

DEMANDA DE SIMPLE NULIDAD CONTRA REGLAMENTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR ENTIDAD DE ORDEN NACIONAL - Conoce el Consejo de Estado en única instancia. Regulación normativa / REGLAMENTO ADMINISTRATIVO QUE REGULA LA PRORROGA DE LOS CONTRATOS DE CONCESION - Corresponde el conocimiento de la demanda a la Sección Tercera del Consejo de Estado. Regulación normativa

El proceso versa sobre una demanda formulada en ejercicio de la acción de simple nulidad contra un reglamento administrativo expedido por la CNTV, entidad del orden nacional, como lo estableció el derogado artículo 77 de la CP., “la televisión estará regulada por una entidad autónoma del orden nacional”, de tal manera que se cumple el requisito del numeral primero del artículo 128. Adicionalmente, tratándose de un tema de naturaleza contractual, y en armonía con el Acuerdo No. 58 de 1999, que asigna a cada Sección que conforma el Consejo de Estado los asuntos según la naturaleza o materia, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente porque se trata de un reglamento que regula la prórroga de los contratos de concesión para la operación de los canales privados, tema de indiscutible contenido contractual.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 77

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV -HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

SUCESION PROCESAL - Supresión de entidad del Estado que entró en liquidación / SUCESION PROCESAL - Configuración. Comisión Nacional de Televisión CNTV y Autoridad Nacional de Televisión ANTV / SUCESION PROCESAL - Acuerdo 003 de 2005 La Autoridad Nacional de Televisión. ANTV asumió la competencia normativa reglamentaria que tuvo la Comisión Nacional de Televisión para expedir acuerdos / DEMANDA DE NULIDAD QUE REGLAMENTA LA PRORROGA DE LAS CONCESIONES PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Sustitución en proceso judicial. Se traslada la competencia reglamentaria a la Junta Nacional de Televisión que es parte de la Autoridad Nacional de Televisión ANTV

[L]a CNTV, como organismo encargado de intervenir el espectro electromagnético utilizado por los servicios de televisión y de dirigir la política que en materia de televisión determine la ley, fue suprimida mediante el Acto Legislativo No. 002 de 2011 –y entró en liquidación–, y apoyada en dicha reforma la Ley 1507 de 2012 distribuyó sus funciones entre las entidades del Estado que asumieron la competencia para formular los planes, la regulación, dirección, gestión y el control de los servicios de televisión. (...) la Sala encuentra que se configuró la sucesión procesal, porque el art. 20 de la Ley 1507 de 2012 -en desarrollo del Acto Legislativo No. 02 de 2011- dispuso que la CNTV entraría en proceso de liquidación. No obstante, si bien, entrar en liquidación no implica per se la extinción de la persona jurídica, y por tanto podría continuar participando en los procesos como tercero o parte, el artículo 21 reguló de manera especial la liquidación de los contratos y “la cesión de la posición contractual, judicial y administrativa (...) Por ministerio de esta ley las entidades públicas a las cuales se transfirieron las competencias de la CNTV la sustituyeron en los procesos judiciales en curso, como acontece en este. Además, como versa sobre la nulidad de un Acuerdo que reglamenta la prórroga de las concesiones para la prestación del servicio público de televisión, le corresponde continuar el proceso a la

Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), con fundamento en el art. 14 de la Ley 1507 de 2012, que traslada esta competencia reglamentaria a la Junta Nacional de Televisión, que es parte de aquélla.(...) la ANTV asumió la misma competencia normativa reglamentaria que tuvo la CNTV para expedir el Acuerdo No. 003 de 2008, de ahí que la sucedió procesalmente.

FUENTE FORMAL: LEY 1507 - ARTICULO 14 / LEY 1507 - ARTICULO 20 / LEY 1507 - ARTICULO 21

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

SUCESION PROCESAL - Noción. Definición. Concepto / SUCESION PROCESAL - No interrupción del proceso / SUCESION PROCESAL - Efectos

[L]a sucesión procesal modifica los sujetos o partes que integran el proceso, e inclusive de quienes tienen la calidad de terceros, es decir, en este evento se sustituyen los sujetos que actúan como partes o terceros. Concretamente, la institución la regula el Código de Procedimiento Civil, artículo 60, que en los incisos primero y segundo contempla el supuesto de extinción de las personas, el primero de las naturales y el segundo de las jurídicas. Respecto a éstas establece que si durante el proceso judicial se extingue una persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca dicha calidad, en todo caso la sentencia tendrá efecto respecto a ellos aunque no concurren al juicio. Esta situación no interrumpe el proceso, porque el artículo 69 del C.P.C. señala que la muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial, por lo que el proceso continuará, sin perjuicio de que el poder lo revoquen los herederos o sucesores. La sucesión procesal tampoco afecta los demás elementos del proceso, y continúa con el nuevo sujeto en el mismo estado, quien pasa a ser parte o tercero, sin modificar la relación jurídica material del litigio, así que el juez se pronuncia sobre el fondo del conflicto como si este fenómeno no hubiera acontecido. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la definición de sucesión procesal consultar sentencia de 10 de marzo de 2005, exp. 16346

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 69

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

POTESTAD REGLAMENTARIA - Transferida de la CNTV a la ANTV y a otras entidades estatales / POTESTAD REGLAMENTARIA - Noción de reglamento / POTESTAD REGLAMENTARIA - Criterio moderno / POTESTAD REGLAMENTARIA - Noción. Definición. Concepto / POTESTAD REGLAMENTARIA - Fundamento / POTESTAD REGLAMENTARIA - Competencia para expedir reglamentos. Actos administrativos de carácter general que tienen vocación de permanencia en el tiempo

El criterio moderno que explica la existencia de la potestad reglamentaria es el normativo; es decir, la presencia de una norma que asigna esta facultad a un órgano. De esta manera, la Constitución, la ley y el reglamento –los últimos dos en menor medida- confieren esta competencia a algunos órganos del Estado, de manera que la potestad reglamentaria es la competencia que asigna una norma

para expedir reglamentos, es decir, actos administrativos de carácter general, que tienen vocación de permanencia en el tiempo; expedido en ejercicio de función administrativa. Este último elemento, común a todos los actos administrativos, tratándose del reglamento es especialmente importante, porque marca la diferencia de esta norma con otras que comparten varios de aquellos elementos, como es el caso de la Constitución y la Ley.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

REGLAMENTO - Noción. Definición. Concepto. Primer elemento / ACTO ADMINISTRATIVO Y REGLAMENTO - Relación de género a especie / ACTO ADMINISTRATIVO - Género / REGLAMENTO - Especie / REGLAMENTO - No es una norma autónoma

El reglamento es una especie de acto administrativo, entendiendo por este una declaración unilateral de voluntad, que proviene de la administración o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, y produce efectos jurídicos. El reglamento tiene estos mismos elementos, porque entre ambos existe una relación de género a especie, siendo género el acto administrativo y especie el reglamento, como también son especies los actos administrativos generales, los particulares, los reglados, los discrecionales, etc. De hecho, uno de los tipos más usuales de actos administrativos son los particulares, sin embargo, son solo una especie entre varias, cuyo elemento característico es su individualidad; igual que sucede con los actos generales, que tiene por vocación dirigirse a un número indeterminado de personas, sin embargo tales diferencias no implican que se separen del género: sencillamente todos son actos administrativos. Esto significa que a pesar de las particularidades y especificidades que tiene el reglamento, de ninguna manera se trata de una norma autónoma, porque -como se señaló- comparte los mismos elementos que caracterizan al acto administrativo. Sin embargo, la innegable capacidad creadora de derecho justifica que algunos defiendan su independencia como norma, no en vano es una fuente del derecho. No obstante, si bien se acepta lo anterior, este aspecto no es suficiente para negar que es un tipo o clase de acto administrativo –de los más importantes-, porque a pesar de la envergadura de dicha característica, se trata de una cualidad lateral que no muta su naturaleza, pues los elementos del acto administrativo se conservan en su interior. Un argumento adicional que confirma que, en Colombia, el reglamento es un acto administrativo es la coincidencia del régimen jurídico que los gobierna a todos. De esta manera, todos los actos administrativos -incluido el reglamento- tienen en común: i) los elementos que los constituyen –sujeto o competencia, objeto o contenido, causa o motivo, forma y fin-; ii) los vicios que afectan su validez -expedición en forma irregular, violación de norma superior, etc.-; iii) el control judicial procede con la misma intensidad, es decir, no hay variaciones apriorísticas por el tipo de acto; y iv) el juez es el mismo: la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

REGLAMENTO - Noción. Definición. Concepto. Segundo elemento / REGLAMENTO - Carácter general. Dirigido a un número indeterminado de personas / REGLAMENTO - Atributos que lo diferencian de los actos

administrativos simplemente generales / REGLAMENTOS - Vocación de permanencia en el tiempo / REGLAMENTO - Su vigencia se pierde por derogación o declaración de nulidad

El segundo elemento que define el reglamento es su carácter general, porque se dirige a un número indeterminado de personas; razón por la cual un acto administrativo general nunca será un reglamento. En vista de que el reglamento tiene otros atributos que lo diferencian de los actos administrativos simplemente generales, al interior de estos el reglamento es una especie, por lo que un reglamento siempre será un acto administrativo general, pero éste no siempre será un reglamento, por la razón que pasa a exponerse. Los reglamentos, además, tienen vocación de permanencia en el tiempo, aspecto que se concreta en que no se agotan con su aplicación, rigiendo un número indeterminado de casos de forma intemporal, y solo pierden vigencia por derogación o declaración de nulidad; de ahí que la aplicación constante o cotidiana que la administración hace de ellos no afecta la intensidad de lo que ordenan o regulan. A modo de ejemplo, el acto que convoca a un concurso de notarios es simplemente general, porque se dirige a un número indeterminado de sujetos –los que quieran participar-, pero regula un proceso concreto y solo es aplicable a él, y a hechos más determinados; mientras que lo propio del reglamento es regular supuestos más abstractos e intemporales en forma intemporal.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

REGLAMENTO - Noción. Definición. Concepto. Elemento común / REGLAMENTO - Se expiden en ejercicio de una función administrativa / REGLAMENTO - No se asimilan a la Constitución ni a la Ley / REGLAMENTO, CONSTITUCION Y LEY - Criterios para diferenciarlos

Por último -elemento común a todo acto administrativo-, los reglamentos se expiden en ejercicio de función administrativa. Se destaca esta característica por marcar la diferencia con otras normas que se asemejan en su estructura, como la Constitución o la Ley, que también suelen regular supuestos de forma general y abstracta, de manera que -atendiendo a este exclusivo aspecto- un acto de naturaleza legislativa sólo se diferencia del reglamento por la función que se ejerce al expedirlo: legislativa o constituyente. No obstante, es claro que lo anterior no significa ni permite asimilar el reglamento a la Ley, y mucho menos a la Constitución, porque si bien coinciden en algunos elementos de su estructura normativa, tienen diferencias marcadas, como el alcance o la capacidad creadora de estas fuentes del derecho; no obstante, uno de los criterios para diferenciarlos radica en la función pública que se ejerce para expedirlos: administrativa para el reglamento, legislativa para la ley y constituyente para la constitución. De conformidad con lo expresado hasta ahora, todo acto que cumpla los requisitos analizados es un reglamento, sin importar la denominación que se le dé: Decreto, Resolución, Ordenanza, etc., pues el nombre no afecta su naturaleza; incluso, normas a las que se les llama reglamento pueden tener otra naturaleza, como la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso, que no es un reglamento sino una Ley.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

CLASES DE REGLAMENTO - Praeter legem y secundum legem / REGLAMENTOS SEGUNDUM LEGEM - Noción. Definición. Concepto / REGLAMENTOS SEGUNDUM LEGEM - Se someten o subordinan a una norma de inferior jerarquía a la Constitución / REGLAMENTOS SEGUNDUM LEGEM - Finalidad / REGLAMENTOS SEGUNDUM LEGEM - Reglamentos ejecutivos / REGLAMENTOS SEGUNDUM LEGEM - Características

La clasificación más relevante de los reglamentos los identifica como praeter legem y secundum legem, que atiende a la relación en que se encuentra dicha norma frente a las de rango superior. Los secundum legem, como su nombre lo indica, son los que se someten a la ley –“según la ley”-. No obstante, no todos desarrollan directamente una Ley, porque pueden tener dicha relación con otras normas de inferior jerarquía, como por ejemplo otros reglamentos; es el caso del que expide el alcalde para desarrollar los acuerdos del Consejo, en este evento aquél no se subordina a una ley sino a un Acuerdo –cuando este a su vez contiene un reglamento-. En consecuencia, reglamentos secundum legem son los que se someten o subordinan a una norma de inferior jerarquía a la constitución, de tal manera que su finalidad es desarrollar la disposición superior –no sólo la ley, pero muchas veces a la Ley- por lo que se les conoce como reglamentos ejecutivos, de tal manera que su finalidad es concretar los mandatos de la norma superior, fijando los medios e instrumentos auxiliares necesarios para conferirles el mayor efecto, no obstante que en muchos casos subsistan espacios para la creación de derecho. De la anterior relación se extraen algunas características: primera, la subordinación a la norma superior; segunda, su expedición es eventual, porque depende de que la materia la trate primero la norma superior; tercero, la vigencia se supedita a la existencia de la norma superior, lo que supone que ésta se desarrolla mientras rija, pero si pierde vigencia su reglamento también desaparece, finalmente, la subordinación a la norma superior origina un control de legalidad más riguroso, al tener restricciones derivadas de la jerarquía, ya que, por un lado, el reglamento no puede restringir el alcance o contenido de la norma superior, y por otro no puede ampliar los contenidos de la norma superior, pues lo suyo es desarrollarla no crear aspectos que solo ésta puede introducir

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

CLASES DE REGLAMENTO - Praeter legem y secundum legem / REGLAMENTOS PRAETER LEGEM - Característica principal. No subordinación a la ley ni a otro reglamento / REGLAMENTOS PRAETER LEGEM - Tienen mayor autonomía / REGLAMENTOS PRAETER LEGEM - Los crea y justifica la Constitución / REGLAMENTOS PRAETER LEGEM - Reglamento independiente / REGLAMENTOS PRAETER LEGEM - Jerarquía similar a la ley / REGLAMENTOS PRAETER LEGEM - No tiene fuerza de ley / REGLAMENTOS PRAETER LEGEM - Ejemplo

La otra clase de reglamentos son los praeter legem, cuya característica principal es que no se subordinan a la ley, ni a otro reglamento, por lo que tienen mayor autonomía para tratar la materia que tienen asignada; ya que a diferencia de los secundum legem solo la Constitución los crea y justifica, otorgando directamente la potestad reglamentaria a una autoridad, por lo que entre ellos no media una ley, así que cuentan con la capacidad creadora propia del legislador. En este sentido, el reglamento praeter legem o independiente no completa ni desarrolla una ley previa, porque surge en virtud de la Constitución, que radica en él la competencia para regular un asunto, lo que implica que tal espacio queda vedado al legislador,

quien debe respetar dicha reserva, so pena de violar la Constitución. De esta manera, este reglamento tiene una jerarquía similar a la ley, pues ambos se someten directamente a la constitución; no obstante, para evitar confusiones no se suele asimilar este reglamento a la ley, pero sólo porque formalmente no tienen “fuerza de ley”. En este sentido, resultan pertinentes las palabras de VEDEL, quien acompañado de CHAPUS afirma: “las leyes y los decretos autónomos tienen cada uno su propia esfera y su propio rango: son independientes y desiguales”. A modo de ejemplo de reglamentos praeter legem, la Constitución establece, en varios artículos y a favor de diferentes órganos, la reserva de reglamento. De esta manera establece en el artículo 355 que al Gobierno le corresponde reglamentar la forma en la cual se podrán celebrar contratos en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, con entidades privadas sin ánimo de lucro, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo; el artículo 189.17 atribuye al presidente la república la facultad para distribuir los negocios, según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, el artículo 131 inciso 3° establece que le corresponde al Gobierno crear, suprimir y fusionar los círculos de notariado y registro, así como determinar el número de notarios y oficinas de registro; el artículo 268.12, faculta al Contralor General de la República para “Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial”; los artículos 235.6, 237.6 y 241.11 facultan a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado y a la Corte Constitucional, respectivamente, para darse su propio reglamento.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 131.3 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189.17 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 235.6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 237.6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 241.11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 355

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

POTESTAD REGLAMENTARIA - Titularidad en materia de servicio público de televisión

Definido qué es la potestad reglamentaria, qué es el reglamento y sus clases, hay que examinar quién es su titular. La conclusión es que son tantas autoridades están facultadas por la Constitución, por las leyes y por otros reglamentos para expedirlos. En este sentido, la Constitución es prolija en asignar potestad reglamentaria, ejemplo de ello son las normas citadas respecto a los reglamentos autónomos; sin embargo, debe tenerse presente que el hecho de que la Constitución asigne directamente la potestad reglamentaria no significa, necesariamente, que la autoridad profiera reglamentos autónomos; para establecer esto hay que analizarse otro aspecto: si sólo se sujetan a la constitución o si también se subordinan a normas de menor jerarquía, como la ley, la ordenanza, el acuerdo u otra clase de reglamento. Esto sucede con la potestad reglamentaria que en su momento le asignó la Constitución Política a la CNTV, nombre impuesto por la ley, pero la Carta Política había anunciado que sería una “entidad autónoma del orden nacional, sujeta a régimen propio”, y le encargó regular el servicio público de televisión. Entonces, la potestad reglamentaria que la Constitución le asignó a la CNTV proviene del entonces artículo 77, vigente algunos meses después de que entró a regir el Acto Legislativo No. 2 de 2011,

que suprimió a esta entidad (...) hasta antes de la vigencia del Acto legislativo 02 de 2011, la CNTV era titular de parte importante de la potestad reglamentaria del servicio de televisión, por asignación constitucional directa, lo que particularmente concretó la Ley 182 de 1995, al encomendarle la función específica –entre muchas otras- de reglamentar la prórroga las concesiones para la operación del servicio de televisión, así que tenía facultad para expedir reglamentos secundum legem, y ninguna otra autoridad podía usurparle o asignarse sus funciones, ni siquiera el legislador.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

POTESTAD REGULATORIA QUE EJERCICO LA CNTV HOY ANTV - Relación con la potestad reglamentaria / REGULACION - Idea general. Noción. Definición. Concepto / REGULACION ECONOMICO SOCIAL - Fundamento

Desde un punto de vista general, es decir, en un sentido muy amplio, la regulación es una noción que comprende todo aquello que pueda catalogarse como normatividad, a la cual se someten los sujetos en el desarrollo de sus actividades. Así, tenemos que, de forma general, el concepto puede comprender tanto las leyes expedidas por el Congreso, como los reglamentos, expedidos por diferentes autoridades, en ejercicio de la función administrativa. Depurando un poco más el concepto, se tiene que, por mandato constitucional, el Estado es el legitimado para intervenir, normativamente hablando, en el ámbito social y económico, porque se trata de una actividad que compromete los intereses públicos y para ello ejerce una función de regulación de múltiples sectores y tareas específicas. Por lo tanto, puede decirse que cuando el Estado actúa y se pronuncia buscando el correcto funcionamiento de la economía y de la sociedad, ejerce una forma de regulación. Sin embargo, este término comprende diversas significaciones, lo que genera dificultades para definir su naturaleza, pues la discusión en torno al papel que juega el Estado en la economía no es pacífica. La regulación económico-social obedece, de un lado, a la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos, en su calidad de consumidores y usuarios, frente a los abusos del poder del mercado; y, de otro lado, también pretende obtener la eficiencia económica y el perfecto funcionamiento de un sector económico determinado. Para lograrlo, el Estado dicta normas jurídicas a las que deben someterse los sujetos que intervienen en un mercado, de tal modo que se alcance un equilibrio satisfactorio entre derechos e intereses individuales y colectivos, lo cual genera seguridad jurídica respecto de las pautas que deben seguirse, especialmente en el ámbito económico. Por esto puede decirse que el mercado se desarrolla sobre un escenario de normas y regulaciones, puesto que, aunque en la actualidad ocupe un papel protagónico en la economía, lo cierto es que no puede funcionar aisladamente.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

REGULACION - Fundamento / REGULACION ECONOMICA DEL ESTADO - Fundamento

A través de la regulación se fijan criterios y políticas para actuar en el mercado, pero también se establecen condiciones a la misma, de modo que la libertad de empresa no interfiera en los derechos ni en la realización de los proyectos de las

demás personas, lo que, en definitiva, constituye el interés general. Especialmente a través del control de la economía se interviene, directamente, sobre las actividades de mercado, a tal punto que pueden modificarse las condiciones previamente establecidas, imponiendo nuevas reglas de juego, que finalmente comprenden a todos los sujetos. Surge, de este modo, el concepto de regulación económica en cabeza del Estado -fijación de precios, condiciones de producción y prestación, barreras de entrada y de salida, etc. -, como respuesta para mitigar los fallos del mercado -es decir, la competencia imperfecta y el monopolio natural-, y también para dirigir a éste, y lo hace el Estado porque es el representante del interés común, lo que le faculta para asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, traducándose, finalmente, en un aumento del bienestar general. Por tanto, la preocupación por el interés general es lo que promueve el desarrollo de una regulación que se interesa por preservarlo, a través de una administración que se caracteriza por ser altamente técnica y capaz de prever resultados indeseables, para tratar de evitarlos. (...) La regulación se convierte, entonces, en una de las diversas formas como se manifiesta la administración pública, constituyendo un conjunto de potestades dirigidas al control y dirección del servicio público, que debe compadecerse con la economía social del mercado, teniendo en cuenta que no todas las normas producen el mismo efecto con respecto a los derechos, libertades y obligaciones de los sujetos, dado que la incidencia es diversa. (...) En la actualidad la regulación ha adquirido un significado mucho más amplio, que comprende potestades normativas, ejecutivas y de resolución de conflictos que el ordenamiento atribuye a las administraciones públicas, para disciplinar un determinado sector de la economía, velando por los intereses públicos específicos comprometidos. Un modelo de regulación que solo tenga en cuenta criterios económicos e ignore las exigencias jurídicas, las circunstancias políticas, los condicionamientos sociales o las propias condiciones tecnológicas de una industria determinada, está orientado al fracaso, porque la regulación exige un enfoque multidisciplinario.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

