**CONTRATO DE CONCESIÓN DE TELEVISIÓN – Evolución normativa**

El contrato de concesión de “espacios de televisión” no nació con la Ley 42 de 1985, toda vez que se encontraba, con anterioridad, igualmente permitido en el Decreto 222 de 1983, contentivo del régimen legal vigente para la contratación administrativa , -si bien en dicho estatuto de contratación las atribuciones de adjudicación estaban radicadas en el Instituto de Radio y Televisión – INRAVISIÓN- y el término del contrato de concesión se encontraba limitado por un plazo más corto que el de diez años permitido en el Decreto 666 de 1985. (…) A partir de lo anterior se expidió la Ley 14 de 1991, mediante la cual se reiteró la naturaleza jurídica del servicio público de televisión, cuya prestación se encontraba a cargo del Estado. (…) Con posterioridad se expidió la Ley 182 de 1995, mediante la cual se creó la Comisión Nacional de Televisión, se asignaron a ese organismo, entre otras, las funciones en relación con la celebración de los contratos y la fijación de los “derechos, tasas y tarifas” del contrato de concesión de televisión por suscripción. (…) Mediante la Ley 335 de 1996, a través de la cual se creó la televisión privada en Colombia, el legislador modificó la Ley 182 de 1995, reiteró la aplicación del porcentaje de la tarifa de compensación establecido en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991 para los contratos en curso. (…) Al margen debe advertirse que la Ley 80 de 1993 derogó el Decreto 222 de 1983 y en el nuevo régimen de contratación estatal se identificó la modalidad de contratación directa para los servicios de telecomunicaciones, entonces regulados por el Decreto 1900 de 1991. A su turno, las leyes 182 de 1995 y 336 de 1996 establecieron una reglamentación especial para el servicio público de televisión.

**TARIFA DE COMPENSACIÓN – Precio público – No es impuesto de contribución parafiscal – Tarifa contractual**

En relación con la contraprestación o remuneración que debe reconocer el concesionario al Estado por concepto de la explotación del servicio público en materia de televisión, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han advertido que la obligación de pagar las cantidades periódicas se encuentra vinculada directamente con el beneficio que a los obligados otorga el Estado mediante la concesión del espectro electromagnético y que, en tal medida, la tarifa de compensación tiene la naturaleza de un precio público y no la de un impuesto o una contribución parafiscal. (…) Considera la Sala que en virtud de la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, resulta pertinente emplear como parámetro del restablecimiento económico la tarifa de compensación pactada en el Contrato de Concesión 006 de 1986 y en la prórroga correspondiente, en la medida que no llegó a modificarse.

**ACTO ADMINISTRATIVO – Nulidad – Acción – Efectos ex tunc**

En el supuesto que aquí se examina se puede recabar en la preminencia del acuerdo contractual como parámetro del restablecimiento del derecho, por las siguientes razones: Las cláusulas del Contrato de Concesión 006 de 1986 no fueron modificadas por virtud del Acuerdo 003 de 2001 (…) Se reafirma que la regla general de los efectos de la declaratoria de nulidad del acto administrativo consiste en que la decisión judicial produce efectos ex tunc, esto es desde la fecha en que se expidió el acto administrativo, el cual, en el presente caso fue expulsado del mundo jurídico en forma retroactiva, tal como lo observó el Tribunal a quo. En este caso concreto se refuerza lo anterior con la circunstancia de que no se incorporó la modificación correspondiente a la nueva tarifa en el momento en que se suscribió la reforma al Contrato de Concesión y que para la fecha en que se expidió el Acuerdo 003 de 2001, el referido Contrato de Concesión ya se encontraba prorrogado por el término de 10 años. (…) en cuyo caso se configuran los efectos ex nunc, hacia el futuro y solo a partir de la declaratoria de nulidad. (…) no prospera la postura consistente en invocar una situación jurídica consolidada frente a la nulidad del acto modificatorio de la tarifa de compensación del contrato de concesión, toda vez que existió el hecho inequívoco de la presentación de las acciones orientadas a impugnar el acto administrativo.

**SERVICIOS DE DIFUSIÓN DE TELEVISIÓN – Decreto 1900 de 1990 – Servicio de difusión de televisión – Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones de Servicios de Telecomunicaciones – RUCFE – Aplicación**

El Decreto 1900 de 1990, expedido en uso de facultades extraordinarias de la Ley 72 de 1989 estableció el estatuto de las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines, dentro de los cuales se mencionó el servicio de difusión de la televisión. Dicho estatuto impuso a los concesionarios de televisión por suscripción la necesidad de obtener permiso del Ministerio de Comunicaciones para la recepción directa de las señales internacionales. (…) En efecto, el contrato fue inicialmente celebrado con el objeto de llevar el servicio de televisión por suscripción a los usuarios, “bajo la modalidad de transmisión de canales radioeléctricos”, lo cual se aprecia igualmente en el modificatorio 007 contentivo de la sustitución de uno de los cuatro canales inicialmente asignados. Posteriormente, en el contrato modificatorio suscrito el 15 de junio de 1993, se dispuso autorizar la prestación del servicio a través de “cable coaxial o fibra óptica” y, finalmente, en la prórroga suscrita el 30 de abril de 1998, se confirmó que dicha prórroga se otorgó para el servicio “mediante la utilización del sistema de cables” (…) se concluye que el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones de Servicios de Telecomunicaciones (RUCFE) aplicaba eventualmente dependiendo de la modalidad tecnológica utilizada por el respectivo concesionario.

**INDEXACIÓN DE LOS INTERESES – Costo de oportunidad del dinero – Reconocimiento – Procedencia**

Sin embargo, tratándose de un restablecimiento cuantificado con fundamento en el concepto de los intereses, esto es, bajo la acepción o significado del costo de oportunidad del dinero, no es procedente acudir a la indexación o ajuste de los intereses con base en el índice de precios al consumidor, toda vez que la vulneración del derecho se causó solamente por los días de anticipación en el pago, empero no se extendió en el tiempo, toda vez que – se repite- la suma liquidada y cancelada correspondió a un monto de compensación contractualmente adeudado por el Concesionario. Así las cosas, para efectos de la condena se tendrá en cuenta únicamente el valor establecido por los peritos como correspondiente al tiempo en que se causó la lesión del derecho, el cual refleja la medida del restablecimiento, esto es, la afectación económica medida frente al caso de que el acto anulado no se hubiera expedido.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00697-01(47030)**

**Actor: CONSORCIO R.C.N. TELEVISIÓN S.A. - CIBERDATOS S.A.**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Temas: TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN – Evolución legislativa / CONTRATO DE CONCESIÓN – Naturaleza de la tarifa de compensación / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – efectos *ex tunc* - cuantificación del restablecimiento económico afectado por la modificación de los plazos para el pago de la compensación

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, el diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012), mediante la cual se dispuso:

*“****PRIMERO****:* ***NIÉGASE*** *la prosperidad de la excepción denominada ‘falta de competencia’ propuesta por la Comisión Nacional de Televisión, por lo analizado en la parte motiva.*

*“****SEGUNDO****: Como consecuencia de la nulidad del Acuerdo 003 de 13 de noviembre de 2001, proferido por la Comisión Nacional de Televisión, declarada por el H. Consejo de Estado en sentencia del 13 de mayo de 2009, dentro de la acción de simple nulidad No. 11001-03-26-000-2004-0020-00 (27832),* ***ORDÉNASE*** *como restablecimiento del derecho, el pago de la suma de doscientos treinta millones novecientos noventa y seis mil quinientos dieciséis pesos con catorce centavos M/cte ($230’996.516,14), a favor de R.C.N. TELEVISIÓN S.A. y CIBERDATOS S.A., a cargo de la Comisión Nacional de Televisión o en su defecto la entidad que haga sus veces.*

