No. 10 por medio del cual la Comisión Nacional de Televisión estableció con relación al pago de la compensación lo siguiente⁹⁶:

*“(…) **Artículo 23.- Pago de compensación:** El concesionario pagará a la Comisión Nacional de Televisión un valor por compensación como contraprestación por el derecho a la explotación del servicio público de televisión en la forma y condiciones previstas en el Acuerdo 03 de 2005 o en las normas que lo modifiquen, complementen o adicionen”.*

9.1.18 Ahora, Por hechos correspondientes al año 2005 se adelantó otro procedimiento administrativo. El 7 de septiembre de 2007 la Comisión Nacional de Televisión profirió el Auto No. 178 por medio del cual resolvió “adelantar actuación administrativa en contra del concesionario Cablecentro S.A de conformidad (...)”⁹⁷, por los hechos previstos en la visita realizada los días 30 de agosto y 8 de septiembre de 2005, con el objeto de verificar la disminución en el número de usuarios en los meses de junio y julio de 2005, en consideración a:

“(…) Analizado el informe de visita presentado por la Subdirección Administrativa y Financiera, se desprende que el concesionario presuntamente estaría incurrido en una falta en los términos del artículo 41 del Acuerdo 014 de 1997, al desconocer lo dispuesto en el artículo 36 del mismo acuerdo modificado por el artículo 2 del Acuerdo 003 de 2001 y el artículo 2 del Acuerdo 002 de 2004 y en la cláusula séptima del contrato de concesión No. 208 de 1999, en la medida en que no se pudo determinar la forma en que el concesionario realiza la liquidación de la compensación, toda vez que para el mes de julio del año 2005 se presentó una disminución en el número de usuarios reportados a la CNTV que no se justifica contablemente así como tampoco existe proporción en el incremento de los ingresos con el aumento de los usuarios.

Según consta en el informe de visita practicada por la Subdirección Administrativa y Financiera se revisó entre otros el procedimiento sobre la facturación y los ingresos totales reportados; realizó el comparativo de ingresos reportados vrs. Usuarios activos por tarifa promedio reportada; examinó los usuarios reportados y efectuó el comparativo de usuarios de los meses de junio y julio por el concesionario.

En lo que se refiere al procedimiento sobre la facturación el concesionario informó que en forma general se realiza el día 20 de cada mes de manera anticipada; cada oficina la reporta a través de un archivo único y el documento físico en forma diaria y masiva cuando ésta es recopilada en forma mensual.

Sobre los ingresos totales reportados, existe un aumento a excepción del mes de abril los cuales disminuyeron en un 0.48% con respecto al mes anterior.

⁹⁵ Fls.543-566 C.3

⁹⁶ Fls.311-325 C.3

⁹⁷ Fls.451-455 C.3

En cuanto al reporte de los usuarios de junio y julio y la tarifa cobrada a cada uno de los usuarios, se estableció que debió causar "ingresos por servicio mensual" en junio por de \$7.668.590.448 respecto de 265.970 usuarios y para el mes de julio por \$7.112.435.161 frente a 248.688 usuarios, aproximadamente y lo reportado a la CNTV en el mes de junio fue de \$9.140.981.985 por 265.971 usuarios y para julio \$9.572.078.377 correspondiente a 248.689 usuarios.

De otra parte, en el mes de julio disminuyeron los usuarios desconectados en 5.106 y aumentaron los usuarios retirados en 1.874, por lo tanto se tiene un incremento neto de 3.232 que sumados a los usuarios activos de junio de 265.971, daría para julio un total de usuarios de 269.203 y no de 248.689 como fue reportado.

Con respecto a las causas sobre la disminución de usuarios para julio, el representante del concesionario de televisión por suscripción informó que se debió a una necesidad de generar más recaudos ya que las metas no se cumplirían. Esta decisión implicó que la facturación de julio se adelantara generando un mayor número de usuarios para junio y para el mes de julio no se tuvieron en cuenta.

Finalmente se realizó un comparativo de usuarios de los meses de junio y julio correspondientes a tres (3) oficinas (calle 80, ciudad montes y Anapoima) del cual se pudo concluir que, la disminución total de usuarios de junio a julio fue de 17.282, la cual obedeció a que no se incluyeron en junio nuevos usuarios y en el mes de julio no se incluyeron usuarios activos de mayo y junio.

Así las cosas, se tiene que de acuerdo con la información verificada en el desarrollo de la diligencia administrativa, se concluye que, no existe proporción en el incremento de los ingresos con el aumento del número de usuarios, por ejemplo, en el mes de junio debió causar la suma de \$7.668.590.448 respecto de 265.970 usuarios y realmente lo reportado por el concesionario a la CNTV en el mes de junio fue de \$9.140.981.985 por 265.971 usuarios.

(...)"(Subrayado fuera del texto)

Es de anotar que de conformidad con los artículo 34 y 35 del C.C.A. y con el fin de garantizar los derechos a la defensa y debido proceso, esta decisión dispuso correr traslado al concesionario por el término legal de 10 días hábiles, para que presentara sus explicaciones y solicitara y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer.

9.1.19 En efecto de lo anterior, el 12 de septiembre de 2007⁹⁸ la CNTV remitió a Cablecentro la comunicación a través de la cual le solicitó hacerse presente en sus oficinas para notificarle personalmente el auto No. 178 de 7 de septiembre de 2007 y le comunicó que legalmente disponía de 10 días hábiles para presentar sus alegatos, solicitar y aportar las pruebas pertinentes.

9.1.20 Sin embargo la notificación del auto No. 178 de 2007 solo se dio hasta el día 18 de noviembre de 2007, mediante la fijación de Edicto que fue desfijado el 20 de noviembre del mismo año⁹⁹.

⁹⁸ Fl. 456 C.3.

⁹⁹ Fls.492-493 C.3

9.1.21 El 29 de abril de 2008, mediante oficio No. ER6410, Cablecentro presentó los alegatos y excepciones correspondientes al Auto No. 178 de 2007 en donde dijo aclarar que las diferencias registradas en la Comisión Nacional de Televisión “obedecieron a razones netamente de distribución y concepto de usuarios activos e inactivos”, frente a lo cual vale advertir que la prueba se encuentra incompleta y que con dicha comunicación no se allegó soporte alguno que sustente las explicaciones expuestas por el concesionario ni éste solicitó la práctica de pruebas.

9.1.22 El mismo 29 de abril de 2008, la Comisión Nacional de Televisión produjo el informe de la investigación administrativa adelantada contra de la Sociedad Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A., en el que se estableció¹⁰⁰:

“(…) El concesionario Cablecentro S.A para el mes de julio de 2005 presentó una disminución en el número de usuarios reportados a la Entidad que no se justifica contablemente, en la medida que para el mes de julio disminuyó el número de usuarios desconectados en 5.106 y aumentó el número de usuarios retirados en 1.874, lo cual generó un incremento neto de 3.232 usuarios, que sumados a los usuarios activos (265.971) del mes de junio de 2005, para el mes de julio totalizarían 269.203 usuarios y no 248.689. Circunstancia de la cual se desprende la inconsistencia entre el incremento de los ingresos y el aumento de los usuarios, y el hecho de que el concesionario no tuvo en cuenta 20.514 usuarios en la base de liquidación de la compensación, y que de haberlo hecho, el valor a pagar por dicho concepto a la Comisión Nacional de Televisión, hubiera sido superior.

A folio 30 del expediente se evidencia, que no obstante Cablecentro S.A en la autoliquidación del mes de agosto de 2005 reportó a la Entidad un ingreso bruto de \$9.572.078.377, correspondiente al mes de julio de 2005 como base de la liquidación del valor a pagar por concepto de compensación, sólo tuvo en cuenta como parte del cálculo 248.689 usuarios, según dejando de incluir los 20.514 usuarios aludidos.

Es de aclarar que se entiende que el valor cancelado a la CNTV se haya incrementado en la medida que existen factores distintos a la tarifa que constituyen ingresos sobre los cuales se calcula el valor de la compensación.

Aparece entonces probado, que Cablecentro S.A dejó de reportar 20.514 usuarios a la Comisión Nacional de Televisión, los cuales multiplicados por el valor de la tarifa promedio (\$26.631) que para la época cobraba el mencionado operador, arroja la cifra de \$546.308.334, cifra que no hizo parte de los ingresos brutos sobre los cuales el concesionario efectuó la autoliquidación y canceló la compensación.

(…)

De acuerdo con la norma anterior, el concepto de ingreso abarca la totalidad de los hechos generadores de recursos, provenientes de la actividad o actividades que desarrolla el ente económico. La calificación de ingreso bruto implica entonces que el ingreso se toma en su integridad, sin disminuciones de ningún tipo que afecten los valores producidos por la prestación del servicio y de sus aleatorios. Circunstancia contable por la que el concesionario Cablecentro S.A debió tener en cuenta la totalidad de los ingresos obtenidos por concepto de usuarios, en el cálculo de la compensación a pagar a la Comisión Nacional de Televisión.

(…)

DETERMINACIÓN Y DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

(…)

Esta oficina encuentra que la falta cometida por el concesionario Cablecentro S.A es grave, en la medida que infringió sin justificación atendible disposiciones de orden legal,

¹⁰⁰ Fls.502-511 C.3

reglamentario y contractual de alta trascendencia, toda vez que la inconsistencia de la liquidación del valor que sirve de base para el pago de la compensación a la Comisión Nacional de Televisión, trae consigo el incumplimiento grave del contrato de concesión suscrito con la entidad, así como de la reglamentación expedida para la prestación del servicio público de televisión por suscripción, generando consecuencias económicas en su contra.

(...)

Así las cosas y en virtud de los criterios expuestos para la aplicación de la sanción y que el concesionario Cablecentro S.A no registra antecedentes por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acuerdo 014 de 1997 por las que se procede, resulta pertinente imponerle sanción de multa teniendo como referente el valor actualizado del contrato de concesión a la fecha de ocurrencia de los hechos investigados.

(...)

VI. RECOMENDACIÓN

La Oficina de Regulación de la Compensación recomienda a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, imponer al concesionario de televisión por suscripción Cablecentro S.A sanción del veinte (20%) del valor actualizado del contrato a la fecha de ocurrencia de los hechos.

(...).(Subrayado fuera del texto)

Adicionalmente el informe rendido por la Comisión estableció que “la apoderada del concesionario Cablecentro S.A., mediante comunicación No. ER6410 del 29 de abril de 2008, por fuera del término legal presentó explicaciones tendientes a desvirtuar el auto de adelantamiento de actuación administrativa No. 178 del 7 de septiembre de 2007”. (Subrayado fuera del texto)

9.1.23 Como consecuencia de la actuación administrativa antes surtida, el 31 de julio de 2008 la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, mediante la Resolución No. 953, resolvió¹⁰¹:

*“(...) **ARTICULO SEGUNDO: IMPONER SANCIÓN** al Concesionario CABLECENTRO S.A por infringir lo establecido en el artículo 36 del Acuerdo No. 014 de 1997 y la cláusula 7ª del contrato de concesión No. 208 de 1999 suscrito con la CNTV consistente en multa del veinte por ciento (20%) del valor actualizado del contrato la cual asciende a la suma de trescientos noventa y dos millones quinientos un mil diez pesos con cuatro centavos moneda corriente (\$392.501.010.4 M/cte), por las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.*

PARAGRAFO: *El concesionario deberá pagar el valor de la multa impuesta dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo.*

(...)”.

Como fundamento de su decisión, la Comisión Nacional de televisión adujo:

*“(...) – **Competencia***

Al tenor de lo dispuesto en el literal b) del artículo 5º y literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión ejercer la inspección, vigilancia, seguimiento y control a la prestación del servicio público de televisión, para lo cual puede adelantar las investigaciones administrativas e imponer las sanciones, si a ello hubiere lugar, a los concesionarios de espacios de televisión, a los operadores del servicio y a los contratistas de los canales regionales, por violación de sus obligaciones

¹⁰¹ Fls.6-19 C.2, 388-404, 537-600 C.3 y 35-48 C.4

contractuales, o por trasgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o las de la Comisión relacionadas con el servicio.

- Consideraciones sobre la responsabilidad y sobre las explicaciones del concesionario.

Del análisis de los hechos objeto de investigación, de los documentos allegados a la misma y con base en la normatividad vigente sobre la materia, la Oficina de Regulación de la Competencia procede a efectuar las siguientes consideraciones:

La cláusula 12 del contrato de concesión No. 208 del 20 de diciembre de 1999, establece en el numeral 17 dentro de las obligaciones del concesionario Cablecentro S.A., la de cumplir con la reglamentación que expida la Comisión respecto al servicio de televisión por suscripción.

Por su parte, el Acuerdo 014 de 1997, reglamentario del servicio de televisión por suscripción, en su artículo 36 estableció respecto a la liquidación y pago de la compensación que “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 correspondiente periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario”.

Mediante el artículo 2º del Acuerdo 003 del 13 de noviembre de 2001, la CNTV modificó el inciso primero del Artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997 fijando como valor de la compensación el 7.5% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario.