FUNCION REGULATORIA DEL SECTOR DE LA TELEVISION - Fundamento Constitucional

Para la Corte Constitucional (...) el fundamento normativo de la regulación se encuentra en la Constitución, al igual que lo considera esta Sala, pero la diferencia radica en que la Corte ubicó su fuente, exclusivamente –atendiendo a lo dicho en la sentencia C-1162 de 2000-, en el artículo 370 –que regula los servicios públicos domiciliarios-; aunque en las sentencias C-272 de 1998 había indicado que el art. 365 –que rige toda clase de servicio público, por ejemplo la televisión- también fundamenta el tema. La Sala considera que el fundamento, además del art. 370 CP. –para los servicios públicos domiciliarios-, se encuentra principalmente en el artículo 365 de la misma Carta Política –posición que, no obstante, comparte de manera aislada la Corte Constitucional, según afirmaciones expresadas en otras sentencias suyas-; y para el servicio público de televisión se encontraba particularmente previsto en el art. 77. (...) Con fundamento en el art. 365, no existe una materia concreta encomendada a la regulación, sino que, genéricamente, se encomienda esta labor al Estado. En este sentido, el artículo 365 no puede desestimarse como fundamento constitucional directo de la función regulatoria, pues, por definición expresa, el Constituyente se refirió en él al tema. De hecho, el art. 365 dice, en forma expresa, lo que no amerita discusión ni análisis especiales, que “... el Estado mantendrá la regulación... de dichos servicios...” -Negrillas

fuera de texto-. Una interpretación armónica de las normas constitucionales muestra a la Sala que la regulación es un concepto amplio, que puede comprender múltiples contenidos. De hecho, el artículo 365 CP. no asigna uno específico a la regulación, pero sí indica que el ejercicio de esta función corresponde al Estado. (...) Se deduce de ambas normas que el Estado es el único que puede ejercer esta función, pues el grueso de la actividad que constituye la regulación, contemplada en el art. 365, corresponde al “Estado”; mientras que aquella faceta especial de la regulación contenida en el art. 77 es exclusiva de “una entidad autónoma del orden nacional” –la CNTV-. (...) en determinado momento la administración puede no tener la capacidad suficiente para controlar adecuadamente ciertos ámbitos de un mercado, debido a que la exigencia técnica y los continuos cambios a los que se ven expuestos requieren que tales funciones las realicen quienes posean gran experiencia y capacidad técnica sobre un tema.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 77 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

ORGANOS REGULADORES - Autonomía administrativa / ORGANISMOS REGULADORES - Autonomía / FUNCION REGULATORIA - Comisión reguladora de la televisión / REGULACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DE TELEVISION - No se puede encomendar a una entidad privada. Prohibición constitucional

En la práctica, la autonomía administrativa que ostentan los organismos reguladores –que en todo caso no significa que la Constitución y la ley no sean el límite jurídico para ejercer sus funciones- hace que el Gobierno no imparta órdenes, a nivel de manejo organizacional interno y de personal, de subordinación material –recuérdese que la CNTV gozaba de autonomía administrativa y presupuestal-, y además de que deben estar lo más alejadas posible del poder político –por lo menos en teoría organizacional-. Esta característica es indispensable para el buen funcionamiento de estas instituciones, así como la capacidad técnica, la imparcialidad y neutralidad en las decisiones, para que contribuya a que cumplan sus funciones de manera eficaz, respondiendo a los ideales fijados por el Estado, consistentes en la satisfacción del interés público. En otras palabras, los organismos reguladores son autónomos, en cuanto entes administrativos; lo que no significa que tengan independencia para ejercer la función reguladora, pues se someten a la Constitución y a la ley, en cuanto a los contenidos de dicha función. En este sentido, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han esclarecido esta idea en las distintas providencias que se han referido al tema. (...) para que la comisión reguladora de la televisión asumiera la función regulatoria no se requería autorización previa de la ley, según se deducía del art. 77 de la CP., posibilidad que, efectivamente, desarrolló la ley 182 de 1995. Si se acepta lo anterior, también resulta fácil comprender que la regulación de los servicios públicos -la televisión en particular- no se puede encomendar a una entidad privada, pues la Constitución señaló que lo harían las autoridades públicas encargadas de asumir esta competencia. Cosa distinta ocurre en otros países, donde entidades privadas ejercen esta función. **NOTA DE RELATORIA:** Respecto a la naturaleza jurídica de la regulación, consultar Corte Constitucional, sentencias: C-272 de 1998; C-1162 de 2000; C-150 de 2003; C-

1162 de 2004; T-121 de 2004 y T-558 de 2006 y del Consejo de Estado, sentencia de 25 de septiembre de 1997, exp. 11857

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

CONTRATO ESTATAL - No se puede prorrogar automáticamente / APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 DEL ACUERDO 03 DE 17 DE JULIO DE 2008 - No creó poderes exorbitantes / APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 DEL ACUERDO 03 DE 17 DE JULIO DE 2008 - no consagra a favor de la entidad una facultad de terminación unilateral del contrato

[U]n contrato de prestación de servicios, de obra, de consultoría, de suministro, o cualquiera otro, no se puede prorrogar automáticamente, porque de hacerlo se vulneran las normas especiales que rigen la contratación estatal, en particular: la selección objetiva y la normativa presupuestal. No obstante, tratándose del procedimiento de contratación directa –y de cada una de sus múltiples causales- la prohibición aparentemente sucumbe o parece inaplicable por la forma como se escoge al contratista –es decir, sin invitación a varios oferentes-; no obstante, ni siquiera en estos eventos procede la prórroga automática, pero sí la posibilidad de suscribir un nuevo contrato, para cumplir nuevas obligaciones en un nuevo plazo – como sucede con el arrendamiento de inmuebles-. En ese evento el nuevo acuerdo debe cumplir las exigencias presupuestales que la ley impone, especialmente el nuevo CDP y RP para amparar las obligaciones y el plazo nuevo. (...) en muy pocos casos se fractura el límite legal de las adiciones, pero desde luego que los supuestos también los establece la ley. Es el caso de la posibilidad de adicionar los contratos de interventoría, en cuyo evento el art. 85 de la Ley 1474 de 2012 permite hacerlo sin consideración a su valor, sólo atendiendo la necesidad de mantener la interventoría sobre el contrato objeto de la vigilancia. Esto significa que la adición puede superar el 50% de su valor, sin límite alguno. Otra excepción la regula el artículo 36 de la Ley 80 de 1993 (...) Esta disposición fue demandada -en algunos de sus apartes- ante la Corte Constitucional (...) La Corte consideró que con fundamento en dicha norma el término real de esos contratos sería de 20 años, lo que vulnera la participación de quienes se encontraran en condiciones técnicas y financieras para desarrollar el objeto contractual. En consecuencia, lo que se consideró inconstitucional no fue la prórroga misma, sino que fuera automática, por tanto procede siempre y cuando la CNTV estime que conviene al interés público. (...) Estas consideraciones se tuvieron en cuenta al expedirse la Ley 1150 de 2007, que en el artículo 27 avaló la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión para la prestación de los servicios de televisión, con la salvedad de que no podían ser automáticas, ni gratuitas: (...) en relación con la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de televisión: i) que pueden prorrogarse; ii) que procede por lapsos iguales al término inicial, esto es 10 años; iii) la prórroga no es automática, ni gratuita, por lo que la administración debe valorar su conveniencia y si la considere procedente podrá prorrogarlo. Como si fuera poco, la Ley 182 de 1995 le confirió a la CNTV la competencia reglamentaria para establecer la manera como se puede negociar y formalizar la prórroga de los contratos de concesión de televisión. (...) la Sala considera que la norma demandada no creó poderes exorbitantes, porque la actuación que regula durante la negociación de un contrato no constituye un poder de esa naturaleza, porque todas esas actuaciones que la CNTV –ahora ANTV- realiza son las mismas con las que cuentan y actúan

lícitamente los particulares en sus relaciones de negocios, cuando de prorrogar un contrato se trata. (...) la norma demandada tampoco consagra a favor de la entidad una facultad de terminación unilateralmente del contrato –como lo afirma Caracol-, sino que, como sucede entre particulares, la consecuencia natural y obvia del desacuerdo sobre los términos de la prórroga es que no se perfecciona y que el contrato termina en forma natural: por vencimiento del término. Es decir, en este evento la terminación del contrato inicial –que es el único que existe- se produce por vencimiento del plazo –no por decisión de la administración-, lo que las partes tenían contemplado en el contrato; así que el desacuerdo en la prórroga en realidad no termina el anterior inicial, más bien se trata de que no nace uno nuevo, pero esto no significa que termine el anterior.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 / LEY 1474 DE 2012 - ARTICULO 85

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

APARTE FINAL APARTE DEL ARTICULO 5 DEL ACUERDO 03 DE 17 DE JULIO DE 2008 - No vulnera la autonomía de la voluntad

No existe violación, porque los concesionarios de los espacios de televisión tienen la misma oportunidad y libertad de decidir si suscriben la prórroga, pudiendo rechazar los ajustes propuestos por la CNTV, como sucede en los contratos de derecho privado que no se prorrogan automáticamente. De hecho, el Acuerdo No. 003 de 2008 establece un procedimiento inicial de concertación, donde la CNTV y el concesionario tienen la posibilidad de realizar propuestas en relación con las nuevas condiciones de ejecución del contrato, espacio de amplia participación en favor de las partes, cuya finalidad es lograr un acuerdo que satisfaga sus necesidades e intereses, a la vez que se ajuste a las normas del ordenamiento. Llegados a este escenario ideal, se prorroga el contrato. Pero ante la imposibilidad de lograr un acuerdo se adoptó como última oportunidad poner en consideración del concesionario –y por tanto, respetando su autonomía- una propuesta con las condiciones que a juicio de la Junta Directiva de la CNTV -representante del interés general, del bien común y del erario- deban regir la concesión durante el término de la prórroga, condiciones que puede o no aceptar. En el derecho privado este acto jurídico se denomina oferta, y por definición es unilateral, así que nada de extraño tiene, ni siquiera en ese régimen jurídico, que una parte le formule a otra la propuesta de negocio, es decir sus condiciones. Que la otra parte acepte o no es el otro acto unilateral, y dependiendo de su sentido hace nacer o no un contrato. En este sentido, ya sea: i) en el escenario puramente concertado o ii) mediante la propuesta final y unilateral que haga la CNTV, los concesionarios de los espacios de televisión conservan la facultad de decidir, al amparo de su autonomía de la voluntad, si suscriben la prórroga, lo que no vulnera las normas que el demandante señala como infringidas. (...) No se olvide, como parece hacerlo el demandante, que la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma legal que permitía la prórroga automática de los contratos de concesión del servicio de televisión, de ahí que por esa razón tanto el concesionario como la entidad concedente tienen la facultad de decidir si suscriben la prórroga, lo que también es una manifestación de la autonomía de la voluntad. (...) el art. 5 demandado no vulnera la autonomía de la voluntad de los concesionarios, la respeta plenamente, como sucede en los negocios entre particulares

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 DEL ACUERDO 03 DE 17 DE JULIO DE 2008 - Al regular la prórroga de los contratos no se opone a que el legislador faculte a las entidades públicas y a sus contratistas para que solucionen sus conflictos mediante mecanismos alternativos

[E]l actor apoya la censura de nulidad de un acto general en su contrato de concesión celebrado con la CNTV, parámetro ajeno a esta acción, por constituir un juicio objetivo sobre la legalidad del acto acusado, de allí que no sirve para enjuiciar incumplimientos contractuales, porque eso es propio de la acción de controversias contractuales, que es autónoma e independiente. La acción de simple nulidad ejerce un control abstracto sobre la legalidad de una norma, para establecer si se ajusta a las normas superiores, de ahí que una estipulación contractual no es parámetro para definir la legalidad de un reglamento. En otras palabras, Caracol propone el siguiente juicio de validez: el art. 5 del Acuerdo No. 003 de 2008 viola el art. 68 de la Ley 80, porque se desconoce la cláusula 40 del contrato de concesión que suscribió con la CNTV. En realidad, lo que plantea es que el Acuerdo viola el contrato de concesión, no la Ley 80, examen de legalidad que resulta inaceptable en un juicio de legalidad, porque la norma superior no es la vulnerada. Ahora, si se hace el esfuerzo de entender que la censura se dirige por la oposición de la norma demandada con lo consagrado en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, la Sala tampoco advierte cómo la disposición demandada, al regular la prórroga de los contratos, pueda oponerse a que el legislador faculte a las entidades públicas y a sus contratistas para que solucionen sus conflictos mediante mecanismos alternativos. Dichos mecanismos se consagraron para resolver, con agilidad, las controversias contractuales que surjan entre las partes, pero tampoco para resolver cualquier tipo de desacuerdo, máxime cuando se trata de la voluntad de las partes para prorrogar o no un contrato, asunto que depende exclusivamente de la voluntad que tienen para determinar si lo prorrogan o no, voluntad que no se reemplaza por la decisión de un tercero. En efecto, si un concesionario de los servicios de televisión, en este caso Caracol SA., considera que se incumplió su contrato al no prorrogárselo, mantiene la posibilidad de acudir al mecanismo alternativo pactado para solucionar dicha controversia; no obstante, el procedimiento para prorrogar los contratos no afecta esa posibilidad.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 03 DE 2008 (17 de julio) COMISION NACIONAL DE TELEVISION CNTV –HOY AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV- APARTE FINAL DEL ARTICULO 5 (No anulado)

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto de la doctora Olga Mélida Valle de De la Hoz

3-N-1283-2014

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853)

Actor: CARACOL TELEVISION SA.

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Atendiendo la prelación dispuesta por la Sala para las acciones de simple nulidad -mediante Acta No. 15 del 5 de mayo de 2005- y teniendo en cuenta que el proyecto de sentencia de la Consejera Ponente fue derrotado -razón por la cual el proceso pasó al Despacho de quien ahora ejerce esa misma labor-, se resuelve en única instancia la demanda presentada contra una parte del art. 5 del Acuerdo No. 03 del 17 de julio de 2008, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, “Por medio del cual se adopta el reglamento para la prórroga de la concesión de los canales nacionales de operación privada”.

ANTECEDENTES

1. El acto demandado

A continuación se transcribe el Acuerdo No. 03, subrayando la parte pertinente del artículo 5 que fue demandada.

Acuerdo No. 003
17 de julio de 2008

“Por medio del cual se adopta el reglamento para la prórroga de lo
contratos de concesión de los canales nacionales de operación
privada”.

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE
TELEVISIÓN

En ejercicio de las facultades señaladas en los literales e) de los
artículos 5° y 48, y a) del artículo 12 de la ley 182 de 1995.

CONSIDERANDO

Que conforme al 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 espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley.

Que de conformidad con lo establecido en el literal e) de los artículos 5 y 48 de la Ley 182 de 1995 corresponde a la Comisión Nacional de Televisión expedir el reglamento para la prórroga de los contratos de los canales privados nacionales.

Que mediante sentencia C-949 de 2001 la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “*automáticamente*” y “*dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión*” del inciso primero y el párrafo del artículo 36 de la Ley 80 de 1993, indicando:

“Aún cuando es explicable el señalamiento de un término amplio de vigencia -diez (10) años-, para los contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones, porque la naturaleza del objeto contractual y el interés público subyacente así lo demandan, no parece razonable que con base en una justificación de esta índole se pretenda extender hasta por veinte años el término de duración de estos contratos apelando a la figura de la prórroga automática, toda vez que se produce un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales a la libre competencia (art. 333 de la C.P.) y de acceso al uso del espectro electromagnético en igualdad de condiciones”.

Que en la mencionada sentencia la Corte Constitucional señaló también que la prórroga puede ser aconsejable y útil para el Estado, indicando al efecto:

“Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo 36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anoto, puede ser una herramienta muy útil en determinados casos.

“En este evento, lo razonable es que la prórroga deba hacerse por medio del acuerdo de voluntades entre la administración y el contratista antes del vencimiento del término inicialmente pactado y no como lo ordena el primer inciso del artículo 36 que se revisa, según el cual “*dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión*”, ya que por imperativo constitucional el obrar administrativo requiere de la colaboración voluntaria de los particulares contratistas por medio de un

acuerdo creador de relaciones jurídicas (contrato). En efecto, no hay que olvidar que quien contrata con el Estado no es un contratista ordinario sino un colaborador que coopera en la consecución de objetivos públicos”.

Que el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007 establece que: *“El término de duración de las concesiones actuales y futuras para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, incluidas las de televisión, será de diez (10) años prorrogables por lapsos iguales. En ningún caso habrá prórrogas automáticas ni gratuitas”*.

Que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión en sesión ordinaria del 15 de julio de 2008, tal como consta en el Acta 1431, decidió expedir el presente reglamento para la prórroga de los contratos de canales privados nacionales,

Con base en todo lo anterior, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión,

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: Una vez reciba de parte de los concesionarios de canales nacionales de operación privada la correspondiente solicitud de prórroga, la Comisión Nacional de Televisión deberá proceder a verificar el cumplimiento, por parte de cada uno de los concesionarios, de las obligaciones derivadas del plan básico de expansión y programación, de la obligación de prorrogar, ampliar o modificar la garantía única, de las obligaciones en materia de prestación eficiente del servicio y de las obligaciones en materia de derechos de autor y del menor, y del derecho de rectificación e imparcialidad política.

Dicha verificación se hará por las siguientes dependencias de la Comisión: Subdirección de Asuntos Legales, Subdirección Técnica y de Operaciones, Subdirección Administrativa y financiera, oficina de Contenidos y Defensoría del televidente y oficina de Regulación de la Competencia, o por aquellas que hagan sus veces.

Cada una de las dependencias mencionadas deberá entregar a la junta un informe que contenga un reporte de la ejecución de cada contrato de concesión desde la perspectiva de sus propias competencias, junto con una relación de los incumplimientos que se hubiesen presentado durante el término de ejecución de éste. Para efectos de la prórroga solo se entenderán como incumplimientos aquellos que hubiesen afectado de manera directa y grave la ejecución del contrato y la prestación del servicio y que consten en actos administrativos debidamente ejecutoriados o en sentencias judiciales en firme al momento de la prestación del respectivo informe. La Secretaría General consolidará los informes y los presentará a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

Parágrafo. Si el informe presentado por cualquiera de las dependencias a que se refiere el presente artículo relaciona uno o más incumplimientos del concesionario que tengan la calidad o características enunciadas en el párrafo precedente, la Secretaría General dará traslado del mismo al interesado por el término de cinco (5) días, con el objeto de que éste se pronuncie por escrito con respecto a los incumplimientos relacionados. Recibido el escrito correspondiente, la Secretaría General lo incorporará a la

consolidación de informes, de manera tal que sea presentado a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

ARTÍCULO SEGUNDO. Si como consecuencia de los informes a los que se refiere el artículo precedente la Junta Directiva de la Comisión concluye que no se dio por parte del concesionario respectivo ningún incumplimiento de las obligaciones contractuales a las que se refiere el Artículo primero del presente Acuerdo, de las características descritas en el artículo precedente (sic), ella dispondrá la continuación del trámite de la prórroga.

Si por el contrario concluye que existieron incumplimientos que afectaron de manera directa y grave la ejecución del contrato y la prestación del servicio, así lo declarará a través de decisión motivada, en la que dispondrá, además, que no procede la prórroga solicitada, caso en el cual el contrato de concesión correspondiente terminará una vez venza su término. Contra esa decisión procederá el recurso de reposición.

ARTÍCULO TERCERO. Una vez la Junta Directiva de la Comisión decida que es procedente continuar con los trámites de la prórroga, la Comisión Nacional de Televisión y el respectivo concesionario adelantarán conversaciones tendientes a convenir los ajustes de tipo jurídico, económico y técnico que a su juicio sea necesario o conveniente introducir al Contrato de Concesión.

Para tales efectos, deberán tener en cuenta las disposiciones pertinentes de las Leyes 182 de 1995, 335 de 1995, Ley 506 de 1999, 608 de 2001, 80 de 1993 y 1150 de 2007, de los Acuerdos y demás actos administrativos expedidos por la Comisión Nacional de Televisión, así como de las demás disposiciones aplicables a la contratación y a la prestación del servicio de televisión que estén vigentes al momento de la prórroga. Para efectos de las contraprestaciones y demás estipulaciones económicas, deberán tener en cuenta las conclusiones y recomendaciones de los estudios que con tal propósito hubiere contratado la Comisión Nacional de Televisión.

ARTÍCULO CUARTO. En la Prórroga deberá estipularse que los concesionarios asumirán los riesgos previsibles asociados a la explotación comercial de los respectivos canales. Las partes pactarán la distribución de los demás riesgos previsibles que consideren apropiada.

ARTÍCULO QUINTO. Si la Comisión Nacional de Televisión y el concesionario llegan a un acuerdo sobre todos los ajustes jurídicos, económicos y técnicos que se han de introducir a los contratos, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión dispondrá mediante acto motivado que se proceda con la suscripción del respectivo convenio. *Si no llegan a un acuerdo, la Junta Directiva establecerá las condiciones que a su juicio deben regir la concesión durante el término de la prórroga; si el concesionario no está de acuerdo con estas y no suscribe el convenio correspondiente, la Junta Directiva de la Comisión dispondrá que no procede la prórroga, caso en el cual el contrato de concesión terminará una vez venza su término. Contra dichas decisiones procederá el recurso de reposición*".

ARTÍCULO SEXTO. La Comisión Nacional de Televisión recogerá en un solo texto integrado el Contrato de Concesión, en el que se incorporarán tanto las cláusulas que contengan los ajustes jurídicos, económicos y

técnicos que se hayan convenido introducir con ocasión de la prórroga, como las estipulaciones que no se modifican. Hecho lo anterior se suscribirá el respectivo convenio, previa verificación de la inscripción del concesionario en el Registro Único de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional y de que éste se encuentre a Paz y Salvo con las obligaciones económicas con la Comisión Nacional de Televisión.

ARTÍCULO SÉPTIMO. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición y publicación”.

2. La demanda

Caracol Televisión S.A. –en adelante el demandante, Caracol SA., el contratista o la parte actora-, en ejercicio de la acción de simple nulidad, presentó demanda -la cual corrigió el 6 de noviembre de 2008- contra la Comisión Nacional de Televisión –en adelante CNTV, la demandada o la concesionaria-, con la pretensión de anular parte del artículo 5 del Acuerdo No. 03 del 17 de julio de 2008.