*“****TERCERO****:* ***ORDÉNASE*** *el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo”.*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 1º de abril de 2002, el Consorcio Radio Cadena Nacional S.A. R.C.N. - Datos y Mensajes S.A.[[1]](#footnote-1), obrando a través de su representante legal[[2]](#footnote-2), en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra la Comisión Nacional de Televisión:

*“1. Que se declare la nulidad de los artículos segundo, tercero y cuarto del Acuerdo 003 del 13 de noviembre de 2001, expedido por la Comisión Nacional de Televisión (en adelante CNTV) publicado el 28 de noviembre de 2001 en la edición número 44.629 del Diario Oficial.*

*”2. Que como resultado de la declaratoria de nulidad del Acuerdo 003 de 2001 y a título de restablecimiento del derecho a favor de mi representada, se condene a la CNTV a la devolución de la suma de CIENTO CUARENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE ($141’437.153), ajustada en su mayor valor a la tasa de interés permitida en la ley para el momento en que se profiera sentencia definitiva y conforme a las condiciones de los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo (en adelante C.C.A.).*

*“3. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Acuerdo 003 de 2001, se restablezca el derecho de la demandante, debiendo la CNTV efectuar la devolución al CONSORCIO del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) sobre las sumas pagadas entre la fecha de presentación de esta demanda hasta el día en que se emita la sentencia definitiva por parte de la autoridad jurisdiccional competente, teniendo en cuenta la base de liquidación fijada en el Decreto 2041 de 1998 y en consideración a los efectos que señalan los artículos 177 y 178 del C.C.A.*

*“4. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Acuerdo 003 de 2001, se restablezca el derecho de mi representada respecto de los perjuicios financieros que le fueron causados, en razón a la periodicidad de los pagos que fijó la CNTV en el acto que se demanda, de conformidad con el resultado de la prueba pericial que se solicita al Honorable Tribunal en el acápite correspondiente de esta demanda”.*

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** Mediante Resolución 3096 de 18 de julio de 1986, el Ministerio de Comunicaciones otorgó al Consorcio la concesión para prestar el servicio de televisión por suscripción.

**2.2.** En desarrollo de la precitada Resolución 3096, el Ministerio de Comunicaciones y el Consorcio suscribieron el 1º de agosto de 1986, el *“Contrato Administrativo de Concesión”* 006, en el cual se acordó una tarifa de compensación del 10% de los ingresos. El contrato fue cedido por el citado Ministerio a la Comisión Nacional de Televisión[[3]](#footnote-3).

**2.3.** Las partes suscribieron una prórroga del contrato, formalizada el 30 de abril de 1998, por un período de diez años, contado a partir del 1º de agosto de 1996.

**2.4.** Mediante el Acuerdo 003 de 2001 la Comisión Nacional de Televisión pretendió modificar la tarifa aplicable a los derechos de compensación del Contrato de Concesión 006 de 1986.

**3. Concepto de violación**

El demandante expresó el concepto de violación en la siguiente forma:

El régimen del Contrato de Concesión 006 se encontraba sometido a las Leyes 14 de 1991, 182 de 1995 y 335 de 1996. Sin embargo, según observó el demandante, el parágrafo del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, invocó como aplicable al contrato de concesión de televisión por suscripción lo dispuesto para los servicios de difusión de telecomunicaciones, de manera que entró a imponer la tarifa correspondiente al Régimen Unificado, la cual fue fijada en el Decreto 2041 de 1998, equivalente al 3% de los ingresos.

En concepto del demandante el Acuerdo 003 de 2001 se apartó de la Ley 680 de 2001, al establecer una tarifa de 7.5%, con forma de pago mensual, mientras que se ha debido reconocer como base el 3% pagadero con periodicidad trimestral.

Se hace notar que el Consejo de Estado declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, mediante sentencia de 13 de mayo de 2009[[4]](#footnote-4), proferida en virtud de una acción de nulidad simple. En la presente *litis,* se ordenó la suspensión del trámite por existencia de la prejudicialidad, hasta tanto se produjo el fallo respectivo.

La declaratoria de nulidad del Acuerdo 003 de 2001 fue considerada en la sentencia de primera instancia en el presente proceso, según se expondrá adelante.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda el 8 de octubre 2002[[5]](#footnote-5) y decretó las pruebas solicitadas mediante auto de marzo 6 de 2003[[6]](#footnote-6).

**4.2. Contestación de la demanda**

En la contestación de la demanda, la Comisión Nacional de Televisión se opuso a todas las pretensiones. Advirtió que la Ley 680 de 2001 buscó la normalización de los servicios de televisión, para lo cual otorgó facultades a la Comisión con el fin de reestructurar las tarifas de los contratos en curso.

Expuso que en los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción solo se aplicaron, *“en lo pertinente”*, las disposiciones del Régimen Unificado contenido en el artículo 22 del Decreto 2041 de 1998 y puntualizó que el referido decreto no obligó a modificar la tarifa de la compensación en el sentido de reducir la base de liquidación al 3% de los ingresos.

En relación con los cargos de la demanda, advirtió la Comisión Nacional de Televisión que, con anterioridad al Acuerdo 003 de 2001 el porcentaje para liquidar la compensación aplicable era del 10%, de conformidad con el Acuerdo 014 de 1997 expedido por la Junta Directiva de ese organismo, en ejercicio de sus atribuciones legales. Agregó que si el legislador hubiera querido unificar las tarifas de explotación del servicio de televisión por suscripción en el 3% lo habría realizado en forma directa, en la Ley 680 de 2001, sin necesidad de acudir a otorgar atribuciones a la CNTV para efecto de los montos a cobrar en los contratos de concesión.

Advirtió que el Acuerdo 003 de 2001 redujo la tarifa de compensación del 10% al 7.5%, a partir del corte a realizar en el mes de octubre de 2001, la cual se aplicó a pesar de ser un acto general, en razón de su favorabilidad.

**4.3. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012), mediante la cual, teniendo en cuenta la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, condenó a Comisión Nacional de Televisión a pagar, a título de restablecimiento del derecho, la suma que se determinó con fundamento en el dictamen pericial.

En relación con el dictamen, el Tribunal *a quo* estudió y desestimó la objeción grave que fue presentada en el proceso por la Comisión Nacional de Televisión. Para ello, el Tribunal *a quo* dio valor a los soportes allegados al dictamen, así como a la aclaración que presentaron los peritos en relación con las cifras utilizadas como base de la liquidación.

Por otra parte, el Tribunal *a quo* destacó la prosperidad del cargo correspondiente a la infracción de las normas en que debió fundarse el acto acusado y consideró que la parte demandante tiene derecho al restablecimiento económico, como consecuencia de la declaración de nulidad del Acuerdo 003 de 2001.

Acerca de los efectos de la nulidad del acto administrativo estableció que el Acuerdo 003 de 2001 era un acto de carácter general, no obstante lo cual tenía efectos sobre el contrato de concesión. Estimó que en relación con dicho Acuerdo no existió una situación jurídica consolidada con respecto a la reclamación del demandante, por cuanto la acción se promovió en tiempo y, en su momento, también se encontraba pendiente la decisión del Consejo de Estado acerca de la nulidad del referido acto administrativo.

Como consecuencia, el Tribunal *a quo* estableció efectos retroactivos para la nulidad decretada, desde el momento en que se profirió el respectivo acto administrativo (efectos *ex tunc*).