En punto de la reglamentación del servicio de televisión por suscripción como es el caso de la sociedad Cablecentro S.A., conviene precisar que a la fecha en que se evalúan las diligencias, fueron expedidos por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión los Acuerdos 03 de 2005 y 010 de 2006. Por el primero de ellos “se fija la tarifa por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción cableada y satelital directa al hogar (DTH)”, el cual modificó el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997. Por el segundo, a partir de su expedición, 24 de noviembre de 2006, se derogó entre otros el Acuerdo 014 de 1997 y demás normas que le sean contrarias a la nueva reglamentación. En vista de la expedición de los Acuerdos señalados que modificaron la reglamentación al nuevo régimen que reglamentó en forma integral la prestación del servicio de televisión por suscripción.

En principio cabe afirmar que la situación fáctica está referida a hechos sucedidos bajo la vigencia del Acuerdo No. 014 de 1997, modificado por el Acuerdo 002 de 2004, pero como quiera que el Acuerdo No. 010 de 2006 consagra el principio de legalidad y de favorabilidad en el artículo 46, habrá que reseñar lo pertinente.

El artículo 41 del Acuerdo 014 de 1997 define como falta: “toda conducta o comportamiento realizado o ejecutado por el operador del servicio de televisión por suscripción que sea contraria a la Constitución, la Ley y a lo dispuesto en el presente Acuerdo, y a todas aquellas normas que los modifiquen adicionen o reformen”.

En materia de compensación el Acuerdo 010 de 2006, en el artículo 23 estableció a cargo del concesionario un pago en la forma y condiciones previstas en el Acuerdo 003 de 2005 y en cuanto a las faltas reiteró en similares términos la norma contemplada en el Acuerdo 014 de 1997.

En este orden de ideas, se tiene en relación con la conducta que a través de Auto 178 del 7 de septiembre de 2007, se adelantó actuación administrativa contra el

concesionario Cablecentro S.A. con fundamento en el informe de visita emitido por la Subdirección Administrativa y Financiera.

Lo anterior, por cuanto la información contenida en dicho informe evidenció objetivamente la conducta probable en la que pudo incurrir el concesionario investigado, en la medida que en el mismo se dice "que no se pudo determinar la forma en que el concesionario realiza la liquidación de la compensación, toda vez que para el mes de julio del año 2005 se presentó una disminución en el número de usuarios reportados a la CNTV que no justifica contablemente así como tampoco existe proporción en el incremento de los ingresos con el aumento de los usuarios".

Ahora bien, conforme al análisis y valoración del informe de visita contenido en el memorando No. IE10408 del 13 de octubre de 2005, y las autoliquidaciones de los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2005, en conjunto con el acta de visita y los cuadros comparativos de los usuarios reportados para los meses de junio y julio de 2005, que reposan en el expediente subexamine, se deduce con certeza que el concesionario Cablecentro S.A para el mes de julio de 2005 presentó una disminución en el número de usuarios reportados a la Entidad que no se justifica contablemente, en la medida que para el mes de julio disminuyó el número de usuarios desconectados en 5.106 y aumentó el número de usuarios retirados en 1.874, lo cual generó un incremento neto de 3.232 usuarios, que sumados a los usuarios activos (265.971) del mes de junio de 2005, para el mes de julio totalizarían 269.203 usuarios y no 248.689. Circunstancia de la cual se desprende, la inconsistencia entre el incremento de los ingresos y el aumento de los usuarios, y el hecho de que el concesionario no tuvo en cuenta 20.514 usuarios en la base de liquidación de la compensación, y que de haberlo hecho, el valor a pagar por dicho concepto a la Comisión Nacional de Televisión, hubiera sido superior.

A folio 30 del expediente se evidencia, que no obstante Cablecentro S.A en la autoliquidación del mes de 2005 reportó a la Entidad un ingreso bruto de \$9.572.078.377, correspondiente al mes de julio de 2005 como base de la liquidación del valor a pagar por concepto de compensación, sólo tuvo en cuenta como parte del cálculo 248.689 usuarios, dejando de incluir los 20.514 usuarios aludidos.

Es de aclarar que se entiende que el valor cancelado a la CNTV se haya incrementado en la medida que existen factores distintos a la tarifa que constituyen ingresos sobre los cuales se calcula el valor de la compensación.

Aparece entonces probado, que Cablecentro S.A. dejó de reportar 20.514 usuarios a la Comisión Nacional de Televisión, los cuales multiplicados por el valor de la tarifa promedio (\$26.631) que para la época cobraba el mencionado operador, arroja la cifra de \$546.308.334, cifra que no hizo parte de los ingresos brutos sobre los cuales el concesionario efectuó la autoliquidación y canceló la compensación.

Al respecto, el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993 define los ingresos brutos de la siguiente manera:

"(...) Ingresos. Los ingresos representan flujos de entrada de recursos, en forma de incrementos del activo o disminuciones del pasivo o una combinación de ambos, que generan incrementos en el patrimonio, devengados por la venta de bienes, por la prestación del servicio o por la ejecución de otras actividades realizadas dentro de un periodo, que no provienen de los aportes de capital. (...)".

De acuerdo con la norma anterior, el concepto de ingreso abarca la totalidad de los hechos generadores de recursos, provenientes de la actividad o actividades que desarrolla el ente económico. La calificación de ingreso bruto implica entonces que el ingreso se toma en su integridad, sin disminuciones de ningún tipo que afecten los valores producidos por la prestación del servicio y de sus aleatorios. Circunstancia contable por la que el concesionario Cablecentro S.A debió tener en cuenta la totalidad

de los ingresos obtenidos por concepto de usuarios, en el cálculo de la compensación a pagar a la Comisión Nacional de Televisión.

Ahora bien, en relación con los argumentos relacionados con la buena fe expuestos en forma extemporánea por la apoderada del concesionario Cablecentro S.A es del caso manifestar que los mismos no son de recibo para esta oficina, en la medida que la buena fe no sirve de excusa de una conducta constitutiva de falta administrativa, máxime cuando el informe de la visita es diáfano en demostrar con certeza la configuración objetiva de la conducta y la responsabilidad administrativa del mencionado operador.

En consecuencia y con base en las consideraciones efectuadas, ésta Oficina encuentra procedente imponer sanción a la sociedad Cablecentro S.A de acuerdo a lo previsto en el artículo 12 literal h) de la Ley 182 de 1995, que establece como sanción por la trasgresión de las disposiciones legales y/o reglamentarias, multa proporcional al incumplimiento y al valor actualizado del contrato de concesión, por incumplir el artículo 36 ibidem del Acuerdo 014 de 1997, modificado por el artículo 2 del Acuerdo 003 de 2001 y el artículo 2 del Acuerdo 002 de 2004, en concordancia con la cláusula 7ª del contrato de concesión No. 208 de 1999.

- Determinación y dosificación de la sanción.

El artículo 12 literal h) de la Ley 182 de 1995, establece: Son funciones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión:

“Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la Ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por trasgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de la Comisión relacionadas con el servicio.

Para tales efectos, y en relación con las concesiones originadas en un contrato, la Junta Directiva de la Comisión decretará las multas pertinentes por las violaciones mencionadas, en aquellos casos en que considere fundadamente que las mismas no merecen la declaratoria de caducidad del contrato. Ambas facultades se considerarán pactadas así no estén expresamente consignadas en el convenio.

(...)

Igualmente, la Junta Directiva podrá imponer la sanción de suspensión de la concesión hasta por seis (6) meses o la cancelación definitiva cuando la trasgresión de las disposiciones legales y reglamentarias de la Comisión así lo acrediten (...).

Para el ejercicio de la facultad la Junta Directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión”.

A su turno, el artículo 41 del Acuerdo 014 de 1997 prevé como criterio para efectos de graduar la sanción:

“Los antecedentes del infractor, el grado de perturbación del servicio, la naturaleza y efectos de la falta, las circunstancias de los hechos que dieron lugar a esta y la reincidencia”.

Ahora bien, el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997 establece como sanción por presentarse inconsistencia en el número de suscriptores declarado por el concesionario la de caducidad del contrato de concesión No. 208 de 1999.

No obstante lo anterior, el otrosí número 3 al contrato de concesión número 208 de 1999 suscrito entre el concesionario Cablecentro S.A y ésta entidad de fecha 12 de julio de 2002 dispone:

“Cláusula quinta.- Modificar la cláusula 21 del contrato de concesión de televisión por suscripción No. 208 de 1999.

Cláusula 21.- Caducidad y sus efectos: La Comisión declarará la caducidad del contrato mediante acto administrativo motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre, si se presenta una de las siguientes causales:

6.- La reiterada inconsistencia en el número de suscriptores declarado, así como en el valor de las tarifas reportadas, que a juicio de la Comisión amerite la declaratoria de caducidad” (folio 114) (subrayas ex texto).

A partir de las anteriores disposiciones, esta Oficina encuentra que la falta cometida por el concesionario Cablecentro S.A es grave, en la medida que infringió sin justificación atendible disposiciones de orden legal, reglamentario y contractual de alta trascendencia, toda vez que la inconsistencia de la liquidación del valor que sirve de base para el pago de la compensación a la Comisión Nacional de Televisión, trae consigo el incumplimiento grave del contrato de concesión suscrito con la Entidad, así como de la reglamentación expedida para la prestación del servicio público de televisión por suscripción, generando consecuencias económicas en su contra.

Las circunstancias de los hechos que dieron a la falta confluyen gravedad, pues el concesionario tenía pleno conocimiento de la obligación que contrajo frente a la Comisión Nacional de Televisión, de realizar la liquidación de la compensación sobre la totalidad de los ingresos brutos provenientes de la prestación del servicio de televisión por suscripción y los inherentes al mismo.

De otra parte, debe también considerarse para la imposición de la sanción, que el concesionario Cablecentro S.A., registra antecedentes por la conducta investigada en la presente actuación, en la medida que mediante la Resolución No. 1017 del 4 de octubre de 2006 la CNTV le impuso una sanción por haber infringido el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, la cual fue confirmada a través de la Resolución No. 0104 del 6 de febrero de 2007, y por lo tanto existe reincidencia.

Sin embargo, es del caso considerar, que no obstante la gravedad de la falta cometida por el concesionario Cablecentro S.A la misma sólo admite multa por trasgresión del artículo 36 ibidem del Acuerdo 014 de 1997, modificado por el artículo 2 del Acuerdo 003 de 2001 y el artículo 2 del Acuerdo 002 de 2004, en concordancia con la cláusula 7 del mencionado contrato de concesión 208, en la medida que la sociedad Cablecentro S.A dejó de ser concesionario del servicio de televisión por suscripción, en virtud de la renuncia presentada ante la CNTV, la cual se hizo efectiva a partir del 13 de noviembre de 2007, mediante la Resolución No. 1468 para cuya tasación se tendrá en cuenta la gravedad de la conducta citada en precedencia, así como los antecedentes del concesionario y la reincidencia.

Así las cosas, y en virtud de los criterios expuestos para la aplicación de la sanción, y que el concesionario Cablecentro S.A registra antecedentes por el incumplimiento de la disposición contenida en el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997 por la que se procede resulta pertinente imponer sanción de multa de acuerdo a lo previsto en el artículo 12 literal h) de la Ley 182 de 1995, que establece las sanciones por la trasgresión de las disposiciones legales y/o reglamentarias, es la multa proporcional al incumplimiento y al valor actualizado del contrato de concesión.

En virtud de los criterios analizados y la falta investigada, la sanción a imponer al concesionario Cablecentro S.A teniendo en cuenta el valor actualizado del contrato de concesión No. 208 de 1999 a fecha 31 de julio de 2005, que según certificación de la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión Nacional de Televisión, corresponde a la suma de mil novecientos sesenta y dos millones quinientos cinco mil cincuenta y dos pesos moneda corriente (\$1.962.505.052 pesos M/cte), será multa consistente en el veinte por ciento (20%) del valor actualizado del contrato, equivalente a la suma de trescientos noventa y dos millones quinientos un mil diez pesos con cuatro centavos moneda corriente (\$392.501.010.4 M/cte), al encontrarse plenamente comprobada la conducta constitutiva de falta consistente en infringir lo dispuesto en el

artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997 y la cláusula 7ª del contrato No. 208 de 1999 suscrito con la CNTV.

(...)”(Subrayado fuera del texto)

9.1.24 El anterior Acto Administrativo fue notificado personalmente a la parte actora el día 30 de septiembre de 2008¹⁰².

9.1.25 Contra de la anterior Resolución, la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A el día 7 de octubre de 2008 interpuso recurso de reposición por los motivos expuestos en el escrito de demanda contractual que hoy está bajo el conocimiento de esta Corporación¹⁰³.

9.1.26 Frente al recurso de reposición, en octubre de 2009 la Oficina de Regulación de la Competencia de la Comisión Nacional de Televisión presentó un informe mediante el cual recomendó a la Junta Directiva de dicha entidad mantener la imposición de la sanción de multa en la cuantía establecida en el artículo 2º de la Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008 en la medida que los argumentos contenidos en el acto administrativo impugnado no fueron desvirtuados por el recurrente¹⁰⁴.