Antes de formular los cargos explicó que entre Caracol SA. y la CNTV se celebró el contrato de concesión No. 136 de 1997, cuyo objeto fue explotar el servicio público de televisión. En la cláusula 5 se dispuso que el plazo fuera de 10 años, prorrogables por un término igual.

No obstante, antes del vencimiento, la CNTV expidió el Acuerdo No. 03 del 2008, donde estableció que para prorrogar los contratos de concesión de televisión las partes deben negociar los nuevos términos del negocio, y si no llegaban a un acuerdo la CNTV fija unilateralmente las condiciones de la prórroga, y si Caracol no las acepta el contrato termina. Con apoyo en esta historia, Caracol SA. advierte que el aparte respectivo del art. 5 –subrayado antes- vulnera las siguientes disposiciones:

a) El art. 5 del Acuerdo No. 03 creó una potestad exorbitante a favor de la CNTV, violando la reserva de ley.

Caracol SA. explicó que el art. 14 de la Ley 80 establece que entre los medios que pueden utilizar las entidades estatales para cumplir el objeto de los contratos estatales se encuentran las cláusulas exorbitantes; no obstante la norma demandada le auto-atribuye a la CNTV la potestad de imponer al concesionario, unilateralmente, “las condiciones que a su juicio deben regir la concesión durante

el término de la prórroga”, como única alternativa para que el contrato de concesión se prorrogue, facultad que tiene naturaleza exorbitante, pero no la creó la Ley sino el acto administrativo demandado. Por esto, la norma prevé que de no aceptarse la orden de la Junta Directiva se dispondrá la improcedencia de la prórroga, lo que fatalmente termina el contrato de concesión suscrito en 1997 entre dicha entidad y Caracol Televisión.

Caracol SA. considera que la posición legítima de la CNTV en relación con la prórroga es lograr un acuerdo con el contratista sobre los “ajustes jurídicos, económicos y técnicos que se han de introducir a los contratos”; no obstante, en lugar de asumir esta actitud se atribuyó la facultad exorbitante y unilateral de imponerle al concesionario las nuevas condiciones, sin limitación, de manera que si no las acepta dispondrá, como prerrogativa excepcional, que no prórroga el contrato, y que se termina el que está por vencer.

Esta potestad exorbitante que se auto-atribuye la CNTV es distinta de las prerrogativas -esas sí legales- de interpretación, modificación y terminación unilateral, caducidad, multas compulsorias y cláusula penal pecuniaria. De hecho, en virtud del reglamento demandado, la CNTV puede imponer las condiciones de la prórroga, sin que importe si las discrepancias –falta de acuerdo- conducen o no a la afectación grave del servicio -art. 15 de la Ley 80-.

La misma consideración hizo el demandante respecto a la modificación unilateral, que parte del mismo presupuesto para ejercerla -art. 16-. Adicionalmente, la interpretación unilateral supone que se configure alguna causal de los artículos 17 o 45 de la Ley 80; sin embargo la potestad creada en el Acuerdo No. 003 extingue la expectativa real de prórroga.

b) El art. 5 del Acuerdo No. 03 vulnera el principio de la *autonomía de la voluntad*, porque Caracol SA. y la CNTV suscribieron un contrato de concesión donde pactaron que la prórroga quedaba sujeta a un acuerdo posterior.

Los arts. 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 y 1494 y 1602 del Código Civil consagran y protegen el principio de autonomía privada en los contratos; mientras que el artículo 5 del Acuerdo No. 03 de 2008 confirió a la CNTV la potestad de imponerle al concesionario *“las condiciones que a su juicio deben regir la concesión durante*

el término de la prórroga”, así como la improcedencia de la prórroga con la consiguiente extinción del contrato, eliminando la posibilidad que tiene el concesionario de obligarse a partir del concurso de voluntades y el libre consentimiento -art. 1602 C.C.-. Expresó el demandante:

“Dentro de ese contexto, debe destacarse que la cláusula 5 del contrato 136 de 22 de diciembre de 1997, establece:

“Cláusula 5. Plazo de ejecución del contrato. El plazo de ejecución del presente contrato será de diez (10) años contados a partir del inicio de la operación del Canal Nacional de operación del Canal de Operación privada.

”PARÁGRAFO-PRÓRROGA. De acuerdo con el literal e) del Artículo 48 de la Ley 182 de 1995, la concesión es prorrogable. La prórroga será por una sola vez y por el mismo término del contrato original sin que sea objeto de un nuevo proceso licitatorio o selectivo previo. No habrá lugar a la prórroga si el concesionario se hallare en alguna o algunas de las siguientes circunstancias: incumplimiento reiterado de sus obligaciones pecuniarias; incumplimiento del plan básico de expansión y programación; incumplimiento en la obligación de prorrogar, ampliar o modificar la garantía única; la imposición reiterada de sanciones por la prestación deficiente del servicio, o violación a las normas sobre derechos de autor o del menor, o del derecho de rectificación e imparcialidad política. Vencido el término inicial de los diez (10) primeros años de la presente concesión, la CNTV podrá adjudicar nuevas concesiones.”

Caracol SA. explica que esta cláusula integra el contrato de concesión, que es ley para las partes; pero la norma demandada la dejó sin efecto, transgrediendo el principio de la autonomía de la voluntad, porque faculta a la CNTV para imponerle unilateralmente a Caracol SA. las condiciones de la prórroga, y la extinción definitiva del contrato inicial.

c) El art. 5 del Acuerdo No. 03 viola el art. 68 de la Ley 80, que regula los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

El art. 68 de la Ley 80 de 1993 autorizó que en los contratos estatales se pacten los mecanismos alternativos de solución de controversias, y en desarrollo de esta posibilidad la cláusula 40 del contrato de concesión No. 136 de 1997 -suscrito entre Caracol SA. y la CNTV- incluyó la cláusula compromisoria.

No obstante, la norma demandada elude la obligación que adquirió la CNTV de convocar a un tribunal de arbitramento para que dirima las controversias del

contrato, incluidas las diferencias que surjan durante la negociación que se realice para perfeccionar la prórroga del contrato, porque la imposición unilateral que haga la CNTV de las condiciones de la prórroga anula la posibilidad de acudir a aquél mecanismo de solución de conflictos.

3. Contestación de la demanda

La CNTV no intervino en esta etapa.

4. Alegatos de conclusión

4.1. Caracol SA.: Indicó que la CNTV es quien otorga las concesiones para prestar el servicio público de televisión, y que la sociedad demandante, como concesionaria que ya es, en la fecha de presentación de la demanda se encontraba en el trámite de la prórroga del mencionado contrato.

En ese interregno se expidió el Acuerdo No. 3 de 2008, cuyo art. 5 reguló la negociación para prorrogar los contratos vigentes, y dispuso que si la CNTV y el concesionario llegan a un acuerdo en los aspectos jurídicos, económicos y técnicos que se introducirán al contrato inicial, se suscribirá la prórroga; pero si no llegan a un entendimiento la Junta Directiva establecerá las condiciones que la regirán, y si el concesionario no está de acuerdo -y no suscribe el convenio- la Junta declara su improcedencia, caso en el cual el contrato de concesión termina cuando venza el término inicial.

Para el demandante esta parte de la norma que se refiere al disenso en la negociación no tiene fundamento en el ordenamiento jurídico, así que viola la Ley 80, a la que se somete el acuerdo demandado, porque el artículo 5, literal k), de la Ley 182 de 1995, prevé que la entidad está obligada a ejecutar sus actos y contratos conforme a la Ley de contratación estatal; y la entidad se auto atribuyó dos facultades que implican el ejercicio de potestades exorbitantes: la determinación –sin límites ni parámetros ciertos- de las condiciones que regirán la concesión durante la prórroga y la terminación del contrato si el concesionario no está de acuerdo con las condiciones para la prórroga y no suscribe el convenio correspondiente.

Igualmente señaló que imponer las modificaciones, sin limitación, so pena de terminar el contrato, constituye un atropello a la autonomía de la voluntad. Finalmente, solicitó que se aplique el art. 95 del CPC., que impone valorar como indicio grave contra el demandado no contestar la demanda (fls, 366 a 373 cdno. ppal.).

4.2. La CNTV: Expresó que en la sentencia C-949 de 2001 la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “*automáticamente*” y “*dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión*”, del inciso 1 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 80 de 1993, porque se trataba de un sacrificio desproporcionado a los derechos constitucionales de libre competencia (art. 333 C.P.) y acceso al uso del espectro electromagnético en igualdad de condiciones. De esta manera, la Corte admitió la prórroga de los contratos de concesión, pero con fundamento en el acuerdo de voluntades, y siempre que se haga antes del vencimiento del término inicialmente pactado.

Añadió que el artículo 5 de la Ley 182 de 1995 le asignó a la CNTV la competencia para reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio de televisión. Además, el literal e) del artículo 48 de la misma ley previó que la prórroga se conferiría de conformidad con las normas que expidiera la CNTV, así que no hay duda que goza de una potestad normativa que le permite ejercer la función de regulación, conforme al inciso 2 del artículo 77 de la CP.

Añadió que el artículo 4 de la Ley 182 de 1995 le asignó a la CNTV la función de dirigir la política de televisión, regular el servicio e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación del servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio y evitar el monopolio en su operación y explotación. Además, en el literal e) de los artículos 5 y 48 de la Ley 182 de 1995 se encuentra la competencia para reglamentar la prórroga de los contratos de los canales privados nacionales.

Adicionalmente enfatizó la prohibición que hoy existe de suscribir prórrogas automáticas y gratuitas, de conformidad con la sentencia C-949 de 2001, además de que el artículo 27 de la Ley 1150 dispone que las concesiones para la

prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones es de 10 años, prorrogables por lapsos iguales *por acuerdo de voluntades*, como lo prevé el artículo 5 demandado.

Adicionalmente, debe conservarse la facultad de ponderar los beneficios que le ofrece al Estado y al interés público una eventual prórroga, es decir, que si bien no es automática sólo procede si es conveniente y se logra un acuerdo, y que es ante la falta de consentimiento del concesionario que la CNTV deja constancia de la imposibilidad de pactar la prórroga, lo que se declara mediante un acto administrativo, es decir, se llega a esta situación ante la imposibilidad de concertar un acuerdo o lograr su consentimiento, porque no se trata de una prerrogativa de naturaleza exorbitante.

Concluyó que: i) la constitución le atribuyó a la CNTV potestad normativa, y en el marco de ella reguló la prórroga de las concesiones, mediante la expedición del reglamento respectivo; ii) en cumplimiento de esta normativa, la CNTV expidió el Acuerdo No. 003 de 2008; iii) el artículo 5, en el aparte demandado, se ajusta al ordenamiento jurídico y es un procedimiento garantista de los derechos del concesionario, en consonancia con las funciones legales que tiene a su cargo la CNTV; iv) la prórroga es un nuevo acuerdo de voluntades, de ahí que el artículo 5 prevé que si la voluntad es convergente se suscribe el contrato, siendo consecuencia natural que la falta de acuerdo no permita hacerlo; v) la consecuencia legal y contractual de la falta de acuerdo es la terminación del contrato inicial, al vencimiento del término inicial, por lo que la consecuencia no es producto del ejercicio de una potestad exorbitante; vi) la parte demandada se limita a establecer un esfuerzo adicional para llegar a un acuerdo con el concesionario sobre las condiciones de prórroga; y vii) la consecuencia lógica de no prorrogar el contrato es su terminación, cuando venza el plazo inicial (fls. 239 a 378 cdno. ppal.).

4.3. Ministerio Público: Solicita que se anule el aparte demandado del art. 5 del Acuerdo No. 03 de 2008, porque no observa a la Ley 80, en relación con las cláusulas excepcionales del derecho común; ni al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en relación con el debido proceso.

Expresó que la Ley 80 no contempla la facultad excepcional que consagró el artículo 5 del Acuerdo No. 003 de 2008, al permitir que la Junta Directiva de la

CNTV imponga las condiciones de la prórroga e, incluso, la declare improcedente cuando el concesionario no acepte las condiciones que fija la CNTV, lo que conduce a la terminación del contrato, cuando el negocio es prorrogable, de conformidad con los arts. 48, literal e), de la Ley 182 de 1995 y 27 de la Ley 1150 de 2007.

También reconoció que si bien la CNTV es un ente autónomo, y puede reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones de operación del servicio -lit. e), art. 5 de la Ley 182 de 1995-, no tiene la facultad de reglamentar las prórrogas, porque su autonomía no la excusa de cumplir la ley. Se apoyó en la sentencia C-351 de 2004, en relación con la sujeción de la CNTV a la ley, como antítesis de una posible emancipación del ordenamiento jurídico, siendo lo correcto entender que esa autonomía está sujeta al legislador y a la Constitución, no a otras autoridades estatales -fls. 374 a 386 cdno. ppal.-.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que estudiará la Sala consiste en determinar si la CNTV podía reglamentar la manera de prorrogar los contratos de concesión del servicio público de televisión, y concretamente si la falta de acuerdo entre concedente y concesionario, sobre las condiciones jurídicas, técnicas y económicas, le permite establecer, en el reglamento correspondiente, que la entidad fijará las condiciones definitivas del posible negocio, y si el concesionario no las acepta precluye la negociación y por ende no se prorroga el contrato, que precluirá por el transcurso del plazo.

Para definir la legalidad del aparte demandado del artículo 5 del Acuerdo No. 03 de 2008, se analizarán los siguientes aspectos: *i)* la competencia del Consejo de Estado; *ii)* la sucesión procesal y su configuración en el proceso; *iii)* la potestad reglamentaria de la CNTV, donde se desarrollará: a) qué es la potestad reglamentaria y el reglamento, b) las clases de reglamentos, *praeter legem* y *secundum legem* y c) la titularidad de la potestad reglamentaria, donde se estudiará especialmente el servicio público de televisión; *iv)* naturaleza jurídica de la *potestad regulatoria* de la CNTV –hoy ANTV- y relación con la *potestad reglamentaria*, aspecto que la Sala examinará a partir de los siguientes temas: a) idea general de regulación, b) fundamento constitucional de la *función regulatoria* de sector de la televisión, c) naturaleza jurídica de la regulación y d) relación de la

regulación con la Constitución, la ley y el reglamento; v) finalmente se resolverá el caso concreto, donde se analizarán los cargos contra la disposición demandada: a) cargo 1, la presunta auto-atribución de potestades exorbitantes de la CNTV; b) cargo 2, la vulneración de la autonomía de la voluntad y c) cargo 3, desconocimiento de la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje.

1. Competencia del Consejo de Estado

La Sala conoce del presente asunto, en única instancia, por aplicación del artículo 128.1 del Código Contencioso Administrativo¹, estatuto que estaba vigente cuando se presentó la demanda -26 de agosto de 2008-, teniendo en cuenta que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entró a regir el 2 de julio de 2012, y se aplica a los procesos que se inicien con posterioridad a esa fecha, de modo que los anteriores continuaron su trámite bajo el régimen jurídico anterior, es decir el Decreto 01 de 1984, de conformidad con el artículo 308 del CPACA².

De otro lado, el proceso versa sobre una demanda formulada en ejercicio de la acción de simple nulidad contra un reglamento administrativo expedido por la CNTV, entidad del orden nacional, como lo estableció el derogado artículo 77 de la CP., “la televisión estará regulada por una entidad autónoma *del orden nacional*”, de tal manera que se cumple el requisito del numeral primero del artículo 128.

¹ “Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

“1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden”.

² En efecto, señala el CPACA: “Art. 308 Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instaren con posterioridad a la entrada en vigencia.

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

Adicionalmente, tratándose de un tema de naturaleza contractual, y en armonía con el Acuerdo No. 58 de 1999, que asigna a cada Sección que conforma el Consejo de Estado los asuntos según la naturaleza o materia, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente porque se trata de un reglamento que regula la prórroga de los contratos de concesión para la operación de los canales privados, tema de indiscutible contenido contractual.

2. Sucesión procesal de la CNTV a favor de la ANTV

Antes de estudiar los cargos formulados contra la disposición demandada, la Sala examinará la *sucesión procesal* para determinar si se configuró en este proceso, porque la CNTV, como organismo encargado de intervenir el espectro electromagnético utilizado por los servicios de televisión y de dirigir la política que en materia de televisión determine la ley, fue suprimida mediante el Acto Legislativo No. 002 de 2011³ –y entró en liquidación-, y apoyada en dicha reforma la Ley 1507 de 2012 distribuyó sus funciones entre las entidades del Estado que asumieron la competencia para formular los planes, la regulación, dirección, gestión y el control de los servicios de televisión.

Para empezar, recuérdese que la sucesión procesal modifica los sujetos o partes que integran el proceso, e inclusive de quienes tienen la calidad de terceros, es decir, en este evento se sustituyen los sujetos que actúan como partes o

³ El Acto Legislativo No. 02 de 2011 dispuso:

“Artículo 1°. Derógase el artículo 76 de la Constitución Política de Colombia.

“Artículo 2°. El artículo 77 de la Constitución Política de Colombia, quedará así:

“Artículo 77. El Congreso de la República expedirá la ley que fijará la política en materia de televisión.

“Artículo 3°. La Constitución Política de Colombia tendrá un artículo transitorio del siguiente tenor:

“Artículo transitorio. Dentro de los seis meses siguientes a la entrada de vigencia del presente acto legislativo, el Congreso expedirá las normas mediante las cuales se defina la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión. Mientras se dicten las leyes correspondientes, la Comisión Nacional de Televisión continuará ejerciendo las funciones que le han sido atribuidas por la legislación vigente.

“Artículo 4°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.”

terceros⁴. Concretamente, la institución la regula el Código de Procedimiento Civil, artículo 60⁵, que en los incisos primero y segundo contempla el supuesto de extinción de las personas, el primero de las naturales y el segundo de las jurídicas. Respecto a éstas establece que si durante el proceso judicial se extingue una *persona jurídica* que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca dicha calidad, en todo caso la sentencia tendrá efecto respecto a ellos aunque no concurran al juicio.

Esta situación no interrumpe el proceso, porque el artículo 69 del C.P.C. señala que la muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial, por lo que el proceso continuará, sin perjuicio de que el poder lo revoquen los herederos o sucesores. La sucesión procesal tampoco afecta los demás elementos del proceso, y continúa con el nuevo sujeto en el mismo estado, quien pasa a ser parte o tercero, sin modificar la relación jurídica material del litigio, así que el juez se pronuncia sobre el fondo del conflicto como si este fenómeno no hubiera acontecido⁶.

⁴ En relación con las sucesión procesal, LOPEZ BLANCO señala: “El libro 1º, título 6º, capítulo 3º del C.P.C., lleva por título intervención de terceros y sucesión procesal, lo cual pone de manifiesto que se trata de una modalidad diversa, pues no constituye la sucesión procesal una forma más de intervención de terceros sino un medio encaminado a permitir la alteración de las personas que integran la parte o, inclusive, de quienes tienen la calidad de terceros, en otras palabras, puede sustituirse a sujetos de derecho que actúan como partes o terceros” (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, tomo I, ed. Dupre editores, Bogotá, 2005, p. 360).

⁵ “Art. 60. Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

“Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.

“El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

“El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable.

“Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidente”. (Cursiva fuera de texto).

⁶ En relación con la sucesión procesal, el Consejo de Estado, señaló: “Se define, conforme al sencillo concepto de Ramos Méndez, como ‘la sustitución de una de las partes por otra que ocupa su posición procesal’. Esta especie de crisis -como lo denomina AZULA CAMACHO-, consiste exclusivamente en el cambio de personas que integran cualquiera de las partes y, por tanto, es factible que afecte al demandante o al demandado o, incluso, a un tercero interviniente. El sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor. La sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, que, por tanto,

En el caso concreto, la Sala encuentra que se configuró la sucesión procesal, porque el art. 20 de la Ley 1507 de 2012 -en desarrollo del Acto Legislativo No. 02 de 2011- dispuso que la CNTV entraría en proceso de liquidación⁷. No obstante, si bien, entrar en liquidación no implica *per se* la extinción de la persona jurídica, y por tanto podría continuar participando en los procesos como tercero o parte, el artículo 21 reguló de manera especial la liquidación de los contratos y “la cesión de la posición contractual, judicial y administrativa”, al señalar:

“Art. 21. Todos los contratos celebrados por la Comisión Nacional de Televisión para la atención de gastos de funcionamiento deberán ser terminados y liquidados por la Comisión Nacional de Televisión - en Liquidación. Por Ministerio de la presente ley, las entidades públicas a las que se transfieren las funciones de la Comisión Nacional de Televisión la sustituirán en la posición contractual de los demás contratos, de acuerdo con la distribución de funciones que la presente ley ordena. ***De la misma manera, las mencionadas entidades sustituirán a la Comisión Nacional de Televisión en la posición que esta ocupe en los procesos judiciales en curso,***

continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado”. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de marzo de 2005, exp. 16.346).

⁷ “Art. 20. Liquidación de la Comisión Nacional de Televisión. De conformidad con el Acto Legislativo número 02 de 2011 artículo tercero, una vez quede conformada la Junta Nacional de Televisión, las entidades del Estado a las cuales se han distribuido competencias, según la presente ley, asumirán e iniciarán el ejercicio de las mismas y la Comisión Nacional de Televisión entrará en proceso de liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación Comisión Nacional de Televisión – en Liquidación. El régimen de liquidación será el determinado por el Decreto-ley 254 de 2000 y las normas que lo modifiquen o adicionen, salvo lo que fuera incompatible con la presente ley. La Comisión Nacional de Televisión – en Liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de sus funciones y conservará su capacidad jurídica únicamente para expedir los actos, celebrar los contratos y adelantar las acciones necesarias para su liquidación, incluyendo aquellas requeridas para el proceso de empalme con las demás entidades. En consecuencia, la Comisión Nacional de Televisión – en Liquidación, no podrá realizar ninguna clase de contrato directo o por licitación pública o de concurso, que tenga como propósito adelantar asesorías, consultorías o auditorías, que no estén con el proceso liquidatorio. El período de liquidación de la Comisión Nacional de Televisión deberá concluir a más tardar en un plazo de seis (6) meses contados a partir de su inicio. Vencido el término de liquidación señalado o declarada la terminación del proceso liquidatorio con anterioridad a la finalización de dicho plazo, terminará para todos los efectos la existencia jurídica de la Comisión Nacional de Televisión. El Gobierno Nacional podrá prorrogar el plazo de liquidación de manera motivada cuando las circunstancias así lo aconsejen, en todo caso la prórroga no podrá exceder de un término mayor a seis (6) meses. Los servidores públicos de la Comisión Nacional de Televisión – en Liquidación, deberán ser amparados bajo las normas legales laborales vigentes. Los funcionarios de carrera administrativa y provisionales, recibirán el tratamiento que se establece en el parágrafo 3° del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 y decretos reglamentarios. Durante el proceso liquidatorio se prohíbe vincular nuevos servidores públicos. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, transferirá en caso de ser necesario, a la entidad en liquidación, los recursos suficientes para que pueda cumplir con el pago de las indemnizaciones y demás acreencias laborales a que tengan derecho los servidores que sean retirados”.

incluyendo arbitramentos en que esta participe en cualquier calidad. Igualmente tales entidades públicas continuarán sin solución de continuidad, con las actuaciones administrativas que se encuentren en curso a la entrada en vigencia de la presente ley. La Comisión Nacional de Televisión, en liquidación, coordinará con dichas entidades el cumplimiento de lo dispuesto en los incisos 2°, 3° y 4° de este artículo.” (Resalto fuera de texto).