De acuerdo con todo lo anterior, en la sentencia de primera instancia se ordenó, a título de restablecimiento del derecho, el pago de la suma de $230’996.516,14, la cual correspondió a lo que estableció el dictamen, con fundamento en la diferencia entre los valores efectivamente cancelados durante los meses de octubre de 2001 a febrero de 2002, y *“lo que se ha debido cancelar”,* liquidadoscon base en la tarifa del 3%, más sus intereses, debidamente ajustados con la variación del índice de precios al consumidor.

**4.4. El recurso de apelación**

La Comisión Nacional de Televisión impugnó la sentencia de primera instancia el 4 de mayo de 2012 y sustentó en el mismo escrito su recurso.

Manifestó su inconformidad con los argumentos expuestos por el Tribunal *a quo* con apoyo en los argumentos que se resumen a continuación:

La nulidad del Acuerdo 003 de 2001, produjo efectos *“es tunc*”, esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado, *“de tal suerte que retrotrae las cosas al estado en que se encontraban, antes de la expedición del acto anulado, oportunidad en la cual regía el Acuerdo 14 de 1997, bajo el cual rigió una tarifa de compensación del 10%”[[7]](#footnote-7).* Con fundamento en lo antedicho observó que no hay lugar a la devolución de la suma equivalente a la diferencia entre 7.5% y 3%.

Por otra parte, la Comisión Nacional de Televisión expuso en su apelación que el artículo 22 del Decreto 2041 de 1998 estableció el porcentaje del 3% para el pago de la tarifa por compensación, sin embargo, dicha norma no aplicó a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, por cuanto existieron otras disposiciones que regularon la materia. Reafirmó que la Comisión Nacional de Televisión era la autoridad competente para fijar las referidas tarifas.

Especificó que la obligación de pagar el 10% de los ingresos brutos mensuales por concepto de compensación estaba expresamente contemplada en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991, en concordancia con el artículo 43 de la Ley 182 de 1995 modificado por el artículo 8 de la Ley 335 de 1996, y destacó que dicho porcentaje se encontró explícitamente pactado en el Contrato 006 y en su prórroga.

Hizo notar que el Acuerdo 003 de 2001 se adoptó en desarrollo de la Ley 680 de 2001 y que en su oportunidad la Corte Constitucional estableció, mediante sentencia C – 351 de 2004, la exequibilidad del artículo 6º de la Ley 680 de 2001, en el cual se apoyó la potestad atribuida a la Comisión Nacional de Televisión – y no al Ministerio de Comunicaciones - para fijar los derechos, tasas y tarifas en las concesiones de la televisión por suscripción.

Advirtió la vigencia de la referida facultad teniendo en cuenta que, en la sentencia C-351 de 2004, la Corte Constitucional expresó el siguiente condicionamiento: *“(…) en el entendido de que no derogó el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995, sino que suspendió la aplicación por el término de tres meses”.*

Así las cosas, la Comisión Nacional de Televisión concluyó en su escrito de apelación que la nulidad del Acuerdo 003 de 2001 no conllevó la aplicación de la tarifa fijada en el Decreto 2041 de 1998; que no se produjo un vacío legal, en tanto que esa entidad acogió la tarifa del 7.5% hasta que el Acuerdo fue anulado y que, por ello, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no permite recuperar las prestaciones pagadas.

**4.5. Alegatos en segunda instancia**

La Comisión Nacional de Televisión (entonces en liquidación) expuso en su alegato de conclusión que no procede el restablecimiento del derecho del demandante por las razones que indicó al sustentar el recurso de apelación, las cuales reiteró.

En su alegato, la parte apelante llamó la atención sobre la siguiente providencia, acerca de las situaciones jurídicas consolidadas: sentencia de 19 de noviembre de 2012, expedida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado[[8]](#footnote-8), en la cual esta Corporación decretó la nulidad de la norma que estuvo vigente con anterioridad al Acuerdo 003 de 2001, contenida en el artículo 36 del Acuerdo No. 014 de 1997 expedido por la Comisión Nacional de Televisión[[9]](#footnote-9). La apelante destacó que en la citada sentencia, al considerar el efecto de la nulidad, se determinó que las situaciones concretas y particulares definidas al amparo del Acuerdo 014 de 1997, permanecerían incólumes.

De lo anterior infiere la apelante que, para este caso, no tiene lugar la devolución de las sumas pagadas de conformidad con la tarifa que se encontraba vigente para la fecha de las respectivas liquidaciones.

El Consorcio demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en su oportunidad.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; **3)** legitimación activa; **4)** evolución normativa en el contrato de concesión de la televisión por suscripción; **5)** naturaleza de la tarifa de compensación; **6)** el caso concreto y **7)** costas.

**1. Competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción Competente**

Con fundamento en la naturaleza del acto administrativo acusado, contenido en el Acuerdo 003 de 2001 expedido por la Comisión Nacional de Televisión y, de conformidad con el articulo 85 del Código Contencioso Administrativo, se reafirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto.

**1.2. Cuantía**

De conformidad con lo resuelto en auto de 24 de mayo de 2013, precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la sumatoria de pretensiones se estimó en $141’437.153, valor que resulta superior al monto equivalente a 300 S.M.L.M.V ($309.000 x 300 = $92’700.000[[10]](#footnote-10)), exigido para que un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho tuviera vocación de doble instancia, siguiendo las voces del artículo 3º de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, vigente para la fecha en que se presentó el recurso de apelación[[11]](#footnote-11).

**2. Caducidad de la acción**

De conformidad con el Código Contencioso Administrativo, artículo 136, numeral 2, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se impetró oportunamente, el 1º de abril de 2002, teniendo en cuenta que se presentó dentro del plazo de cuatro meses contado, en este caso, a partir de la fecha de ejecución del acto administrativo acusado.

Lo anterior se establece en este proceso, toda vez que el Acuerdo 003 de 2001 debió adoptarse para los contratos en curso, a más tardar el 26 de diciembre de 2001, en observancia del plazo fijado en el artículo 5 del referido Acuerdo, el cual se estableció para la firma del otrosí correspondiente a la modificación de la tarifa por compensación.

**3. Legitimación activa**

Es pertinente observar que la comparecencia del Consorcio demandante se considera debidamente realizada en el presente proceso, toda vez que se acudió al poder otorgado por el representante legal de la sociedad que a su vez invocó y acreditó haber sido designada como representante legal del referido consorcio, conclusión a la cual se llega teniendo en cuenta la condición de parte procesal que se le reconoció a los consorcios y uniones temporales, en la sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013[[12]](#footnote-12).

**4. Evolución normativa en el contrato de concesión de la televisión de suscripción**

El Contrato de Concesión 006 suscrito entre las partes con fecha 1º de agosto de 1986, se celebró con fundamento en el Decreto 666 de 1985, de acuerdo con lo que se hizo constar en la Resolución 3096 de 1966, mediante la cual el Ministerio de Comunicaciones otorgó la concesión para la prestación del servicio de televisión por suscripción en la ciudad de Bogotá, a favor del Consorcio Radio Cadena Nacional S.A. R.C.N. – Datos y Mensajes S.A.

El citado Decreto se expidió en desarrollo de la Ley 42 de 1985[[13]](#footnote-13) que en su artículo 51 facultó al Ministerio de Comunicaciones para dictar las normas tendientes a la reglamentación del servicio de televisión por suscripción y para celebrar los contratos con los particulares para la prestación de dicho servicio.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia mediante providencia de fecha 18 de septiembre de 1986, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, declaró inexequible el artículo 51 de la Ley 42 de 1985, lo cual produjo el decaimiento del Decreto 666 de 1985, quedando, por esta vía, sin normativa legal especial el contrato de concesión del servicio de televisión por suscripción.