9.1.27 En efecto, se profirió la Resolución No. 2009-380-001361-4 de 2 de diciembre de 2009, por medio de la cual la Comisión Nacional de Televisión confirmó la sanción impuesta a la Unión de Cable Operadores del Centro S.A – Cablecentro mediante Resolución No. 953 de 2008 , por las siguientes razones¹⁰⁵:

“(...) 1.- *Infracción de las normas en que debería fundarse la Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008.*

(...)

De conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional, la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponde mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere la Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 36 de la Constitución Política.

*Consecuente con la naturaleza del servicio público de televisión y para efectos de su adecuada prestación, la Constitución Política y la Ley 182 de 1995 asignó a la Comisión Nacional de Televisión **la función de inspección, vigilancia, seguimiento y control del servicio público de televisión, así como, la de sancionar a los operadores, a los concesionarios del espacio de televisión sancionar, y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales o por trasgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio.***

En desarrollo y cumplimiento de las funciones de vigilancia y control, la Comisión Nacional de Televisión adelantó con sujeción al debido proceso administrativo

¹⁰² Fls.19 (reverso) C.2

¹⁰³ Fls.605-619 C.3

¹⁰⁴ Fls.653-690 C.3

¹⁰⁵ Fls.31-49 C.2, 692-710 C.3 y 57-75 C.4

investigativo formal en contra del entonces concesionario de televisión por suscripción Cablecentro S.A por no realizar la liquidación de la compensación sobre la totalidad de los ingresos brutos provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de televisión por suscripción y los inherentes al mismo, conducta que constituye una falta, en la medida que se estableció con certeza que dicho operador para el mes de julio de 2005 presentó una disminución en el número de usuarios reportados a la Entidad, que no se justifica contablemente habida cuenta que para el mes de julio disminuyó el número de usuarios desconectados en 5.106 y aumentó el número de usuarios retirados en 1.874, lo cual generó un incremento neto de 3.232 usuarios, que sumados a los usuarios activos (265.971) del mes de junio de 2005, para el mes de julio totalizarían 269.203 usuarios y no 248.689. Situación de la cual se desprende, la inconsistencia entre el incremento de ingresos y el aumento de los usuarios, aunado al hecho de que el concesionario no tuvo en cuenta 20.514 usuarios en la base de liquidación de la compensación y que de haberlo hecho, el valor a pagar por dicho concepto a la Comisión Nacional de Televisión, hubiera sido superior; con la cual como se demostró en la investigación, violó disposiciones reglamentarias relacionadas con la prestación del servicio público de televisión a su cargo, infracción que motivó la imposición de sanción consistente en multa, circunstancia procesal que demuestra que la Resolución recurrida está legalmente motivada.

Ahora bien, es del caso señalar, que la sanción impuesta en manera alguna versa sobre el porcentaje establecido por el concesionario como base para la liquidación de la compensación, contrario sensu, es por cuanto Cablecentro S.A en su autoliquidación del mes de agosto de 2005 reportó a la Entidad un ingreso bruto de \$9.572.078.377, correspondiente al mes de julio de 2005 como base de la liquidación del valor a pagar por concepto de compensación, teniendo en cuenta solamente como parte del cálculo 248.689 usuarios, dejando de incluir los 20.514 usuarios aludidos, los cuales multiplicados por el valor de la tarifa promedio (\$26.631) que para la época cobraba el mencionado operador, arroja la cifra de \$546.308.334, cifra que no hizo parte de los ingresos brutos sobre los cuales el concesionario efectuó la autoliquidación y canceló la compensación.

En este orden de ideas, carece de fundamento jurídico la argumentación de la recurrente, toda vez que la Resolución 953 impugnada refleja claramente la inconsistencia en el número de suscriptores reportados a la Entidad por parte del ex concesionario sancionado.

Tampoco es de recibo el argumento relativo a una supuesta contrariedad de los mandamientos de la entidad, so pretexto de exigir el cumplimiento de una norma que para la época de los hechos había sido modificada, en la medida que el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, y demás normas concordantes demandan la liquidación del pago de la compensación sobre la totalidad de los ingresos brutos, de tal suerte que independientemente a la vigencia y preexistencia normativa, la liquidación siempre será sobre la totalidad de los ingresos brutos, circunstancia legal que obliga a tener en cuenta todos los ítems correspondientes a la prestación del servicio, por estar obligado el concesionario a cumplir con la reglamentación que expida la Comisión Nacional de Televisión, tal como quedó establecido en el artículo 17 de la cláusula 12 del contrato de concesión No. 208 del 20 de diciembre de 1999.

(...)

De lo anterior se deduce, que no le asiste razón al concesionario recurrente, más aún si se tiene en cuenta que la situación fáctica está referida a hechos sucedidos bajo la vigencia del Acuerdo No. 014 de 1997, modificado por el Acuerdo 002 de 2004, máxime cuando el informe de la visita es diáfano en demostrar con certeza la configuración objetiva de la conducta y la responsabilidad administrativa del mencionado operador.

2.- Falsa motivación.

(...)

Sobre el particular se considera, que no le asiste razón a la recurrente, toda vez que los hechos esgrimidos por el concesionario como soporte de su argumentación para

desvirtuar el cargo que condujo a la sanción pecuniaria no guarda coherencia legal alguna con la falsa motivación alegada.

(...)

En este orden de ideas y después de la revisión al contenido de la Resolución recurrida, esta Junta Directiva no vislumbra que la misma o la decisión en ella contenida esté fundada sobre hechos, normas o pruebas inexistentes, sino que al contrario, del estudio de la valoración probatoria y fáctica contra la normatividad vigente da como consecuencia la imposición de una sanción al antes concesionario Cablecentro S.A al estar plenamente demostrado el desconocimiento de lo establecido en el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997 modificado por el artículo 2 del Acuerdo 003 de 2001 y el artículo 2 del Acuerdo 002 de 2004, por cuanto los 20.514 usuarios que dejó de reportar el ex concesionario sancionado no hicieron parte de la totalidad de los ingresos brutos sobre los cuales efectuó la autoliquidación y canceló la compensación a la CNTV.

Consecuente con lo anterior, dada la circunstancia de que el cargo objeto de sanción es por haberse dejado de reportar al ex concesionario Cablecentro S.A., una cantidad determinada de usuarios, no se hacía necesario tener en cuenta en el informe de la Subdirección Administrativa y Financiera las condiciones cambiantes del mercado de las telecomunicaciones, en la medida que tales usuarios debieron formar parte integral de los ingresos brutos para efecto de la liquidación del pago de la compensación.

Tampoco es de recibo el argumento relativo a la no fundamentación en las normas vigentes, que a juicio de la impugnante configuran una supuesta falsa motivación toda vez que la Resolución recurrida cumple a plenitud con los elementos necesarios para la validez del acto administrativo, en la medida que el mismo cumple a plenitud con los elementos de forma y de fondo que la hacen legal, por lo que se considera que los criterios tenidos en cuenta para la imposición de la sanción se ajustan a la normatividad legal y reglamentaria vigente y a los hechos que motivaron su aplicación, por ende ésta oficina encuentra fundamento jurídico para mantener la decisión adoptada de sancionar a Cablecentro S.A por los cargos que le fueron probados en la investigación.

Además, que los hechos acaecieron en vigencia del Acuerdo 014 de 1997, circunstancia fáctica que permite la aplicación de dicha reglamentación, por expreso mandato de lo previsto en el precepto 46 del Acuerdo 010 de 2006, que atiende el principio de legalidad y de favorabilidad.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las precisiones realizadas, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, las garantías sustanciales y procesales integrantes del debido proceso, deben ser observadas tanto en los procesos judiciales como en las actuaciones administrativas. Circunstancia legal por la que ésta Junta estima pertinente resaltar, que revisado el expediente contentivo de la investigación cuya sanción es materia de impugnación, se encuentra, que la misma se adelantó con sujeción estricta al principio del debido proceso y con garantía del derecho de defensa y contradicción, en los términos y según el procedimiento previsto en el libro I del Código Contencioso Administrativo, tal como claramente se evidencia en las consideraciones plasmadas a lo largo del presente acto, circunstancia procesal de donde se deduce también, que no está llamada a prosperar la argumentación de la apoderada del entonces concesionario Cablecentro S.A recurrente, puesto que ninguna razón jurídica al respecto le asiste, sobre la inexistente falsa motivación del acto administrativo objeto de recurso.

Por lo anteriormente expuesto, la Junta Directiva encuentra que no es dable afirmar que la Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008 esté viciado por una falsa motivación.

(...)

Que la Comisión Nacional de Televisión carecía de facultades para imponer sanciones o multas a sus contratistas en razón a que sólo el juez del contrato con jurisdicción y competencia es el que puede hacerlo.

Al respecto se considera, que tal aseveración carece de sustento, teniendo en cuenta las siguientes razones:

La Ley asignó a la Comisión Nacional de Televisión, la inspección, vigilancia y control de la prestación del servicio público de televisión, autorizándola para adelantar las investigaciones administrativas e imponer las sanciones a que haya lugar, a los concesionario de espacios de televisión, a los operadores del servicio y a los contratistas de los canales regionales por la violación de sus obligaciones contractuales o por trasgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o las de la Comisión relacionadas con el servicio.

Debe recordarse que las facultades de inspección y vigilancia se concretan en la posibilidad de imponer sanciones previo el agotamiento del debido proceso, las cuales pueden ser multas, que se imponen cuando a consideración de la Junta Directiva, la conducta investigada lo amerite, dicha facultad legalmente se encuentra contemplada en el artículo 12 literal h) de la Ley 182 de 1995, y es sobre este fundamento legal que se imponen las multas a que haya lugar, una vez verificadas las conductas objeto de sanción.

Igualmente estima la Junta Directiva importante precisar la distinción entre la imposición de multas legales y las contractuales, ambas facultades de la CNTV. En efecto, la sanción de multa impuesta al ex concesionario Cablecentro S.A en la Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008, es el resultado del ejercicio de la función de vigilancia y control en la prestación del servicio a cargo de la Entidad.

De otra parte dentro de la relación contractual es perfectamente lícito, que las partes con el objeto de asegurar la cabal ejecución del contrato puedan pactar dentro de sus cláusulas multas, en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor.

Por lo anterior, la Comisión Nacional de Televisión es el organismo competente para imponer las sanciones a que haya lugar, cuando sus vigilados infrinjan sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias relacionadas con la prestación del servicio público de televisión.

En el caso particular se determinó la infracción a dichas obligaciones por parte del ex concesionario y por ende se reúnen los requisitos necesarios para imponer sanción como se resolvió en la resolución impugnada.

Finalmente cabe reiterar, que el cargo que motivó la sanción es por no haber tenido en cuenta el entonces operador Cableoperador S.A, 20.514 usuarios en la liquidación de la compensación a pagar a la Comisión Nacional de Televisión, los cuales estaban activos para el momento de la liquidación objeto de investigación, puesto que de estar los mismos inactivos para dicho momento, tal circunstancia la hubiese puesto de manifiesto el ex operador al momento de presentar sus alegatos. Sin embargo, dentro del expediente no se evidencia prueba alguna que se evidencie que efectivamente tales usuarios se encontraran inactivos, de donde se pueda desprender su nula generación de ingresos, situación probatoria que impide la prosperidad del argumento esgrimido en tal sentido.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, y como quiera que los argumentos contenidos en el acto administrativo impugnado no fueron desvirtuados por los recurrente (sic), y que la decisión objeto de impugnación fue expedida de conformidad con las normas legales y con sujeción al debido proceso, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión considera pertinente mantener la decisión de imposición de sanción de multa en la cuantía establecida en el artículo 2º de la Resolución 953 del 31 de julio de 2008, al entonces concesionario Cablecentro S.A. (...). (Subrayado fuera del texto)

9.1.28 El presente acto administrativo fue notificado a la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A por edicto fijado el día 24 de diciembre de 2009 y desfijado el día 8 de enero de 2010¹⁰⁶.

9.1.29 Ahora bien, de otra parte se observa que mediante Resoluciones No. 1166 de 2006 y 87 de 2007 la Comisión Nacional de Televisión le impuso a Cablecentro una multa por valor de \$55.360.000, por concepto de incumplimiento en el pago del porcentaje fijado por la Comisión a título de compensación.

Estos actos administrativos fueron demandados por la concesionaria, quien solicitó que se declarara su nulidad y que se estableciera la tarifa de compensación en el porcentaje correspondiente al 3% para el periodo comprendido entre el 17 de mayo y el 30 de septiembre de 2005, de conformidad con la sentencia proferida por el Consejo de Estado dentro del expediente No. 23.410 del 27 de marzo de 2003, en la que se suspendió provisionalmente el Acuerdo No. 003 de 2001.