Por ministerio de esta ley las entidades públicas a las cuales se transfirieron las competencias de la CNTV la sustituyeron en los procesos judiciales en curso, como acontece en este. Además, como versa sobre la nulidad de un Acuerdo que *reglamenta la prórroga de las concesiones* para la prestación del servicio público de televisión, le corresponde continuar el proceso a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), con fundamento en el art. 14 de la Ley 1507 de 2012, que traslada esta competencia reglamentaria a la Junta Nacional de Televisión, que es parte de aquélla.

“Art. 14. Distribución de funciones en materia de otorgamiento de concesiones. La ANTV ejercerá las funciones que conferían a la Comisión Nacional de Televisión el literal e) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, y en materia de concesiones, el literal g) del mismo artículo, con excepción de la función al régimen de uso del espectro radioeléctrico quedará a cargo de la Agencia Nacional de Espectro (ANE). En particular, la ANTV ejercerá la función prevista en el artículo 25 de la Ley 182 de 1995 sobre distribución de señales incidentales.”

La competencia a la que se refiere el literal e) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 –que por cierto invocó la CNTV en el Acuerdo No. 3 de 2008- consiste en:

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

Lo anterior confirma que la ANTV asumió la misma competencia normativa reglamentaria que tuvo la CNTV para expedir el Acuerdo No. 003 de 2008, de ahí que la sucedió procesalmente.

3. Potestad reglamentaria de la CNTV, trasferida a la ANTV y a otras entidades estatales.

El demandante considera que el Acuerdo No. 03 de 2008 desconoce la autonomía de la voluntad, y también las normas de la Ley 80 que regulan las cláusulas exorbitantes. Afirma que la CNTV se auto-atribuyó, sin tener competencia para ello, dos potestades excepcionales: i) pactar unilateralmente las condiciones de la prórroga y ii) crear una causal de terminación, producto de la falta de aceptación de dichas condiciones.

Para resolver estos cuestionamientos la Sala precisará el alcance de la potestad normativa que tuvo la CNTV –hoy ANTV-, desarrollando los siguientes aspectos: a) qué es la potestad reglamentaria y qué el reglamento; b) clases de reglamentos: *praeter legem* y *secundum legem*, c) titularidad de la potestad reglamentaria y análisis específico del reglamento de prórroga, donde se analizará si la ley puede atribuir potestad reglamentaria, a la vez que su alcance.

a) Potestad reglamentaria y noción de reglamento

El criterio moderno que explica la existencia de la potestad reglamentaria es el *normativo*; es decir, la presencia de una norma que asigna esta facultad a un órgano. De esta manera, la Constitución, la ley y el reglamento –los últimos dos en menor medida- confieren esta competencia a algunos órganos del Estado⁸, de manera que la *potestad reglamentaria* es la competencia que asigna una norma para expedir *reglamentos*, es decir, *actos administrativos de carácter general, que tienen vocación de permanencia en el tiempo*; expedido en ejercicio de *función administrativa*. Este último elemento, común a todos los actos administrativos, tratándose del reglamento es especialmente importante, porque marca la

⁸ Aunque se considera que modernamente la existencia de la potestad reglamentaria se debe a razones normativas, la doctrina ofrece varias respuestas sobre el origen de esta facultad: Un criterio se enfoca en justificarla por razones *históricas*, afirmando su nacimiento en la República, al arrebatarle al monarca dos de sus potestades, como consecuencia de la división de poderes, la legislativa y la judicial, conservando la función ejecutiva y, con ella, parte del poder normativo, pudiendo expedir actos generales, de naturaleza reglamentaria.

El segundo criterio la explica en razones lógicas, de tal forma que por la generalidad de la ley, es necesario que exista una norma que detalle su contenido para hacerla aplicable a situaciones concretas; es decir, se justifica en necesidades prácticas del derecho, pues la ley, por su generalidad, resulta inaplicable sin una norma que la concrete.

diferencia de esta norma con otras que comparten varios de aquellos elementos, como es el caso de la Constitución y la Ley⁹.

Según lo expresado el reglamento es una especie de acto administrativo, entendiendo por este una declaración unilateral de voluntad, que proviene de la administración o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, y produce efectos jurídicos¹⁰. El reglamento tiene estos mismos elementos, porque entre ambos existe una relación de género a especie, siendo género el *acto administrativo* y especie el *reglamento*, como también son especies los actos administrativos generales, los particulares, los reglados, los discrecionales, etc. De hecho, uno de los tipos más usuales de actos administrativos son los particulares, sin embargo, son solo una especie entre varias, cuyo elemento característico es su individualidad; igual que sucede con los actos generales, que tiene por vocación dirigirse a un número indeterminado de personas, sin embargo tales diferencias no implican que se separen del género: sencillamente todos son actos administrativos.

Esto significa que a pesar de las particularidades y especificidades que tiene el reglamento, de ninguna manera se trata de una norma autónoma, porque -como se señaló- comparte los mismos elementos que caracterizan al acto administrativo. Sin embargo, la innegable capacidad creadora de derecho justifica que algunos defiendan su independencia como norma, no en vano es una *fente del derecho*. No obstante, si bien se acepta lo anterior, este aspecto no es suficiente para negar que es un tipo o clase de acto administrativo –de los más importantes-, porque a pesar de la envergadura de dicha característica, se trata

⁹ La doctrina propone varias nociones de reglamento: Para VEDEL consisten en “adoptar decisiones ejecutoriadas de carácter general e impersonal” -VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Primera edición española, Madrid, Ed. Aguilar, 1980, p. 171-; para SAYAGUES LASO se trata de un “acto unilateral de la administración que crea normas jurídicas generales” -SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de derecho administrativo. Tomo I, Montevideo, ed. Martín Bianchi Altuna, 1986, p. 120-; para CASSAGNE, es “el acto unilateral que emite un órgano de la Administración Pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales.” -CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I, octava edición, ed. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 173-.

¹⁰ El profesor Jaime O. SANTOFIMIO GAMBOA, define el acto administrativo como: “toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.” -Tratado de derecho administrativo, tomo II Acto administrativo, cuarta edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 131-.

de una cualidad lateral que no muta su naturaleza, pues los elementos del acto administrativo se conservan en su interior¹¹.

Un argumento adicional que confirma que, en Colombia, el reglamento es un acto administrativo es la coincidencia del régimen jurídico que los gobierna a todos. De esta manera, todos los actos administrativos -incluido el reglamento- tienen en común: i) los elementos que los constituyen –sujeto o competencia, objeto o contenido, causa o motivo, forma y fin-; ii) los vicios que afectan su validez¹² - expedición en forma irregular, violación de norma superior, etc.-; iii) el control judicial procede con la misma intensidad, es decir, no hay variaciones *apriorísticas* por el tipo de acto; y iv) el juez es el mismo: la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El segundo elemento que define al reglamento es su carácter *general*, porque se dirige a un número indeterminado de personas; razón por la cual un acto administrativo particular nunca será un reglamento. En vista de que el reglamento tiene otros atributos que lo diferencian de los actos administrativos simplemente *generales*, al interior de estos el reglamento es una especie, por lo que un reglamento siempre será un acto administrativo general, pero éste no siempre será un reglamento, por la razón que pasa a exponerse.

¹¹ Sobre la capacidad creadora propia del reglamento, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ señalan: “La distinción más obvia entre el Reglamento y el acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo ‘ordenado’, producido en el seno del ordenamiento y por este previsto como simple aplicación del mismo. El Reglamento innova el ordenamiento (deroga otro reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto”. (GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I, Séptima edición, Madrid, 1995, p. 173).

¹² En efecto, los artículos 137 y 138 señalan las causales de nulidad de los actos administrativos, que son los mismos para los actos generales, como para los particulares: “Art. 137 Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

“Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”. (...)

“Art. 138 Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior”.

Los reglamentos, además, tienen *vocación de permanencia en el tiempo*, aspecto que se concreta en que no se agotan con su aplicación, rigiendo un número indeterminado de casos de forma intemporal, y solo pierden vigencia por derogación o declaración de nulidad; de ahí que la aplicación constante o cotidiana que la administración hace de ellos no afecta la intensidad de lo que ordenan o regulan. A modo de ejemplo, el acto que convoca a un concurso de notarios es simplemente general, porque se dirige a un número indeterminado de sujetos –los que quieran participar-, pero regula un proceso concreto y solo es aplicable a el, y a hechos más determinados; mientras que lo propio del reglamento es regular supuestos más abstractos e intemporales en forma intemporal.

Por último -elemento común a todo acto administrativo-, los reglamentos se expiden en ejercicio de *función administrativa*. Se destaca esta característica por marcar la diferencia con otras normas que se asemejan en su estructura, como la Constitución o la Ley, que también suelen regular supuestos de forma general y abstracta, de manera que -atendiendo a este exclusivo aspecto- un acto de naturaleza legislativa sólo se diferencia del reglamento por la función que se ejerce al expedirlo: legislativa o constituyente¹³.

No obstante, es claro que lo anterior no significa ni permite asimilar el reglamento a la Ley, y mucho menos a la Constitución, porque si bien coinciden en algunos elementos de su estructura normativa, tienen diferencias marcadas, como el alcance o la capacidad creadora de estas fuentes del derecho; no obstante, uno de los criterios para diferenciarlos radica en la función pública que se ejerce para expedirlos: administrativa para el reglamento, legislativa para la ley y constituyente para la constitución.

De conformidad con lo expresado hasta ahora, todo acto que cumpla los requisitos analizados es un reglamento, sin importar la denominación que se le dé: Decreto, Resolución, Ordenanza, etc., pues el nombre no afecta su

¹³ En coincidencia con lo expresado, Jaime O. SANTOFIMIO GAMBOA señala, en el Tratado de Derecho Administrativo, que: “Es de aceptación que los órganos ejecutivos, para el debido cumplimiento de la ley e incluso de la misma Constitución, profieran actos similares a la ley en cuanto a su generalidad e impersonalidad. Por lo tanto actos administrativos de carácter general, a los que la doctrina iuspublicita denomina reglamentos en cuanto, a diferencia del acto administrativo tradicional, no produce situaciones jurídicas particulares o concretas, sino que contiene normas de aplicación abstracta.” -SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op. Cit., p. 162-.

naturaleza; incluso, normas a las que se les llama reglamento pueden tener otra naturaleza, como la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso, que no es un reglamento sino una Ley.

b) Clases de reglamentos: *Praeter legem* y *secundum legem*

La clasificación más relevante de los reglamentos los identifica como *praeter legem* y *secundum legem*, que atiende a la relación en que se encuentra dicha norma frente a las de rango superior. Los *secundum legem*, como su nombre lo indica, son los que se someten a la ley –“según la ley”-. No obstante, no todos desarrollan directamente una Ley, porque pueden tener dicha relación con otras normas de inferior jerarquía, como por ejemplo otros reglamentos; es el caso del que expide el alcalde para desarrollar los acuerdos del Consejo, en este evento aquél no se subordina a una ley sino a un Acuerdo –cuando este a su vez contiene un reglamento-.

En consecuencia, reglamentos *secundum legem* son los que se someten o subordinan a una norma de inferior jerarquía a la constitución, de tal manera que su finalidad es desarrollar la disposición superior –no sólo la ley, pero muchas veces a la Ley- por lo que se les conoce como reglamentos ejecutivos, de tal manera que su finalidad es concretar los mandatos de la norma superior, fijando los medios e instrumentos auxiliares necesarios para conferirles el mayor efecto¹⁴; no obstante que en muchos casos subsistan espacios para la creación de derecho.

De la anterior relación se extraen algunas características: primera, la subordinación a la norma superior; segunda, su expedición es eventual, porque depende de que la materia la trate primero la norma superior¹⁵; tercero, la

¹⁴ ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de derecho administrativo*. Segunda edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 66.

¹⁵ En relación con este aspecto, cabe resaltar lo señalado en el ordenamiento francés en que VEDEL, no obstante las diferencias existentes entre el ordenamiento jurídico colombiano y el francés, donde la reserva de reglamento tiene un alcance mucho más amplio, por radicar la cláusula general de competencias en el reglamento y no en la ley, como en el caso colombiano, se establece una clasificación similar de los reglamentos, en que los literales a) y b) serían *reglamentos secundum legem* y la c) los *praeter legem*: “Por consiguiente, el poder reglamentario tiene, según las materias, un campo de acción diferente:

“a) En las materias *íntegramente sometidas* al legislador, el poder reglamentario solo dispone de una competencia “residual”: la de las medidas de aplicación que el legislador no se ha cuidado de

vigencia se supedita a la existencia de la norma superior, lo que supone que ésta se desarrolla mientras rija, pero si pierde vigencia su reglamento también desaparece¹⁶; finalmente, la subordinación a la norma superior origina un control de legalidad más riguroso, al tener restricciones derivadas de la jerarquía, ya que, por un lado, el reglamento no puede restringir el alcance o contenido de la norma superior, y por otro no puede ampliar los contenidos de la norma superior, pues lo suyo es desarrollarla no crear aspectos que solo ésta puede introducir¹⁷.

La otra clase de reglamentos son los *praeter legem*, cuya característica principal es que no se subordinan a la ley, ni a otro reglamento, por lo que tienen mayor autonomía para tratar la materia que tienen asignada; ya que a diferencia de los *secundum legem* solo la Constitución los crea y justifica, otorgando directamente la potestad reglamentaria a una autoridad, por lo que entre ellos no media una ley, así que cuentan con la capacidad creadora propia del legislador.

ordenar por sí mismo. El gobierno puede usar de este poder reglamentario residual bien por invitación del legislador (reglamentos de administración pública pág. 151), o bien espontáneamente (...).

“b) En las materias que solo están reservadas al legislador en cuanto a sus *principios fundamentales*, el poder reglamentario dispone de una esfera “propia”, limitada a todas las medidas que no pongan en cuestión los principios fundamentales (esfera que desborda, además, muy ampliamente, la noción de “medidas de aplicación”).

“c) Finalmente, en las medidas que no son objeto de *ninguna reserva en beneficio del legislador*, el poder reglamentario se despliega en toda su extensión y, salvo la reserva del respeto debido a los principios constitucionales, puede regular libremente todas las medidas de principio o aplicación”. VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. Ed. Biblioteca jurídica Aguilar, edición española, Madrid, 1980, p. 174 y 175.

¹⁶ Consecuencia similar regula el inciso segundo del art. 189 del CPACA: “Art. 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

“Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios”. (cursiva fuera de texto)

¹⁷ En este sentido, el CPACA, en el artículo 138, señala frente al control de legalidad que: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

“Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.

En este sentido, el reglamento *praeter legem* o independiente no completa ni desarrolla una ley previa, porque surge en virtud de la Constitución, que radica en él la competencia para regular un asunto, lo que implica que tal espacio queda vedado al legislador, quien debe respetar dicha reserva, so pena de violar la Constitución.

De esta manera, este reglamento tiene una jerarquía similar a la ley, pues ambos se someten directamente a la constitución; no obstante, para evitar confusiones no se suele asimilar este reglamento a la ley, pero sólo porque formalmente no tienen “fuerza de ley”. En este sentido, resultan pertinentes las palabras de VEDEL, quien acompañado de CHAPUS afirma: “las leyes y los decretos autónomos tienen cada uno su propia esfera y su propio rango: son independientes y desiguales”¹⁸.

A modo de ejemplo de reglamentos *praeter legem*, la Constitución establece, en varios artículos y a favor de diferentes órganos, la reserva de reglamento. De esta manera establece en el artículo 355¹⁹ que al Gobierno le corresponde reglamentar la forma en la cual se podrán celebrar contratos en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, con entidades privadas sin ánimo de lucro, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo; el artículo 189.17 atribuye al presidente la república la facultad para distribuir los negocios, según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos²⁰; el artículo 131 inciso 3° establece que le corresponde al Gobierno crear, suprimir y fusionar los círculos de notariado y registro, así como determinar el número de notarios y oficinas de registro; el artículo 268.12, faculta al Contralor General de la República para “Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial”; los artículos 235.6, 237.6 y 241.11 facultan a la Corte Suprema de

¹⁸ VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, edición española, Madrid, 1980, p. 175.

¹⁹ “Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. “El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

²⁰ “Art. 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 17. Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos”.

Justicia, al Consejo de Estado y a la Corte Constitucional, respectivamente, para darse su propio reglamento.

c) Titularidad de la potestad reglamentaria: *Análisis especial en materia del servicio público de televisión.*

Definido qué es la potestad reglamentaria, qué es el reglamento y sus clases, hay que examinar quién es su titular. La conclusión es que son tantas cuantas autoridades están facultadas por la Constitución, por las leyes y por otros reglamentos para expedirlos. En este sentido, la Constitución es prolija en asignar potestad reglamentaria, ejemplo de ello son las normas citadas respecto a los reglamentos autónomos; sin embargo, debe tenerse presente que el hecho de que la Constitución asigne directamente la potestad reglamentaria no significa, necesariamente, que la autoridad profiera reglamentos autónomos; para establecer esto hay que analizarse otro aspecto: si sólo se sujetan a la constitución o si también se subordinan a normas de menor jerarquía, como la ley, la ordenanza, el acuerdo u otra clase de reglamento.

Esto sucede con la potestad reglamentaria que en su momento le asignó la Constitución Política a la CNTV, nombre impuesto por la ley, pero la Carta Política había anunciado que sería una “entidad autónoma del orden nacional, sujeta a régimen propio”, y le encargó regular el servicio público de televisión. Entonces, la potestad reglamentaria que la Constitución le asignó a la CNTV proviene del entonces artículo 77²¹, vigente algunos meses después de que entró a regir el Acto Legislativo No. 2 de 2011, que suprimió a esta entidad:

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

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

²¹ Se advierte que esta norma fue modificada por el acto legislativo 002 de 2011, que suprimió la naturaleza constitucional de la CNTV, sin embargo, se toma para el estudio la norma original, pues fue la vigente a la expedición de la disposición acusada y fue este artículo el que asignó potestad reglamentaria a la CNTV.

relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad.

“PARAGRAFO. Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión”. (Cursiva fuera de texto)

Esta disposición -se insiste- no nombró o bautizó a la CNTV sino que se refirió genéricamente a “... una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio...”, que se ocupará de “*La dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley...*”; así que fue la Ley 182 de 1995 quien le puso nombre a este organismo²². Sin embargo, la Constitución fue quien le asignó sus dos más grandes e importantes competencias: i) la *dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley* y ii) regular la televisión; lo que ejerció mediante reglamentos, pero no de naturaleza autónoma o independiente sino *secundum legem*, porque la Constitución asignó dicha potestad normativa para que la ejerciera conforme a la “política que en materia de televisión determine la ley”.

Esta conclusión también apoya en el artículo 150.23²³ de la CP., que le encomendó al legislador regular los servicios públicos, categoría que incluye la televisión²⁴, por lo que, a pesar de que la Constitución le aseguró un espacio de

²² El art. 3 de la Ley 182 de 1995 estableció: “Art. 3. Naturaleza jurídica, denominación, domicilio y control político. El organismo al que se refieren los artículos 76 y 77 de la Constitución Política se denominará: Comisión Nacional de Televisión (CNTV). Dicha entidad es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos. (...)”

²³ “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)”

“23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”.

²⁴ Es claro que la televisión es un servicio público, como lo señaló la Ley 182 de 1995, en el artículo 1: “Naturaleza jurídica, técnica y cultural de la televisión. *La televisión es un servicio público* sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política.

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

“*Este servicio público* está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales”. (cursiva fuera de texto)

potestad reglamentaria a la CNTV, sus normas no eran reglamentos autónomos porque se sujetaban a la ley.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Acto legislativo No. 02 de 2011, “por el cual se deroga el artículo 76 y se modifica el artículo 77 de la Constitución Política de Colombia”, desapareció de la constitución la obligación de crear esa “entidad autónoma” que el art. 77 original anunció. La nueva norma estableció, lacónicamente, que la ley regulará el servicio de televisión:

“Art. 77. El Congreso de la República expedirá la ley que fijará la política en materia de televisión.”

Conforme a esta disposición el legislador tiene libertad amplia para organizar el servicio de televisión de la manera que mejor estime conveniente, bien creando una entidad para asignarle funciones en esta materia o asignándoselas a otras que ya existan -ministerios, por ejemplo-. Esta libertad máxima de configuración de la materia la readquirió en virtud del acto legislativo citado.

No obstante la novedad que rige a la fecha, lo cierto es que mientras el art. 77 original tuvo vigencia, le asignó directamente a la CNTV la competencia para: i) *dirigir la política que en materia de televisión determine la Ley* y ii) regular la televisión. Esto significó que el legislador no podía ocuparse con *exclusividad, totalmente* y exhaustivamente, de regular el servicio de televisión, porque debía, en forma compartida, guardarle un espacio a la competencia normativa de la “*entidad autónoma del orden nacional*”, finalmente llamada CNTV por la Ley 182 de 1995.

Lo anterior significa –se insiste en ello- que el art. 77 le atribuyó potestad normativa reglamentaria a ese organismo autónomo, pero subordinada a la ley –*secundum legem*-, de manera que el legislador no podía pasar de diseñar la política de la televisión a desarrollar la materia con detalle y exhaustividad, porque no sólo hacía lo contrario a lo que la constitución le pidió –trazar la política del servicio- sino que vaciaba de competencia a la futura entidad autónoma que se crearía: la CNTV. Esto también indica que la Constitución le garantizó un espacio normativo importante a la función de regulación de la CNTV. Por esto el legislador estableció la política general de televisión por medio de la Ley 182 de

1995²⁵, y le encomendó a la CNTV –por asignación previa de la Constitución-, entre otras cosas:

“Art. 5. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión: (...)