La razón de la inexequibilidad decretada se apoyó en que, en vigencia de la Constitución Política adoptada en 1886, la potestad para regular el servicio público de televisión por suscripción era privativa del legislador y, por tanto, no podía ser asignada al Ministerio de Comunicaciones.

Tal como expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto proferido el 9 de diciembre de 1986, con ponencia del Consejero Gonzalo Suárez Castañeda[[14]](#footnote-14), la jurisprudencia tenía establecido –desde esa época- que la sentencia de inexequibilidad sólo produce efectos hacia el futuro, como regla general. Por ello, en su oportunidad se respetaron los efectos que surtieron la Ley 42 de 1985 y las situaciones jurídicas establecidas al amparo del Decreto 666 de 1985, dentro de su vigencia.

Por otra parte, se observa que el contrato de concesión de *“espacios de televisión”[[15]](#footnote-15)* no nació con la Ley 42 de 1985, toda vez que se encontraba, con anterioridad, igualmente permitido en el Decreto 222 de 1983, contentivo del régimen legal vigente para la contratación administrativa[[16]](#footnote-16), -si bien en dicho estatuto de contratación las atribuciones de adjudicación estaban radicadas en el Instituto de Radio y Televisión – INRAVISIÓN- y el término del contrato de concesión se encontraba limitado por un plazo más corto que el de diez años permitido en el Decreto 666 de 1985.

Es importante observar que en el Decreto 222 de 1983 se definió la naturaleza y el objeto de los contratos de concesión en materia de los servicios públicos de telecomunicaciones, de la siguiente manera:

*“Articulo 181. Naturaleza de los contratos. Los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones son administrativos. Tienen por objeto la concesión de los medios de transmisión en el ramo de telecomunicaciones que son propiedad del Estado, con una finalidad de interés público”.*

Ahora bien, en la Constitución Política expedida en 1991 se consagró, en el ámbito constitucional, el espectro electromagnético como un bien público[[17]](#footnote-17) y se asignó a un organismo autónomo su intervención en el mismo para efectos del servicio público de televisión[[18]](#footnote-18).

A partir de lo anterior se expidió la Ley 14 de 1991, mediante la cual se reiteró la naturaleza jurídica del servicio público de televisión, cuya prestación se encontraba a cargo del Estado. Esa Ley autorizó la contratación del servicio en forma temporal con personas naturales o jurídicas, contempló la denominada *“compensación”* en los contratos de concesión y la fijó en un 10% de los ingresos[[19]](#footnote-19).

Con posterioridad se expidió la Ley 182 de 1995, mediante la cual se creó la Comisión Nacional de Televisión, se asignaron a ese organismo, entre otras, las funciones en relación con la celebración de los contratos y la fijación de los *“derechos, tasas y tarifas”* del contrato de concesión de televisión por suscripción.

Mediante la Ley 335 de 1996, a través de la cual se creó la televisión privada en Colombia, el legislador modificó la Ley 182 de 1995, reiteró la aplicación del porcentaje de la tarifa de compensación establecido en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991 para los contratos en curso, a la vez que otorgó a la Comisión Nacional de Televisión la potestad para definir las nuevas prórrogas de los contratos y contempló, para los concesionarios, la posibilidad de acogerse a las nuevas condiciones de las prórrogas, con el fin de acceder a la prestación del servicio por zonas.

Al amparo de esa legislación, la Comisión Nacional de Televisión expidió el Acuerdo 014 de 1997, en el cual reglamentó el servicio de televisión por suscripción. El artículo 22 del Acuerdo 014 de 1997 reguló la prórroga de los nuevos contratos de concesión de la televisión por suscripción.

El Acuerdo 014 de 1997, también fijó el porcentaje de pago de la compensación en un 10% de los ingresos, según su artículo 36. Sin embargo, el citado artículo fue anulado por el Consejo de Estado[[20]](#footnote-20), al considerar esta Corporación que la Comisión Nacional de Televisión desconoció las condiciones fijadas en la Ley, es decir, se extralimitó en cuanto a los requisitos que reguló para definir las tarifas.

Al margen debe advertirse que la Ley 80 de 1993 derogó el Decreto 222 de 1983 y en el nuevo régimen de contratación estatal se identificó la modalidad de contratación directa para los servicios de telecomunicaciones, entonces regulados por el Decreto 1900 de 1991. A su turno, las leyes 182 de 1995 y 336 de 1996 establecieron una reglamentación especial para el servicio público de televisión[[21]](#footnote-21).

Mediante la Ley 680 de 2001 se reformó la Ley de Televisión. En el artículo 6 de dicha Ley se otorgó un plazo de tres meses para que la Comisión Nacional de Televisión definiera la reestructuración de los contratos en curso, en materia de *“rebaja de tarifas”* y *“adición compensatoria del plazo”.*

Ahora bien, el Acuerdo 003 de 2001, el cual constituyó la norma acusada en este proceso, estableció una reducción de la tarifa en relación con la contemplada en el Acuerdo 014 de 1997, del 10% al 7.5%, a la vez que modificó el periodo de pago, de trimestral a mensual, para los efectos de la liquidación y cancelación de las sumas correspondientes a la compensación. Esa modificación se aplicó desde el mes de noviembre de 2001, según se observa de las autoliquidaciones presentadas por el consorcio[[22]](#footnote-22).

**5. Naturaleza de la tarifa de compensación**

En relación con la contraprestación o remuneración que debe reconocer el concesionario al Estado por concepto de la explotación del servicio público en materia de televisión, la Corte Constitucional[[23]](#footnote-23) y el Consejo de Estado[[24]](#footnote-24) han

advertido que la obligación de pagar las cantidades periódicas se encuentra vinculada directamente con el beneficio que a los obligados otorga el Estado mediante la concesión del espectro electromagnético y que, en tal medida, la tarifa de compensación tiene la naturaleza de un precio público y no la de un impuesto o una contribución parafiscal.

Ello era así incluso en vigencia del Decreto 222 de 1983, Estatuto de Contratación Administrativa vigente para la época en que se celebró la Concesión 006 de 1986, toda vez que el precio del contrato se encontraba definido de acuerdo con las tarifas que en su momento fijaba la autoridad competente[[25]](#footnote-25). Como se ha observado en el recuento normativo presentado en esta providencia, la Ley 14 de 1991 incorporó un porcentaje predefinido por el legislador, pero posteriormente, con la creación de la Comisión Nacional de Televisión, la Ley 182 de 1995 le atribuyó a ese organismo la facultad de determinar las tarifas, la cual detenta actualmente la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV- de conformidad con la Ley 1507 de 2012.

**6. El caso concreto**

**6.1. Tarifa de compensación aplicable como consecuencia de la nulidad del Acuerdo 003 de 2001**

En primer lugar, debe observarse la improcedencia del argumento expuesto por el Consorcio demandante, acerca de la aplicación de la tarifa de compensación prevista en el Decreto 2401 de 1998, reglamentario del Estatuto de Telecomunicaciones entonces vigente, contenido en el Decreto 1900 de 1990, la cual estaba definida en el 3% de los ingresos.