Al respecto, obra la copia auténtica de la sentencia de primera instancia proferida el 26 de noviembre de 2009 por el Juzgado 38 Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Tercera¹⁰⁷ en la que resolvió negar las pretensiones de nulidad contenidas en la demanda presentada por la Unión de Cableoperadores del Centro – Cablecentro S.A., contra la Comisión Nacional de Televisión.

9.1.30 Sin embargo, mediante sentencia de segunda instancia, el 30 de septiembre de 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió revocar la sentencia de 26 de noviembre de 2009 del Juzgado 38 Administrativo del Circuito de Bogotá y en su lugar declaró la nulidad de la Resolución No. 1166 del 9 de noviembre de 2006 (sic), por cuanto consideró¹⁰⁸:

“(…) Para la época del 17 de mayo al 30 de septiembre de 2005, la tarifa aplicable para el concesionario del servicio de televisión CABLECENTRO S.A., en virtud del contrato de concesión No. 208 de 1999, correspondía al 7.5% dispuesta en el otrosí No. 3 y en el Acuerdo No. 003 de 2001, válido en su momento, en lo que al monto de la compensación atañe.

Igualmente, observa la Sala que el fundamento por el cual se invocó la circular CNTV 11 de 2005, para establecer la tarifa del 10% se aparta de la realidad jurídica, en tanto pretende revivir los efectos del Acuerdo 014 de 1997, derogado por el Acuerdo 003 de 2001 que se encuentra vigente respecto al valor de la tarifa por compensación por la explotación del servicio de televisión, tal como se expuso con antelación.

Como corolario de lo anterior, encuentra la Sala que el fundamento normativo invocado en la Resolución No. 1166 de 2006, por la Comisión Nacional de Televisión para determinar la tarifa de compensación a cargo del contratista Cablecentro S.A., durante el periodo comprendido entre el 17 de mayo al 30 de setiembre de 2005, en virtud del

¹⁰⁶ Fls.57-58 C.2

¹⁰⁷ Fls.134-143 C.1

¹⁰⁸ Fls.147-166 C.1

contrato de concesión para la operación y explotación del servicio de televisión No. 208 de 1999, que sirviera de base para deducir el incumplimiento, dando lugar a la imposición de la multa, no corresponde al vigente para esa época, es decir, al otrosí No. 3 de 2002 y al artículo 2º del Acuerdo No. 003 de 2001.

No significa lo anterior que la decisión contenida en el acto administrativo acusando transgreda las normas superiores en que debía fundarse, sino la discordancia en la aplicación y la errónea interpretación frente a la vigencia de las disposiciones reglamentarias que fijaron la tarifa de compensación a cargo de los concesionarios de la operación y explotación, razón por la cual el cargo aludido por el apelante frente a la falsa motivación de la Resolución No. 1166 de 2006, ésta llamado a prosperar.

*En consecuencia, conviene la Sala en que la Comisión Nacional de Televisión se valió de una motivación ajena al soporte normativo y a la realidad del contrato de concesión No. 208 de 1999 frente a la tarifa de compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción a cargo del concesionario Cablecentro S.A., para imponer una multa como sanción al presunto incumplimiento en el pago del valor liquidado con base en esa apreciación errónea, afectando de nulidad la resolución atacada.
(...)"*

9.1.31 Sobre este punto también debe advertirse que obra en el plenario la sentencia proferida el 14 de abril de 2010 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, dentro del Expediente No. 31.223, que declaró nula la Circular No. 11 de 23 de mayo de 2005 de la Comisión Nacional de Televisión. Proceso que tuvo lugar en atención a la demanda presentada por la Asociación de Operadores de Televisión y Satelital de Colombia¹⁰⁹, sobre los siguientes hechos:

1. De conformidad con el Acuerdo 014 de 1997 la tarifa de compensación se hallaba fijada en el 10% de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio.

2. Mediante Acuerdo No. 3 del 13 de noviembre de 2001 se fijó la tarifa de compensación en la suma equivalente al 7.5% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio. Acuerdo que fue suspendido por el Consejo de Estado mediante Auto del 27 de marzo de 2003.

3. Mediante Acuerdo No. 002 de 18 de mayo de 2004 la tarifa por compensación se fijó nuevamente en el 7.5%, de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio. Acuerdo suspendido por el Consejo de Estado mediante autos del 2 de febrero de 2005 y el 28 de abril del mismo año.

4. Mediante Circular 011 de 23 de mayo de 2005 la Comisión Nacional de Televisión informó a los concesionarios del servicio de televisión que en acatamiento de los autos de suspensión proferidos por el Consejo de Estado el 2 de febrero de 2005, la tarifa a pagar por concepto de compensación era el 10% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes

¹⁰⁹ Fls.80-126 C.2

exclusivamente de la prestación del servicio, establecida en el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997 y en la cláusula 7ª de los contratos de concesión.

Ahora bien, como fundamento de la declaratoria de nulidad, el Consejo de Estado – Sección Tercera, sostuvo:

“(...) En abierta rebeldía frente a la ley, la Circular CNTV 11 de 2005 acusada infringió los tres deberes (de divulgación, de garantía de participación ciudadana y de publicidad) que pesan sobre la Comisión Nacional de Televisión, dentro de las tres etapas que distinguen el procedimiento de expedición de actos administrativos de carácter general.

Se advierte así la violación ostensible y flagrante del citado artículo 13 de la Ley 182, habida cuenta que pese a que la Circular demandada es un acto administrativo de carácter general, como quedó expuesto en el apartado anterior de esta providencia, y que fue expedido por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, ésta no siguió el procedimiento previsto por la ley para dicha clase de actos.

Situación que se pone en evidencia con la sola lectura del acto impugnado en donde, como ya se indicó, al pretender revivir un precepto derogado (el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997), terminó adoptando una nueva decisión administrativa.

La Sala observa que la Comisión Nacional de Televisión, al expedir la Circular CNTV 11 de 2005, omitió todas las etapas del procedimiento de adopción de actos administrativos de carácter general y por lo mismo las cargas previstas en la normativa legal:

(i) No comunicó a los operadores del servicio de televisión por suscripción cableada en forma previa a la fijación de la tarifa de la compensación, la materia que se proponía reglamentar (deber de divulgación);

(ii) Ni concedió el término de máximo dos meses a los interesados para presentar las observaciones que estimaran pertinentes sobre el tema objeto de regulación y así darles la oportunidad de expresar sus opiniones (deber de garantizar la participación ciudadana) y

(iii) Tampoco procedió a publicar la reglamentación que estimara más conveniente en el Diario Oficial a efectos de su vigencia y oponibilidad (deber de publicidad)

De allí que la entidad accionada so pretexto de “revivir” una norma que ella misma había derogado, a partir de una inexacta aplicación de los efectos de una providencia de suspensión provisional de esta Sala, procedió a dictar una Circular y al hacerlo omitió todas las formalidades de ley.

(...)”.

9.1.32 Finalmente, dentro del material probatorio obra el interrogatorio de parte rendido por Manuel Eduardo Osorio Lozano, Representante Legal de la Comisión Nacional de Televisión el día 7 de febrero de 2011, en el que manifestó¹¹⁰:

“(...) PREGUNTA 1: Diga cómo es cierto, sí o no que la compensación presentada por Cablecentro S.A. en los meses de junio y julio del año 2005 fue conforme a lo ordenado en el Acuerdo 002 del año 2004. CONTESTÓ: De conformidad con la visita adelantada por la oficina de regulación de la competencia de la Comisión Nacional de Televisión que hace parte de la investigación administrativa cuyo resultado dio lugar a la imposición de la sanción que motiva esta actuación judicial, el concesionario Cablecentro S.A. para los meses mencionados presentó una disminución en el número de usuarios reportados a la Comisión Nacional de Televisión que no se pudo justificar contablemente y que generó unas inconsistencias que llevaron a la entidad a concluir que no fueron reportados un

¹¹⁰ Fls.111-113 C.1

total de 20.514 usuarios en la base de liquidación de la compensación, hecho este que dio lugar a la imposición de la sanción mencionada como resultado del desconocimiento y violación de normas legales y reglamentarias, así como de disposiciones contractuales, en consecuencia, el pago de la compensación correspondiente a los meses arriba mencionados se apartó de los requisitos y condiciones establecidos en la señalada norma. PREGUNTA 2: Diga cómo es cierto, sí o no, que la compensación presentada por Cablecentro S.A. o por cualquier otro cable operador del servicio de televisión por suscripción no sólo implica el número de usuarios que reciben dicho servicio, sino también otros factores que hacen parte de los ingresos brutos de dichas compañías. CONTESTÓ: Las disposiciones tanto legales, reglamentarias y contractuales que hablan de la compensación como una de las obligaciones que forman parte del régimen tarifario aplicable a la concesión del servicio público de televisión por suscripción, señalan de manera clara que la misma hace referencia al deber del operador o concesionario de pagar por la explotación del servicio de televisión por suscripción un equivalente al 10% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de dicho servicio, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada a los usuarios. Estas disposiciones aparecen señaladas en el Acuerdo 14 de 1997, reglamentario en su momento de esta modalidad del servicio así como la cláusula séptima del contrato de concesión número 208 de 1999, suscrito entre la Comisión Nacional de Televisión y Cablecentro S.A., precisamente el probado desconocimiento de estas disposiciones normativas y contractuales dio lugar a que la Junta Directa de la Comisión Nacional de Televisión decidiera la imposición de una sanción en ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para garantizar la adecuada prestación del servicio público de televisión. PREGUNTA 3: Diga cómo es cierto sí o no que la tarifa de compensación cobrada por la Comisión Nacional de Televisión ha sido objeto de varias modificaciones por disposición del Honorable Consejo de Estado. CONTESTÓ: La tarifa de compensación que se cobra a los operadores de televisión por suscripción ha sido objeto de modificaciones a través de acuerdos aprobados por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. Lo anterior en ejercicio de la facultad legal establecida en el artículo 5, literal G de la Ley 182 de 1995 que faculta a la Comisión a fijar tasas, tarifas y derechos para la prestación del servicio de televisión en cualquiera de sus modalidades. (...) PREGUNTA 5: Diga cómo es cierto, sí o no que el Acuerdo número 002 del 18 de mayo de 2004 fijó para los cable operadores del servicio de televisión por suscripción, la tarifa por concepto de compensación en el 7.5% del total de los ingresos brutos. CONTESTÓ: Como lo note (sic) anteriormente la Comisión Nacional de Televisión ha modificado en algunas ocasiones el porcentaje de compensación y una de esas modificaciones se dio mediante el Acuerdo 002 de 2004 en el 7.5% (...). PREGUNTA 6: Diga cómo es cierto, sí o no, que el Acuerdo No. 002 del 18 de mayo del año 2004 se encontraba vigente para los meses de junio y julio del año 2005. CONTESTÓ: Mediante Circular 011 de 17 de mayo de 2005, la Junta Directiva de la CNTV informó a los operadores de televisión por suscripción que acatando los autos de suspensión del mencionado Acuerdo 002 de 2004 proferido por el Consejo de Estado los cuales se ejecutaron el 17 de mayo de 2005, la tarifa a pagar por concepto de la compensación correspondían al 10% del total de los ingresos brutos mensuales tal como lo establecía el artículo 36 del Acuerdo 14 de 1997 y la cláusula séptima del contrato de concesión antes citados, esto en consideración a que precisamente las modificaciones que se adelantaron o se hicieron en relación con el porcentaje de compensación contenidas en el mencionado Acuerdo 002 de 2004 y en el Acuerdo 003 de 2001 fueron suspendidas por el Consejo de Estado, señalándose en tanto que el artículo 26 del Acuerdo 14 de 1997 no había sido derogado. (...) PREGUNTA 8: Diga cómo es cierto sí o no que entre la CNTV y Cablecentro S.A. no se ha agotado el pacto arbitral estipulado en el contrato de concesión No. 208 de 1999. CONTESTÓ: Sobre el particular lo único que podría responder es que el contrato de concesión para el servicio de televisión por suscripción se estipuló la cláusula compromisoria en virtud de la cual las diferencias suscitadas en desarrollo de la ejecución del contrato podrían resolverse a través de la justicia arbitral. No obstante en este caso se trata de la imposición de una sanción como resultado del desconocimiento de normas como las mencionadas anteriormente y que en ejercicio de precisas facultades constitucionales y legales llevó a la CNTV a

determinar dicha imposición. En razón a lo anterior no encuentro razonable la relación señalada en la pregunta entre la facultad sancionatoria de la CNTV y la posible solución de conflictos a través de un Tribunal de Arbitramento. (...)”.

La Sala no recibe la anterior visión en cuanto no aborda materialmente una explicación satisfactoria a la conducta que se le endilgo en el pliego de cargos.