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

Esta disposición, apoyada en otras de la misma ley 182, fue el fundamento que usó la CNTV para expedir el Acuerdo No. 03 de 2008, que contiene la norma demandada en el caso *sub iudice*.

Por oposición al análisis realizado al art. 77 original de la CP., en el Acto legislativo No. 02 de 2011 –que modificó aquella norma- no existe para el legislador la obligación de crear una entidad que se ocupe del servicio de televisión –aunque no se lo prohíbe-, y obviamente tampoco se le asignó potestad normativa regulatoria del servicio.

Por ende, la entidad que eventualmente cree la Ley con este propósito – finalmente la ANTV (Ley 1507)- nada podrá reclamarle al legislador en relación con la competencia para regular el servicio, pues a diferencia de la CNTV la ANTV no tiene garantizada en la constitución ni su existencia ni sus competencias -incluidas las normativas-. En otros términos, ya no existe la potestad normativa que por orden constitucional compartían el legislador y el organismo autónomo – CNTV-, por eso la nueva entidad encargada de la televisión tendrá menos poderes y facultades, porque las reabsorbió la ley, como titular constitucional que es de la potestad normativa de todo servicio público.

En conclusión, hasta antes de la vigencia del Acto legislativo 02 de 2011, la CNTV era titular de parte importante de la potestad reglamentaria del servicio de

²⁵ "Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión , se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones"

televisión, por asignación constitucional directa, lo que particularmente concretó la Ley 182 de 1995, al encomendarle la función específica –entre muchas otras- de reglamentar la prórroga las concesiones para la operación del servicio de televisión, así que tenía facultad para expedir reglamentos *secundum legem*, y ninguna otra autoridad podía usurparle o asignarse sus funciones, ni siquiera el legislador.

4. Naturaleza jurídica de la *potestad regulatoria* que ejerció la CNTV –hoy ANTV- y relación con la *potestad reglamentaria*.

4.1. Idea general de regulación

Desde un punto de vista general, es decir, en un sentido muy amplio, la regulación es una noción que comprende todo aquello que pueda catalogarse como normatividad, a la cual se someten los sujetos en el desarrollo de sus actividades. Así, tenemos que, de forma general, el concepto puede comprender tanto las leyes expedidas por el Congreso, como los reglamentos, expedidos por diferentes autoridades, en ejercicio de la función administrativa.

Depurando un poco más el concepto, se tiene que, por mandato constitucional, el Estado es el legitimado para intervenir, normativamente hablando, en el ámbito social y económico, porque se trata de una actividad que compromete los intereses públicos y para ello ejerce una función de regulación de múltiples sectores y tareas específicas. Por lo tanto, puede decirse que cuando el Estado actúa y se pronuncia buscando el correcto funcionamiento de la economía y de la sociedad, ejerce una forma de regulación. Sin embargo, este término comprende diversas significaciones, lo que genera dificultades para definir su naturaleza, pues la discusión en torno al papel que juega el Estado en la economía no es pacífica.

La regulación económico-social obedece, de un lado, a la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos, en su calidad de consumidores y usuarios, frente a los abusos del poder del mercado; y, de otro lado, también pretende obtener la eficiencia económica y el perfecto funcionamiento de un sector económico determinado. Para lograrlo, el Estado dicta normas jurídicas a las que deben someterse los sujetos que intervienen en un mercado, de tal modo que se alcance un equilibrio satisfactorio entre derechos e intereses individuales y colectivos, lo cual genera seguridad jurídica respecto de las pautas que deben seguirse,

especialmente en el ámbito económico. Por esto puede decirse que el mercado se desarrolla sobre un escenario de normas y regulaciones, puesto que, aunque en la actualidad ocupe un papel protagónico en la economía, lo cierto es que no puede funcionar aisladamente.

A través de la regulación se fijan criterios y políticas para actuar en el mercado, pero también se establecen condiciones a la misma, de modo que la libertad de empresa no interfiera en los derechos ni en la realización de los proyectos de las demás personas, lo que, en definitiva, constituye el interés general. Especialmente a través del control de la economía se interviene, directamente, sobre las actividades de mercado, a tal punto que pueden modificarse las condiciones previamente establecidas, imponiendo nuevas reglas de juego, que finalmente comprenden a todos los sujetos.

Surge, de este modo, el concepto de regulación económica en cabeza del Estado -fijación de precios, condiciones de producción y prestación, barreras de entrada y de salida, etc.²⁶-, como respuesta para mitigar los fallos del mercado -es decir, la competencia imperfecta y el monopolio natural²⁷-, y también para dirigir a éste, y lo hace el Estado porque es el representante del interés común, lo que le faculta para asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, traduciéndose, finalmente, en un aumento del bienestar general²⁸.

Por tanto, la preocupación por el interés general es lo que promueve el desarrollo de una regulación que se interesa por preservarlo, a través de una administración

²⁶ DE LA CRUZ FERRER, Juan. La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la ley 54/1997. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales SA., Madrid. 1999. Pág. 121.

²⁷ El monopolio natural se presenta cuando dentro de un mercado no se requiere de la presencia de dos o más empresas para satisfacer la demanda, pues ésta se satisface con una sola empresa, al costo más bajo posible.

²⁸ Dice el art. 3 de la ley 142 que la regulación es una técnica de intervención del Estado en la economía.

“Art. 3. Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, especialmente las relativas a las siguientes materias: (...)

“3.3. Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario.”

que se caracteriza por ser altamente técnica y capaz de prever resultados indeseables, para tratar de evitarlos.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, existen posturas políticas y económicas que buscan limitar –incluso eliminar- la intervención estatal en el ámbito económico. Las opiniones oscilan entre esta posición y aquella que sostiene que el Estado sí debe intervenir, para corregir los fallos del mercado, pero, además, defender la justicia social.

La regulación se convierte, entonces, en una de las diversas formas como se manifiesta la administración pública, constituyendo un conjunto de potestades dirigidas al control y dirección del servicio público, que debe compadecerse con la economía social del mercado²⁹, teniendo en cuenta que no todas las normas producen el mismo efecto con respecto a los derechos, libertades y obligaciones de los sujetos, dado que la incidencia es diversa.

²⁹ Al respecto señala PETER HABERLE en “Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar.” Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo, (Perú. Palestra editores S.A.C, 2004), “(...) ‘Las relaciones económicas deberán estar constituidas sobre la base de la cooperación social entre el individuo y el Estado, el trabajador y el empleador, el productor y el consumidor’. Por consiguiente, para los constituyentes de Europa del Este, no es suficiente el listado de elementos de una economía de mercado (como la propiedad privada y la libertad contractual) o de las relativas limitaciones (como el derecho de huelga y la seguridad social) y ellos tienden a afirmar principios con potencialidades generales como la “economía social de mercado” o el “pluralismo económico”. Ello confirma la “importancia” política del presente tema como actual y ambicioso fin para la reforma. Al mismo tiempo, se manifiesta todo ello en una nueva fase del “desarrollo de los niveles del texto” en el moderno Estado constitucional. (...)

“No obstante ello, es tiempo que la doctrina constitucionalista recuerde claramente algunos límites. El mercado no es la medida de cada cosa y no puede ciertamente convertirse en el principal metro de valoración del hombre. No es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado. En el Estado constitucional, se requiere recordar constantemente la naturaleza *instrumental* del mercado que emerge de los textos constitucionales (pensemos en los principios que ponen la “economía al servicio del hombre”, del bien común, de la dignidad del hombre, del gradual aumento del bienestar, de la justicia social, etc). Desde un punto de vista funcional, los límites del mercado y de la economía de mercado pueden reconstruirse en los siguientes términos de un lado, el modelo de mercado *no es aplicable* a determinados ámbitos *culturales* como el de la educación, de la instrucción y de la formación; como tampoco, al menos en parte, a aquel de la investigación y de la familia; así mismo, a sectores sociales como aquellos más esenciales del derecho al trabajo. El Estado constitucional debe establecer, con asidua y activa sensibilidad, si cada sector social está o no listo para el mercado, o si esto sea verdaderamente necesario para ellos, teniendo presente que, en el curso del desarrollo histórico, se podrán verificar cambios (en Alemania, al lado de la televisión pública encontramos a la televisión privada, el derecho social al arrendamiento, la sanidad estatal y el monopolio estatal de la intermediación del trabajo, etc). De otro lado, es indispensable, al interior de cada óptica de orden liberal, imponer la “interdependencia de los ordenamientos” o la indivisibilidad de la libertad política y económica, la apertura del proceso democrático de formación de la voluntad (entendida como parte de la constitución del pluralismo). Sirven a tal fin el postulado constitucional “subordinación del poder del mercado a la soberanía democrática del Estado.” (Págs. 109 y 113 a 114).

No obstante, la actividad reguladora no sólo actúa en el momento en el cual se descubren los fallos del mercado -los cuales, al ser corregidos, benefician a la sociedad en general, pues no se puede perder de vista que la regulación surge, precisamente, con el propósito de preservar el interés público-, sino que también actúa *ex ante*, es decir, para prevenir los defectos del mercado, e igualmente para orientar el sector económico de que se trate. Luego de tomar partido por una política reguladora concreta, llega el momento de aplicar y hacer efectivas las decisiones adoptadas, procurando darles cumplimiento.

Por su parte, entre las nociones propuestas por la doctrina, sobre lo que se entiende por regulación, se tiene aquella que la concibe como un “conjunto de reglas generales o de acciones específicas, impuestas por la autoridad o por una agencia administrativa, que interfieren directamente el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y de las empresas”³⁰.

En la actualidad la regulación ha adquirido un significado mucho más amplio, que comprende potestades normativas, ejecutivas y de resolución de conflictos que el ordenamiento atribuye a las administraciones públicas, para disciplinar un determinado sector de la economía, velando por los intereses públicos específicos comprometidos. Un modelo de regulación que solo tenga en cuenta criterios económicos e ignore las exigencias jurídicas, las circunstancias políticas, los condicionamientos sociales o las propias condiciones tecnológicas de una industria determinada, está orientado al fracaso, porque la regulación exige un enfoque multidisciplinario³¹. Al respecto, en “La Constitución de 1991. Poder judicial, principio democrático y novedades institucionales” el Consejero que en esta oportunidad hace las veces de ponente, señaló:

“Regular es una función administrativa compleja que conlleva la utilización de diversos instrumentos clásicos de policía administrativa, como quiera que no se materializa únicamente a través de normas de contenido general, sino también los actos administrativos individuales que responden al reconocimiento de diferentes potestades: la aplicación y materialización de normas

³⁰ ARGADOÑA, A. Regulación y desregulación de servicios. P.E.E, N° 42, 1990, pág. 218.

³¹ DE LA CRUZ FERRER. Principios de Regulación Económica en la Unión Europea. Citado por ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio Público y Regulación. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú. Primera edición. Palestra editores. Lima. 2005. Pág. 185.

reglamentarias, la necesidad de resolver conflictos que se presentan entre operadores y la imposición de sanciones ante el incumplimiento de la legalidad que rige un sector económico determinado.

“El que se trate de una función de policía administrativa no se traduce en una ausencia de identidad de la regulación, es más, su carácter técnico apareja una consecuencia: la generación de micro-ordenamientos (sometidos al principio de jerarquía administrativa) y de técnicas diferenciadas de la intervención general en la economía, en otras palabras, la generación de ramas especiales dentro de derecho administrativo. Esta circunstancia se presenta por los nuevos retos que plantea la prestación de servicios públicos domiciliarios en un contexto de competencia económica, en el que la libre entrada no disminuye la responsabilidad en la eficiencia y cobertura de su prestación y en el que se requieren nuevas fórmulas organizativas (autoridades administrativas independientes) y un desplazamiento de la función de gestión directa para ser reemplazada por otra de ordenación.”³²

4.2. Fundamento constitucional de la *función regulatoria* de sector de la televisión.

Este aspecto, que a primera vista no debería ofrecer mayores complejidades jurídicas, en realidad es bastante problemático, porque dependiendo de la postura que se tome frente a la naturaleza jurídica de la regulación el fundamento normativo puede variar, con las consecuencias que de allí resultan.

En particular, la importancia que tiene definir este tema, para el caso concreto, radica en que el juicio de legalidad que propone el demandante exige determinar, con absoluta precisión, cuál es la posición que ocupa la regulación, y las normas que la desarrollan, en el ordenamiento jurídico, pues de allí parte el juicio de validez que se le pide a esta Sala.

Para la Corte Constitucional, por ejemplo, el fundamento normativo de la regulación se encuentra en la Constitución, al igual que lo considera esta Sala, pero la diferencia radica en que la Corte ubicó su fuente, exclusivamente –atendiendo a lo dicho en la sentencia C-1162 de 2000-, en el artículo 370 –que regula los servicios públicos *domiciliarios*-; aunque en las sentencias C-272 de 1998 había indicado que el art. 365 –que rige toda clase de servicio público, por ejemplo la televisión- también fundamenta el tema. La Sala considera que el

³² GIL BOTERO, Enrique. La Constitución de 1991 Poder judicial, principio democrático y novedades institucionales. Eds. Depalma, Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana. 2011, pág. 56 y 57.

fundamento, además del art. 370 CP. –para los servicios públicos domiciliarios-, se encuentra principalmente en el artículo 365 de la misma Carta Política –posición que, no obstante, comparte de manera aislada la Corte Constitucional, según afirmaciones expresadas en otras sentencias suyas-; y para el servicio público de televisión se encontraba particularmente previsto en el art. 77. Dispone el art. 365:

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

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

Con fundamento en el art. 365, no existe una materia concreta encomendada a la regulación, sino que, genéricamente, se encomienda esta labor al Estado. En este sentido, el artículo 365 no puede desestimarse como fundamento constitucional directo de la función regulatoria, pues, por definición expresa, el Constituyente se refirió en él al tema. De hecho, el art. 365 dice, en forma expresa, lo que no amerita discusión ni análisis especiales, que “... el Estado mantendrá **la regulación**... de dichos servicios...” -Negrillas fuera de texto-.

Una interpretación armónica de las normas constitucionales muestra a la Sala que la regulación es un concepto amplio, que puede comprender múltiples contenidos. De hecho, el artículo 365 CP. no asigna uno específico a la regulación, pero sí indica que el ejercicio de esta función corresponde al Estado. Y el art. 77 de la CP. también señalaba que “*La dirección... que en materia de televisión determine la Ley... estará a cargo del organismo*” autónomo que allí se enuncia, y añade que “*La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional*”.

Se deduce de ambas normas que el Estado es el único que puede ejercer esta función, pues el grueso de la actividad que constituye la regulación, contemplada

en el art. 365, corresponde al “Estado”³³; mientras que aquella faceta especial de la regulación contenida en el art. 77 es exclusiva de “ *una entidad autónoma del orden nacional*” –la CNTV-.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-150 de 2003, reconoce esta idea, al decir, aunque lacónicamente, que “Primero, la regulación de los servicios públicos corresponde “al Estado”, no a un órgano específico o a un conjunto de autoridades predeterminadas, salvo en lo que respecta a la fijación de su régimen básico, competencia atribuida al Congreso de la República (art. 150-23 de la C.P.)...”

Esto es apenas natural, pues en determinado momento la administración puede no tener la capacidad suficiente para controlar adecuadamente ciertos ámbitos de un mercado, debido a que la exigencia técnica y los continuos cambios a los que se ven expuestos requieren que tales funciones las realicen quienes posean gran experiencia y capacidad técnica sobre un tema.

En la práctica, la autonomía administrativa que ostentan los organismos reguladores –que en todo caso no significa que la Constitución y la ley no sean el límite jurídico para ejercer sus funciones- hace que el Gobierno no imparta órdenes, a nivel de manejo organizacional interno y de personal, de subordinación material –recuérdese que la CNTV gozaba de autonomía administrativa y presupuestal-, y además de que deben estar lo más alejadas posible del poder

³³ En la sentencia C-272 de 1998 dijo la Corte Constitucional que “Así, es claro que la prestación de los servicios públicos puede ser realizada tanto por las autoridades públicas como por los particulares o comunidades organizadas, pero en todo caso el Estado siempre tendrá bajo su cargo la regulación, control y vigilancia de estos servicios, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines que le competen (CP art. 365). Esta regulación, control y vigilancia de tales servicios armoniza además con la facultad general que la Carta atribuye al Estado de dirigir la economía e intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, obviamente sin perjuicio del reconocimiento de la libre iniciativa privada (CP arts. 333 y 334). **Por consiguiente, la Carta, a pesar de que reconoce la posibilidad de que los particulares presten servicios públicos, reserva funciones esenciales al Estado en esta materia, y en especial le atribuye una competencia general de regulación (CP art. 365).** Nótese que esta norma atribuye genéricamente esa función de regulación al Estado, sin señalar explícitamente que ésta corresponde a una determinada institución específica. Ahora bien, esta Corte ha señalado que en general la palabra Estado se emplea en la Carta para designar al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales. Por ende, cuando una disposición constitucional se refiere al Estado, y le impone un deber, o le confiere una atribución, debe entenderse *prima facie* que la norma constitucional habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales. Por ende, la competencia de regulación de los servicios públicos es genéricamente estatal, lo cual obviamente no significa que esa facultad pueda ser atribuida por la ley a cualquier entidad estatal, por cuanto la Constitución delimita, en materia de servicios públicos domiciliarios, algunas órbitas específicas de actuación de las distintas ramas de poder, las cuales deben ser respetadas.” (Negrillas fuera de texto)

político –por lo menos en teoría organizacional-. Esta característica es indispensable para el buen funcionamiento de estas instituciones, así como la capacidad técnica, la imparcialidad y neutralidad en las decisiones, para que contribuya a que cumplan sus funciones de manera eficaz, respondiendo a los ideales fijados por el Estado, consistentes en la satisfacción del interés público.

En otras palabras, los organismos reguladores son autónomos, en cuanto entes administrativos; lo que no significa que tengan independencia para ejercer la función reguladora, pues se someten a la Constitución y a la ley, en cuanto a los contenidos de dicha función. En este sentido, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han esclarecido esta idea en las distintas providencias que se han referido al tema.

Esta idea, la prevalencia técnica y el alejamiento del poder político puro, inspiradora de las modernas comisiones de regulación, se parece bastante al origen francés, y por adopción al colombiano, de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto unos y otros gozan de autonomía para la gestión de los asuntos a su cargo –se insiste, con los límites constitucionales y legales correspondientes-. En la época actual también se quiso, a través de estas instituciones, tecnificar el ejercicio de ciertas funciones públicas, tratando de alejar de los ministerios la toma de decisiones administrativas, que deben ser preponderantemente técnicas.

Ahora, para que la comisión reguladora de la televisión asumiera la función regulatoria no se requería autorización previa de la ley, según se deducía del art. 77 de la CP., posibilidad que, efectivamente, desarrolló la ley 182 de 1995.

Si se acepta lo anterior, también resulta fácil comprender que la regulación de los servicios públicos -la televisión en particular- no se puede encomendar a una entidad privada, pues la Constitución señaló que lo harían las autoridades públicas encargadas de asumir esta competencia. Cosa distinta ocurre en otros países, donde entidades privadas ejercen esta función.

4.3. Naturaleza jurídica de la regulación

Aclarado el fundamento normativo de la función regulatoria, hay que precisar su naturaleza jurídica, es decir, su particular fisonomía y constitución jurídica, para

distinguir la de las demás estructuras normativas que existen en el ordenamiento. La respuesta a esta inquietud ha generado las siguientes posturas, sostenidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, todas referidas al mismo fenómeno –aunque en el sector de los servicios públicos domiciliarios, que es el que ha demandado este análisis-.

a) Argumentos de la Corte Constitucional

La posición de la Corte Constitucional empieza con la sentencia C-272 de 1998. Manifestó que el artículo 365 reserva algunas funciones esenciales al Estado, en cuanto al tema se refiere, atribuyéndole la competencia general de regulación. De otro lado, el artículo 370 de la Constitución le atribuye al Presidente de la República la facultad de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

También señala que el legislador tiene competencia constitucional, en virtud de los artículos 365, 367 y 370, para atribuir a las comisiones, si el presidente lo estima conveniente, a través de la delegación, las funciones relativas al establecimiento de las políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

En la sentencia C-1162 de 2000 la Corte señaló que las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales. Cita algunos apartes de la sentencia C-272 de 1998, luego de lo cual afirma que la regulación, que está a cargo de las comisiones, hace referencia al cumplimiento de una función presidencial, señalada en el artículo 370 de la Constitución, que se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del Presidente de la República, en los términos del artículo 211 constitucional.

Afirma, que ni de la autorización legal al Presidente para delegar, ni del hecho mismo de que delegue, se puede generar una capacidad normativa de las comisiones que pueda equipararse a la ley o competir con ella, ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes, en materia de servicios públicos, puesto que la misma es facultad exclusiva del Presidente de la República, en los términos del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable. De esta forma, los actos de regulación de las comisiones están totalmente sujetos a la ley,

a los decretos reglamentarios que expide el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área, además, cada una de las comisiones también está subordinada a las políticas y orientaciones del respectivo Ministerio.

En la sentencia C-150 de 2003 la Corte Constitucional es más prolífica en el análisis de la regulación. Enfatiza en que la regulación es una forma de intervención estatal en la economía, y que, como función pública que es, debe armonizarse con los principios del Estado Social de Derecho, para que exista un adecuado balance entre los distintos propósitos públicos protegidos por la Constitución.

En esta ocasión la Corte no se compromete a calificar la regulación como una norma en particular –distinta del reglamento, como lo hizo en la sentencia C-1162 de 2000-, sino que, por el contrario, declaró que puede estar contenida en muchas normas, resaltando la idea de que la regulación es más bien una función estatal.

En decisiones posteriores la Corte vuelve a referirse al reglamento y a la regulación. Es el caso de la sentencia T-1212 de 2004, donde manifestó que las resoluciones que expide la CREG, son reglamentos administrativos³⁴. Esta misma idea la reiteró la Corte Constitucional en la sentencia T-558 de 2006, donde

³⁴ Dice al respecto que: “Sin embargo, encuentra la Corte que las obligaciones que surgen del negocio jurídico bilateral suscrito entre COMERCIALIZAR S.A. E.S.P e ISA S.A. E.S.P no pueden clasificarse exclusivamente dentro de las denominadas *cláusulas contractuales*, es decir, aquellas que se originan en el concurso de voluntades de las partes contratantes; ya que algunas de dichas obligaciones tienen su fuente en la existencia de una relación jurídica de naturaleza reglamentaria, destinada a desarrollar los mandatos de intervención legislativa en las actividades de los particulares, con el propósito de lograr la satisfacción de intereses comunes o colectivos, como lo es en este caso, la prestación del servicio público de energía eléctrica.