La invocación del citado Decreto para el caso *sub judice* resulta errada, teniendo en cuenta la competencia privativa de la Comisión Nacional de Televisión para establecer las tarifas de compensación de las concesiones de la televisión por suscripción de acuerdo con la ley, tal como lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C- 351 de 2004[[26]](#footnote-26), en la oportunidad en que declaró inexequible el parágrafo reseñado en la interpretación del demandante, contenido en el artículo 6 de la Ley 680 de 2001, mediante el cual el legislador pretendió extender, al servicio de televisión por suscripción, el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones (RUCFE).

En la citada sentencia, la Corte Constitucional advirtió que ***“****es claro que la competencia para definir las tarifas correspondientes al servicio de televisión no le pertenece a la Comisión Nacional de Televisión por virtud de lo que disponga un decreto reglamentario, sino por voluntad expresa y directa de la Constitución Política”.*

Como consecuencia, mal podría acudirse a una reliquidación de los derechos de compensación en el seno de un contrato de concesión de televisión por suscripción con base en una tarifa determinada por un decreto reglamentario emanado del Ministerio de Comunicaciones, el cual, además, se refería al uso de los servicios de radioenlaces y, por tanto, a un concepto diferente de aquel en el que se fundó el precio de la compensación establecida en las leyes aplicables a la concesión de televisión por suscripción, según se indicará más adelante.

**6.2. Análisis de la situación jurídica configurada a raíz de la Ley 680 de 2001. Competencia de la Comisión Nacional de Televisión**

Desde la expedición de la Ley 335 de 1996 se dispuso la competencia de la Comisión Nacional de Televisión, en orden a unificar las tarifas de los distintos concesionarios de televisión por suscripción, con ocasión de las prórrogas de los contratos, la cual debía desplegar la referida entidad con base en los estudios técnicos de los distintos factores que determinaban los costos y beneficios en las concesiones.

Es cierto que por virtud de la expedición de Ley 680 de 2001 se produjo una suspensión temporal de la aplicación de los requisitos para determinar las tarifas de compensación de los contratos de concesión de la televisión por suscripción, sin embargo, ello no significó la pérdida de competencia de la Comisión Nacional de Televisión para establecer las tarifas, según lo advirtió la Corte Constitucional al definir la exequibilidad condicionada de la mal llamada derogatoria de las facultades de la Comisión Nacional de Televisión, prevista en el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995.

Como razonó la Corte Constitucional, se trató de una suspensión temporal para unificar las condiciones de los concesionarios en pie de equivalencia, ante el inminente vencimiento de la mayoría de los contratos que para esa época completaban los primeros diez años a partir de la adjudicación inicial.

Por otra parte, advierte la Sala que por virtud de la Ley 680 de 2001 tuvo lugar la suspensión temporal de la exigencia de los requisitos para determinar las tarifas de las concesiones, sin embargo, ello no conllevó la sustitución de dicha tarifa con aquella otra establecida en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones (RUCFE) para el caso *sub judice*, teniendo en cuenta que la Comisión Nacional de Televisión detentaba competencia, con raigambre constitucional, en orden a establecer las referidas tarifas en el ámbito de la concesión del servicio público de televisión por suscripción[[27]](#footnote-27).

Siendo así, se desecha el porcentaje del 3% como base para establecer la compensación en orden a medir el restablecimiento económico como consecuencia de la anulación del Acuerdo 003 de 2001.

**6.3. La tarifa contractual se debe tomar como parámetro del restablecimiento del derecho**

Para resolver el asunto que se debate, considera la Sala que en virtud de la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, resulta pertinente emplear como parámetro del restablecimiento económico la tarifa de compensación pactada en el Contrato de Concesión 006 de 1986 y en la prórroga correspondiente, en la medida que no llegó a modificarse, según se explica a continuación.

En efecto, aunque el supuesto legal de la inamovilidad del pacto contractual contentivo de las tarifas de compensación se había flexibilizado desde la expedición de la Ley 335 de 1996, en aras de apoyar la fijación de las condiciones económicas en aspectos técnicos y en el principio de equivalencia para los distintos concesionarios, lo cierto es que, en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, la tarifa de la prórroga se formalizó mediante el otrosí suscrito el 30 de abril de 1998, con fundamento en la Ley 335 de 1996, es decir, con anterioridad a la fecha en que se expidieron la Ley 680 de 2001 y el Acuerdo 003 de 2001. Allí se acordó la continuidad del porcentaje de compensación fijado en el 10%.

De esta manera, frente a la Ley 680 de 2001, era indudable que el Concesionario no podía ser compelido a la modificación del porcentaje pactado y que en caso de no aceptar las nuevas condiciones de unificación de tarifas tenía el derecho de renuncia a la concesión según se refirió en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, toda vez que la situación jurídica creada por el pacto contractual no podía ser avasallada.

No obstante lo cual, tal como advirtió la entidad demandada en este proceso, como la reforma de la tarifa fue a la baja (de 10% a 7.5%), no produjo una afectación y se esperaba la aceptación de los concesionarios a la misma. Lo anterior explica que a raíz de la expedición de la Ley 680 de 2001, la Comisión Nacional de Televisión dispusiera un plazo perentorio para la firma del otrosí correspondiente a la modificación contractual, según lo indicó en el artículo 5 del Acuerdo 003 de 2001.

**6.4. Efectos *“ex tunc”* frente a la nulidad del acto administrativo**

Ahora bien, desde la perspectiva de los efectos jurídicos de la nulidad del acto administrativo, en el supuesto que aquí se examina se puede recabar en la preminencia del acuerdo contractual como parámetro del restablecimiento del derecho, por las siguientes razones:

Las cláusulas del Contrato de Concesión 006 de 1986 no fueron modificadas por virtud del Acuerdo 003 de 2001, en la medida en que tal acto fue anulado y por tanto, aquí y ahora –*hic et nunc*-, se entiende no aplicable en momento alguno en el ámbito del Contrato de Concesión 006.

Se reafirma que la regla general de los efectos de la declaratoria de nulidad del acto administrativo consiste en que la decisión judicial produce efectos *ex tunc*, esto es desde la fecha en que se expidió el acto administrativo, el cual, en el presente caso fue expulsado del mundo jurídico en forma retroactiva, tal como lo observó el Tribunal *a quo.*

En este caso concreto se refuerza lo anterior con la circunstancia de queno se incorporó la modificación correspondiente a la nueva tarifa en el momento en que se suscribió la reforma al Contrato de Concesión y que para la fecha en que se expidió el Acuerdo 003 de 2001, el referido Contrato de Concesión ya se encontraba prorrogado por el término de 10 años.

Ahora bien, las situaciones jurídicas consolidadas en vigencia del acto anulado constituyen una excepción a la retroactividad de los efectos de la nulidad del acto administrativo, en cuyo caso se configuran los efectos *ex nunc,* hacia el futuro y solo a partir de la declaratoria de nulidad. Empero el supuesto de las situaciones jurídicas consolidadas no puede predicarse en el caso *sub judice.*

Se precisa que no tuvo lugar la consolidación de la nueva tarifa, considerando que el consorcio demandante acudió a incoar la acción de nulidad y restablecimiento en su oportunidad, en cuanto estimó ilegal y lesivo el contenido del Acuerdo 003 de 2001.

En este sentido, no prospera la postura consistente en invocar una situación jurídica consolidada frente a la nulidad del acto modificatorio de la tarifa de compensación del contrato de concesión, toda vez que existió el hecho inequívoco de la presentación de las acciones orientadas a impugnar el acto administrativo. De esta manera, si el demandante en el caso concreto procedió a la liquidación y pago bajo las nuevas reglas que se le imponían por la fuerza del acto administrativo, se entiende que lo hizo en desarrollo de una conducta consistente en el deber de cumplimiento de las disposiciones de la autoridad competente, empero, considerando que acudió a presentar la demanda contra el acto administrativo, es evidente que se opuso a la aceptación del efecto jurídico particular del respectivo acto y, por ello, evitó la configuración de una situación jurídica consolidada.