9.2 Análisis del caso Concreto

Dados los hechos probados que se describieron anteriormente, la Sala encuentra que la demandante solicitó que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 953 de 21 de julio de 2008 y No. 2009-380-001361-4 de 2 de diciembre de 2009, por medio de las cuales la Comisión Nacional de Televisión le impuso a la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A. – una multa del 20% del valor actualizado del contrato, equivalente a la suma de \$392.501.010.4; de manera que se declare que esta última no se encontraba obligada a pagar la multa impuesta y en consecuencia le sea reembolsada, más la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que los cargos esbozados por la demandante no estaban llamados a prosperar toda vez que la Comisión Nacional de Televisión tenía la facultad legal y contractual para imponer la multa, los actos demandados estaban debidamente fundamentados en las normas legales y reglamentarias vigentes y, adicionalmente, están amparados por la presunción de legalidad y buena fe que no fue desvirtuada. Asimismo, dijo que la demandada no estaba obligada a acudir al Tribunal de Arbitramento para imponer la sanción pecuniaria.

La demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión *A quo*, en donde consideró que allí se habían inobservado las decisiones del Consejo de Estado respecto de la regulación de la compensación expedida y cobrada por la Comisión Nacional de Televisión, así como las pruebas decretadas y obrantes en el plenario y las explicaciones ofrecidas por Cablecentro durante la actuación administrativa.

Dados estos antecedentes la Sala procede a revisar los cargos expuestos por la demandante en el libelo introductorio, los cuales se desagregan y sintetizan de la siguiente manera:

9.2.1 Con la decisión adoptada por la Comisión Nacional de Televisión, el contrato No. 208 de 1999 pasó de ser un acto bilateral a ser un acto unilateral, donde las obligaciones sólo le eran exigibles al concesionario, con lo cual se trasgrede la noción del negocio jurídico, la autonomía de la voluntad y la buena fe contractual. La entidad demandada no tenía facultad para imponer unilateralmente la multa.

Lo primero que debe preverse es que dentro de la clasificación de los contratos, como lo señala la demandante, se encuentran el contrato unilateral, consistente en aquel en el cual quien se obliga es una sola de las partes mientras que la otra no tiene obligación alguna, y el contrato bilateral, donde ambas partes contraen obligaciones correlativas, además de las impuestas directamente por las leyes generales y especiales, como es el caso del contrato de concesión de servicios públicos, en el cual el concedente se obliga a otorgar al concesionario *“la prestación, operación, organización o gestión total o parcial de un servicio público”*¹¹¹, entre tanto que éste último es obligado, entre otras prestaciones, al pago de la compensación pactada. De manera que desde ningún punto de vista el contrato de concesión de servicios públicos podría tomarse como un contrato unilateral.

Así por ejemplo, en el contrato de concesión 208 de 1999, la obligación principal del concedente era otorgar a la concesionaria *“la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción”*, con la obligación correlativa en cabeza del Cablecentro de prestar *“este servicio en la zona **CENTRO**, compuesta por los departamentos de: Amazonas, Arauca, Boyacá, Caquetá, Casanare, Cundinamarca, Guainía, Guaviare, Huila, Meta, Norte de Santander, Putumayo, Santander, Tolima, Vaupés, Vichada y el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y será programador, administrador y operador del servicio”*.

Adicionalmente, como se trata de un contrato oneroso en el que ambos contratantes persiguen un beneficio económico, en la Concesión se pactó que Cablecentro percibiría los ingresos derivados de la operación y la explotación del servicio de televisión por suscripción y pagaría en contraprestación el valor de la Concesión (\$1.384.000.000.00), más una compensación por la explotación del servicio inicialmente pactada en el 10% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de este servicio.

Asimismo, en la cláusula 12 del contrato se pactaron obligaciones adicionales del concesionario, entre ellas, pagar en los términos y condiciones pactadas, los valores señalados en el pliego de condiciones y en el contrato; obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales; colaborar con la Comisión para el cumplimiento del objeto contractual, esto es la prestación del servicio; acatar las órdenes de la Comisión; entre otros. Y en la cláusula 17 se dispuso la obligación de Cablecentro de *“proporcionar la información técnica, administrativa, estadística y financiera requerida por **LA COMISIÓN**”*.

Véase igualmente que lo propio ocurrió frente a la Comisión Nacional de Televisión, con relación a la cual la cláusula 13 del contrato dispuso una serie de obligaciones adicionales, específicamente la correspondiente a *“adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión e imponer las sanciones pertinentes conforme las disposiciones legales contenidas en las leyes 182 de*

¹¹¹ Artículo 32 Ley 80 de 1993.

1995 y 335 de 1996 y demás normas que los aclaren, modifiquen o adicionen, así como las normas concordantes.”

Dicho lo anterior, fuerza concluir que, contrario a lo afirmado por la demandante, el contrato de concesión de servicios públicos es de naturaleza bilateral, por cuanto se pactaron obligaciones en cabeza de ambas partes contratantes. Sin embargo, debe preverse igualmente que el texto contractual también consagró una serie de facultades y potestades en cabeza de la administración, tales como el poder de declarar la caducidad administrativa del contrato o de terminarlo, modificarlo o interpretarlo unilateralmente.

En el mismo sentido, en el contrato de concesión del servicio público de televisión No. 208 de 1999 se previó la facultad en cabeza de la administración de *“supervisar e inspeccionar las instalaciones, el sistema y el servicio proporcionado por el Concesionario”* (cláusula 15) y de imponer multas contra Cablecentro, cuando ella incumpliera *“cualesquiera”* de las obligaciones estipuladas en este contrato y siempre que tal incumplimiento no ameritara la declaratoria de la caducidad administrativa o que legal o reglamentariamente no se estableciera una sanción específica diferente para la infracción determinada.

Al respecto, la Sala se pregunta si ¿el establecimiento de facultades como las antes mencionadas muta la naturaleza del contrato de bilateral a unilateral?, y la respuesta obligada es no. En primer lugar porque debe preverse que en su texto original el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 reconoció la continua y eficiente prestación de los servicios públicos dentro de los fines de la contratación estatal, en razón a lo cual los particulares al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales *“además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”*.

En otras palabras, el contrato se suscribe para garantizar la continua y eficiente prestación del servicio público, y tanto la administración como el contratista están obligados a la consecución de tal fin; aunque las entidades estatales conservan la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución del contrato, en cuyo efecto el legislador las ha dotado de poderes y facultades que le permiten conminar al contratista y evitar la paralización o la afectación de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, así como proteger el patrimonio económico del Estado¹¹², sin que por ello pueda afirmarse que el ejercicio de las potestades unilaterales muda el contrato bilateral a unilateral.

¹¹² Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las

Ahora bien, concretamente en lo que refiere a la imposición de multas dentro de la ejecución del contrato estatal, mediante acto administrativo unilateral, ya se ha definido que aunque las multas no son una cláusula excepcional al Derecho común, dado que ellas encuentran su fuente en los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, ellas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, pero en atención a que la Ley 80 de 1993 no consignó expresamente la competencia de la Administración para imponer unilateralmente multas al contratista incumplido, como sí lo hacía el Decreto Ley 222 de 1983, se suscitaron diversas tesis para establecer si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo.

Al respecto, la Sala de Sección Tercera de la Corporación, inicialmente consideró que la administración *“sí tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla general otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos”*¹¹³.

Esta tesis fue varias veces reiterada¹¹⁴ con fundamento en que:

1. Los procedimientos y actuaciones de la función administrativa son aplicables en materia contractual estatal, siempre que resulten compatibles con los fines y los principios de la Ley 80 de 1993, según lo dispone ella misma en su artículo 77.

estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

¹¹³ Consejo de Estado, En autos de 4 de junio de 1998, Expediente 13.988 y de 6 de agosto de 1998, Expediente 14558.

¹¹⁴ Al respecto ver: sentencia de 29 de junio de 2000, Expediente 16756;

2. De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, la entidad pública contratante puede utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista y para que se *cumplan "los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados"*.

3. Aunque las multas no se encuentran dentro de los poderes exorbitantes de la Administración, establecidos en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, las partes del contrato pueden establecer estipulaciones como la cláusula penal o la multa, como una manera de conminar o apremiar al deudor a cumplir las obligaciones en mora.

4. La administración puede en uso de sus poderes y prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo, aunque la fuente de la sanción no está en un poder excepcional de la administración sino en el acuerdo de voluntades suscrito por las partes, el cual de conformidad con el 1602 del C.C. es ley para los contratantes.

Sin embargo, como se anotó en los puntos 4, 5 y 6 de la parte conceptual de estas consideraciones, mediante sentencia del 20 de octubre de 2005 – Expediente 14.579, la Sala modificó su criterio y determinó que según los mandatos de la Ley 80 de 1993 la Administración no tenía la potestad de sancionar con multas al contratista incumplido, materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debía acudir al juez del contrato.

Pero esta tesis no sólo no fue imperante, sino que rápidamente quedó recogida y modificada por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, también descrita en el numeral 7 – consideración teórica, expresamente facultó a la administración para *"imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones"*, por supuesto con aplicación de un debido proceso que incluye la audiencia del afectado, de manera que las multas así impuestas, se hagan efectivas directamente por las entidades estatales, entre otros, mediante la compensación de las sumas adeudadas al contratista, el cobro de la garantía, la jurisdicción coactiva, etc.

Asimismo debe recordarse que, como también se dijo, las disposiciones contenidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, tienen carácter retrospectivo y resultan aplicables a las cláusulas de multas pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, sin que ello afecte la bilateralidad del negocio, toda vez que dicha cláusula habrá estado contenida en el pliego de condiciones, de manera que fue previamente conocida por el contratista, quien en uso de su autonomía negocial aceptó su inclusión en el contrato estatal, o por lo menos se acogió a ella, lo cual, además, desarrolla el postulado de la buena fe contractual.

Dicho lo anterior, con estos argumentos se desata la acusación de la apelante, según la cual el *A quo* no tuvo en cuenta el desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, y frente al caso concreto se concluye que la cláusula 24 del contrato de concesión No. 208 de 20 de diciembre de 1999, suscrito entre la Comisión Nacional de Televisión y la Unión

de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A (hoy Grupo de Inversiones Filigrana S.A.), expresamente pactó la facultad en cabeza de la Comisión Nacional de Televisión de imponer multas al concesionario Cablecentro, en caso de incumplimiento, bajo el siguiente tenor:

*“CLÁUSULA 24¹¹⁵. MULTAS. LA COMISIÓN **impondrá** al CONCESIONARIO multas en caso de incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones estipuladas en este contrato, que a juicio de la COMISIÓN no amerite la declaratoria de caducidad, a menos que el contrato, las leyes o los reglamentos señalen una sanción específica diferente para la infracción. Las multas se impondrán en cada oportunidad en que se presenten hechos que determinen el incumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO para cuyo efecto se proferirá resolución motivada y para la determinación del monto de la multa o multas a imponer, que podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento, se tendrán en cuenta, entre otros factores la relevancia que a juicio de la Comisión tenga la obligación incumplida, la reiteración de la conducta y la incidencia de la misma en la afectación de los fines y principios del servicio de televisión. (resaltado fuera del texto)*

Así las cosas, la imposición de la multa por parte de la entidad demandada no afectó la bilateralidad del contrato de concesión del servicio público de televisión, sino que simplemente hizo uso de una facultad contractualmente establecida, prevista desde el pliego de condiciones, aceptada por el contratista en ejercicio de su poder dispositivo (autonomía de la voluntad), plenamente conocida por él, en garantía de la buena fe contractual que requiere el deber de información y la satisfacción de los intereses negociales de ambas partes, en este caso, el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos.

Finalmente, en este punto la Sala quiere aclarar que con estos razonamientos queda resuelta la inconformidad presentada por la demandada en el sentido de afirmar que para la época de los hechos, que no puede ser otra que la fecha de expedición de los actos administrativos demandados (2008-2009), la entidad demandada no contaba con la facultad legal para imponer multas de manera unilateral, pues atrás se ha descrito la evolución jurisprudencial y legislativa que la facultaba, anotando además que aunque la demanda fundamenta su cargo en jurisprudencia de la Sección, omite citar la fuente exacta a la cual corresponden los apartes entre comillas que ella usa para justificar su inconformidad.

Adicionalmente, como se verá más adelante, en tratándose de contratos de concesión del servicio público de televisión, la facultad de la Comisión Nacional para imponer sanciones unilateralmente, encuentra su fuente directamente en la ley, más que en el contrato. Pues es la

¹¹⁵ La presente cláusula fue modificada por el otrosí No. 4 suscrito entre la Comisión Nacional de Televisión y la Unión de Cable Operadores del Centro – Cablecentro S.A el día 12 de julio de 2002 en el que acordaron: “(...) CLÁUSULA TERCERA: Incluir en la cláusula 24 del contrato de concesión de televisión por suscripción No. 208 de 1999, el siguiente párrafo así: MULTAS (...) PARÁGRAFO: LA COMISIÓN impondrá multas sucesivas al CONCESIONARIO que incumpla sus obligaciones frente al sistema de seguridad social integral, parafiscales (cajas de compensación familiar, SENA e ICBF), hasta tanto se dé cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 828 de 2003, por la cual se modificó el párrafo segundo del artículo 50 de la Ley 789 de 2002. El valor de las multas será de dos (2) a cinco (5) por ciento del valor de la concesión (...)”. (Fls.288-289 C.3 y 31-34 C.4)

Ley 182 de 1995 la que le adjudica a la Comisión Nacional de Televisión esta suerte de funciones que, más allá de una facultad, configuran un deber funcional.