“La combinación de obligaciones netamente contractuales con disposiciones de raigambre reglamentario (relaciones mixtas), implica el sometimiento de las partes contratantes a obligaciones predispuestas, frente a las cuales es imposible física y jurídicamente ofrecer algún tipo de resistencia o discusión, limitándose las partes a aceptarlas al momento de proferir su consentimiento en los términos predispuestos en las reglamentaciones expedidas por la administración, como sucede en el asunto sub-judice con las normas previstas en la Resolución CREG No. 024 de 1995, correspondientes a las obligaciones que asumen las empresas mayoristas de energía eléctrica y el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), a partir de la suscripción del contrato de mandato que tienen la obligación legal de pactar.

“Si bien, a juicio de la Corte, la existencia de una relación jurídica de naturaleza reglamentaria podría suponer en principio la expresión de una situación de subordinación, en el entendido que las obligaciones contractuales no dependen de la voluntad autónoma de las partes, sino del sometimiento a dichas disposiciones reglamentarias; en el presente caso, como enseguida se explicará, esta Corporación encuentra que se revela con mayor claridad la existencia de un estado de indefensión y, por ello, no es necesario recurrir a una posible situación de subordinación como fundamento de procedencia de la presente acción de tutela.” (Resaltos fuera de texto)

sostuvo que la resolución CREG No. 108 de 1997 tiene naturaleza reglamentaria³⁵.

b) Argumentos del Consejo de Estado

Esta Corporación también se ha pronunciado, en diversas ocasiones, sobre la naturaleza jurídica de la regulación, también a propósito del sector de los servicios públicos domiciliarios. En el año de 1997, declaró, a propósito del debate acerca de si era delegable la función regulatoria, que esta potestad es indelegable, pues lo que se escondía tras este asunto era realmente el otorgamiento de funciones legislativas a un órgano administrativo, que no podía recibir estos poderes vía autorización legal y delegación presidencial.³⁶

Sólo 10 años después esta Sección retomó el debate, de manera sistemática y profunda, en lo que tiene que ver con la naturaleza jurídica de la regulación y de su posición en el ordenamiento jurídico³⁷. En la sentencia del 2 de mayo de 2007 – exp. 16.257- la Sección Tercera reiteró que la regulación no puede equipararse a la Ley, de manera que no es posible reemplazarla, derogarla o complementarla. Por tanto, le corresponde sujetar su contenido a ella, en los términos indicados por varias normas, unas constitucionales –art. 370- y otras contenidas en la Ley 142.

“En efecto, desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional dejó en claro que la función reguladora no ostentaba el rango de ley, como que *“no existe traslado de competencias del legislador al Presidente”*³⁸, sino que se trata de una atribución administrativa asignada por la Constitución al Presidente, que debe

³⁵ Allí se expresó que “Ahora bien, diversas entidades administrativas han expedidos disposiciones de carácter reglamentario que facultan a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios a imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. Se trata específicamente de la Resolución 108 de 1997 expedida por la Comisión reguladora de Energía y Gas, la cual en su artículo 54 consigna que el contrato de prestaciones uniformes deberá contemplar las conductas del usuario que dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias. No obstante se trata de una norma de carácter reglamentario que en ningún caso puede subsanar el evidente vacío legal que existe en la materia. En todo caso cabe recordar que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación este tipo de organismo sólo cuentan con una potestad reglamentaria residual y en ningún caso pueden regular materia que tiene reserva de ley.”

³⁶ Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997, expediente No. 11.857.

³⁷ No obstante, es claro que en la sentencia de 21 de septiembre de 2000 –exp. 11.856-, a propósito del juicio sobre las normas que se ocuparon de fijar las condiciones para prestar el servicio de larga distancia nacional e internacional, la Sección Tercera calificó estas normas de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones como “reglamentarias”.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1997.

ejercerse con sujeción a la ley, y por lo mismo son pasibles del control en sede judicial.

“Por lo mismo, al estar supeditada a la legislación, la regulación no puede ser instrumento para *“completar la ley”*, ni para suplir los vacíos que ésta pueda presentar en caso de que legislador no se haya ocupado de un asunto, ni mucho menos para expedir actos que contravengan abiertamente sus mandatos.

“En otros términos, la regulación no forma proposición jurídica completa con la ley, ni es legislación secundaria, pues todo ello atenta contra la competencia legislativa asignada por antonomasia al Congreso de la República, como expresión del principio democrático que fundamenta nuestro Estado de Derecho.”

La anterior providencia será retomada por la Sala, para reiterar que, efectivamente, la regulación no es función legislativa, ni equiparable a ella en algún otro sentido.

No obstante, separándose en otros aspectos, y en la línea de algunas sentencias de la Corte Constitucional, la Sala considera que la naturaleza de los actos generales, con vocación de permanencia en el tiempo, proferidos por la CNTV, se hicieron en ejercicio de la potestad reglamentaria, comoquiera que esta función normativa tiene diversos orígenes en la Constitución, entre los cuales se encuentran los arts. 365 y 77 de la CP., fundamentos de la función regulatoria de la televisión.

Sin embargo, precisa ahora la Sala que *la regulación no es una norma* propiamente dicha –como lo sugirieron las sentencias C-272 de 1998 y, sobre todo, C-1162 de 2000-, aunque se exprese normalmente a través de ella. En realidad la regulación es una parte de la *función pública* moderna, concretamente de la *función administrativa*, que expresa la particular preocupación estatal por la orientación de un sector económico especial –en este caso la televisión-, en un mercado en el cual se desenvuelve y por los actores de ese círculo económico³⁹.

³⁹ En la sentencia C-150 de 2003 la Corte Constitucional también calificó la regulación como función administrativa, al decir que: “4.1.1.1. En un Estado social de derecho la intervención estatal en el ámbito socio-económico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y de la propiedad^{39[87]} expresamente consagrada en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un "orden político, económico y social justo" (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (artículos 334 inc, 1°, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.); **una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, numeral 19, por ejemplo); y, todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la**

La regulación, entonces, constituye una tarea especial a cargo del Estado, que demanda la realización de múltiples actividades, y la adopción de decisiones y políticas que bien pueden expresarse: i) en actividades materiales puras y simples del organismo regulador, ii) en actos administrativos generales, puros y simples que expide el mismo organismo, iii) en reglamentos, iv) e, incluso, en actos administrativos particulares, todos ellos aplicables a determinados operadores de los servicios públicos⁴⁰.

convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como "función social" (artículo 58 C.P.) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la "función social" de la empresa (artículo 333 C.P.) en aras de la "distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo" (artículo 334 C.P.)." (...)

"4.1.1.2. En efecto, en forma gradual y progresiva **la función estatal de regulación socio-económica** ha venido adquiriendo un contenido que la diferencia de las demás funciones de intervención estatal en la economía. Así la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo.

"Además, el ejercicio de **la función de regulación** obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación, carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República.

"Adicionalmente, **la regulación es una actividad** continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. **La función de regulación** usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades." (Negrillas fuera de texto)

⁴⁰ En un sentido un tanto aproximado, la Corte Constitucional dice, en la sentencia C-150 de 2003, que la regulación puede estar contenida en diversas normas jurídicas, de manera que no tiene naturaleza normativa excluyente frente a otras del ordenamiento jurídico. Afirma, pues, que "En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social." (...)

"... **dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos**. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden

En idéntico sentido afirma Juan Carlos Cassagne -guardadas las diferencias de régimen jurídico, pues esta posición tiene sentido absoluto en el sistema argentino, y no es trasladable automáticamente a Colombia-: “La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado Subsidiario que se configura, básicamente –en su función normativa-, como una típica emanación del poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los que se ubica la protección de los usuarios).

“La actividad regulatoria de la economía es, sustancialmente, actividad legislativa o reglamentaria, encontrándose sometida a todos los principios, normas y garantías constitucionales... Como la dinámica regulatoria se traduce en fuentes de naturaleza reglamentaria, a través de la técnica de la delegación o atribución de funciones a los entes reguladores, hay un cúmulo de principios generales aplicables en este ámbito que operan como límites sustanciales al ejercicio de la respectiva potestad....”⁴¹

En esta medida -se insiste y concluye-, la regulación no es una *fente del derecho* –como la Constitución, la ley, el reglamento o los actos administrativos-, sino *una actividad administrativa a cargo del Estado, que puede servirse de diversas fuentes para expresarse; pero, incluso, en alguno casos concretos puede no*

identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.” (Negritas fuera de texto)

⁴¹ La intervención administrativa. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994. Págs. 166 y 167.

servirse de ninguna, pues no todo lo que es regulación tiene que estar contenido en una norma⁴². En este sentido, bien pueden existir medidas regulatorias, así sean pocas, que se agotan en puras operaciones materiales de intervención.

Sin embargo, es claro que la regulación a veces se realiza a través de la expedición de reglamentos administrativos, es decir, de normas de carácter general, expedidas en ejercicio de función administrativa, con vocación de permanencia en el tiempo. Pero este tipo de reglamentos, que no son de aquellos a que se refiere el artículo 189.11 de la CP. –exclusivos del Presidente de la República, y por tanto indelegables, según ya lo ha dicho la Corte Constitucional-, sino que corresponden a los propios de la función regulatoria, a que se refieren los arts. 365 y 77 original de la CP.- son auténticos desarrollos legales, es decir, *reglamentos secundum legem*, porque detallan una materia tratada por el legislador. En este sentido, la Sala considera que estas normas no tenían que supeditarse a las políticas de los Ministros ni a otro reglamento, porque no debe olvidarse que el titular de la función regulatoria del art. 77 de la CP. era la CNTV. Por el contrario, esos reglamentos se sujetaban directamente a la Ley 182, a la cual le debían respecto y sumisión jurídica de contenido. No obstante, se debe reiterar lo dicho atrás, en este mismo sentido, en relación con el hecho de que la regulación no goza de autonomía normativa, en tanto debe supeditarse

⁴² En esa misma línea señala MARIANO CARBAJALES en El Estado Regulador. Hacia un nuevo modelo de Estado: “Un argumento adicional a la necesidad de la clarificación del término ‘regulación’ nos lo brinda Gaspar ARIÑO ORTIZ y Juan Miguel DE LA CUÉTARA al decirnos que los observadores sociales no han dado demasiada importancia al auge de este término, que han tomado como una moda pasajera, directamente achacable al actual predominio de las técnicas de gestión económica norteamericana en todo el globo. La regulación –piensan- es un invento anglo-norteamericano que se extiende con la economía de mercado proyectada desde los Estados Unidos a todo el planeta. Frente a esta apreciación, hay que decir que no es sólo una cuestión de palabras y mucho menos de modas. Detrás del cambio terminológico, como suele pasar, hay un cambio estructural que no se puede desconocer.

“En líneas generales, aceptamos la definición propuesta por los precitados autores en cuanto entienden la regulación como aquel conjunto de elementos jurídicos y técnicos necesarios para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados. Ello significa, al menos, que:

“a. La Regulación se asienta sobre el derecho, pero no es solo derecho. (...)

“b. La regulación tienen una base técnica, adecuada al “estado del arte” del sector regulado. (...)

“c. La “toma de decisiones regulatorias” tienen una importancia capital en el conjunto de esta disciplina. (...)

“d. La finalidad esencial de la regulación es mantener la actividad en marcha dentro de unos parámetros prefijados. (...).” (Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006, Págs. 91 a 92)

rigurosamente a la Constitución y a la Ley, quienes determinan su contenido probable.

No obstante, ya expresó la Sala que también se ejerce la función regulatoria cuando se expiden las otras decisiones administrativas, como las de carácter particular, o las actuaciones materiales y en general todo lo que por sus competencias puede hacer el organismo regulador para dirigir a los operadores y/o usuarios de un mercado específico.

Cuando se ejercen ese conjunto de facultades no puede negarse que se actúa en ejercicio de la función regulatoria, de manera que de allí no puede seguirse que esta actividad sólo pueda realizarse a través de normas generales, pues este criterio desconocería que a través de decisiones particulares también se orienta un sector económico como la televisión, regulándose el mismo.

4.4. Relación de la regulación con la Constitución, la ley y el reglamento.

Toda intervención pública en la economía, que afecte los derechos y deberes de los ciudadanos, debe estar legitimada por una ley. Para el caso, tiene dicho la Corte Constitucional que no puede surgir la regulación de los servicios públicos sin que exista previamente la intervención de la ley. Por ello, encontramos que el artículo 150.8 de la Constitución establece que el Congreso es el encargado de expedir las normas a las que debe sujetarse el gobierno para ejercer las funciones de inspección y vigilancia, y en el numeral 23 impone, a cargo del Congreso, la expedición de las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

La ley, entonces, juega un papel importante en el funcionamiento de la economía, pues con base en las pautas que establece controla y dirige un sector económico; dicho de otro modo, buena parte de la economía la supedita y fiscaliza la ley.

Establecidos los lineamientos y derroteros legales de esta materia -ley 182, entre otras-, surge la potestad reglamentaria de la misma, que ejercía la CNTV, a través de la cual le correspondió regular el servicio de televisión, así como todos los

demás aspectos que, subordinados a la ley, fueran necesarios para la cumplida ejecución de esa ley.

Vale la pena recordar, en este lugar, que la potestad reglamentaria no está asignada exclusivamente al Presidente de la República –salvo la del artículo 189.11 CP., la cual, además, es indelegable-, aunque posea, quizá, el aspecto más representativo e importante de ésta. Esto muestra que este poder normativo no tiene en la Constitución Política una fuente normativa única, sino diversa, y que bien pueden los artículos 365 y 77 contener una manifestación más de esa potestad reglamentaria, dispersa a lo largo y ancho de la Constitución.

Se tiene, entonces, que la regulación, en cabeza de la CNTV, puede ejercer la fracción de potestad reglamentaria contenida en los arts. 365 y 77 CP. –pero no la potestad reglamentaria que se halla en el art. 189.11 CP.-, cuando se expiden actos administrativos de carácter general, que tienen vocación de permanencia en el tiempo –no así cuando se expiden actos administrativos particulares o simples actos generales-, situación que hace que la regulación esté subordinada a la ley⁴³, conclusión que adquiere sentido con la lectura del entonces artículo 77 CP., según el cual *“La dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley..., estará a cargo del organismo mencionado”*, es decir, que la tarea regulatoria se somete a la ley, de manera directa e inmediata, sin que entre aquélla y ésta se interponga otra norma, para que tenga validez.

En este sentido, la regulación de la CNTV no tenía que supeditarse a lo establecido en otros reglamentos o en disposiciones o políticas ministeriales, porque si la competencia se la asignó directamente la CP., *de conformidad con la ley*, pudo ejercerla en los términos que ella le indicó, que corresponden a los que se viene analizando.

⁴³ Esta idea se comparte en la sentencia C-1162 de 2000 –para el sector de los servicios públicos domiciliarios, pero aplicable a la televisión-, según la cual “... Así, pues, los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; además es claro que, al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que, al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias. Lo anterior sin perjuicio de repetir que el Presidente de la República, según el artículo 189 constitucional, es suprema autoridad administrativa.”

En este horizonte, para la Sala es claro que las normas generales que contiene la regulación del sector de la televisión, cuando las expidió la CNTV, debían observar la Constitución y la ley, a quienes estaba subordinada. Cosa distinta debió ocurrir cuando la potestad regulatoria se expresaba por medio de actos administrativos particulares, o simplemente en actos generales, o en operaciones administrativas, en cuyo caso debieron respetar una base jerárquica mucho más densa, y de más peldaños en la jerarquía normativa.

Con esta perspectiva se analizarán los cargos de la demanda; aunque un análisis puntual y separado merece la *función regulatoria* en el sector de la televisión, tal como quedó definido en el nuevo art. 77 de la Constitución Política -Acto legislativo 2 de 2011- y en la Ley 1507 de 2012 que lo desarrolló. Por lo menos cabe comentar que:

i) La función regulatoria general, propia de cualquier servicio público, aún se funda en el art. 365 de la CP., pese a que desapareció el art. 77 original, que explicó con razones normativas adicionales la función regulatoria específica en el sector de la televisión. No obstante lo sucedido, la actividad regulatoria subsiste en este sector, a pesar de la modificación dura que sufrió el art. 77 de la CP., por dos razones: porque la función regulatoria tiene *soporte normativo* suficiente en el art. 365, y porque tiene *apoyo material* indiscutible en la existencia de un sector económico que se construyó alrededor del servicio público de televisión.

En el anterior sentido, subsiste la actividad regulatoria en la organización que el legislador hizo en el sector de la televisión, pese a que ya no exista el art. 77 inicial de la CP., porque las condiciones de existencia de esta función administrativa se mantienen: hay normas que la impulsan y le dan soporte –ley 1507 y 182- y condiciones de mercado que evidencian su existencia.

ii) En otro sentido, es evidente la dispersión de la titularidad de la competencia regulatoria, tal como la distribuyó la Ley 1507 de 2012 –que remite a la Ley 182 de 1995-, porque se asignó a varias autoridades estatales: Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-, Agencia Nacional de Espectro –ANE- y Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-; aunque es evidente que principalmente quedó recogida en la Agencia Nacional de Televisión –ANTV-, entidad que dejó de ser órgano constitucional para tener origen simplemente legal.

iii) Sobre la naturaleza y posición normativa de los distintos reglamentos, actos administrativos y hechos en los que se materializa la regulación que expidan las distintas autoridades indicadas, la Sala sólo puede advertir, por ahora, que esta regulación sigue siendo *secundum legem*, con sobradas razones, porque la degradación de rango normativo que sufrió el régimen de la televisión –y sus autoridades- en el nuevo art. 77 –en comparación con el original- muestra que si antes la actividad estaba subordinada a la ley, ahora sobran las razones para entenderlo.

Sin embargo, surge una diferencia importante en el último aspecto analizado. Mientras la CNTV se sujetaba directa e inmediatamente a la Ley 182 de 1995 para regular la materia a su cargo –constituyendo una potestad reglamentaria máxima, amparada por el art. 77 original-; la ANTV y demás autoridades no pueden reemplazar, sustituir, suplantar o reemplazar al presidente de la república para reglamentar la Ley 182 de 1995 o la 1507 de 2012, o cualquiera otra ley que les asigne funciones normativas reglamentarias, so pretexto de regular el sector de la televisión, pues su poder o competencia ya no proviene de la Constitución sino de la Ley 1507; y según el art. 189.11 de la CP. al presidente de la república le corresponde reglamentar las leyes; no a las nuevas autoridades de televisión, ni siquiera porque lo autorice el legislador, pues él debe respetar la competencia constitucional del presidente, la cual sólo excepcionará la misma constitución, como lo hizo con el anterior art. 77 original, pero se derogó.

5. El caso concreto

Antes de realizar el análisis de fondo, la Sala recuerda que el régimen jurídico aplicable para ejercer el control de legalidad es el vigente cuando se expidió la norma demandada, en vista de que el Acuerdo No. 003 data de 17 de julio de 2008, cuando muchas de las disposiciones que actualmente rigen el servicio de televisión no existían, como el art. 77 de la Constitución –modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2011- y la Ley 1507 de 2012, “Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión.” Esto significa que el control de legalidad se realizará comparando el acto demandado contra el art. 77 original de la Constitución y contra la Ley 182 de 1995, en los términos de los cargos de la demanda propuestos por la parte demandante.

Ahora bien, para comprender el análisis que se realizará conviene esquematizar el contenido del Acuerdo demandado, porque conocido y comprendido su contexto se facilita apreciar si el aparte del art. 5 viola o no las normas citadas en la demanda. Para empezar, el art. 1 dispone que los concesionarios interesados en la prórroga se la solicitarán a la CNTV, quien estudiará el nivel de cumplimiento demostrado durante la ejecución del contrato. Si cumplió las obligaciones el procedimiento iniciado con la petición anterior continúa su trámite; pero si las incumplió, de forma grave y directa, no se prorrogará el contrato –art. 2. Ahora, si el procedimiento continúa, a continuación las partes negociarán los ajustes económicos, jurídicos y técnicos que deban introducirle al nuevo contrato –art. 3-, incluida la distribución de riegos del negocio –art. 4-, y si llegan a un acuerdo se suscribe la prórroga, y si no la CNTV finalmente le formula al concesionario las condiciones en las que está dispuesta a suscribir la prórroga; si el concesionario acepta suscribirán el nuevo acuerdo y si no acepta terminará el contrato cuando venza el plazo previsto inicialmente –art. 5-.

5.1. Cargo 1: El art. 5 del Acuerdo No. 03 creó una potestad exorbitante a favor de la CNTV, violando la reserva de ley.

La demanda consiste en que la CNTV establece para sí misma, en cabeza de su Junta Directiva, la potestad de imponerle al concesionario, unilateralmente, *“las condiciones que a su juicio deben regir la concesión durante el término de la prórroga”*, única alternativa para que el contrato de concesión se prorrogue, lo que constituye una facultad exorbitante, creada mediante un acto administrativo de rango inferior a la Ley 80 de 1993 -por tanto sin respaldo en la Ley 182 de 1995-. En segundo lugar, la norma prevé que de no aceptarse la orden de la Junta Directiva la CNTV concluye que la prórroga no procede, lo que fatalmente termina el contrato de concesión. Para el demandante se trata de potestades exorbitantes, que no se adecúan a las taxativamente consagradas en la Ley 80; facultades que no puede establecer una norma de rango inferior a la ley, como es el reglamento. Para analizar el cargo se retoma la disposición demandada, resaltando el aparte cuestionado:

“Art. 5. Si la Comisión Nacional de Televisión y el concesionario llegan a un acuerdo sobre todos los ajustes jurídicos, económicos y técnicos que se han de introducir a los contratos, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión dispondrá mediante acto

motivado que se proceda con la suscripción del respectivo convenio. *Si no llegan a un acuerdo, la Junta Directiva establecerá las condiciones que a su juicio deben regir la concesión durante el término de la prórroga; si el concesionario no está de acuerdo con estas y no suscribe el convenio correspondiente, la Junta Directiva de la Comisión dispondrá que no procede la prórroga, caso en el cual el contrato de concesión terminará una vez venza su término. Contra dichas decisiones procederá el recurso de reposición*". (Cursiva fuera de texto)

También hay que aclarar que los contratos de concesión a que se refiere la Ley 182 de 1995 se rigen por la Ley 80 de 1993, por disposición del literal k) del artículo 5 de aquélla norma: "Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la CNTV:... k) Ejecutar los actos propios de su naturaleza y que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, para lo cual se sujetará a las normas previstas en el Código Contenciosos Administrativo y en la ley 80 de 1993, y en las normas que las sustituyan, complementen o adicionen".

Los cargos parten del supuesto de que el artículo transcrito atribuye a la CNTV potestades exorbitantes o excepcionales del derecho común, que no puede crear un acto reglamentario. Para definir esta cuestión se revisarán las normas que regulan la prórroga de los contratos de concesión, para concretar los términos de su procedencia.

En primer lugar, la regla que formula la Ley 80 de 1993 no es propiamente la de la *prorrogabilidad* de los contratos sino, simplemente, la que admite su *adición*, pero hasta el 50% del valor inicial, expresado en SMLMV, o como lo señala el parágrafo del art. 40: "Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales."

Lo anterior significa, sin mayores elucubraciones, que las adiciones en valor proceden según el juicio prudente de la entidad, pero hasta el límite indicado; y sólo hasta ese monto, porque el exceso lo castiga la ley, y hace incurrir a los funcionarios en falta disciplinaria, fiscal y penal. De esta manera, ni siquiera atendiendo a aquella división técnica que clasifica las obras en *extras* y *adicionales* -propia de la ingeniería civil- es posible aumentar este tope, porque sería clara y evidente la burla a la norma que orden público que permite que sólo sea hasta esa suma. Así se recoge aquél concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil que le daba aliento a esta posibilidad.

No obstante, la improrrogabilidad es una regla que si bien literalmente no formula la norma, sí se infiere de ella con facilidad, y de manera explícita sí se encuentra en la jurisprudencia, quien ha expresado:

“Salvo aquellos casos que expresamente autoricen las normas legales, hay lugar a destacar que por regla general la Administración no cuenta con facultad constitucional o legal alguna que le permita inventar, establecer o poner en práctica, en modo alguno, preferencias o ventajas a favor de unos determinados contratistas y en perjuicio de otros interesados o menos aun que mediante prórrogas automáticas o cláusulas de exclusividad pueda generar una especie de monopolio de hecho a favor de determinados particulares, generando con ello limitaciones en contra de los demás, puesto que por esa vía sólo conseguiría limitar, de manera indebida, los mencionados principios de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad y transparencia, para que entonces sólo un reducido grupo de privilegiados tuviere la posibilidad de acceder a la contratación de determinadas entidades estatales, olvidando que en tales contrataciones se comprometen intereses y dineros de naturaleza pública.

“La Sala considera propicia la oportunidad para puntualizar que los aludidos principios generales de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia, con arreglo a los cuales, entre otros, deben adelantarse y cumplirse todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales – algunos de los cuales, incluso, se encuentran consignados positivamente en normas constitucionales o legales vigentes (artículos 1, 2, 13, 209 C.P. - 24 y 25 Ley 80)-, son principios que corresponden al diseño de democracia participativa (artículo 2, C.P.), que la Carta Política adoptó para nuestro Estado Social y de Derecho (artículo 1 C.P.), por lo cual mantienen vigencia en la actualidad.

“Así pues, aunque ya hubiere sido derogado el referido artículo 58 del Decreto-ley 222 de 1983, del contenido y alcance de los principios generales se desprende que, sin perjuicio de las particularidades que resulten del examen de cada caso concreto así como de la normatividad que debe aplicarse a cada asunto, por regla general en los contratos estatales sólo pueden estipularse válidamente prórrogas automáticas o cláusulas de exclusividad a favor de los particulares de manera excepcional, cuando para ello se cuente con expresa autorización legal, puesto que de lo contrario tales estipulaciones podrían resultar violatorias de la Constitución y de los principios que de ella emanan, así como también podrían resultar contrarias a los principios y finalidades de la Ley 80 y a los de la buena administración, todos los cuales constituyen límites expresamente señalados en el artículo 40 de la Ley 80, norma que se ocupa de regular el contenido de las cláusulas o estipulaciones que pueden incluirse en los contratos estatales.”⁴⁴

⁴⁴ Sección Tercera, diciembre 4 de 2006. Exp. 15.239.

Esto significa que un contrato de prestación de servicios, de obra, de consultoría, de suministro, o cualquiera otro, no se puede prorrogar automáticamente, porque de hacerlo se vulneran las normas especiales que rigen la contratación estatal, en particular: la selección objetiva y la normativa presupuestal.

No obstante, tratándose del procedimiento de *contratación directa* –y de cada una de sus múltiples causales- la prohibición aparentemente sucumbe o parece inaplicable por la forma como se escoge al contratista –es decir, sin invitación a varios oferentes-; no obstante, ni siquiera en estos eventos procede la *prórroga automática*, pero sí la posibilidad de suscribir un nuevo contrato, para cumplir nuevas obligaciones en un nuevo plazo –como sucede con el arrendamiento de inmuebles-. En ese evento el nuevo acuerdo debe cumplir las exigencias presupuestales que la ley impone, especialmente el nuevo CDP y RP para amparar las obligaciones y el plazo nuevo.

Ahora, en muy pocos casos se fractura el límite legal de las adiciones, pero desde luego que los supuestos también los establece la ley. Es el caso de la posibilidad de adicionar los contratos de interventoría, en cuyo evento el art. 85 de la Ley 1474 de 2012 permite hacerlo sin consideración a su valor, sólo atendiendo la necesidad de mantener la interventoría sobre el contrato objeto de la vigilancia. Esto significa que la adición puede superar el 50% de su valor, sin límite alguno⁴⁵.

Otra excepción la regula el artículo 36 de la Ley 80 de 1993, que en su contenido original establecía:

“Art. 36. De la Duración y Prórroga de la Concesión. El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, no podrá exceder de diez (10) años, prorrogable *automáticamente* por un lapso igual. *Dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión.*

“*Parágrafo 1.- Los contratos vigentes para la prestación del servicio de radio difusión sonora, quedan prorrogados automáticamente por el término para el cual fueron otorgados, siempre y cuando no exceda el lapso de diez (10) años.*” (Resaltos fuera de texto)

⁴⁵ “Artículo 85. *Continuidad de la interventoría.* Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.”

Esta disposición fue demandada -en algunos de sus apartes- ante la Corte Constitucional, quien declaró la inexecutable de las expresiones “automáticamente”; “dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión” y el párrafo, al considerar que las prórrogas automáticas limitan, injustificadamente, la libre competencia de los oferentes -art. 333 superior- y vulneran el derecho constitucional de acceder en igualdad de oportunidades, al uso del espectro electromagnético –art. 75-⁴⁶.

La Corte consideró que con fundamento en dicha norma el término real de esos contratos sería de 20 años, lo que vulnera la participación de quienes se encontraran en condiciones técnicas y financieras para desarrollar el objeto contractual. En consecuencia, lo que se consideró inconstitucional no fue la prórroga misma, sino que fuera *automática*, por tanto procede siempre y cuando la CNTV estime que conviene al interés público. Expresó la Corte:

“Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo 36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anotó, puede ser una herramienta muy útil en determinados casos”.

Estas consideraciones se tuvieron en cuenta al expedirse la Ley 1150 de 2007, que en el artículo 27 avaló la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión para la prestación de los servicios de televisión, con la salvedad de que no podían ser automáticas, ni gratuitas:

“Art. 27. De la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión. El término de duración de las concesiones actuales y futuras para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, incluidas las de televisión, será de diez (10) años prorrogables por lapsos iguales. En ningún caso habrá prórrogas automáticas ni gratuitas.

De este recuento se concluye, en relación con la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de televisión: i) que pueden

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001.

prorrogarse; ii) que procede por lapsos iguales al término inicial, esto es 10 años; iii) la prórroga no es automática, ni gratuita, por lo que la administración debe valorar su conveniencia y si la considere procedente *podrá* prorrogarlo.

Como si fuera poco, la Ley 182 de 1995 le confirió a la CNTV la competencia reglamentaria para establecer la manera como se puede negociar y formalizar la prórroga de los contratos de concesión de televisión. Esta facultad normativa debe tener algún sentido, y es establecer la *posibilidad de llegar* o no a ella, no sólo la *manera de llegar* a ella, como si se tratara de un imperativo, cuando no lo es, porque se trata de una negociación.

Precisado el contexto jurídico de la prórroga de estos contratos, es decir, definida la viabilidad de hacerlo, pero sólo si se considera conveniente para el Estado, ahora hay que establecer si la regulación que hizo la CNTV, en el Acuerdo No. 003 de 2008, se auto-atribuyó facultades exorbitantes.

Para empezar, recuérdese que el art. 14 de la Ley 80⁴⁷, se refiere a algunas de las potestades exorbitantes de la contratación estatal, a las que se refiere con el

⁴⁷ “Art. 14. 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 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.

nombre de “potestades excepcionales” o “cláusulas excepcionales al derecho común”. Lo que justifica la existencia de estas prerrogativas es la prevalencia del interés general sobre el particular, porque esos poderes buscan preservar los fines de la contratación estatal⁴⁸, a la vez que, como lo señala el artículo 14, las entidades las aplican con el objeto de “evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”.

En definitiva, las cláusulas exorbitantes que consagra el art. 14 de la Ley 80 son: interpretación unilateral de las estipulaciones contractuales, modificación unilateral de lo pactado, terminación unilateral, caducidad, reversión y sometimiento a las leyes nacionales; y fuera de ese artículo hay otras, como la liquidación unilateral, entre otras. En general, esos poderes son potestades que rompen el equilibrio en que, por regla general, se encuentran las partes en las relaciones de negocios, razón por la que la Ley 80 las denomina excepcionales al derecho común, al poner al Estado en relación de superposición frente al contratista, rompiendo el equilibrio que suele existir entre los particulares, donde es excepcional que una parte tenga prerrogativas que afecten su igualdad⁴⁹.

Clarificado el sentido que tienen las potestades exorbitantes en la contratación estatal, la Sala se pregunta: ¿el artículo 5 del Acuerdo No. 003 de 2008 creó

“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”.

⁴⁸ Esos fines los consagra el estatuto contractual, en el artículo 3: “Art. 3. De los Fines de la Contratación Estatal. 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.

“Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, 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”.

⁴⁹ Estas facultades son ejercidas por particulares en muy pocos casos, como sucede con los particulares que prestan servicios públicos domiciliarios –art. 31 de la Ley 142 de 1994-.

alguna otra facultad exorbitantes en favor de la CNTV, al permitirle establecer -en caso de desacuerdo con el concesionario sobre los ajustes jurídicos, económicos y técnicos de la prórroga- las condiciones que regirán el nuevo contrato? De otro lado, ¿abstenerse de prorrogar el negocio jurídico, en caso no lograrse un acuerdo sobre los aspectos anteriores, es una potestad exorbitante –terminación unilateral- creada a favor de la CNTV –hoy ANTV-?

No sobra decir que si las respuestas son afirmativas la norma es nula, porque la jurisprudencia de esta corporación tiene establecido, con absoluta claridad, que sólo la ley puede crear poderes exorbitantes y además que los creados no los puede modificar, alterar o adicionar una norma de inferior jerarquía.

Retornando al caso concreto, a partir de las dos preguntas formuladas, la Sala considera que la norma demandada no creó poderes exorbitantes, porque la actuación que regula durante la negociación de un contrato no constituye un poder de esa naturaleza, porque todas esas actuaciones que la CNTV –ahora ANTV- realiza son las mismas con las que cuentan y actúan lícitamente los particulares en sus relaciones de negocios, cuando de prorrogar un contrato se trata.

Por ejemplo, en un contrato de suministro regido por el derecho privado, las partes son libres de contemplar la posibilidad de prorrogarlo; sin embargo, si una de ellas considera que no le conviene, puede ofrecerle –unilateralidad- unas condiciones determinadas a la otra y en caso de que las acepte se suscribirá la prórroga, sin embargo, si las rechaza lo lógico es que el contrato no se prorrogue, es decir, terminará cuando venza el plazo o la condición a la que esté sometido el contrato inicial. En este evento, el contrato civil o comercial no finalizará por voluntad unilateral de una parte, sino por vencimiento del plazo del contrato inicial, pues lo natural es que termine cuando expira éste.

Idéntica oportunidad, posibilidad, situación, posición o alternativa tienen las partes de un contrato de concesión para la prestación del servicio de televisión, si aspiran a negociar la prórroga que autoriza el art. 36 de la Ley 80 de 1993, porque si dicha posibilidad la tienen válidamente los particulares en sus contratos, y durante siglos se ha mirado como razonable, ¿qué hace para Caracol que adquiera carácter exorbitante esta misma conducta cuando la realizan él y la CNTV?

En este sentido, si idéntica facultad tienen y ejercen cotidianamente todos los particulares en sus negocios, entonces ninguna excepción, rareza o alteración al derecho común creó el art. 5, más bien recogió una práctica usual, de modo que la actitud no es exorbitante, todo lo contrario es cotidiana, normal y corriente en la negociación de cualquier prórroga, porque las partes pueden negociar, en el contexto de los contratos, y cada una proponer a la otra los términos en que está dispuesta a prorrogar un negocio. De allí a que tengan que negociar, sin obligación de hacerlo, hasta llegar a un acuerdo, es una perspectiva de los negocios que extraña que Caracol SA. siquiera sugiera, porque como particular que es conoce las posibilidades jurídicas y también de negocios que tiene en los contratos que celebra con otros particulares.

Por lo tanto, en esa negociación de la prórroga la CNTV puede y debe sugerir condiciones para el nuevo negocio –en defensa del interés general, el bien común y el erario-, que puede o no aceptar el concesionario; y seguramente sucede que el concesionario también hace otros ofrecimientos y pone condiciones que válidamente no está dispuesta a aceptar la CNTV, lo que es propio –se insiste- de las tratativas en los negocios jurídicos –tanto públicos como privados-, pero desde ningún punto de vista este comportamiento trasluce una exorbitancia en favor de la administración.

Inclusive la Sala ya se pronunció en un caso similar –Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 25.390-, donde manifestó que la decisión de no prorrogar un contrato no es un poder exorbitante, sino parte de la autonomía de la voluntad que tienen las partes de un negocio:

“10. En ese orden de ideas, la Sala aprecia que la decisión de una entidad estatal o de un particular de abstenerse de prorrogar un contrato no constituye bajo circunstancia alguna el ejercicio de un poder exorbitante; todo lo contrario, tiene sus raíces en la autonomía como principio de las relaciones contractuales que se establecen entre los múltiples y diversos sujetos de derecho, tanto de naturaleza pública como privada. Las partes de un contrato obran dentro de los límites de la autonomía que les reconoce el ordenamiento jurídico cuando, sin contrariar las normas imperativas, acuerdan el término de duración del vínculo respectivo y cuando, frente a la posibilidad de prorrogarlo, toman una decisión positiva, caso en el cual la duración se extiende por el término que indique la prórroga, o toman una decisión negativa y se extingue el contrato dentro del término de duración originariamente acordado.

“10.1 Tal y como lo ha expuesto la Sala, “ninguna de las partes de un contrato está obligada a prorrogar o suscribir un contrato adicional al mismo en tiempo o en valor, salvo que la ley lo prevea expresamente, o que en el propio contrato se acuerde claramente, estipulación que en este último caso debe estar ajustada a la ley⁵⁰”.

Inclusive, la norma demandada tampoco consagra a favor de la entidad una facultad de *terminación unilateralmente* del contrato –como lo afirma Caracol-, sino que, como sucede entre particulares, la consecuencia natural y obvia del desacuerdo sobre los términos de la prórroga es que no se perfecciona y que el contrato termina en forma natural: por vencimiento del término. Es decir, en este evento la terminación del contrato inicial –que es el único que existe- se produce por vencimiento del plazo –no por decisión de la administración-, lo que las partes tenían contemplado en el contrato; así que el desacuerdo en la prórroga en realidad no termina el anterior inicial, más bien se trata de que no nace uno nuevo, pero esto no significa que termine el anterior.

En realidad la perspectiva de Caracol es inaceptable, porque confunde, injustificada e insensatamente, el “negocio que existe” con el “negocio potencial que no existirá”, confundiendo a continuación la causa del aborto del segundo – falta de acuerdo- con la causa de la terminación de primero, y calificando el producto de semejante confusión como una potestad exorbitante de terminación unilateral. La Sala negará este cargo.

5.2. Cargo 2: El art. 5 del Acuerdo No. 03 vulnera el principio de la autonomía de la voluntad, porque Caracol SA. y la CNTV suscribieron un contrato de concesión donde pactaron que la prórroga quedaba sujeta a un acuerdo posterior.

El demandante sustentó esta censura en los artículos 13 y 40 de la Ley 80⁵¹, que disponen que el régimen jurídico sustantivo aplicable a los contratos del Estado

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, exp. 18169.

⁵¹ Art. 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. (...)”

“Art. 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

es el derecho civil y comercial, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 80; de ahí que también considera vulnerados los artículos 1494 y 1602 del Código Civil, que consagran y protegen el principio de autonomía privada. En particular, considerar que el artículo 5 del Acuerdo No. 03 del 2008 confiere a la CNTV la potestad de imponer al concesionario *“las condiciones que a su juicio deben regir la concesión durante el término de la prórroga”*, así como la improcedencia de la prórroga con la consiguiente extinción del contrato, eliminando al concesionario la posibilidad de obligarse a partir del concurso de voluntades y el libre consentimiento -art. 1602 C.C.-.

En particular, afirma que la cláusula 5 del contrato de concesión⁵² hace parte del acuerdo de voluntades, que es ley para las partes, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, pero la disposición demandada la dejó sin efecto, transgrediendo el principio de autonomía de la voluntad, al imponer unilateralmente las condiciones de la prórroga y la extinción definitiva del contrato.

Como se observa, el cuestionamiento se enfoca hacia el contrato de concesión celebrado entre Caracol y la CNTV, planteamiento ajeno a la acción de simple nulidad, que se caracteriza por ser un juicio objetivo sobre la legalidad del acto acusado. Esta objetividad impide cuestionar el clausulado contractual o su

“Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

“En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. (...)”

⁵² Expresa el demandante: “Dentro de ese contexto, debe destacarse que la cláusula 5 del contrato 136 de 22 de diciembre de 1997, establece:

“Cláusula 5. Plazo de ejecución del contrato. El plazo de ejecución del presente contrato será de diez (10) años contados a partir del inicio de la operación del Canal Nacional de operación del Canal de Operación privada.

“PARÁGRAFO-PRÓRROGA. De acuerdo con el literal e) del Artículo 48 de la Ley 182 de 1995, la concesión es prorrogable. La prórroga será por una sola vez y por el mismo término del contrato original sin que sea objeto de un nuevo proceso licitatorio o selectivo previo. No habrá lugar a la prórroga si el concesionario se hallare en alguna o algunas de las siguientes circunstancias: incumplimiento reiterado de sus obligaciones pecuniarias; incumplimiento del plan básico de expansión y programación; incumplimiento en la obligación de prorrogar, ampliar o modificar la garantía única; la imposición reiterada de sanciones por la prestación deficiente del servicio, o violación a las normas sobre derechos de autor o del menor, o del derecho de rectificación e imparcialidad política. Vencido el término inicial de los diez (10) primeros años de la presente concesión, la CNTV podrá adjudicar nuevas concesiones.”

fundamentación, al igual que sus posibles incumplimientos, como sucede al analizar este cargo, ya que en este proceso no se determinará si la prórroga específica de un contrato –el de Caracol- viola o no las cláusulas del mismo, porque semejante análisis es propio de la acción de controversias contractuales, que es autónoma e independiente, donde las partes cuestionan los posibles incumplimientos derivados de su conducta.

No obstante lo anterior, y en gracia de discusión, si se enfoca el cargo en el sentido de que la disposición demandada vulnera, en forma general, la autonomía de la voluntad y el libre consentimiento de los actuales concesionarios de los servicios de televisión, tampoco prosperaría, como se expondrá.

En efecto, no se vulnera la autonomía de la voluntad por el hecho de que la CNTV se atribuya la facultad de proponer al concesionario, unilateralmente, los ajustes de tipo jurídico, económico y técnico que a su juicio sea necesario o conveniente introducir en el futuro contrato de prórroga, y que en caso de no ser aceptados decida no prorrogar el contrato. No existe violación, porque los concesionarios de los espacios de televisión tienen la misma oportunidad y libertad de decidir si suscriben la prórroga, pudiendo rechazar los ajustes propuestos por la CNTV, como sucede en los contratos de derecho privado que no se prorrogan automáticamente.

De hecho, el Acuerdo No. 003 de 2008 establece un procedimiento inicial de concertación, donde la CNTV y el concesionario tienen la posibilidad de realizar propuestas en relación con las nuevas condiciones de ejecución del contrato, espacio de amplia participación en favor de las partes, cuya finalidad es lograr un acuerdo que satisfaga sus necesidades e intereses, a la vez que se ajuste a las normas del ordenamiento. Llegados a este escenario ideal, se prorroga el contrato. Pero ante la imposibilidad de lograr un acuerdo se adoptó como última oportunidad poner en consideración del concesionario –y por tanto, respetando su autonomía- una propuesta con las condiciones que a juicio de la Junta Directiva de la CNTV -representante del interés general, del bien común y del erario- deban regir la concesión durante el término de la prórroga, condiciones que puede o no aceptar.

En el derecho privado este acto jurídico se denomina *oferta*, y por definición es unilateral, así que nada de extraño tiene, ni siquiera en ese régimen jurídico, que

una parte le formule a otra la propuesta de negocio, es decir sus condiciones. Que la otra parte acepte o no es el otro acto unilateral, y dependiendo de su sentido hace nacer o no un contrato.

En este sentido, ya sea: i) en el escenario puramente concertado o ii) mediante la propuesta final y unilateral que haga la CNTV, los concesionarios de los espacios de televisión conservan la facultad de decidir, al amparo de su autonomía de la voluntad, si suscriben la prórroga, lo que no vulnera las normas que el demandante señala como infringidas.

Incluso, a la Sala le parece demasiado generosa la regulación expedida por la CNTV, en el art. 5 demandado, por tanto lejos de violar la ley, porque luego de agotar la etapa de negociación franca y directa, que no culmina satisfactoriamente, nuevamente le da al concesionario la oportunidad de suscribir el contrato, poniéndole a consideración la última oferta de sus condiciones. Esta etapa, incluso, era innecesaria para darle la oportunidad de acceder a la prórroga.

No se olvide, como parece hacerlo el demandante, que la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma legal que permitía la prórroga automática de los contratos de concesión del servicio de televisión, de ahí que por esa razón tanto el concesionario como la entidad concedente tienen la facultad de decidir si suscriben la prórroga, lo que también es una manifestación de la autonomía de la voluntad.

Incluso, nadie ignora que la mayoría de los contratos que celebra la administración son de adhesión, así que la voluntad del contratista muchas veces se limita a manifestar si acepta o no las reglas fijadas en la etapa precontractual, por lo que los proponentes y contratistas se suman a tales condiciones, cuando participan presentando su oferta en el procedimiento de selección que se concreta en la futura suscripción del contrato⁵³.

En conclusión, el art. 5 demandado no vulnera la autonomía de la voluntad de los concesionarios, la respeta plenamente, como sucede en los negocios entre

⁵³ En sentido coincidente, el Consejo de Estado señaló que: “los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que *contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido*”. (cursiva fuera de texto) (Sección tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2000, exp. 10.399)

particulares; es decir, como se expuso en el cargo anterior, en estos contratos sucede lo mismo que en la generalidad de las convenciones que celebran los particulares cuando negocian una prórroga; si no hay acuerdo la consecuencia es la misma: termina el contrato al vencer su término, pero, en todo caso, el concesionario conserva la autonomía y el libre consentimiento para decidir si quiere prorrogar el contrato, por lo que la entidad no puede obligarlo a suscribir el nuevo, bajo las condiciones que ella establezca. Por las razones expuestas este cargo tampoco prospera.

5.3. Cargo 3: El art. 5 del Acuerdo No. 03 viola el art. 68 de la Ley 80, que regula los *mecanismos alternativos de solución de conflictos*.

El demandante señaló que la Ley 80 autorizó pactar los mecanismos de solución alternativa de controversias contractuales, y en desarrollo de esa norma la cláusula 40 del contrato No. 136 de 1997 incluyó la *cláusula compromisoria*, según la cual: “Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución o 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 del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (...)”. Finalmente, señaló que la CNTV, a través de la norma demandada, elude su obligación frente al contrato, al tiempo que desconoce la Ley 80 de 1993, ya que la imposición unilateral de condiciones anula la posibilidad de acudir a los mecanismos de solución de conflictos, como el arbitraje para este caso.

Frente a este cargo la Sala reitera lo señalado respecto al anterior, en el sentido de que nuevamente el actor apoya la censura de nulidad de un acto general en su contrato de concesión celebrado con la CNTV, parámetro ajeno a esta acción, por constituir un juicio objetivo sobre la legalidad del acto acusado, de allí que no sirve para enjuiciar incumplimientos contractuales, porque eso es propio de la acción de controversias contractuales, que es autónoma e independiente. La acción de simple nulidad ejerce un control abstracto sobre la legalidad de una norma, para establecer si se ajusta a las normas superiores, de ahí que una estipulación contractual no es parámetro para definir la legalidad de un reglamento.

En otras palabras, Caracol propone el siguiente juicio de validez: el art. 5 del Acuerdo No. 003 de 2008 viola el art. 68 de la Ley 80, porque se desconoce la

cláusula 40 del contrato de concesión que suscribió con la CNTV. En realidad, lo que plantea es que el Acuerdo viola el contrato de concesión, no la Ley 80, examen de legalidad que resulta inaceptable en un juicio de legalidad, porque la norma superior no es la vulnerada.

Ahora, si se hace el esfuerzo de entender que la censura se dirige por la oposición de la norma demandada con lo consagrado en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993⁵⁴, la Sala tampoco advierte cómo la disposición demandada, al regular la prórroga de los contratos, pueda oponerse a que el legislador faculte a las entidades públicas y a sus contratistas para que solucionen sus conflictos mediante mecanismos alternativos.

Dichos mecanismos se consagraron para resolver, con agilidad, las controversias contractuales que surjan entre las partes, pero tampoco para resolver cualquier tipo de desacuerdo, máxime cuando se trata de la voluntad de las partes para prorrogar o no un contrato, asunto que depende exclusivamente de la voluntad que tienen para determinar si lo prorrogan o no, voluntad que no se reemplaza por la decisión de un tercero.

En efecto, si un concesionario de los servicios de televisión, en este caso Caracol SA., considera que se incumplió su contrato al no prorrogárselo, mantiene la posibilidad de acudir al mecanismo alternativo pactado para solucionar dicha controversia; no obstante, el procedimiento para prorrogar los contratos no afecta esa posibilidad.

De conformidad con lo anterior, ninguna de las censuras es procedente, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda.

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

⁵⁴ “Art. 68. De la Utilización de Mecanismos de Solución Directa de las Controversias Contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

“Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción”.

FALLA

Primero. Niéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

COMISION NACIONAL DE TELEVISION HOY ANTV - Facultad para reglamentar la prórroga de la concesión. No es absoluta ni es un reglamento constitucional / PRORROGA - Fundamento / COMISION NACIONAL DE TELEVISION HOY ANTV - Se autoatribuyó una materia ya cubierta por la ley / PRORROGA DE CONCESION - Reservado a la ley / COMISION NACIONAL DE TELEVISION HOY ANTV - Ente autónomo / COMISION NACIONAL DE TELEVISION HOY ANTV - Las competencias derivadas de su naturaleza no implican el ejercicio de funciones legislativas ni la delegación de funciones como la expedición y modificación de la ley

[L]a CNTV dentro de su actividad reglamentaria devenida de su autonomía que la aparta de la injerencia del poder ejecutivo, tiene la facultad de reglamentar la prórroga de la concesión, pero que tal competencia en ningún momento puede ser absoluta ni entenderse constitutiva de lo que se conocía como reglamento constitucional, el cual solo obedecía y tenía como límite la Constitución Política. (...) la prórroga es determinada por el legislador tanto en su naturaleza -no gratuita ni automática-, como en el término de la misma –hasta 10 años prorrogables-, como en su práctica e instrumentalización -de conformidad con las normas que expida la CNTV-, sin que en ningún momento haya dado algún margen para que la autoridad de televisión asumiera algún punto de los ya regulados, salvo en su práctica e instrumentalización, y lo cierto es que el dispositivo demandado establece parámetros que la ley no reza, a saber: - En caso de desacuerdo en la prórroga, no se suscribe convenio. - En caso de desacuerdo, la CNTV dispone en acto administrativo que no procede la prórroga. - En caso de desacuerdo en los términos de la prórroga, el contrato se termina una vez venza su término. Se evidencia entonces que el acuerdo demandado contiene un exceso en el tema de

la Ley que reguló la figura de la prórroga porque la práctica e instrumentalización puede ser patente de corso para “regular” las condiciones que rijan la concesión durante el término de la prórroga e imponerlas al concesionario que no está de acuerdo y menos puede constituir causal unilateral de terminación del contrato ante la no aceptación del concesionario, con el alcance de acto administrativo susceptible de recurso de reposición. (...) Es innegable que la CNTV se autoatribuyó, sin estar legitimada para ello dada la inexistencia de norma que así lo hubiera dispuesto, una materia ya cubierta por la ley en cuanto a la fijación de las condiciones de todo nivel de la prórroga fijó entonces un deber incondicional de aceptación de la prórroga, sin posibilidad de discusión y convencionalidad, convirtiéndose así en prerrogativa unilateral de carácter general y vinculante, cuya materia es exclusiva del legislador en cuanto a su imposición y positivización se refiere. (...) tratándose en ese caso concreto de un asunto cuyo núcleo duro está reservada a la ley, no le era dable a la CNTV proceder a desplegar una actividad reglamentaria que ya estaba completa con la labor legislativa y para la cual no había materia manejable por la Comisión en su autonomía de competencia, por lo que considero que el aparte demandado debió ser anulado, sin necesidad incluso de entrar a estudiar los restantes cargos elevados. En mi concepto, es claro entonces que, aunque la CNTV tenía competencias derivadas de su naturaleza de ente autónomo, ello no implicaba el ejercicio de funciones legislativas ni la delegación de funciones como la expedición y modificación de la ley.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853)

Actor: CARACOL TELEVISION SA.

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las providencias de la Subsección, procedo a señalar los motivos por los cuales salvé el voto en la sentencia del 20 de octubre de 2014, luego de que el proyecto que presenté como ponente no fue acogido por la mayoría de la Sala.

En efecto, contrario a la posición predominante, considero que debió declararse la nulidad del aparte del artículo 5 del Acuerdo 03 de 17 de julio de 2008, proferido por la Comisión Nacional de Televisión, bajo los siguientes argumentos:

Ha de recordarse que la inconformidad del demandante desde el punto de vista general se sostiene en dos flancos: la primera que la CNTV no podía asignar a su Junta Directiva la función de reglamentar lo atinente a la prórroga del contrato de concesión y que menos podía instituir una causal de terminación del contrato ante la no anuencia del contratista en los términos de la prórroga.

Ha de recordarse que la acusación que el actor hace es la siguiente, el aparte del artículo demandado, evidencia que la CNTV establece para sí misma y mediante acto administrativo de rango inferior a la Ley 80 de 1993, y por tanto, no considerada por la Ley 182 de 1995, al imponer, unilateralmente, al concesionario las condiciones que a su juicio deben regir la concesión durante el término de la prórroga, como única alternativa para que el contrato de concesión para ser prorrogado. En segundo término, al prever que de no aceptar la orden emanada de la Junta Directiva, la CNTV dispondrá la improcedencia de la prórroga, lo que fatalmente conduce a la terminación definitiva del contrato.

En forma particular, las censuras fueron las siguientes:

1) Violación de los literales e) y k) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, en los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 17 de la Ley 1.150 de 2007.

Al retomar el aparte demandado, se lee:

*“**Artículo 5.** Si la Comisión Nacional de Televisión y el concesionario llegan a un acuerdo sobre todos los ajustes jurídicos, económicos y técnicos que se han de introducir a los contratos, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión dispondrá mediante acto motivado que se proceda con la suscripción del respectivo convenio. **Si no llegan a un acuerdo, la Junta Directiva establecerá las condiciones que a su juicio deben regir la concesión durante el término de la prórroga; si el concesionario no está de acuerdo con éstas y no suscribe el convenio correspondiente, la Junta Directiva de la***

Comisión dispondrá que no procede la prórroga, caso en el cual el contrato de concesión terminará una vez venza su término. Contra dichas decisiones procederá el recurso de reposición".

El actor acusa la unilateralidad de las medidas consagradas en el segmento demandado, en tanto, las prerrogativas excepcionales en los contratos solo pueden provenir de la ley y no de acto de menor jerarquía.

Invocó como sustento normativo, lo siguiente:

Ley 182 de 1995 "por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones".

"Artículo 5. FUNCIONES. En desarrollo de su objeto corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:

(...)

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

k. **Ejecutar los actos y contratos propios de su naturaleza y que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto**, para lo cual se sujetará a las normas previstas en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley 80 de 1993, y en las normas que las sustituyan, complementen o adicionen;

(...)"

Ley 80 de 1993

“Artículo 14. 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:

10. 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 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las 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 ejercite 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 aún 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.

Artículo 15. De la interpretación unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

Artículo 16. De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

Artículo 17. *De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:*

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”.

Ley 1.150 de 16 de julio 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”.*

“Artículo 17. 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 sólo 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”.

Valga aclarar que para los contratos de concesión previstos en la Ley 182 de 1995, se aplican las disposiciones de la Ley 80 de 1993, por disposición expresa del literal k) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, cuyo texto reza: “Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la CNTV: k. Ejecutar los actos y contratos propios de su naturaleza y que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, **para lo cual se sujetará a las normas previstas en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley 80 de 1993, y en las normas que las sustituyan, complementen o adicionen;**”.

De las normas pretranscritas se concluye, en forma clara, que la CNTV dentro de su actividad reglamentaria devenida de su autonomía que la aparta de la injerencia del poder ejecutivo, tiene la facultad de reglamentar la prórroga de la concesión, pero que tal competencia en ningún momento puede ser absoluta ni entenderse constitutiva de lo que se conocía como reglamento constitucional, el cual solo obedecía y tenía como límite la Constitución Política.

Por el contrario, la facultad asignada a la CNTV está supeditada a la ley y a los actos administrativos de jerarquía superior los términos de “...conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos” y lo cierto es que en materia de prórroga en las concesiones la Ley 80 de 1993 disponía en el artículo 36 sobre la duración y prórroga de la concesión, en este se decía expresamente: “El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, **no podrá exceder de diez (10) años, prorrogables automáticamente por un lapso igual. Dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión.** PARAGRAFO. Los contratos vigentes para la prestación del servicio de radio difusión sonora, quedan prorrogados ~~automáticamente~~ por el término para el cual fueron otorgados, siempre y cuando no exceda el lapso de diez (10) años”.

Los apartes tachados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-949 de 2001.

Pero el artículo 36 de la Ley 80 de 1993 fue derogado expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, en la que el legislador consagró:

*“Artículo 27. De la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión. El término de duración de las concesiones actuales y futuras para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, incluidas las de televisión, **será de diez (10) años prorrogables por lapsos iguales.** En ningún caso habrá prórrogas automáticas ni gratuitas”.*

Ahora bien, el artículo 48 de la Ley 182 de 1995 dispuso en el literal e) “La concesión se conferirá por un término de hasta diez (10) años prorrogables. La

prórroga se conferirá de conformidad con las normas que expida la Comisión Nacional de Televisión”.

De los textos normativo pretranscritos, se advierte que la prórroga es determinada por el legislador tanto en su naturaleza -no gratuita ni automática-, como en el término de la misma –hasta 10 años prorrogables-, como en su práctica e instrumentalización -de conformidad con las normas que expida la CNTV-, sin que en ningún momento haya dado algún margen para que la autoridad de televisión asumiera algún punto de los ya regulados, salvo en su práctica e instrumentalización, y lo cierto es que el dispositivo demandado establece parámetros que la ley no reza, a saber:

- En caso de desacuerdo en la prórroga, **no se suscribe convenio.**
- En caso de desacuerdo, la CNTV **dispone en acto administrativo que no procede la prórroga.**
- En caso de desacuerdo en los términos de la prórroga, el **contrato se termina una vez venza su término.**

Se evidencia entonces que el acuerdo demandado contiene un exceso en el tema de la Ley que reguló la figura de la prórroga porque la práctica e instrumentalización puede ser patente de corso para “regular” las condiciones que rijan la concesión durante el término de la prórroga e imponerlas al concesionario que no está de acuerdo y menos puede constituir causal unilateral de terminación del contrato ante la no aceptación del concesionario, con el alcance de acto administrativo susceptible de recurso de reposición.

En tal sentido las expresiones “práctica” e “instrumentalización⁵⁵” aluden a medidas logísticas y de operatividad que suponen una actividad de ejecución de medidas ya establecidas por otra clase de normas de mayor jerarquía, más allá de la discusión de si la entidad está auto-creando sus propias cláusulas exorbitantes, que como se sabe son materia con reserva de ley⁵⁶.

⁵⁵ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, instrumentalización es la acción de instrumentalizar y ésta es: “*Utilizar algo o a alguien como instrumento para conseguir un fin*”.

⁵⁶ Sobre el punto véase sentencia de 14 de agosto de 2008. Sección Tercera (citada en nota al pie No. 7): “*En otros términos, no resulta viable identificar el carácter reglamentario de una norma refiriéndose exclusivamente a su contenido, más ello no quiere decir que las posibilidades de la potestad [actividad o facultad] reglamentaria carezcan de límites y que ésta pueda ocuparse de regular cualquier asunto, pues, de un lado y según se viene de advertir, la expedición de la normatividad relacionada con determinadas materias se encuentra*”.

Pero el interrogante, inmediato que surge es, ¿qué pasa entonces si el contratista no quiere que se prorrogue el contrato?, existe algún mecanismo para ello?

La respuesta está en el propio concepto de prórroga entendido como el mecanismo por medio del cual el plazo de cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato se desplaza en el tiempo, sin que se altere el objeto del contrato y, en principio, tampoco el valor⁵⁷. En efecto, el contrato termina cuando se vence el plazo del negocio (vigencia del contrato), porque así lo acuerdan las partes⁵⁸, el cual debe diferenciarse del plazo obligacional que se refiere a la conducta negocial y no implica modificación del contrato. Y en medio de todos estos plazos que rigen el contrato y las obligaciones, emergen las facultades excepcionales y exorbitantes que tienen su causa y fundamento en la ley y no en la voluntad de las partes, porque incluso su inclusión en los contratos estatales está ordenada en la ley.

Siendo así, las cosas el asunto atinente a la prórroga del contrato, sus condiciones, términos y demás circunstancias modales son de reserva de ley en su núcleo, y en tal sentido la actividad reglamentaria se limitó a la instrumentalización y práctica de la prórroga y, por ende, no podía ingresar ni ampliarse a materias o campos que no le eran permitidos, so pena de inmiscuirse en competencia del legislador.

Es más incluso en regulaciones contenidas en la ley, la Corte Constitucional ha anulado el indebido manejo que sobre la prórroga ha hecho el legislador dentro del ámbito de sus competencias, como aconteció para el contrato de concesión y su prórroga automática para los espacios de televisión pública, con la sentencia C-350 de 1997, al conocer sobre la Ley 335 de 20 de diciembre de 1996 *“Por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea, la televisión*

constitucionalmente reservada a la ley y, de otra parte, la posición jerárquica que ésta ostenta dentro del ordenamiento le permite —aunque no en todos los casos, según el reparto competencial que el propio Constituyente efectúe entre diferentes órganos del Estado— limitar, condicionar o encauzar tanto el campo de actuación como el sentido de las previsiones que puedan incluirse en el reglamento. Sin embargo, ello obedece a que el ordenamiento jurídico —de ordinario, la Constitución Política— establece un determinado régimen de relaciones entre la ley y el reglamento y no a que el concepto de ley y el concepto de reglamento hagan referencia a materias o a contenidos singulares, sin perjuicio, se insiste, de que la Carta establezca reservas de regulación, en función de la materia, en favor del Legislador o en favor de otros órganos o ramas del Poder Público”. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

⁵⁷ Dávila, Vinueza. Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Ed. Bogotá. 2ª ed. 2003. Pág. 384.

⁵⁸ Herrera, Benjamín. El plazo en los contratos estatales. En Régimen de Contratación Estatal. Compilador Jorge Pino Ricci. 2ª ed. Universidad Externado de Colombia ed. Bogotá. 1996. Pág. 497.

*privada en Colombia y se dictan otras disposiciones”, en la que indicó sobre el trato inequitativo y desigual: “de un sistema que prevea **prórrogas como la descrita** [NOTA: se refiera a aquellas sucesivas y sin límite, que convertían al contrato en una concesión perpetua], **que privilegie a quienes ya han tenido la posibilidad de explotarlo, sin permitir la libre competencia por los espacios para un nuevo período de adjudicación, necesariamente restringe las oportunidades de acceso de aquellos que en una anterior oportunidad no hayan participado o no hayan sido favorecidos con una concesión, con lo que se viola, entre otros, el mandato del artículo 75⁵⁹ de la Carta.***

La prórroga a que se refiere el artículo 40 de la ley 14 de 1991, se traduciría en un tratamiento preferente para aquellas personas que hayan sido concesionarias, que excluye definitivamente la posibilidad de que otras que no lo hayan sido compitan con ellas, lo cual implica discriminación para las segundas, sin que exista una ‘justificación objetiva y razonable’ que legitime ese distinto trato. Si la prórroga de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, restringía el acceso democrático e impedía la realización del principio de igualdad de oportunidades para aspirar al uso del espectro electromagnético, es claro que la prohibición de la misma, respecto de los contratos vigentes y los que se celebren en el futuro, sí contribuye a la democratización en el uso de ese bien público, y que ese propósito se impone como un motivo de interés general y utilidad común, que de una parte, dota de legitimidad la medida impugnada, y de otra, justifica que la situación jurídica de los particulares, concesionarios de espacios públicos de televisión que tenían la expectativa de que se prorrogaran sus contratos, ceda al interés público, sin que se evidencie en la medida ningún elemento que pueda respaldar la acusación de que ella constituye una ‘forma de censura’.

Tampoco encuentra la Corte, que la prohibición de prórroga, vulnere o impida el ejercicio del derecho a la información, al contrario, con ella se amplía el espectro de posibilidades de que un mayor número de personas, incluidas las que actualmente son beneficiarias de concesiones, participen en los procesos de selección para otorgar nuevos contratos y ejerzan su derecho a fundar medios masivos de

⁵⁹ El artículo 75 superior dispone: “El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

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

comunicación, propiciándose la realización de principios superiores como el de pluralismo y libre competencia”.

Es innegable que la CNTV se autoatribuyó, sin estar legitimada para ello dada la inexistencia de norma que así lo hubiera dispuesto, una materia ya cubierta por la ley en cuanto a la fijación de las condiciones de todo nivel de la prórroga fijó entonces un deber incondicional de aceptación de la prórroga, sin posibilidad de discusión y convencionalidad, convirtiéndose así en prerrogativa unilateral de carácter general y vinculante, cuya materia es exclusiva del legislador en cuanto a su imposición y positivización se refiere.

La Corte Constitucional, en sentencia T-422 de 1992 armonizó la proporcionalidad con la legitimidad y la proporcionalidad del contenido y fin de la norma:

“...los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración.”

De tal suerte, que tratándose en ese caso concreto de un asunto cuyo núcleo duro está reservada a la ley, no le era dable a la CNTV proceder a desplegar una actividad reglamentaria que ya estaba completa con la labor legislativa y para la cual no había materia manejable por la Comisión en su autonomía de competencia, por lo que considero que el aparte demandado debió ser anulado, sin necesidad incluso de entrar a estudiar los restantes cargos elevados.

En mi concepto, es claro entonces que, aunque la CNTV tenía competencias derivadas de su naturaleza de ente autónomo, ello no implicaba el ejercicio de funciones legislativas ni la delegación de funciones como la expedición y modificación de la ley.

En los anteriores términos, dejo plasmado mi salvamento de voto.

Atentamente,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