Así las cosas, considerando que : **i)** los contratos son ley para las partes[[28]](#footnote-28); **ii)** en todo contrato *“se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”* y que en este caso **iii)** no se formalizó un acuerdo escrito de modificación de la tarifa[[29]](#footnote-29); se concluye que frente a la nulidad del acto administrativo llamado a modificar la tarifa, la regla para cuantificar la eventual vulneración del derecho se debe regir por el referente del acuerdo escrito entre las partes, es decir, por el porcentaje del 10%, el cual, además, respetó la competencia de la Comisión Nacional de Televisión para la respectiva contratación y se encontró ajustado a las disposiciones legales que se invocaron en la prórroga del contrato.

Por último, la Sala tiene claro que no procede estimar la aplicación del Acuerdo 014 de 1997 para determinar el restablecimiento del derecho en el caso *sub judice*, en la medida que la declaratoria de nulidad del Acuerdo 003 de 2001 no revivió el Acuerdo derogado, además de que la contraprestación allí fijada por la Comisión Nacional de Televisión también fue objeto de declaración de nulidad, por virtud de la decisión del Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Subsección C[[30]](#footnote-30).

Se aclara que de conformidad con dicha providencia se consideraron situaciones jurídicas consolidadas las autorizaciones y adjudicaciones de los contratos realizados en vigencia de dicho Acuerdo 014 de 1997, lo cual se puede predicar en este caso en relación con la prórroga del contrato que fue perfeccionada en vigencia de dicho Acuerdo 014 y con las liquidaciones realizadas bajo el mismo, aunque en este proceso dichos actos no constituyeron materia de impugnación.

**6.5. Precisión acerca de la utilización de servicios de telecomunicaciones en la televisión por suscripción del contrato sub lite**

El Decreto 1900 de 1990, expedido en uso de facultades extraordinarias de la Ley 72 de 1989 estableció el estatuto de las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines, dentro de los cuales se mencionó el servicio de difusión de la televisión. Dicho estatuto impuso a los concesionarios de televisión por suscripción la necesidad de obtener permiso del Ministerio de Comunicaciones para la recepción directa de las señales internacionales[[31]](#footnote-31).

Debe advertirse que el Decreto 2041 expedido el 8 de octubre de 1998, se expidió con el propósito de establecer el régimen unificado de contraprestaciones, por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones, en ejercicio de sus facultades de reglamentación previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 1900 de 1990.

De manera importante tiene que destacarse que el citado Decreto 2041 de 1998 estableció la distribución de competencias y preservó la asignada por ley a la Comisión Nacional de Televisión para efectos de fijar las contraprestaciones en materia de frecuencias atribuidas a los servicios de televisión:

*“Artículo 3º. Distribución de Competencias. (…). Parágrafo. La competencia en materia de contraprestaciones que se causen por las frecuencias atribuidas por el Ministerio de Comunicaciones al servicio de televisión está a cargo de la Comisión Nacional de Televisión - CNTV -, en los términos y condiciones establecidos en las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996.*

*“Los canales radioeléctricos que se requieran para el establecimiento y la operación de radioenlaces destinados a redes de televisión están sometidos al pago a favor del Fondo de Comunicaciones de que trata el presente régimen unificado”.*

Como consecuencia, se advierte la diferencia conceptual entre los derechos de compensación pagaderos a favor de la Comisión Nacional de Televisión por concepto del precio de la concesión y los establecidos eventualmente para los radioenlaces requeridos por las redes de televisión y se precisa que estos últimos no necesariamente eran utilizados en todos los sistemas de televisión por suscripción o en todas las modalidades de difusión de la señal.

La Sala soporta las anteriores apreciaciones como aplicables al caso concreto con base en las siguientes pruebas: **i)** el oficio 1377 de 3 de abril de 2003, en el cual la Directora de Servicios del Ministerio de Comunicaciones explicó al Tribunal *a quo* que el servicio de televisión es *“otro servicio de difusión de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1900 de 1990, sin embargo, la entidad competente para regular la prestación del mismo es la Comisión Nacional de Televisión”[[32]](#footnote-32);* **ii)** la Resolución 3489 de 1997 mediante la cual el Ministerio de Comunicaciones estableció las tarifas por el servicio de radiodifusión en amplitud modulada (A.M.) y frecuencia modulada (F.M.), con fundamento en la cual se advierte que el referido Ministerio desplegó un régimen tarifario especial y diferente del concepto de la compensación del concesionario de televisión por suscripción y **iii)** el anexo técnico del Acuerdo 14 de 1997[[33]](#footnote-33), en el cual se contempló la existencia de dos modalidades de transmisión dependiendo de la tecnología aplicada: transmisión radiodifundida, con tendencia a la tecnología digital y el sistema de cable.

También las pruebas arrojan claridad acerca de las distintas modalidades tecnológicas que se adoptaron en el Contrato de Concesión 006 de 1986 y en sus modificatorios. En efecto, el contrato fue inicialmente celebrado con el objeto de llevar el servicio de televisión por suscripción a los usuarios, *“bajo la modalidad de transmisión de canales radioeléctricos”*, lo cual se aprecia igualmente en el modificatorio 007 contentivo de la sustitución de uno de los cuatro canales inicialmente asignados. Posteriormente, en el contrato modificatorio suscrito el 15 de junio de 1993, se dispuso autorizar la prestación del servicio *a través de “cable coaxial o fibra óptica”* y, finalmente,enla prórroga suscrita el 30 de abril de 1998, se confirmó que dicha prórroga se otorgó para el servicio “*mediante la utilización del sistema de cables“* y se estableció que: “*EL CONCESIONARIO se compromete a devolver las frecuencias radioelécricas que le fueron asignadas mediante el contrato de Concesión 006 de 1986 en un plazo máximo de tres (3) años”.*

En la misma forma debe tenerse presente que el artículo 19 de la Ley 182 de 1995, estableció la clasificación conceptual entre la televisión radiodifundida y la cableada, en función de la tecnología.

Con fundamento en todo lo expuesto se concluye que el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones de Servicios de Telecomunicaciones (RUCFE) aplicaba eventualmente dependiendo de la modalidad tecnológica utilizada por el respectivo concesionario.

Por tanto, se regresa a la confirmación de que en la presente *litis* no procede emplear como referente la tarifa del 3% fijada por el Decreto Reglamentario 2041 de 1998, como base para medir el restablecimiento económico derivado de la anulación del Acuerdo acusado.

**6.6. Análisis del restablecimiento del derecho acreditado con fundamento en el dictamen pericial**

Se tiene como parte del acervo probatorio el **dictamen pericial** presentado por los peritos contadores públicos el 11 de septiembre de 2003 y la aclaración al referido dictamen, contentiva de las repuestas a la objeción por error grave interpuesta por la Comisión Nacional de Televisión, radicada por los peritos el 10 de abril de 2007[[34]](#footnote-34).

Dicha experticia se aportó con los anexos correspondientes a las certificaciones de liquidación de la compensación suscritas por el representante legal y el contador público del Consorcio y los comprobantes de las consignaciones realizadas en Bancolombia, los cuales reflejan que el concesionario liquidó y pagó fue del 7.5%, para los derechos causados entre el mes de noviembre de 2001 y el mes de febrero de 2002, inferior a la que era contractualmente aplicable, según lo expuesto en esta providencia.