9.2.2 Los actos demandados violaron la cláusula compromisoria pactada en el contrato, por cuanto “el ente demandado no podía sancionar a [la demandante] sin acudir al trámite del tribunal de arbitramento”. Adicionalmente sostiene la demandante que los actos administrativos carecen de motivación respecto de por qué no se acogió o se agotó el compromiso arbitral pactado.

Al respecto debe preverse que en el Contrato No. 208 de 1999 se pactó:

“CLÁUSULA 30. CLÁUSULA COMPROMISORIA. *Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y en el reglamento de la Corte de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá D.C., lugar en el cual funcionará y tendrá sede el Tribunal de acuerdo con las siguientes reglas: a. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes; si ello no fuere posible serán designados por la Corte de Arbitraje. b. La Organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. c. El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad.”*

Sin embargo, conforme a los argumentos expuestos en el punto anterior, la cláusula 24 del contrato expresamente facultó a la Comisión para imponer multas en caso de incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones estipuladas en cabeza del Concesionario, en razón a lo cual y conforme al desarrollo jurisprudencial y lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 cabe afirmar que la entidad contratante estaba facultada para imponer directamente la sanción, sin motivar por qué no acudió al tribunal de arbitramento.

Adicionalmente debe preverse que frente a su competencia para imponer la sanción – multa, la Comisión Nacional de Televisión fundamentó la decisión adoptada en la Resolución 953 del 31 de julio de 2008 en el literal b) del artículo 5º y literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, que en su orden disponen:

ARTICULO 5o. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:

(...)

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;

(...)

ARTICULO 12. Funciones de la Junta Directiva. Son funciones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión:

(...)

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

Para tales efectos, y en relación con las concesiones originadas en un contrato, la Junta Directiva de la Comisión decretará las multas pertinentes por las violaciones mencionadas, en aquellos casos en que considere fundadamente que las mismas no merecen la declaratoria de caducidad del contrato. Ambas facultades se considerarán pactadas así no estén expresamente consignadas en el convenio.

Las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato, y se impondrán mediante resolución motivada.

Igualmente, la Junta Directiva podrá imponer la sanción de suspensión de la concesión hasta por seis (6) meses o la cancelación definitiva cuando la transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias de la Comisión así lo acrediten.

(...)

Para el ejercicio de tal facultad la Junta Directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión;" (Subrayado fuera del texto)

Visto esto, la Sala observa que la Resolución demandada fue proferida por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, y al respecto debe anotar que además de las facultades contractualmente establecidas en cabeza de la Comisión para imponer la multa objeto de revisión, como se acaba de transcribir, la Ley 182 de 1995 funcionalmente impone a la Comisión el deber de inspeccionar, vigilar y controlar la adecuada prestación del servicio público de televisión, en cuyo efecto debe adelantar las *investigaciones y visitas a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas*", así como *"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"*.

De modo que la Sala, lejos de calificar como ilegal la actuación de la Comisión Nacional de Televisión, la considera ajustada al cumplimiento de sus deberes funcionales, lo cuales, como se observa, no se limitan a la etapa previa de investigación o a la investigación misma, sino que se concretan en la imposición de las correspondientes sanciones por parte de la Junta Directiva de la entidad. Según se vio en lo dispuesto por el literal h del artículo 12 *ibídem*, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tiene la función de sancionar a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias, relacionadas con el servicio, por supuesto, previa aplicación del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley.

Y es así como textualmente la Ley 182 de 1995 le otorga a la Comisión Nacional de Televisión, el deber de decretar las multas pertinentes, dentro de la ejecución de las concesiones originadas en un contrato, cuando se presenten violaciones a las obligaciones contractuales, siempre que tales violaciones no merezcan la declaratoria de caducidad del contrato.

Así las cosas, la potestad de la Comisión Nacional de Televisión para imponer multas, e incluso para declarar la caducidad de los contratos de concesión del servicio público de televisión, más que una facultad contractual, emana de un deber legal y funcional que, por lo demás, yace como un elemento imperativo de la naturaleza de contrato, de manera que se entienden pertenecerle al convenio, aun en el evento de no hallarse pactadas o aunque no estén expresamente consignadas por las partes.

En síntesis, de conformidad con la legislación especial citada la Comisión ostenta el deber funcional que la habilita para imponer las sanciones en razón al incumplimiento contractual, mediante acto administrativo unilateral motivado, sin acudir al juez o árbitro del contrato.

De otra parte, observa la Sala que el cargo que se presentó en este sentido en el recurso de reposición de la multa, se encuentra satisfactoriamente resuelto en la Resolución No. 2009-380-001361-4 de 2 de diciembre de 2009, por medio de la cual la Comisión Nacional de Televisión confirmó la sanción impuesta a la Unión de Cable Operadores del Centro S.A – Cablecentro mediante Resolución No. 953 de 2008.

En respuesta al recurso de reposición, la Comisión reiteró la facultad que la ley le otorga para inspeccionar, vigilar y controlar la prestación del servicio público de televisión, adelantar las investigaciones administrativas e imponer las sanciones a que haya lugar, previo el agotamiento del debido proceso, de acuerdo con la normatividad antes citada.

Adicionalmente, en esta oportunidad la Comisión precisó la distinción entre la imposición de multas legales y las contractuales, ambas facultades de la CNTV, para establecer que la sanción de multa impuesta a Cablecentro en la Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008, es el resultado del ejercicio de la función de vigilancia y control en la prestación del servicio a cargo de la Entidad.

Asimismo se refirió a la posibilidad de pactar multas dentro de las cláusulas contractuales, *“en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor”*.

Nótese entonces, que la Sala ya se ha referido sobre estos puntos y que los argumentos expuestos coinciden con aquellos esbozados por la entidad demandada para fundamentar su decisión, en razón a lo cual debe concluirse que la falta de motivación aducida por la demandante no existe y, por el contrario, en lo que respecta a los cargos hasta aquí revisados la legalidad de los actos administrativos demandados permanece incólume.

Finalmente, la Sala no puede pasar por alto que en providencia anterior, la cual es reemplazada por la decisión que hoy se profiere, esta misma Subsección consideró que debía acudir al tribunal de arbitramento para dirimir la controversia contractual surgida en razón del contrato de concesión del servicio de televisión No. 208 de 1999, frente a lo cual la demandante interpuso acción de tutela para que se inaplicara la cláusula compromisoria por ella pactada, tesis que fue acogida por el juez de tutela.

Entonces, es en atención a la decisión adoptada por el juez de tutela que la Subsección decide hoy el fondo de asunto planteado por la demandante, aunque quiere resaltar la contradicción en que cae la contratista cuando para demandar la nulidad de los actos administrativos alega la inobservancia de la cláusula compromisoria, pero ataca la falta de jurisdicción declarada por el juez contencioso que, precisamente en aplicación de dicha cláusula, ordenó remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que se surtiera el trámite dispuesto en la cláusula 30 contractual, esto es, en la cláusula compromisoria.

Es evidente, entonces, el contrasentido en que peca la contratista, quien pretende acomodar la disposición compromisoria a su conveniencia, en directo desconocimiento de la buena fe contractual – que como se dijo es de tipo objetivo y se entiende como el deber de conducta y corrección en cada una de las partes.

9.2.3 Los actos administrativos demandados configuran el abuso de la posición dominante, en tanto violan el derecho al debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.

Como se viene diciendo, la ley dota a la Administración de una serie de facultades para constreñir al contratista o sancionarlo ante el incumplimiento de sus obligaciones, incluso mediante la ruptura del vínculo contractual en caso de ser necesario para garantizar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos a su cargo y para la satisfacción del interés público perseguido con la contratación.

Al respecto, se dijo que ciertamente la Comisión Nacional de Televisión cuenta con la función legal de imponer multas a los operadores, concesionarios y contratistas del servicio público de televisión, cuando estos violen sus obligaciones legales, reglamentarias y contractuales, de manera que, en principio, no podría decirse que la Comisión actúa de manera abusiva cuando ejecuta sus deberes funcionales.

Sin embargo, es de todos sabido que las autoridades públicas no pueden ejercer sus deberes funcionales de manera absoluta o abusiva, ya que ellas encuentran sus límites en la Constitución, la ley y el contrato mismo.

Así, las medidas coercitivas como la imposición de multas no pueden desconocer las garantías constitucionales que le asisten al contratista, tales como la legalidad, la tipicidad de la conducta, la proporcionalidad, la igualdad y el debido proceso, so pena de incurrir en un abuso del derecho y de su posición.

Es por ello que, el artículo 12 de la Ley 182 de 1995, tantas veces citado, al tiempo que impone a la Comisión Nacional de Televisión la función de inspeccionar, vigilar y controlar la adecuada prestación del servicio público de televisión, adelantar las investigaciones y visitas a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas e imponer las sanciones a que haya lugar, también le exige observar los principios propios del debido proceso, tales como defensa, contradicción y publicidad de la actuación, motivar sus decisiones e imponer las sanciones a que haya lugar, de manera proporcional al incumplimiento del concesionario, esto es, teniendo en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión.

En el caso concreto la Sala encuentra que el 7 de septiembre de 2007 la Comisión Nacional de Televisión mediante Auto No. 178, abrió la investigación administrativa en contra del concesionario Cablecentro S.A., por los hechos previstos en la visita realizada los días 30 de agosto y 8 de septiembre de 2005, con el objeto de verificar la disminución en el número de usuarios presentada en los meses de junio y julio de 2005¹¹⁶.

De los hechos que dieron lugar a la investigación administrativa se corrió traslado al Concesionario Cablecentro para que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34 y 35 del C.C.A. dentro del término de 10 días hábiles, presentara sus explicaciones y solicitara y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer, en ejercicio de los derechos de defensa y contradicción, propios del debido proceso.

En el mismo sentido se vio que el 12 de septiembre de 2007¹¹⁷ la CNTV remitió a Cablecentro la comunicación a través de la cual le solicitó hacerse presente en sus oficinas para notificarle personalmente el auto No. 178 de 7 de septiembre de 2007 y le informó que legalmente disponía de 10 días hábiles para presentar sus alegatos, solicitar y aportar las pruebas pertinentes.

Sin embargo, el material probatorio también mostró que la notificación del auto No. 178 de 2007 solo se dio hasta el día 18 de noviembre de 2007, mediante la fijación de Edicto que fue desfijado el 20 de noviembre del mismo año¹¹⁸.

¹¹⁶ Fls.451-455 C.3

¹¹⁷ Fl. 456 C.3.

¹¹⁸ Fls.492-493 C.3

Ahora bien, pese a las comunicaciones y el edicto de la CNTV, el término legal de los 10 días dispuestos para explicar y allegar y solicitar pruebas transcurrió desde el 20 de noviembre de 2007 hasta el 4 de diciembre de 2007, sin que Cablecentro ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

Nótese que fue sólo hasta el 29 de abril de 2008 que, extemporáneamente, mediante oficio No. ER6410, Cablecentro presentó los alegatos y excepciones correspondientes al Auto No. 178 de 2007 en donde dijo aclarar que las diferencias registradas en la Comisión Nacional de Televisión “obedecieron a razones netamente de distribución y concepto de usuarios activos e inactivos”, frente a lo cual se advirtió que la prueba se encuentra incompleta y que con ella no se allegaron los soporte que acrediten las explicaciones expuestas por el concesionario, ni éste solicitó la práctica de pruebas.

Al respecto, la Sala anticipa que no existen pruebas dentro del expediente que acrediten las razones aducidas por Cablecentro sobre la distribución y usuarios activos e inactivos ni que sustenten y justifiquen la diferencia de usuarios hallada por la CNTV, que dio lugar a la imposición de la multa.

Así las cosas, la Sala considera que la entidad demandante observó los principios propios del debido proceso, tales como la defensa, contradicción y publicidad en la actuación administrativa, pues, además de todo lo dicho, cabe advertir que las decisiones proferidas por la CNTV fueron debidamente notificadas a la contratista. Y en el mismo sentido la Sala prevé que la sanción impuesta en contra de Cablecentro S.A., se haya motivada y atiende al principio de proporcionalidad, ya que en su dosificación se tuvo en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en su comisión y el valor actualizado del contrato.

A la sazón, frente a la determinación y dosificación de la sanción, la resolución que impuso la multa consideró

“que la falta cometida por el concesionario Cablecentro S.A es grave, en la medida que infringió sin justificación atendible disposiciones de orden legal, reglamentario y contractual de alta trascendencia, toda vez que la inconsistencia de la liquidación del valor que sirve de base para el pago de la compensación a la Comisión Nacional de Televisión, trae consigo el incumplimiento grave del contrato de concesión suscrito con la entidad, así como de la reglamentación expedida para la prestación del servicio público de televisión por suscripción, generando consecuencias económicas en su contra.

Las circunstancias de los hechos que dieron a la falta confluyen gravedad, pues el concesionario tenía pleno conocimiento de la obligación que contrajo frente a la Comisión Nacional de Televisión, de realizar la liquidación de la compensación sobre la totalidad de los ingresos brutos provenientes de la prestación del servicio de televisión por suscripción y los inherentes al mismo.”

Con relación a la conclusión antes citada, la Sala observa que la imposición de la multa en contra de Cablecentro tuvo lugar porque la CNTV encontró acreditado que para los meses de

junio y julio de 2005 la concesionaria había reportado un número menor de usuarios, al que verdaderamente correspondía, en razón a lo cual se afectó negativamente el valor de la compensación pagada a la entidad contratante.

Al respecto, en los actos administrativos demandados se lee:

“Aparece entonces probado, que Cablecentro S.A dejó de reportar 20.514 usuarios a la Comisión Nacional de Televisión, los cuales multiplicados por el valor de la tarifa promedio (\$26.631) que para la época cobraba el mencionado operador, arroja la cifra de \$546.308.334, cifra que no hizo parte de los ingresos brutos sobre los cuales el concesionario efectuó la autoliquidación y canceló la compensación.” (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, como también se dijo, la demandante no desvirtuó las conclusiones aducidas por la CNTV en los actos administrativos demandados, ya que, en primer lugar su escrito de defensa fue allegado extemporáneamente y omitió arrimar o solicitar las pruebas que acreditaran su versión sobre los hechos que dieron lugar a la diferencia de usuarios. De manera que los resultados de la investigación adelantada por la CNTV no fueron desvirtuados y se encuentran amparados por la presunción de legalidad y certeza.

Así las cosas, frente al hecho que afirma que Cablecentro reportó un número menor de usuarios para calcular el valor de la compensación a pagar a la CNTV, la Sala coincide con la entidad demandante en la gravedad de la conducta, pues es evidente que tal hecho trasgrede disposiciones de tipo constitucional, legal, reglamentario y contractual, al tiempo que configura un incumplimiento al contrato de concesión y la comisión de un delito penal, por cuanto conlleva una falsedad y la apropiación de dineros que pertenecen al Estado, en detrimento - daño del patrimonio público.

De igual forma, sobre la reincidencia de la contratista, aunque el informe efectuado en la investigación administrativa el 29 de abril de 2008 estimó pertinente imponer sanción de multa a la contratista en consideración a que *“el concesionario Cablecentro S.A no registra antecedentes por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acuerdo 014 de 1997”*; lo cierto es que las decisiones demandadas encontraron que *“para la imposición de la sanción, [debía tenerse en cuenta] que el concesionario Cablecentro S.A., registra antecedentes por la conducta investigada en la presente actuación, en la medida que mediante la Resolución No. 1017 del 4 de octubre de 2006 la CNTV le impuso una sanción por haber infringido el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, la cual fue confirmada a través de la Resolución No. 0104 del 6 de febrero de 2007, y por lo tanto existe reincidencia.”*

La Sala encuentra corroborado dentro del plenario que el 4 de octubre de 2006 la Comisión Nacional de Televisión profirió la Resolución No. 1017 mediante la cual impuso multa en contra de Cablecentro S.A. por hechos correspondientes al año 2003, donde se estableció que el concesionario *“hasta el mes de septiembre de 2003 no incluyó la totalidad de los ingresos brutos*

base de liquidación de la compensación". De manera que se encuentra demostrado que Cablecentro S.A., era reincidente en su incumplimiento al Contrato de Concesión No. 208 de 2009, pues no obra prueba dentro del plenario que desvirtuó la legalidad y ejecutoria de la mencionada Resolución 1017 de 2006.

Ahora, también se encuentra demostrado en el plenario que en la dosificación de la multa impuesta se tuvo como referente el valor actualizado del contrato de concesión a la fecha de ocurrencia de los hechos investigados, con lo cual se da aplicación al requerimiento legal - artículo 12 literal h de la Ley 182 de 1995, según el cual "*Las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato, y se impondrán mediante resolución motivada.*".

Es entonces con fundamento en lo anterior que la Sala encuentra que la CNTV aplicó el debido proceso dentro de la investigación administrativa adelantada en contra de Cablecentro, por lo que cabe afirmar que la demandante no ha desvirtuado la presunción de legalidad que ampara la actuación administrativa adelantada por la Comisión y los correspondientes actos dentro de ella producidos. Al tiempo que no se demostró el proceder abusivo de la entidad demandada.

9.2.4 Los actos administrativos demandados configuran una trasgresión a la regla del "respeto al acto propio", con lo cual también se desconocen la buena fe y la confianza legítima.

Como se dijo en el aparte correspondiente a los aspectos teóricos que obran como *ratio decidendi* de la valoración fáctica y probatoria que aquí se hace, la buena fe objetiva o contractual se centra en la lealtad y corrección de la conducta propia de cada uno de los contratantes y a ella se integra la regla del "*venire contra factum proprium non valet*", en cuya virtud se afirma que la conducta anterior de una parte – y la objetiva confianza que tal obrar inspiró en la contraparte- le vincula para sus actos posteriores, de modo tal que le está proscrito violar la legítima expectativa generada.

En el caso de autos, la demandante afirma que la Comisión Nacional de Televisión trasgredió la regla del respeto al acto propio con la imposición de la multa contenida en las resoluciones 953 de 21 de julio de 2008 y 2009-380-001361-4 del 2 de diciembre de 2009.

Sin embargo, la demandante omite señalar cuál fue el acto u actuación desplegada por la administración que le generó algún tipo de expectativa o confianza y que a la postre resultó vulnerada con la imposición de la multa.

Por el contrario, en el plenario se encuentra probado que la CNTV realizó visitas¹¹⁹ de inspección a la concesionaria del servicio público de televisión – Cablecentro S.A., en atención a la irregularidad presentada frente al número de usuarios reportado para liquidar la compensación correspondiente a los meses de junio y julio de 2005.

Producto de esta visita se inició la correspondiente investigación administrativa, se corrió traslado a Cablecentro para que ejerciera su defensa¹²⁰ y, por cuanto las explicaciones suministradas resultaron extemporáneas e insuficientes, la Junta Directiva de la entidad emitió el correspondiente informe de fecha 29 de abril de 2008¹²¹ en el que recomendaba imponer la correspondiente sanción.

Entonces, fue en efecto del procedimiento administrativo así adelantado que se profirieron los actos administrativos cuya nulidad se demanda, de manera que no encuentra la Sala que la Comisión haya adoptado una decisión que contrariara su actuar antecedente.

9.2.5 Infracción de las normas en que debía fundamentarse la Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008.

Considera la demandante que las resoluciones 953 de 21 de julio de 2008 y 2009-380-001361-4 del 2 de diciembre de 2009 infringen las normas en que debían fundarse, porque en ellas se refiere al cumplimiento de lo ordenado por el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, dejando de lado que debía tenerse en cuenta el Acuerdo 002 de 2004 por encontrarse vigente en los meses de junio y julio de 2005.

Con relación a lo manifestado por la demandante la Sala considera aclarar que el Acuerdo 014 de 1997, funge como la reglamentación general del servicio de televisión por suscripción y comprende el plan completo de promoción y normalización del servicio, por lo que su artículo 36 estableció en el 10% el porcentaje de compensación que debían pagar los concesionarios a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción.

No obstante, es cierto que con posterioridad se profirieron los Acuerdos 03 de 2001 y 02 de 2004, pero vale aclarar que estos se limitaron, únicamente, a modificar el porcentaje de compensación y la forma de pago del mismo.

Así las cosas, por cuanto las modificaciones introducidas en el 2001 y 2004 al Acuerdo 014 de 1997 recayeron, fundamentalmente, sobre el porcentaje de compensación, debe afirmarse que las disposiciones en él contenidas, distintas a dicho porcentaje, continuaban vigentes, en razón

¹¹⁹ Fls.419-420 C.3

¹²⁰ Fl. 456 C.3.

¹²¹ Fls.502-511 C.3

a lo cual las disposiciones referentes a la imposición de la multa y demás sanciones allí contenidas conservaban su eficacia y vigor.

Es por eso que las resoluciones 953 de 21 de julio de 2008 y 2009-380-001361-4 del 2 de diciembre de 2009, hoy demandadas, fundamentaron la imposición de la multa en las disposiciones del régimen sancionatorio contenido en el Acuerdo 014 de 1997, en especial los artículos 41 y 42 según los cuales:

“Artículo 41. Falta. Para los efectos del presente Acuerdo, se entiende como falta toda conducta o comportamiento realizado o ejecutado por el operador del servicio de televisión por suscripción que sea contraria a la Constitución, la ley y a lo dispuesto en el presente Acuerdo, y a todas aquellas normas que los modifiquen, adicionen o reformen.

Artículo 42. Criterios para determinar la sanción. Se tendrán como criterios para efectos de graduar la sanción, los antecedentes del infractor, el grado de perturbación del servicio, la naturaleza y efectos de la falta, las circunstancias de los hechos que dieron lugar a ésta y la reincidencia.

Al respecto, debe advertirse que los criterios dispuestos en las normas citadas son absolutamente concordantes con los postulados contenidos en la Ley 182 de 1995, sobre los cuales ya se ha hablado; así como lo dispuesto en el inciso final del artículo 36 del mismo Acuerdo 014 de 1997, según el cual “[e]n el evento de comprobarse alguna inconsistencia en el número de suscriptores declarado, el concesionario se hará acreedor a la caducidad del respectivo contrato”; ya que esta potestad, como también se dijo, deriva directamente de los deberes funcionales dispuestos por el artículo 5 de la mencionada Ley 182.

En otras palabras, las disposiciones del Acuerdo 014 de 1997 utilizadas por la CNTV para fundamentar la imposición de la multa no sólo estaban vigentes para la época de los hechos (junio y julio de 2005) y para la fecha de proferimiento de los actos administrativos (2008-2009) sino que ellas son una reproducción de la normatividad legal contenida en la Ley 182 de 1995.

Sin embargo frente a las modificaciones introducidas por los Acuerdos 03 de 2001 y 02 de 2004, debe advertirse que los mencionados acuerdos fueron demandados ante el Consejo de Estado, quien en diferentes decisiones suspendió y se pronunció sobre la legalidad de los actos administrativos, como se grafica mediante la siguiente tabla:

Acuerdo/ Circular	Fecha	Porcentaje de compensación	Fecha en que el Consejo de Estado-Sección 3a ordenó la suspensión	Fecha en que el Consejo de Estado-Sección 3a resolvió la nulidad	Sentido de la decisión de nulidad
Acuerdo No. 014 Reglamenta el servicio de televisión por suscripción.	20/03/1997	10%	No se suspendió		
Acuerdo No. 003 Modifica la tarifa de compensación	13/11/2001	7,50%	27/03/2003 - confirmado mediante auto de 24/07/2004	25/02/2009	Niega la nulidad
Acuerdo No. 002 Fija la tarifa de compensación	18/05/2004	7,50%	Proceso No. 28968: Se suspendió el 2/02/2005 y se confirmó el 28/04/2008	04/10/2007	Declara la nulidad del Acuerdo No. 002
			Exp. 27727: Se suspendió 22/02/2005	01/11/2007	Declara la cosa juzgada
Circular 11 En atención a los autos de suspensión del Acuerdo 02 de 2004, informa que la tarifa de compensación corresponde a la fijada en el Acuerdo 014 de 1997 - art. 36 y cláusula 7 de los contratos de concesión.	23/05/2005	10%	No se suspendió	14/04/2010	Declara la nulidad de la circular No. 11

Es de anotar que en la providencia de fecha 14 de abril de 2010, proferida dentro del Expediente 31223, la Sección Tercera del Consejo de Estado, aclaró:

“El artículo 2º del Acuerdo CNTV 003 de 2001 modificó el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo CNTV 014 de 1997 y determinó que los concesionarios de televisión por suscripción y las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital directa pagarían directamente a la CNTV, como compensación por la explotación del servicio, el 7.5% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios.

(...)

El Consejo de Estado decretó la suspensión provisional de los efectos de las expresiones acusadas del Acuerdo CNTV 003 de 2001, en providencia del 27 de marzo de 2003, al considerar que la Ley 680 de 2001 en su artículo 6º derogó la competencia de la Comisión para fijar los derechos, tasas y tarifas respecto de los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción.

En efecto, (...) decreto la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados constituidos por las siguientes expresiones de los artículos 2,3 y 5 del Acuerdo CNTV 003 de 2001:

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

(...)

Esta misma Sección (...) confirmó la providencia proferida (...)

Con posteridad (...) la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión expidió el Acuerdo CNTV 002 de 2004, que en su artículo 2º ordenó el pago de una tarifa de 7.5% (...)