Ahora bien, para apreciar el dictamen pericial y adoptar o no sus conclusiones, el juzgador debe tener en cuenta el contenido de las preguntas que se formulan al perito, las fuentes utilizadas por el mismo, la metodología empleada y las respuestas entregadas por el referido experto.

La valoración del concepto del experto en cada una de las respuestas debe estar ligada al contexto en el cual se le consultó y a la manera como arribó a la respectiva respuesta, con el propósito de configurar el análisis crítico del acervo probatorio, en el cual se debe apoyar el Juez al momento de dictar la sentencia.

En este proceso se aprecia que la prueba pericial versó sobre diversos puntos, algunos de los cuales no pueden ser acogidos como base del restablecimiento del derecho, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

En el primer punto del cuestionario, se solicitó “*calcular la contribución que ha debido pagar el CONSORCIO, si en lugar de aplicarse el porcentaje del siete punto cinco por ciento (7,5%), como lo ordena el Acuerdo 003 de 2001, se hubiera aplicado el tres por ciento (3%) de conformidad con la Ley 680 de 2001 y el Decreto 2041 de 1998”.* En el segundo punto del cuestionario se le solicitó establecer los intereses sobre las sumas pagadas, *“si el pago hubiera sido trimestral y no mensual* y en el tercer punto, se le preguntó a los peritos por el valor de los intereses, *“si en lugar de aplicar la tasa señalada en el Acuerdo 003 de 2001, se hubiera aplicado la tasa del tres por ciento (3%) como lo estipula el régimen unificado de Contraprestaciones”[[35]](#footnote-35).*

Salta a la vista que la Sala no puede adoptar los valores concluidos en los puntos primero y tercero del dictamen, teniendo en cuenta que en ellos la premisa del cuestionario era la de aplicar el porcentaje del 3%, supuesto que no resultó pertinente en el caso concreto, tal como lo alegó la Comisión Nacional de Televisión en su apelación y lo acepta la Sala, teniendo en cuenta los fundamentos legales y el contenido de los documentos aportados, según lo ha expuesto en este proveído.

Sin embargo, en relación con el contenido del dictamen en la pregunta y la respuesta del punto 2, se acogerá parcialmente, toda vez que refleja el cambio en la modalidad de pago que se impuso por la aplicación del Acuerdo 003 de 2001, de trimestral a mensual, la cual significó una afectación temporal durante el periodo en que se exigió la autoliquidación mensual.

En ese aspecto, quedó probado que por virtud del acto anulado la periodicidad de pago fue modificada, teniendo en cuenta que en el Contrato de Concesión 006 el Consorcio estaba obligado al pago trimestral, de conformidad con lo estipulado en el parágrafo de la cláusula décima primera del aludido contrato[[36]](#footnote-36).

Así las cosas, observando los períodos de liquidación que aparecen en la autoliquidación trimestral presentada por el demandante y aportada al proceso, se concluye que en efecto existió un desplazamiento en la fecha de los pagos de la compensación, toda vez que los correspondientes al trimestre agosto a octubre de 2001[[37]](#footnote-37), debieron efectuarse el 15 de noviembre de 2001. Si de allí se proyectan los trimestres siguientes, se establece que los pagos del período noviembre a enero de 2002 debían realizarse el 15 de febrero de 2002 y los pagos del trimestre febrero a abril de 2002, se debían efectuar a más tardar el 15 de mayo de 2002.

Ahora bien, de acuerdo con las pruebas los pagos se hicieron de manera anticipada en los siguientes eventos:

**i)** La suma de $46’673,664, correspondiente al mes de diciembre de 2001 fue consignada el día 30 de enero de 2002. Esta partida tenía plazo para el pago trimestral hasta el 15 de febrero de 2002, es decir, que por virtud del Acuerdo anulado el concesionario se vio compelido a anticipar el pago en 15 días.

**ii)** La suma de $47’209,398, correspondiente al mes de enero de 2002, consignada el 28 de febrero de 2002. Esta partida tenía plazo para el pago trimestral hasta el 15 de febrero de 2002, es decir, que se anticipó el pago en 13 días.

**iii)** La suma de $47’967.106 correspondiente al mes de febrero de 2002, fue consignada el 1º de abril de 2002. Esta partida tenía plazo para el pago hasta el 15 de mayo de 2002, es decir, que se anticipó el pago en 15 días.

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que el pago anticipado que tuvo que realizar el Concesionario, de conformidad con el acto administrativo acusado -y anulado-, da lugar al derecho al restablecimiento económico, por el monto que se liquidó el ítem del punto 2 del dictamen, toda vez que:

**i)** en el contrato se acordó el pago trimestral en lugar de mensual;

**ii)** en la apelación no se rebatióla aplicación de la tasa de interés utilizados por los peritos como base de cálculo del resarcimiento, los cuales fueron liquidados en el dictamen con fundamento en el interés bancario corriente vigente para cada período;

**iii)** el cálculo de los días de anticipación en el pago tampoco fue materia de la presente apelación;

**iv)** el monto de los pagos fue calculado por los peritos con base en las autoliquidaciones y en las consignaciones bancarias presentadas en el proceso, cuyo valor se encontró corroborado en el análisis de las pruebas. En este punto concreto se confirma el análisis del Tribunal *a quo* en cuanto a la improcedencia de la objeción por error grave, por la existencia de soportes suficientes para arribar a las cifras utilizadas por los peritos.

De acuerdo con lo expuesto, el Acuerdo 003 de 2001 fue causa de la exigencia anticipada en el pago de la compensación pactada en el Contrato de Concesión, razón por la cual frente a su nulidad se reconocerá, a título de restablecimiento, la suma a la cual se llegó en el peritazgo y que fue incorporada en la condena de primera instancia, por el valor de $2’516.380,47, de conformidad con la pregunta y el contenido de la referida respuesta del punto 2 del dictamen[[38]](#footnote-38).

**6.7. Improcedencia de la indexación de los intereses**

Sin embargo, tratándose de un restablecimiento cuantificado con fundamento en el concepto de los intereses, esto es, bajo la acepción o significado del costo de oportunidad del dinero, no es procedente acudir a la indexación o ajuste de los intereses con base en el índice de precios al consumidor, toda vez que la vulneración del derecho se causó solamente por los días de anticipación en el pago, empero no se extendió en el tiempo, toda vez que – se repite- la suma liquidada y cancelada correspondió a un monto de compensación contractualmente adeudado por el Concesionario.

Así las cosas, para efectos de la condena se tendrá en cuenta únicamente el valor establecido por los peritos como correspondiente al tiempo en que se causó la lesión del derecho, el cual refleja la medida del restablecimiento, esto es, la afectación económica medida frente al caso de que el acto anulado no se hubiera expedido.

En conclusión, se modificará la sentencia de primera instancia en orden a reformar el valor de la condena, según lo expuesto.

**7. Costas**

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998, norma especial que se estima aplicable al presente proceso, indica que hay lugar a la imposición de costas de acuerdo con la conducta de las partes. Para esta *litis* se estima que ninguna de las partes actuó temerariamente y, por tanto, se establece que no habrá lugar a imponer la condena en costas.

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

##### F A L L A

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, el 19 de abril de 2012, en el punto SEGUNDO, el cual quedará así:

***SEGUNDO****: Como consecuencia de la nulidad del Acuerdo 003 de 13 de noviembre de 2001, proferido por la Comisión Nacional de Televisión, declarada por el Consejo de Estado en sentencia del 13 de mayo de 2009, dentro de la acción de simple nulidad No. 11001-03-26-000-2004-0020-00 (27832),* ***ORDÉNASE*** *como restablecimiento del derecho, el pago de la suma de dos millones quinientos diez y seis mil trescientos ochenta pesos M/cte ($*2’516.380*), a favor del Consorcio* Radio Cadena Nacional S.A. R.C.N. S.A. – CIBERDATOS S.A. y *a cargo de la Comisión Nacional de Televisión o en su defecto, la entidad que haga sus veces.*

**SEGUNDO:** **CONFIRMAR** las demás decisiones de la sentencia apelada.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Posteriormente la participación fue cedida a Ciberdatos S.A., entidad creada como consecuencia de la escisión de la sociedad Datos y Mensajes S.A., de acuerdo con lo que se lee en el otrosí obrante en los folios 62 a 64, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. De conformidad con el documento denominado *“Convenio de Consorcio”*, folios 8 a 12, cuaderno 2. El Consorcio fue constituido entre las sociedades Radio Cadena Nacional S.A. R.C.N. y Datos y Mensajes S.A., siendo la primera designada como representante legal. Para los efectos de la presente providencia, esta parte se podrá denominar: el Consorcio. [↑](#footnote-ref-2)
3. De acuerdo con el documento de prórroga obrante en los folios 59 a 61, cuaderno 2, la cesión tuvo lugar con fecha 14 de diciembre de 1995, una vez creada la Comisión Nacional de Televisión, organismo previsto en el artículo 76 de la Constitución Política y de conformidad con las facultades que le fueron otorgadas por virtud de la Ley 182 de 1995. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, sentencia de 13 de mayo de 2009, radicación número: 11001-03-26-000-2004-00020-00 (27832), actor: Consuelo Acuña Traslaviña y otros (tres demandas acumuladas), demandado: Comisión Nacional de Televisión, referencia: acción de nulidad. La Sección Tercera declaró la nulidad del Acuerdo 003 de 2001, considerando que: “*CNTV**no cumplió con la obligación de conceder un término de 2 meses a los interesados para que éstos presentaran las observaciones que consideraran necesarias, formalidad cuya inobservancia se traduce en la invalidez del acto administrativo”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 45 y 46, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 114 a 116, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 297, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 19 de noviembre de 2012, radicación 11001032600020050005600 (31648), actor: Zulman Cerinza Garibello, demandada: Comisión Nacional de Televisión, referencia: acción de nulidad.

   [↑](#footnote-ref-8)
9. “*PRIMERO: DECLARAR la nulidad del inciso primero del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, en el entendido que las situaciones individuales y concretas de carácter definitivo que se hayan producido en vigencia del acto que se declara nulo, gozan de presunción de legalidad”.* [↑](#footnote-ref-9)
10. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2002, toda vez que la demanda se presentó el 1º de abril de 2002. [↑](#footnote-ref-10)
11. 4 de mayo de 2012. [↑](#footnote-ref-11)
12. El Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013 resolvió *“****UNIFICAR la Jurisprudencia*** *en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. *“Por la cual se transforma el Instituto Nacional de Radio y Televisión -INRAVISIÓN- en una entidad asociativa de carácter especial y se dictan otras disposiciones”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Radicación Nº 078. Consulta del Ministerio de Comunicaciones sobre las consecuencias de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 51 de la Ley 42 de 1985. [↑](#footnote-ref-14)
15. No se había incorporado la figura jurídica de la concesión del *espectro electromagnético* para el servicio público de televisión. [↑](#footnote-ref-15)
16. Capítulo 14, artículos 202 a 206. [↑](#footnote-ref-16)
17. Artículo 75 C.P. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artículo 76.C.P. **(**Derogado por el art. 1, Acto legislativo 002 de 2011). [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ley 14 de 1991. “Artículo 49****.****Cánones y tarifas. En los contratos se establecerá la obligación a cargo de los concesionarios de pagar, como compensación por la utilización y explotación de los canales radioeléctricos del Estado, el diez por ciento (10%) del total de los ingresos provenientes exclusivamente de la operación del servicio de televisión por suscripción, sin perjuicio del canon de concesión, fijado por el Ministerio de Comunicaciones. (…)”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 19 de noviembre de 2012, radicación 11001032600020050005600 (31648), actor: Zulman Cerinza Garibello, demandada: Comisión Nacional de Televisión, referencia: acción de nulidad. [↑](#footnote-ref-20)
21. Sobre este particular, se puede agregar que con posterioridad a los actos materia del presente proceso, la Ley 1150 de 2007 introdujo en su artículo 27 una disposición legal especial acerca de la prohibición de prórroga automática en el contrato de concesión de los servicios de televisión. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 23 a 29, cuaderno de pruebas 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sentencia C-303 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernandez Galindo, mediante la cual resolvió *“Declárase EXEQUIBLE el parágrafo 2 del artículo 16 de la Ley 335 de 1996”.* Sentencia C-403 de 2010, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, en relación con los artículos demandados de la Ley 1349 de 2009, sobre cual se resolvió: *“Declarar INEXEQUIBLE la expresión* [televisión]“*radiodifundida” y EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el artículo 22-4 de la Ley 1341 de 2009, en el entendido que en los casos en que una misma red sirva para la prestación de varios servicios de telecomunicaciones, la competencia de cada una de las entidades reguladoras se referirá solo al servicio y a la tecnología que legalmente se le haya asignado”.* [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 12 de marzo de 2014, radicación 250002326000200300751 01 (30289), actor: Galaxy de Colombia Ltda., demandado: Comisión Nacional de Televisión. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 3 de diciembre de 2015, radicación: 25 000 23 26 000 2007 00349 01 (42327), actor: Directv Colombia Ltda., demandado: Comisión Nacional de Televisión. [↑](#footnote-ref-24)
25. *“Artículo 206. Del precio del contrato. La Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión -INRAVISIÓN- fijará las tarifas para la concesión de espacios en los canales de televisión, las cuales deberán incluirse en el pliego de condiciones”.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Sentencia C-351/04, referencia: expediente D-4877, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6º (parcial) de la Ley 680 de 2001, actor: Antonio Bustos Esguerra, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-26)
27. El literal g del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 estableció que los derechos, tasas y tarifas, debían ser fijados, en condiciones equivalentes, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total, el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, la recuperación de costos del concesionario, el beneficio de acuerdo con la audiencia potencial, así como las condiciones relacionadas con el pluralismo informativo y la inexistencia de prácticas monopolísticas. [↑](#footnote-ref-27)
28. Artículo 1602 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-28)
29. Decreto 222 de 1983 *“Artículo 26. De los contratos que deben constar por escrito.**Salvo lo dispuesto en este estatuto, deberán constar por escrito los contratos cuya cuantía sea o exceda la suma de trescientos mil pesos ($300.000.00)”.* [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 19 de noviembre de 2012, radicación 11001032600020050005600 (31648), actor: Zulman Cerinza Garibello, demandado: Comisión Nacional de Televisión, referencia: acción de nulidad. [↑](#footnote-ref-30)
31. Artículos 29, 39 y 39, Decreto 1900 de 1990. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folio 123, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios 87 a 96, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 184 a 208, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 136 y 137, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-35)
36. *“Cada tres (3) meses el CONTRATISTA enviará a la NACIÓN una relación detallada de los ingresos percibidos por el período correspondiente, certificada por el Contador Público y pagará la suma a que se refiere la presente cláusula dentro de los quince días siguientes al trimestre de su causación”.* [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 139, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folio 137, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-38)