Los efectos del citado Acuerdo CNTV 002 de 2004 también fueron objeto de la medida cautelar de suspensión provisional, por parte de esta Sección (...) según Auto de 2 de febrero de 2005, Exp. 27727, (...). Advirtió la Sala que el Auto acusado no siguió el procedimiento previsto por el artículo 13 de la Ley 182 de 1995.

(...)

De lo discurrido se advierte que (...)

(...)

En efecto, la tarifa del 10%, 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, establecida en el artículo 36 del Acuerdo CNTV 003 DE 2001 EL CUAL DISPUSO UN PORCENTAJE INFERIOR (EL 7.5% DEL TOTAL DE LOS INGRESOS BRUTOS MENSUALES PROVENIENTES EXCLUSIVAMENTE DE LA PRESTACIÓN DE ESTOS SERVICIOS).

Nótese que si la suspensión decretada por esta Corporación en la citada providencia de marzo 27 de 2003 sólo se ocupó de algunas expresiones del artículo 2º del Acuerdo CNTV 003 de 2001 (...) no podía invocarse que el decreto de la medida cautelar suponía que la norma derogada recobraba vigencia.

De modo que mal podía la Comisión Nacional de Televisión “revivir” una norma que había sido modificada por una posterior, cuando esta última es objeto únicamente de una suspensión provisional parcial. Máxime cuando la medida cautelar no se predicó del monto de la tarifa (7.5%) indicada en el artículo segundo del Acuerdo CNTV 03 de 2001.

Expresado en otras palabras, si las modificaciones efectuadas en relación con el porcentaje de la compensación en el Acuerdo CNTV 003 de 2001 no se encontraban suspendidas, en tanto la medida cautelar únicamente recayó sobre la expresión “los concesionarios de televisión por suscripción”, no podía la Comisión Nacional de Televisión invocar la vigencia de una norma que ya había sido modificada y que fue reemplazada por otra.

En definitiva, (...) no existe en el mundo jurídico, tal y como fue expedido originalmente, el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo CNTV 14 de 1997 y, por ende, tampoco la tarifa del 10% pues este inciso fue derogado expresamente por el artículo 2º del Acuerdo CNTV 03 de 2001 y la suspensión que recayó sobre esta norma solamente se refirió a una frase: “los concesionarios de televisión por suscripción”. Y el aparte del artículo 2º del Acuerdo CNTV 03 de 2001 que expresa la inequívoca voluntad de la Comisión Nacional de Televisión en el sentido de que la tarifa sea del 7.5%, no fue objeto de suspensión provisional.”

De manera que fueron estos los motivos que dieron lugar a la nulidad de la Circular 011 de 2005, pues así se encontró que ella no constituía “una mera carta de instrucción o simple circular administrativa (...) sino que es contentiva de una verdadera decisión de la administración que produce efectos jurídicos”, esto es, que es un auténtico y genuino acto administrativo que fue expedido en el ejercicio de la función administrativa para fijar el valor de la compensación en el 10% y las consecuencias que derivan de no acatar dicha determinación, pero su expedición se hizo de manera irregular por cuanto infringió los deberes de divulgación, garantía de participación ciudadana y publicidad, así como las etapas del procedimiento de expedición de actos administrativos de carácter general, dispuestos en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995.

Ahora bien, debe preverse que las modificaciones introducidas por los Acuerdos 03 de 2001 y 02 de 2004 al Acuerdo 014 de 1997 recaen, fundamentalmente, en el porcentaje de la compensación dispuesta como contraprestación por la explotación del servicio de televisión por suscripción pero no modifican la forma o fórmula de liquidación, que en todos los casos se obtiene de multiplicar el número de usuarios o suscriptores del respectivo periodo por la tarifa de suscripción cobrada.

Esta afirmación se corrobora con la simple lectura de lo dispuesto en cada uno de los acuerdos:

Acuerdo No. 014 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.”

“Artículo 36. 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 resulta de multiplicar el número de suscriptores durante el período de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario.”

Así mismo, deberán cancelar el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos mensuales, percibidos por concepto de pauta publicitaria.

*En el evento de comprobarse alguna inconsistencia en el número de suscriptores declarado, el concesionario se hará acreedor a la caducidad del respectivo contrato.”
(Subrayado fuera del texto)*

Acuerdo 03 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.”

(...)

ARTICULO SEGUNDO: Modificar el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1.997, el artículo cuarto del Acuerdo 005 de 1.996 y los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Acuerdo 032 de 1.998, los cuales quedarán así:

“Los concesionarios de televisión por suscripción y las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital directa al hogar, pagarán directamente a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación del servicio, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente período de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario” (Subrayado fuera del texto)

Acuerdo 02 de 2004 “por el cual se fija la tarifa por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH)”

(...)

ARTICULO SEGUNDO: VALOR.- Los concesionarios de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH), pagaran directamente a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación del servicio, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario.” (Subrayado fuera del texto)

Sobre este aspecto debe señalarse, como bien lo hacen los actos administrativos demandados, que la sanción impuesta no versa sobre el porcentaje pagado por el concesionario como compensación sino sobre el número de usuarios reportado como base para la liquidación de la compensación, pues tuvo en cuenta solamente como parte del cálculo 248.689 usuarios, dejando de incluir 20.514 usuarios, según se desprendió de la investigación administrativa, los cuales multiplicados por el valor de la tarifa promedio, esto es, \$26.631 que se toman de la misma autoliquidación reportada por Cablecentro S.A.¹²², arroja la suma de \$546.308.334, cifra que no hizo parte de los ingresos brutos sobre los cuales el concesionario efectuó la autoliquidación y canceló la compensación.

¹²² FI. 434 C.3.

De otra parte, vale reiterar que las discusiones planteadas en sede contenciosa administrativa frente al Acuerdo 014 de 1997, recaían sobre el porcentaje de la compensación, más no sobre el número de usuarios sobre el cual debía efectuarse la liquidación de dicha compensación y, se itera, la demandante fue sancionada por inconsistencias en el número de usuarios reportado ante la Comisión, más no por el porcentaje de la compensación pagado.

Es por lo mismo que no encuentra asidero la afirmación hecha en sustento del recurso de apelación, según la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no tuvo en cuenta el fallo proferido por el Consejo de Estado en el que se declaró la nulidad de la Circular 011 de 2005, con base en la cual se efectuó la liquidación de las multas impuestas, según el dicho de la demanda.

Al respecto debe notarse que la liquidación de la sanción – multa incluida en los actos administrativos demandados tuvo lugar en julio de 2008 y diciembre de 2009, fecha en la cual se encontraba vigente la mencionada circular, pues su nulidad tuvo lugar el 14 de abril de 2010, es decir, con posterioridad a la expedición de los actos administrativos demandados y a la liquidación en ellos contenida, sobre lo cual debe preverse que la nulidad de los actos administrativos opera hacia el futuro y, por regla general, no tiene efectos retroactivos.

Ahora bien, no resulta para la Sala plenamente establecido que los porcentajes de compensación fijados, ya sea en el Acuerdo 014 de 1997 o 003 de 2001, afectaran la liquidación de la multa impuesta en las resoluciones demandadas contra Cablecentro S.A., pues la multa fue fijada en el 20% del valor actualizado del contrato para el mes de julio de 2005, sin que obre en el plenario prueba que le acredite a la Sala que el valor actualizado del contrato no corresponde con la normatividad vigente para la época de los hechos.

Al respecto se lee en las resoluciones demandadas:

“En virtud de los criterios analizados y la falta investigada, la sanción a imponer al concesionario Cablecentro S.A teniendo en cuenta el valor actualizado del contrato de concesión No. 208 de 1999 a fecha 31 de julio de 2005, que según certificación de la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión Nacional de Televisión, corresponde a la suma de mil novecientos sesenta y dos millones quinientos cinco mil cincuenta y dos pesos moneda corriente (\$1.962.505.052 pesos M/cte), será multa consistente en el veinte por ciento (20%) del valor actualizado del contrato, equivalente a la suma de trescientos noventa y dos millones quinientos un mil diez pesos con cuatro centavos moneda corriente (\$392.501.010.4 M/cte), al encontrarse plenamente comprobada la conducta constitutiva de falta consistente en infringir lo dispuesto en el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997 y la cláusula 7ª del contrato No. 208 de 1999 suscrito con la CNTV. (Subrayado fuera del texto)

Nótese entonces que el valor actualizado del contrato corresponde a aquél que fue certificado por la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión Nacional de Televisión,

certificación que no obra dentro del plenario, de manera que es imposible para la Sala establecer los criterios bajo los cuales se determinó dicho valor.

9.2.6 Falsa motivación porque la Resolución No. 953 del 31 de julio de 2008 se fundó en el estudio realizado por la Subdirección Administrativa y Financiera, el cual no tuvo en cuenta las condiciones cambiarias del mercado de las telecomunicaciones y los agentes externos que afectaron sus ingresos.

En términos generales, la demandante ha sostenido que dentro de la actuación administrativa, en la imposición de la sanción y en la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no se tuvieron en cuenta las explicaciones por ella esgrimidas frente a las diferencias en el número de suscriptores reportado como base de liquidación de la compensación presentada para el mes de julio de 2005.

Sin embargo, dentro del plenario ha quedado establecido, en primer lugar, que Cablecentro S.A., tuvo conocimiento de la actuación administrativa adelantada en su contra desde el inicio de las diligencias, conoció los hechos objeto de investigación y tuvo oportunidad de presentar sus explicaciones o justificaciones, pedir pruebas y allegar las que considerara pertinentes.

De manera que la CNTV le brindó a Cablecentro la oportunidad de defensa y contradicción que corresponde, pero advierte la Sala, como lo vino anticipando, que la concesionaria no ejerció su defensa dentro del término reglamentario de los 10 días hábiles concedidos para el efecto, el cual corrió entre el 20 de noviembre y el 4 de diciembre de 2007, sino que presentó sus descargos el 29 de abril del año siguientes por lo cual dicho escrito debía tomarse como extemporáneo.

Sin embargo, aunque el escrito de defensa fue extemporáneo y así lo manifestó la Comisión en el informe de la actuación administrativa rendido el mismo día 29 de abril de 2008, lo cierto es que la valoración de tal escrito no fue excluida, por el contrario, tanto en el mencionado informe como en los actos administrativos por medio de los cuales se impuso la sanción (hoy demandados) se hizo alusión a las argumentaciones esgrimidas por Cablecentro S.A. para justificar las inconsistencias halladas frente al número de usuarios reportado, pero ellas se encontraron insuficientes y carentes de soportes probatorios.

Al respecto, los actos demandados consideraron:

“Finalmente cabe reiterar, que el cargo que motivó la sanción es por no haber tenido en cuenta el entonces operador Cableoperador S.A, 20.514 usuarios en la liquidación de la compensación a pagar a la Comisión Nacional de Televisión, los cuales estaban activos para el momento de la liquidación objeto de investigación, puesto que de estar los mismos inactivos para dicho momento, tal circunstancia la hubiese puesto de manifiesto el ex operador al momento de presentar sus alegatos. Sin embargo, dentro del expediente no se evidencia prueba alguna que se evidencie que efectivamente tales

usuarios se encontraran inactivos, de donde se pueda desprender su nula generación de ingresos, situación probatoria que impide la prosperidad del argumento esgrimido [por Cablecentro] en tal sentido. (Subrayado fuera del texto)

Y, lo propio ocurrió en sede contencioso administrativa, pues aunque la demandante ha sostenido que la variación en el número de suscriptores se debió a “razones netamente de distribución y concepto de usuarios activos e inactivos”, tales circunstancias no quedaron acreditadas dentro del plenario.

Del mismo modo, aunque Cablecentro sostuvo que muchos usuarios decidieron cambiar de operador de televisión, en atención al que las empresas de telecomunicaciones estaban generando paquetes de servicios, al respecto no se allegó medio probatorio alguno que así lo demuestre. Tampoco se comprobó la existencia de usuarios cuyos servicios eran suspendidos y posteriormente reconectados o la depuración en la base de datos que afectó el número de usuarios reportado o dejado de reportar y en qué medida.

Así las cosas, la Sala observa que la Comisión Nacional de Televisión tomó la decisión de imponer la sanción de multa con base en las pruebas e informes obtenidos dentro de la correspondiente investigación, los cuales no fueron desvirtuados ni en sede administrativa y en sede judicial, pues, se itera, no obra prueba dentro del plenario que vicie la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos proferidos por la administración, conforme se dejó dicho en el punto 3 de la parte considerativa de esta providencia.

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

RESUELVE:

DAR CUMPLIMIENTO al fallo de tutela proferido el 6 de julio de 2016 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y en consecuencia se procede a dictar nuevamente sentencia en este asunto, así:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de julio de 2012¹²³ proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

¹²³ Fls.251-270 C.P

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO. Por secretaría, **COMUNICAR** el contenido de esta providencia a la Honorable Magistrada **MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**, Sección 4ª – **Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Rad. 11001-03-15-000-2016-01198-00**

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SANCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de Voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

Aclaración de Voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente