

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia / ACCION DE NULIDAD - Competencia Sección Tercera. Única Instancia

En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas Secciones del Consejo de Estado el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992, modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales. La Sección Tercera es competente para conocer de este asunto, habida cuenta que lo que se está discutiendo es la legalidad del cobro de una tarifa por compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción, cableada y satelital. Y por tratarse de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden nacional y por actuarse en ejercicio de la acción de nulidad, el asunto lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 1º del CCA).

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Circular demandada / CIRCULAR 11 DE 2005 - Naturaleza jurídica

Según la demanda con la expedición de la Circular CNTV 11 de 2005, la Comisión Nacional de Televisión ha decidido imponerle a los operadores del servicio de televisión por suscripción cableada la tarifa de la compensación, sin cumplir previamente el ineludible procedimiento establecido el artículo 13 de la Ley 182 de 1995. De acuerdo con el actor, para imponer la tarifa del 10%, la Comisión recurrió al “peregrino argumento” de afirmar que está vigente el artículo 36 del Acuerdo 14 de 1997. No basta llamar “Circular” a lo que debería ser un Acuerdo y de esa manera evadir el cumplimiento del artículo 13 de la Ley 182: “La verdad es que la Circular 11 de 2005 no recuerda el cumplimiento de ninguna norma. La realidad es que resucita una norma de 1997 que ella misma había decidido modificar en el año 2001”. Por su parte, la demandada indicó que la Junta Directiva de la Comisión en sesión del 17 de mayo de 2005 acogió los conceptos de la Subdirección de Asuntos Legales y de la Oficina de Planeación en relación con la vigencia del artículo 36 del Acuerdo CNTV 014 de 1997 y ordenó la elaboración de una Circular dirigida a los concesionarios de televisión por suscripción, en la que se les informara que la tarifa a aplicar por concepto de compensación era del 10%, por haber recobrado vigencia el artículo 36 del Acuerdo CNTV 014 de 1997. Con la expedición de la Circular CNTV 011 de 2005 “es claro que la Comisión Nacional de televisión no está reglamentando materia alguna en la Circular 011 del 23 de mayo de 2005, sino simplemente recordando la vigencia del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997”. Por manera que la Sala debe previamente determinar si la Circular CNTV 11 de 2005 acusada reviste o no la modalidad de acto administrativo, a la luz de lo previsto por el inciso 3º del artículo 84 del C.C.A., modificado por el artículo 14 del decreto 2304 de 1.989, por cuya virtud también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio.

CIRCULAR 11 DE 2005 - Acto administrativo

2.1 De conformidad con la Circular CNTV 11 de 2005, “en estricto acatamiento” de las providencias de suspensión provisional del Acuerdo CNTV 002 de 2004 de esta Sección Tercera, la Comisión procedió a dar a conocer una “determinación” de esa entidad. 2.2 Dicha “determinación” fue adoptada el día 7 de mayo de 2006, según consta en Acta No. 1156. 2.3 La “determinación”, según la circular impugnada, consiste en que la Comisión Nacional de Televisión “informa” a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada, que “la tarifa a (sic) pagar por concepto de compensación es del diez por ciento (10%) del total de

los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario, establecida en el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997". 2.4 La "determinación" se adoptó en consideración a que, dice la Circular impugnada, por virtud de las decisiones de suspensión provisional de los Acuerdos CNTV 003 de 2001 y 002 de 2004, "el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, no ha sido derogado".

CIRCULAR DEMANDADA - Objeto de control judicial. Acto administrativo

El carácter regulatorio y vinculante de la "circular" impugnada se revela, asimismo, en las eventuales consecuencias que se derivan de no acatar la "determinación" de la Administración allí contenida y que la propia Circular demandada se anticipa a precisar. Esa virtualidad de producir efectos jurídicos externos la pone de presente la redacción perentoria y enfática del acto administrativo general impugnado. Texto que dista, por cierto, de ser una simple admonición de carácter conceptual o no vinculante para sus destinatarios: "el incumplimiento de la obligación de pagar dentro del plazo señalado, dará lugar a que se paguen los intereses moratorios correspondientes sin exceder la tasa máxima permitida en la ley y sin perjuicio de la imposición de las sanciones pactadas contractualmente o establecidas en las disposiciones legales que rigen el servicio público de televisión.". Una conclusión se sigue de lo anterior, la Circular CNTV 11 de 2005 es un auténtico y genuino acto administrativo, en tanto tiene la aptitud de producir efectos jurídicos al crear una situación jurídica general, que vincula a los administrados destinatarios de la misma. Y resulta ostensible e indubitable que no se está delante de una simple circular del servicio, esto es, de una mera herramienta al servicio de la Administración, para que ésta guíe u oriente al administrado, en aras del cabal cumplimiento de los fines del Estado, de la prestación eficiente de los servicios públicos y en general, de la ejecución de la función administrativa con sujeción a los principios de economía, celeridad, eficacia, e imparcialidad, al tenor de los artículos 209 C. P. y 2 y 3 del C. C. A. Contrario sensu, la Circular atacada desborda estos modestos propósitos informativos en tanto produce verdaderos efectos jurídicos, y por lo mismo es pasible de revisión en esta sede judicial.

CIRCULAR 11 DE 2005 - Es un verdadero acto administrativo

De ahí que no se tenga duda sobre el carácter de acto administrativo que reviste la Circular impugnada. Aunque ésta trate de ocultar su verdadero alcance en un aparentemente criterio instructivo, es palmar que inequívocamente adopta una decisión a todas luces vinculante para sus destinatarios y -por lo mismo- es clara la idoneidad del medio judicial escogido. Resulta incuestionable que la Circular CNTV 11 de 2005 constituye un verdadero acto administrativo en tanto no se limita a dar a conocer un criterio institucional sobre la manera de cumplir el derecho vigente. Aparece de bulto que ella contiene una decisión, en tanto adopta una prescripción que no tiene soporte en preceptos previos, así se intente mostrar ello, al recurrir al artilugio de remitirse a lo establecido en una norma que había sido derogada, por demás, por la misma entidad accionada. O lo que es igual, mediante ella la entidad demandada adoptó, en realidad de verdad, una nueva prescripción que, por supuesto produce efectos jurídicos, al pretender "revivir" un precepto que la propia CNTV había decidido derogar, con efectos claramente vinculantes frente a terceros. La Circular CNTV 011 de 2005 contiene una decisión de la Comisión Nacional de Televisión que vincula al administrado. Determinación que crea una situación jurídica que antes no tenía soporte jurídico en precepto

alguno [la fijación de la tarifa que debe pagarse por concepto de compensación] - por lo mismo- tiene vocación de producir efectos jurídicos y, de consiguiente, tiene efectos vinculantes a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada.

CIRCULARES - Pueden ser objeto de control judicial. Presupuestos

Con toda razón, la Corporación ha dejado en claro que las Circulares pueden ser objeto de demanda ante la jurisdicción, cuando quiera que contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, esto es, constituyan verdaderos actos administrativos. En tal virtud, la Circular CNTV 11 de 2005 fue expedida en ejercicio de una función administrativa y la voluntad que en ella se declara o expresa tiene efectos jurídicos tanto sobre concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada, como respecto de la propia Administración, y no se limita a reproducir el contenido de otra norma vigente, como tampoco a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios. Por lo expuesto, resulta claro que la Circular impugnada es susceptible de demanda en orden a procurar su nulidad (art. 84 del C.C.A.) ante esta jurisdicción, habida cuenta de su nítido, incontrovertible e incontestable carácter de acto administrativo y por lo mismo puede llegar a vulnerar derechos de los administrados.

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Facultad de regulación / REGULACION - Debe ejercerse de acuerdo con la ley

En el ordenamiento jurídico nacional la frontera entre la ley y la regulación administrativa de corte económico (sea nominada reglamento o simplemente regulación) cuando quiera que ha sido asignada a autoridades diferentes al Presidente de la República y de orden constitucional, como es justamente el caso de la CNTV, parte de un supuesto elemental: que esta atribución normativa ha de ejercerse de acuerdo con la ley. La cláusula general de competencia en materia regulatoria del servicio público de televisión en nuestro ordenamiento constitucional está asignada al Congreso de la República (artículo 150.1), como lo ratifica la jurisprudencia constitucional. Cuando la Carta expandió la potestad de dictar reglamentos o regulaciones a otras autoridades constitucionales distintas al Presidente de la República, lo hizo a expensas obviamente de éste en tanto aquellas -por decirlo así- vinieron a sustituirlo en el ejercicio de la facultad reguladora-reglamentaria y no a costa de la función reguladora legislativa a cargo del Congreso. No debe perderse de vista que, según la sentencia C 564 de 1995, la Comisión de Televisión regula de acuerdo con la ley, en tanto es un organismo de ejecución y desarrollo de una política trazada por la ley (art. 77CN). En esta línea, la jurisprudencia constitucional también ha reconocido, a partir de lo dispuesto por el artículo 3º de la ley 182 de 1995, un “desplazamiento” de la facultad reglamentaria (C 351 de 2004), eso supone que no puede ir más allá de lo que ordinariamente el reglamentador por antonomasia (Gobierno 189.11 CN) puede hacer. Baste recordar que, conforme al inciso primero del artículo 150 CN la cláusula general de competencia legislativa atañe al Congreso. Que la Corte Constitucional reconozca que hay una potestad reglamentaria “difusa”, guarda absoluta coherencia con el planteamiento conforme al cual el legislador es el regulador por excelencia en un sistema de fuentes propio de un estado democrático.

ENTES AUTONOMOS - Potestad de normación / POTESTAD DE NORMACION - Desplaza a la facultad reglamentaria pero no al legislador

Ahora, la potestad de normación de los entes autónomos y en particular de la CNTV supone una capacidad de configuración reglamentaria que debe ser respetada por los otros reguladores (Congreso y Presidente) en cuanto al núcleo esencial que resulta definido por los mandatos mediante los cuales la Constitución, de manera explícita y en cada caso, definió el ámbito de autonomía y únicamente para el cumplimiento de la misión constitucional encomendada. Sin embargo, la voluntad de la administración -lato sensu- no puede convertirse en una verdadera potestad legislativa bajo el instituto de regulación económica, poniendo al legislador en una franca posición de inferioridad frente a un ente autónomo, que por definición sólo expide actos normativos de carácter administrativo. Máxime cuando la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el mandato del artículo 150 Superior no conoce más restricciones que las que la propia Constitución determine y, por tanto, salvo que al definir los contornos de la autonomía que ella misma confiere y reconoce haya precisado esos límites, ha de entenderse que el legislador ostenta una amplia potestad de configuración de la autonomía de entes como la CNTV. Tan claro es que la CNTV no puede suplir al legislador, que la Corte Constitucional al ocuparse de la distribución constitucional de competencias entre la ley y el ente regulador de la televisión en lo atinente a la política estatal en esta materia, declaró inexecutable el parágrafo del artículo 33 de la ley 182. Este precepto autorizaba de manera permanente e ilimitada a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión para modificar los porcentajes mínimos de programación nacional fijados en la propia ley, por vulnerar la Carta Política.

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Procedimiento especial para la expedición de actos administrativos de carácter general / EXPEDICION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS - Etapas previas / DEBERES DE DIVULGACION - Garantía de participación ciudadana

Nótese que el artículo 13 de la Ley 182 de 1995 es terminante al prescribir un procedimiento especial para la adopción de los actos de carácter general que sean de competencia de la Junta Directiva de la Comisión. Al efecto previó como etapa previa dentro del procedimiento de expedición de actos administrativos de carácter general, el deber de la Junta de comunicar a sus destinatarios la materia objeto de reglamentación a través de un medio de amplia difusión (deber de divulgación). Asimismo impuso el precepto transcrito, en el marco de esta etapa previa dentro del procedimiento de adopción de actos de carácter general, la concesión de un término de máximo dos meses a los interesados para la presentación de las observaciones que consideren pertinentes sobre el tema objeto de regulación, en orden a dar la oportunidad para expresar sus opiniones (deber de garantizar la participación ciudadana). Estos dos deberes hacen parte de las que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han calificado de “formas previas”, que son los requisitos que es menester llenar antes de dictar el acto administrativo correspondiente. Sólo después de que se han cumplido los deberes de divulgación y de garantía de participación ciudadana, la Comisión Nacional de Televisión puede entrar a lo que podría denominarse etapa de decisión dentro del procedimiento de adopción de actos de carácter general, esto es, a adoptar la reglamentación que estime más conveniente. Finalmente la norma en comento prevé una etapa posterior de exteriorización de la decisión: proceder a publicarla en el Diario Oficial, tal y como lo ordena la Ley 57 de 1985, en consonancia con el literal c) del artículo 119 de la Ley 489 de 1998, para efectos de su vigencia y oponibilidad (deber de publicidad).

ACTO ADMINISTRATIVO - Proceso de elaboración

Usualmente, como ha reconocido la jurisprudencia, el proceso de elaboración de un acto administrativo requiere tan sólo del cumplimiento de “dos períodos perfectamente demarcados: el de la decisión y el de la exteriorización legal”. Quiso, sin embargo, el legislador introducir una etapa previa que ordena la participación del administrado en la adopción de actos administrativos de carácter general, que adopte la Comisión Nacional de Televisión. Como no resulta posible transpolar la fórmula política de la representación de la ley al ámbito administrativo, como mecanismo para que el ciudadano dé su consentimiento a las múltiples disposiciones administrativas que lo obligan, ha comenzado a abrirse camino una vía distinta para obtener el mismo fin: la participación de los ciudadanos en la configuración de ciertos actos administrativos. Una persona que al tener la oportunidad de intervenir en la etapa previa de configuración de la voluntad de la administración, sin duda será más proclive a la adhesión a lo decidido por la Administración, que aquella a la que simplemente se le informa. Ello obedece al proceso de democratización de la acción administrativa, que la doctrina francesa ha liderado. El poder de decisión de la administración, o lo que tradicionalmente se ha conocido como carácter “unilateral” de su manifestación de voluntad no desaparece. La Administración en estos casos sigue teniendo en sus manos la fijación del sentido y alcance de su determinación, como también lo advierte Rivero: “la última palabra continúa en cabeza de la autoridad; ella se informa, ella informa, pero decide sola” ya que “el instrumento esencial de la acción administrativa continúa siendo, en derecho, la decisión ejecutoria, el acto unilateral por el cual la autoridad competente impone su voluntad al sujeto”.

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Naturaleza jurídica / EXPEDICION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER GENERAL - La ley impone la participación ciudadana respecto de tales actos expedidos por dicho ente

Es importante destacar que la Comisión Nacional de Televisión es un ente autónomo (art. 113 CN, 76 y 77 eiusdem y Ley 182 de 1995), o si se quiere un “organismo estatal sujeto a régimen especial” (artículo 40 de la ley 489 de 1998), cuya creación fue inspirada en el pluralismo y en el fortalecimiento del principio democrático, con el propósito de contribuir a la formación de una opinión pública libre [Sentencia C 497 de 1995] y así garantizar ese derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico [Sentencia C 497 de 1995]. No sorprende entonces que el artículo 13 de la Ley 182 recoja esos principios fundamentales de participación y colaboración de las personas en la preparación de las decisiones que les conciernen y, por ello, ordene un trámite que obliga a garantizar la participación ciudadana respecto de actos administrativos que con carácter general adopte la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. Y lo hace en perfecta consonancia con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40 Superior). Al preverlo expresamente la Ley 182 en su artículo 13 para el ámbito de una de las facetas de la acción administrativa, a cargo de un ente autónomo con profunda inspiración participativa, extendió y afianzó la democratización de la Administración. Resulta diáfano no sólo que el Legislador determinó los procedimientos conforme a los cuales se debe hacer efectiva la participación ciudadana en la discusión de los actos administrativos generales expedidos por ese ente autónomo, sino también con claridad inconfundible se revelan las potísimas razones de estirpe constitucional que inspiraron esa decisión legislativa.

CIRCULAR CNTV 11 DE 2005 - Ilegalidad / CIRCULAR 11 DE 2005 - No siguió el procedimiento previsto en la ley frente a dicha clase de actos

No obstante ello, y en abierta rebeldía frente a la ley, la Circular CNTV 11 de 2005 acusada infringió los tres deberes (de divulgación, de garantía de participación ciudadana y de publicidad) que pesan sobre la Comisión Nacional de Televisión, dentro de las tres etapas que distinguen el procedimiento de expedición de actos administrativos de carácter general. Se advierte así la violación ostensible y flagrante del citado artículo 13 de la Ley 182, habida cuenta que pese a que la Circular demandada es un acto administrativo de carácter general, como quedó expuesto en el apartado anterior de esta providencia, y que fue expedido por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, ésta no siguió el procedimiento previsto por la ley para dicha clase de actos. Situación que se pone en evidencia con la sola lectura del acto impugnado en donde, como ya se indicó, al pretender revivir un precepto derogado (el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997), terminó adoptando una nueva decisión administrativa. La Sala observa que la Comisión Nacional de Televisión, al expedir la Circular CNTV 11 de 2005, omitió todas las etapas del procedimiento de adopción de actos administrativos de carácter general y por lo mismo las cargas previstas en la normativa legal: (i) No comunicó a los operadores del servicio de televisión por suscripción cableada en forma previa a la fijación de la tarifa de la compensación, la materia que se proponía reglamentar (deber de divulgación); (ii) Ni concedió el término de máximo dos meses a los interesados para presentar las observaciones que estimaran pertinentes sobre el tema objeto de regulación y así darles la oportunidad de expresar sus opiniones (deber de garantizar la participación ciudadana) y (iii) Tampoco procedió a publicar la reglamentación que estimara más conveniente en el Diario Oficial a efectos de su vigencia y oponibilidad (deber de publicidad). De allí que la entidad accionada so pretexto de “revivir” una norma que ella misma había derogado, a partir de una inexacta aplicación de los efectos de una providencia de suspensión provisional de esta Sala, procedió a dictar una Circular y al hacerlo omitió todas las formalidades de ley.

EXPEDICION IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Causal de nulidad

Una vez más la Comisión Nacional de Televisión incurre en desacato flagrante de la norma superior. Se configura así la causal de anulación invocada, que no es otra que la expedición irregular del acto administrativo o “vicios de forma”, prevista en el artículo 84 del CCA, en tanto no se observó el procedimiento y las etapas previstas para su expedición previsto por el artículo 13 de la Ley 182 de 1995. Es evidente que la Circular CNTV 11 de 2005 se apartó, sin poder hacerlo, del procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 182 y no podía pretextar que se trataba de una simple Circular, toda vez que ésta reviste un incontestable carácter de acto administrativo de carácter general. Acto administrativo que no fue adoptando siguiendo los pasos y etapas previamente determinadas por el legislador. Primero, porque como ya se dijo ésta reviste a todas luces el carácter de acto administrativo general y, segundo, porque la autoridad que lo dictó no está facultada legalmente para escoger cuáles asuntos materia de reglamentación deben sujetarse a dicho procedimiento y cuáles no, habida cuenta del carácter imperativo y de orden público de la disposición legal tantas veces citada.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Es la razón de ser del procedimiento administrativo

Asimismo, la infracción del principio de legalidad, en este caso del artículo 13 de la Ley 182 de 1995, comporta en últimas la violación de la cláusula constitucional de igualdad. Este principio, en su acepción “formal” o “estática” equivale simplemente al cumplimiento de la ley (inciso primero del art. 13 C.P.), como que en estos eventos el operador jurídico al aplicar la ley -sin distinguos- no hace nada distinto

que realizar la igualdad. El respeto de la “regla de justicia”, vale decir, tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual, es desde este punto de vista, en palabras de Bobbio, lo mismo que el respeto a la legalidad. El principio fundamental de la legalidad significa que las autoridades administrativas, incluidos los entes autónomos como la CNTV, en las decisiones que adoptan, están obligadas a conformarse a la ley, o más exactamente a la legalidad, es decir, a un conjunto de reglas de derecho de rangos y contenidos diversos. Este principio concierne a todas las actividades de las autoridades administrativas y significa que toda medida debe estar conforme a las reglas preestablecidas. En efecto, toda democracia liberal se construye a partir de la sumisión de la Administración al derecho que se confunde con la misma idea de Estado de Derecho: la cual constituye una limitación del poder administrativo. Principio de legalidad de la actividad administrativa que obviamente se predica también respecto de los entes autónomos y por lo mismo de la Comisión Nacional de Televisión, como ya se indicó en esta providencia. Con esta perspectiva, la Sala reitera que los actos administrativos deben formarse con estricta observancia de los procedimientos previstos en la ley como garantía para evitar la arbitrariedad y expresión nítida del gobierno de la ley como garantía de los derechos positivizados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D. C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00044-00(31223)

Actor: ASOCIACION DE OPERADORES DE TELEVISION Y SATELITAL DE COLOMBIA

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Decide la Sala en única instancia el proceso iniciado por virtud de la demanda que, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A, interpuso la Asociación de Operadores de televisión por suscripción y satelital, contra la Circular CNTV 11 de 23 de mayo de 2005, expedida por la Comisión Nacional de Televisión.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y norma acusada

El presente se originó en la demanda presentada el 15 de junio de 2005 por la Asociación de Operadores de televisión por suscripción y satelital en contra de la Comisión Nacional de Televisión. En la demanda, instaurada a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad, se solicitó la declaración de nulidad de la Circular CNTV 11 del 23 de mayo de 2005, por medio de la cual informa a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada, que la tarifa por concepto de compensación es del diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio en la forma establecida en el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, el cual estimó que no ha sido derogado.

2. Hechos

El 13 de noviembre de 2001, la Comisión expidió el Acuerdo CNTV 03, en virtud del cual estableció que la tarifa por concepto de compensación, que deben cancelar los concesionarios de televisión por suscripción por cable y satelital, sería del 7.5% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio.

Mediante auto del 27 de marzo de 2003, esta Corporación decretó la suspensión provisional de algunos apartes del Acuerdo CNTV 03 de 2001. Como consecuencia de dicha suspensión provisional y de la declaratoria de inexecutable del último inciso del artículo 6 de la Ley 680 de 2001, la Comisión resolvió expedir el Acuerdo CNTV 02 de 2004.

La Comisión bajo el entendimiento de que el nuevo Acuerdo 02 de 2004 era una simple reproducción del Acuerdo CNTV 003 de 2001, resolvió no aplicar dos normas de la Ley 182 de 1995: el artículo 5 literal g, que exige la realización de ciertos estudios antes de la fijación de la tarifa y el artículo 13 que exige que previamente a la expedición de un Acuerdo se siga un procedimiento de información respecto de la materia a reglamentar.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante autos del 2 de febrero de 2005 y 28 de abril del mismo año, suspendió provisionalmente el Acuerdo CNTV 02 de 2004, al considerar que se violaba de manera manifiesta el artículo 13 de la

Ley 182 de 1995. La Comisión Nacional de Televisión el 23 de mayo de 2005 expidió la Circular demandada, la cual no fue publicada en el Diario Oficial.

Cuando expidió el Acuerdo CNTV 02 de 2004, la entidad reconoció expresamente en su penúltimo considerando que no había cumplido el procedimiento exigido en la Ley 182 de 1995. Entre la fecha de expedición de ese acuerdo (18 de mayo de 2004) y la de la Circular acusada (el 23 de mayo de 2005) transcurrieron un año y cinco días, *“plazo más que suficiente para que la Comisión en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, expidiera un Acuerdo que estableciera, en estricto acatamiento del ordenamiento jurídico, la tarifa de compensación a cargo de los operadores de televisión por suscripción”*.

Sin embargo, en el entretanto, la entidad *“en medio de su pasividad y la omisión del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales”* fue sorprendida con los autos de suspensión provisional. Pero la circular expedida no fue el producto de ningún estudio ni de la ponderación de los criterios establecidos en la ley, ni el acto se sometió previamente al procedimiento de información exigido por la Ley 182.

No lo hizo y estableció en la circular una tarifa del 10% sin fundamento constitucional ni legal. Antes de la suspensión provisional la tarifa de compensación era del 7.5% (tanto en el Acuerdo CNTV 03 de 2001 como en el Acuerdo CNTV 02 de 2004), lo cual *“rompe cualquier expectativa financiera para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión de un servicio público”* y es la más alta del sector de telecomunicaciones.

En virtud de los artículos 2 y 6 del Acuerdo CNTV 03 de 2001, la tarifa es del 7.5%, pero esa tarifa no es aplicable a los operadores del servicio de televisión por suscripción cableada, pues la frase correspondiente del artículo 2º del Acuerdo CNTV 03 de 2001 fue objeto de suspensión provisional.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Expuso que la circular violó el procedimiento establecido para la expedición de Acuerdos por parte de la Comisión, en el artículo 13 y en el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995.

4. Admisión y contestación de la demanda

Por auto de 9 de septiembre de 2005 se inadmitió la demanda y se dio un término de cinco días para que allegara copia auténtica del acto acusado. Mediante proveído de 16 de marzo de 2006 se admitió la demanda formulada y se negó la suspensión provisional solicitada.

La Comisión Nacional de Televisión se opuso a las pretensiones y al efecto expuso los antecedentes de la Circular CNTV 11 de 2005. Luego resaltó que la entidad está en la obligación de utilizar los medios que estime necesarios, dentro del marco del ordenamiento jurídico, para hacer cumplir los mandatos y exigencias que le permitan adelantar las actividades de inspección y control.

Dentro de tales instrumentos la Comisión encontró procedente dirigirse a los prestatarios del servicio mediante comunicaciones generales denominadas "Circulares", para recordar y reiterar el cumplimiento de obligaciones ya adoptadas y establecidas previamente en la ley y en los Acuerdos, sin que ese instrumento pueda entenderse *"como la expedición de nuevas disposiciones"*.

5. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público

Por auto de 11 de mayo de 2007 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. El actor reiteró lo expuesto en su escrito de demanda y agregó que la Circular demandada no rige actualmente. Resaltó que *"por su propia desidia, se quedó sin norma que aplicar cuando el Consejo de Estado decretó la suspensión provisional del Acuerdo 02 de 2004 y entonces corrió a expedir un acto administrativo absolutamente nulo"*. Afirmó que conforme al artículo 14 de la Ley 153 de 1887, una norma derogada no revive por la sola referencia que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó.

A su turno, la demandada se remitió a su escrito de contestación de la demanda, el cual reprodujo *in extenso*.

El Ministerio Público solicitó que se accediera a las pretensiones. Estimó que no resulta atendible el argumento según el cual el trámite previsto por el artículo 13 de la Ley 182 se aplica sólo a los acuerdos y no a las circulares, ya que el acto acusado corresponde a aquellos de carácter general. Máxime cuando de su

contenido y alcance se advierte la imposición de una tarifa de compensación del 10%, a cargo de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada, prevista en una norma que no está vigente.

Agregó que la entidad accionada al expedir la Circular CNTV 011 de 2005 infringió el artículo 158 del CCA, según el cual ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien lo dictó, si se tiene en cuenta que la tarifa de compensación a que se refiere el Acuerdo 002 de 2004 fue objeto de suspensión por el Consejo de Estado, precisamente por no haberse cumplido el procedimiento de que trata el artículo 13 de la Ley 182.

Puso de presente que la única excepción a la observancia del literal g) del artículo 5 de la Ley 182 la hizo el legislador en forma temporal cuando suspendió ese literal mediante la ley 680 artículo 6, precepto que fue declarado exequible en sentencia C 351 de 2004.

El 8 de octubre de 2007 se llevó a cabo audiencia pública de alegaciones en la que intervinieron el apoderado de la parte actora, el apoderado de la parte demandada y el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado. El apoderado de la CNTV presentó una síntesis de su intervención, en la que expuso argumentos similares a los contenidos en la contestación de demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El señor Consejero Dr. Enrique Gil Botero puso en conocimiento de la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. El cual se aceptará.

1. Competencia

En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas Secciones del Consejo de Estado el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992¹, modificado por el

¹ En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6° del artículo 237 de la Carta.

artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales.

La Sección Tercera es competente para conocer de este asunto, habida cuenta que lo que se está discutiendo es la legalidad del cobro de una tarifa por compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción, cableada y satelital.

Y por tratarse de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden nacional y por actuarse en ejercicio de la acción de nulidad, el asunto lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 1º del CCA).

2. Naturaleza jurídica de la Circular CNTV 11 de 2005

Según la demanda con la expedición de la Circular CNTV 11 de 2005, la Comisión Nacional de Televisión ha decidido imponerle a los operadores del servicio de televisión por suscripción cableada la tarifa de la compensación, sin cumplir previamente el ineludible procedimiento establecido el artículo 13 de la Ley 182 de 1995.

De acuerdo con el actor, para imponer la tarifa del 10%, la Comisión recurrió al *“peregrino argumento”* de afirmar que está vigente el artículo 36 del Acuerdo 14 de 1997. No basta llamar “Circular” a lo que debería ser un Acuerdo y de esa manera evadir el cumplimiento del artículo 13 de la Ley 182: *“La verdad es que la Circular 11 de 2005 no recuerda el cumplimiento de ninguna norma. La realidad es que resucita una norma de 1997 que ella misma había decidido modificar en el año 2001”*.

Por su parte, la demandada indicó que la Junta Directiva de la Comisión en sesión del 17 de mayo de 2005 acogió los conceptos de la Subdirección de Asuntos Legales y de la Oficina de Planeación en relación con la vigencia del artículo 36 del Acuerdo CNTV 014 de 1997 y ordenó la elaboración de una Circular dirigida a los concesionarios de televisión por suscripción, en la que se les informara que la

tarifa a aplicar por concepto de compensación era del 10%, por haber recobrado vigencia el artículo 36 del Acuerdo CNTV 014 de 1997. Con la expedición de la Circular CNTV 011 de 2005 *“es claro que la Comisión Nacional de televisión no está reglamentando materia alguna en la Circular 011 del 23 de mayo de 2005, sino simplemente recordando la vigencia del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997”*.

Por manera que la Sala debe previamente determinar si la Circular CNTV 11 de 2005 acusada reviste o no la modalidad de acto administrativo, a la luz de lo previsto por el inciso 3º del artículo 84 del C.C.A., modificado por el artículo 14 del decreto 2304 de 1.989, por cuya virtud también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio.

El texto de la circular acusada es el siguiente:

“CIRCULAR 11 DE 2005
(mayo 23)
COMISION NACIONAL DE TELEVISION
LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE
TELEVISION,

Conforme a la determinación de la sesión del día 7 de mayo de 2006, según consta en Acta No 1156, informa a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada, que en estricto acatamiento de los autos de suspensión del Acuerdo No 002 de 2004, ‘Por el cual se fija la tarifa por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH)’, proferidos por el Consejo de Estado el 2 de febrero de 2005, confirmados el 28 de abril de 2005 y ejecutoriados a partir del 17 de mayo del presente año, dentro de los expedientes 27727 y 28966 (acción de nulidad), la tarifa a pagar por concepto de compensación es del diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario, establecida en el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997 y en la cláusula 7 de los contratos de concesión.

La anterior en consideración a que las modificaciones efectuadas en relación con el porcentaje de la compensación en los Acuerdos 003 de 2001 y 002 de 2004 se encuentran suspendidas por el Consejo de Estado y por cuanto el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, no ha sido derogado.

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

En relación con la base a la cual se aplicará el diez por ciento (10%), es decir la del total de los ingresos brutos causados, deberá tenerse en cuenta el formato de autoliquidación anexo al Acuerdo 002 de 2005, en razón a la decisión del Consejo de Estado en autos del 2 de febrero de 2005, confirmados el 28 de abril del año en curso, en cuyos artículos cuarto dice: ‘...SE NIEGA LA RESTANTE SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL con respecto a los formatos de autoliquidación’.

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

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

JORGE ALBERTO FIGUEROA CLAUSEN

Director”

Del mismo texto de la circular resulta palmario que la misma constituye un genuino acto administrativo:

2.1 De conformidad con la Circular CNTV 11 de 2005, *“en estricto acatamiento”* de las providencias de suspensión provisional del Acuerdo CNTV 002 de 2004 de esta Sección Tercera, la Comisión procedió a dar a conocer una *“determinación”* de esa entidad.

2.2 Dicha *“determinación”* fue adoptada el día 7 de mayo de 2006, según consta en Acta No. 1156.

2.3 La *“determinación”*, según la circular impugnada, consiste en que la Comisión Nacional de Televisión *“informa”* a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada, que *“la tarifa a (sic) pagar por concepto de compensación es del diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente periodo de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario, establecida en el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997”*.

2.4 La “*determinación*” se adoptó en consideración a que, dice la Circular impugnada, por virtud de las decisiones de suspensión provisional de los Acuerdos CNTV 003 de 2001 y 002 de 2004, “*el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, no ha sido derogado*”.

Lo anterior impone a Sala determinar si efectivamente el artículo 36 del Acuerdo CNTV 14 de 1994, con ocasión de las medidas cautelares decretadas por esta Corporación respecto de los acuerdos antes referidos, recobró plena vigencia. A efectos de establecer si la Circular CNTV 11 de 2005 contiene una decisión de la Administración, como dice la demanda, o si tan sólo se limita a informar la vigencia de un acto administrativo expedido con anterioridad.

La Comisión Nacional de Televisión², en el artículo 36 del Acuerdo CNTV 14 de 1997³, dispuso:

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

Así mismo, deberán cancelar el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos mensuales, percibidos por concepto de pauta publicitaria. En el evento de comprobarse alguna inconsistencia en el número de suscriptores declarado, el concesionario se hará acreedor a la caducidad del respectivo contrato.”

Acorde con las voces del artículo 36 del Acuerdo CNTV 014 de 1997, el concesionario de televisión por suscripción debía pagar, como compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción, el 10% de los ingresos brutos mensuales, provenientes exclusivamente de la prestación de este servicio.

² En ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 12 de la Ley 182 de 1995, 8o y 9o de la Ley 335 de 1996.

³ Por medio del cual se reglamenta el servicio de televisión por suscripción, se adopta el Plan de Promoción y Normalización de dicho servicio y se dictan otras disposiciones (DIARIO OFICIAL No. 43.011 del 2 de abril de 1997). Este Acuerdo fue derogado por el artículo 50 del Acuerdo CNTV 10 de 2006, por medio del cual se reglamenta el servicio de televisión por suscripción (DIARIO OFICIAL No. 46.466 de 28 de noviembre de 2006)

Con posterioridad, el artículo 6º de la Ley 680 de 2001⁴ autorizó a la Comisión para revisar, modificar y reestructurar los contratos con los operadores privados en materia de tarifas. Preceptiva conforme a la cual:

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

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

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

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

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

Con fundamento en este texto legal la Comisión expidió el Acuerdo CNTV 003 de 2001⁵, por el cual se modifican las tarifas por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción y para las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital.

El artículo 2º del Acuerdo CNTV 003 de 2001 modificó el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo CNTV 014 de 1997 y determinó que los concesionarios de televisión por suscripción y las sociedades autorizadas para prestar el servicio de

⁴ Por la cual se reforman las Leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 335 de 1996 y se dictan otras disposiciones en materia de Televisión (DIARIO OFICIAL 44.516, de 11 de agosto de 2001)

⁵ DIARIO OFICIAL No. 44.629, 28 de noviembre de 2001. Acuerdo derogado por el artículo 5 del Acuerdo CNTV 3 de 2005, Por el cual se fija la tarifa por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar-DTH (DIARIO OFICIAL No. 46.040 de 23 de septiembre de 2005) y declarado nulo CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 13 de mayo de 2009, Expediente No. 27832 (Acum), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

televisión satelital directa pagarían directamente a la CNTV, como compensación por la explotación del servicio, el 7.5% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios. Al tenor de dicha norma:

“ARTICULO 2o. Modificar el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, el artículo 4º del Acuerdo 005 de 1996 y los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Acuerdo 032 de 1998, los cuales quedarán así:

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

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

En efecto, en auto de marzo 27 de 2003, Radicación número: 11001-03-26-000-2002-00038-01(23410), esta Sección con ponencia del Consejero de Estado Jesús María Carrillo decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados constituidos por las siguientes expresiones de los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo CNTV 003 de 2001:

“Del ARTÍCULO SEGUNDO, la expresión inicial del inciso segundo
‘Los concesionarios de televisión por suscripción. Y...’

Del ARTICULO TERCERO. DE LA FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACION, la expresión del inciso primero: ‘... por parte de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción y por... El concesionario o...’

Del mismo ARTÍCULO TERCERO, la expresión del inciso segundo:
‘Si el concesionario o ..’

Del ARTICULO QUINTO, la expresión inicial: 'Los concesionarios de televisión por suscripción y...'⁶

Esta misma Sección con Ponencia del Consejero de Estado Ramiro Saavedra Becerra, en auto de 24 de julio de 2.003, Radicación No. 11001032600020020003801⁷, confirmó la providencia referida, al decidir el recurso de reposición que interpuso la Comisión Nacional de Televisión contra la decisión que decretó la medida cautelar interpuso recurso.

⁶ A juicio de la Sala "con la expedición de la Ley 680 de 2001, se modificó la Ley 182 de 1995 y se dictaron otras disposiciones en materia de televisión. En dicha oportunidad el legislador limitó algunas de las facultades atribuidas por la Ley a la entidad pública, es más el artículo 6° dispuso que en los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, se aplicarían en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, para los servicios de telecomunicaciones, establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias (...). el legislador derogó expresamente la competencia que le asistía a la Comisión Nacional de Televisión para fijar los derechos, tasas y tarifas que debía percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión; facultad reglamentaria que venía ejerciendo hasta entonces. Pero además en el inciso final, específicamente se pronunció respecto de los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción, para los cuales en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas, se aplicarían las establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias.

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

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

⁷ Al decir de la Sala: "con la expedición de la Ley 680 del 2001 la competencia de la Comisión Nacional de Televisión, para fijar los derechos, tasas y tarifas por concepto del otorgamiento y explotación del servicio de televisión, se vio limitada al ordenar en el artículo 6° de la nueva disposición que **para los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción**, se aplicaría el Régimen Unificado de Contraprestaciones. Confrontada la norma acusada, contenida en los artículos 2°, 3° y 5° del Acuerdo No. 003 del 13 de noviembre del 2001 de la CNT, se observa que estos artículos ordenaron a los concesionarios de televisión por suscripción pagar como compensación por la explotación del servicio, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios, cuando el Régimen Unificado de Contraprestaciones previó en el artículo 22 que por la prestación de los servicios de difusión se pagaría una contraprestación porcentual anual equivalente al tres por ciento (3%) de los ingresos netos causados. Tal y como quedó expuesto en la providencia recurrida, las disposiciones demandadas desconocen parcialmente la previsión legislativa, en la medida que la reglamentación contenida en el Acuerdo No. 003 del 2001, en materia, de tasas, tarifas y derechos por la explotación del servicio de televisión involucró a los concesionarios de televisión por suscripción, cuando el mismo legislador con la expedición de la Ley 680 del 8 de agosto del 2001 había previsto que dicho servicio, se sometía en cuanto a su liquidación y monto al Régimen Unificado de Contraprestaciones.

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

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

Por su parte, la Corte Constitucional declaró inexecutable parcialmente en sentencia C 351 de 2004 el último inciso del artículo 6º de la Ley 680 de 2001, conforme al cual en los contratos de concesión del servicio público de televisión por suscripción se aplican en lo pertinente las disposiciones que rigen en materia de tarifas, derechos, compensaciones y tasas para los servicios de telecomunicaciones, establecidas en el Régimen Unificado para la Fijación de Contraprestaciones a favor del Estado para los servicios de difusión sin sus excepciones y diferencias⁸.

De otro lado, en esa misma providencia el Tribunal Constitucional declaró executable el parágrafo del artículo 6º de la Ley 680 de 2001, en el entendido de que el mismo sólo se trató de una suspensión temporal, por tres meses, y, por ende, el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995 se encuentra vigente.

Con posterioridad a las decisiones judiciales antes citadas, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión expidió el Acuerdo CNTV 002 de 2004⁹, que en su artículo 2º ordenó el pago de una tarifa del 7.5% por parte de los concesionarios de televisión por suscripción, cableada o satelital directa al hogar, en los siguientes términos:

“ (...) los concesionarios de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH), pagarán directamente a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación del servicio, el siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios, en la forma que resulte de multiplicar el

⁸ En criterio de la Corte Constitucional: "la sumisión de la Comisión Nacional de Televisión a una reglamentación administrativa distinta a la que ella misma expide es inexecutable. El hecho de que para fijar las contraprestaciones concernientes a la prestación del servicio público de televisión, la Comisión Nacional de Televisión deba acogerse a lo dispuesto por el Gobierno en un decreto reglamentario constituye intromisión del Ejecutivo en el espectro normativo reservado a la Comisión y, por tanto, como se explicó precedentemente, atenta contra la autonomía del manejo del servicio público de televisión, garantizada por la autonomía de la potestad regulativa de la Comisión Nacional de Televisión.

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

⁹ Por el cual se fija la tarifa por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar-DTH (DIARIO OFICIAL No. 45.553, de 19 de mayo de 2004). Derogado por artículo 5º del Acuerdo 3 de 2005), por el cual se fija la tarifa por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar-DTH (DIARIO OFICIAL No. 46.040 de 23 de septiembre de 2005).

número de suscriptores durante el correspondiente período de causación, por la tarifa de suscripción cobrada al usuario.”¹⁰

Los efectos del citado Acuerdo CNTV 002 de 2004 también fueron objeto de la medida cautelar de suspensión provisional, por parte de esta Sección Tercera del Consejo de Estado, según Auto de 2 de febrero de 2005, Exp. 27727, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Advirtió la Sala que el acto acusado no siguió el procedimiento previsto por el artículo 13 de la Ley 182 de 1995¹¹.

La Sala, en proveído de 28 de abril siguiente Exp. 11001-03-26-000-2004-00019-00(27727), no repuso el auto dictado el día 2 de febrero de 2005¹² y mantuvo la decisión de decreto de la medida cautelar adoptada respecto de los efectos del Acuerdo CNTV 002 de 18 de mayo de 2004, expedido por la Comisión Nacional de Televisión¹³.

¹⁰ En los considerandos de ese acto administrativo se lee: “(...) Que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión ha decidido iniciar el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995 para dictar el Acuerdo mediante el cual se fije una nueva tarifa con base en las previsiones establecidas en el literal g) del artículo 5o de la misma normatividad;

Que mientras se surte el procedimiento anterior y en razón de la declaratoria de inexecutable proferida por la Corte Constitucional, en Sentencia C 351 del 20 de abril de 2004 y habiendo desaparecido los fundamentos legales de la suspensión, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión en sesión del 18 de mayo de 2004, Acta número 1065, atendiendo la decisión adoptada en sesión del 7 de noviembre de 2001, según consta en Acta número 861, con base en la Ley 680 de 2001 y motivada por las circunstancias económicas, la modernización de la industria de la televisión por suscripción, así como las situaciones que han impactado el mercado del sector (...)”

¹¹ Dijo la Corporación sobre el particular: “la confrontación entre el artículo 13 de la ley 182 de 1995 y el acuerdo No. 002 de 2004 de la CNTV, objeto de censura, permite concluir de manera directa la existencia de violación ostensible y flagrante de la primera norma, teniendo en cuenta que pese a que el Acuerdo demandado es un acto administrativo de carácter general y fue expedido por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, ésta no siguió el procedimiento previsto por la ley para dicha clase de actos, situación que puede apreciarse del simple cotejo de las motivaciones que precedieron la expedición del Acuerdo acusado, en el cual se fijó la mencionada tarifa. En efecto:

De un lado cabe hacer notar que el artículo sobre el cual recayó el cargo de violación (vigente para la fecha de expedición del acuerdo No. 002 de 2004) previó un procedimiento especial para los actos administrativos generales de competencia de la Junta Directiva de dicha Comisión y señaló que debería seguirse siempre que se tratara de expedir esa clase de decisiones, en consecuencia cuando la Administración omitió los pasos previstos en la norma y no comunicó en forma previa a la fijación de las tarifas, la materia que se proponía reglamentar, sino que con base en la desaparición de los fundamentos legales de la suspensión provisional dictó de plano un nuevo acto similar al suspendido, incurrió en desacato flagrante de la norma superior, la cual era de obligatorio cumplimiento. Y, de otro lado advierte esta Corporación que le asiste razón al demandante cuando sostiene que de la motivación del acto administrativo censurado se desprende su falta de sujeción al procedimiento de ley y que la autoridad que lo dictó no estaba facultada legalmente para escoger que asuntos materia de reglamentación debían sujetarse a dicho procedimiento y cuáles no, dado el carácter imperativo de la disposición normativa, y su extensión a todos los casos en los que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión ejerza su competencia mediante la expedición de actos generales, descartando de plano la presencia de situaciones de excepción (...)”.

¹² En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Auto de 28 de abril de 2005, Rad. 11001-03-26-000-2004-00049-00(28968), Actor: Juan Carlos Gómez Jaramillo, Demandado: Comisión Nacional de Televisión, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹³ A este propósito la Sala razonó: “se observa primera vista y únicamente en función del estudio de los presupuestos que deben reunirse para el decreto de la medida de cautela en comento, que la ley 182 de 1995 no diferencia ni excepciona eventos, en los cuales la expedición de actos generales de la Junta Directiva de la C.N.T.V. esté exenta del deber de comunicación masiva; así, el artículo 13 de la ley precitada alude exclusivamente al procedimiento especial a cumplir para la adopción de acuerdos o actos de carácter general que sean competencia de la junta directiva de la C.N.T.V. y que consiste en:

De lo discurrido se advierte que no la asiste razón a la entidad accionada cuando asegura que habiendo sido suspendidos el Acuerdo CNTV 003 de 2001 y luego el Acuerdo CNTV 002 de 2004, *“sin que a la fecha el Honorable Consejo de Estado haya adoptado decisión definitiva alguna, una vez quedaron en firme las decisiones de suspensión respecto de este último, recobró vigencia el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997 que fijó el porcentaje de la compensación en el 10%”*.

Por el contrario, la Comisión Nacional de Televisión en la Circular CNTV 11 de 2005, al informar que la tarifa que cobraría era la prevista en el artículo 36 del Acuerdo CNTV 14 de 1997, lo que en realidad hizo fue recobrar la vigencia de la tarifa de 10% allí establecida, cuando dicho precepto, como se vio, ya había sido derogado por el Acuerdo CNTV 003 de 2001.

En efecto, la tarifa del 10%, por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción y para las sociedades autorizadas para prestar el servicio de televisión satelital, establecida en el artículo 36 del Acuerdo CNTV 014 de 1997, fue expresamente modificada por el artículo 2º del Acuerdo CNTV 003 de 2001 el cual dispuso un porcentaje inferior (el 7.5% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de estos servicios).

Nótese que si la suspensión decretada por esta Corporación en la citada providencia de marzo 27 de 2003 sólo se ocupó de algunas expresiones del artículo 2º del Acuerdo CNTV 003 de 2001 y no, como equivocadamente intenta mostrarlo la accionada, respecto de todo ese artículo, no podía invocarse que el decreto de la medida cautelar suponía que la norma derogada recobraba vigencia.

Procedimiento previo:

- Deber de comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión, la materia que se propone reglamentar y
- Conceder un término a los interesados para que presenten observaciones (máximo dos meses).

Procedimiento de decisión:

- Luego de recibidas las observaciones y con la información obtenida adopta la decisión que estime conveniente

Procedimiento posterior:

- Adoptada la decisión más conveniente debe ser comunicada conforme a la ley “58” (sic) de 1985 o las normas que la modifiquen, en realidad se hace referencia a la ley 57 de 1985, sobre publicidad de actos y documentos oficiales. Del contenido del Acuerdo demandado (hoy suspendido) 002 de 2004, se evidencia que en efecto es un acto de carácter general, mediante el cual se fija la tarifa por concepto de compensación para los contratos de concesión de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH); que lo expidió la C.N.T.V en ejercicio de las competencias invocadas en el epígrafe del acto, esto es, los artículos 5 literal c); 12 literal a) y 43 de la ley 182 de 1995 (mod. por la ley 335 de 1996), y que en efecto el acto una vez adoptado fue comunicado conforme a la ley 57 de 1985, en tanto fue publicado en el DIARIO OFICIAL 45.553 de 19 de mayo de 2004 (págs. 12 y 13); pero se echa de menos, el acatamiento al requisito previo del deber de comunicación por medio masivo, cuyo incumplimiento no fue desvirtuado por el recurrente en reposición.”

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

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

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

Y si no es jurídicamente sostenible que haya recobrado vigencia el artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, el pretender recurrir a un precepto que ya no hace parte del derecho vigente nacional, entraña que la Circular CNTV 011 de 2005 no es una mera carta de instrucción o simple circular administrativa que imparte lineamientos sobre la mejor manera de cumplir unas normas, ni tampoco se contrae a reproducir lo decidido en otra norma que se encuentre vigente, sino que es contentiva de una verdadera decisión de la Administración que produce efectos jurídicos.

2.5 “*Determinación*” [expresión, por demás, usada por el acto acusado] que no sólo contiene la manifestación de la voluntad de la Administración, sino que además no oculta su vocación de producir efectos jurídicos, en cuanto crea una situación jurídica, que por sí misma y una vez en firme es vinculante para los

concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada y que fue expedida en ejercicio de la función administrativa.

Concordante con esta premisa, la Circular CNTV 11 de 2005 lleva aparejadas unas consecuencias que ella misma se encarga de poner de presente, con absoluto detalle en cuanto a fechas y porcentajes:

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

2.6 El carácter regulatorio y vinculante de la “circular” impugnada se revela, asimismo, en las eventuales consecuencias que se derivan de no acatar la “*determinación*” de la Administración allí contenida y que la propia Circular demandada se anticipa a precisar.

Esa virtualidad de producir efectos jurídicos externos la pone de presente la redacción perentoria y enfática del acto administrativo general impugnado. Texto que dista, por cierto, de ser una simple admonición de carácter conceptual o no vinculante para sus destinatarios: *“el incumplimiento de la obligación de pagar dentro del plazo señalado, dará lugar a que se paguen los intereses moratorios correspondientes sin exceder la tasa máxima permitida en la ley y sin perjuicio de la imposición de las sanciones pactadas contractualmente o establecidas en las disposiciones legales que rigen el servicio público de televisión.”*

Una conclusión se sigue de lo anterior, la Circular CNTV 11 de 2005 es un auténtico y genuino acto administrativo, en tanto tiene la aptitud de producir efectos jurídicos al crear una situación jurídica general, que vincula a los administrados destinatarios de la misma

Y resulta ostensible e indubitable que no se está delante de una simple circular del servicio, esto es, de una mera herramienta al servicio de la Administración, para que ésta guíe u oriente al administrado, en aras del cabal cumplimiento de los fines del Estado, de la prestación eficiente de los servicios públicos y en general, de la ejecución de la función administrativa con sujeción a los principios de

economía, celeridad, eficacia, e imparcialidad, al tenor de los artículos 209 C. P. y 2 y 3 del C. C. A.

Contrario sensu, la Circular atacada desborda estos modestos propósitos informativos en tanto produce verdaderos efectos jurídicos, y por lo mismo es pasible de revisión en esta sede judicial.

De ahí que no se tenga duda sobre el carácter de acto administrativo que reviste la Circular impugnada. Aunque ésta trate de ocultar su verdadero alcance en un aparentemente criterio instructivo, es palmar que inequívocamente adopta una decisión a todas luces vinculante para sus destinatarios y -por lo mismo- es clara la idoneidad del medio judicial escogido. De tiempo atrás se encuentra determinado por la jurisprudencia que:

“Una Circular de un funcionario Administrativo, así como puede contener un simple concepto o una recomendación, por ejemplo, o sea que no es una manifestación de la voluntad dirigida a producir efectos de derecho, es posible que contenga una decisión que se pretende sea acatada por las personas a quienes va dirigida. En el primer caso, que la coloca al margen de la categoría de los actos jurídicos, no es objeto de conocimiento por esta jurisdicción, ni por ninguna otra; en el segundo sí, puesto que constituye un acto decisorio de la Administración”.¹⁴

Resulta incuestionable que la Circular CNTV 11 de 2005 constituye un verdadero acto administrativo en tanto no se limita a dar a conocer un criterio institucional sobre la manera de cumplir el derecho vigente. Aparece de bulto que ella contiene una decisión, en tanto adopta una prescripción que no tiene soporte en preceptos previos, así se intente mostrar ello, al recurrir al artilugio de remitirse a lo establecido en una norma que había sido derogada, por demás, por la misma entidad accionada.

O lo que es igual, mediante ella la entidad demandada adoptó, en realidad de verdad, una nueva prescripción que, por supuesto produce efectos jurídicos, al pretender “revivir” un precepto que la propia CNTV había decidido derogar, con efectos claramente vinculantes frente a terceros.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Sentencia de abril 20 de 1983, Exp. 6273, Actor: Asociación Nacional de Pensionados, C.P. Joaquín Vanín Tello.

Carece de asidero pretender, como lo hace la entidad demanda, eludir el control judicial y una vez más soslayar el cumplimiento de la ley por la vía de expedir simples circulares, que pretenden ocultar la adopción de una medida regulatoria. A este propósito la Sala ratifica el criterio que de antaño ha sentado el Consejo de Estado:“(...) si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales.”¹⁵

La Circular CNTV 011 de 2005 contiene una decisión de la Comisión Nacional de Televisión que vincula al administrado. Determinación que crea una situación jurídica que antes no tenía soporte jurídico en precepto alguno [la fijación de la tarifa que debe pagarse por concepto de compensación] -por lo mismo- tiene vocación de producir efectos jurídicos y, de consiguiente, tiene efectos vinculantes a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada.

Con toda razón, la Corporación ha dejado en claro que las Circulares pueden ser objeto de demanda ante la jurisdicción, cuando quiera que contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, esto es, constituyan verdaderos actos administrativos:

“Las circulares o instrucciones que expide la administración para dar a conocer el pensamiento o política del Gobierno sobre determinada materia, tienen por objeto ilustrar tanto a los funcionarios públicos como a los administrados sobre una determinada gestión. Estas instrucciones, como la que se demanda, contienen un conjunto de reglas de carácter interno, emanadas del superior, expedidas en ejercicio de sus atribuciones legales y destinadas a los funcionarios de la administración para que ajusten determinada actividad a lo que en ellas se establece.

Expide entonces la administración en ejercicio de su función opiniones, interpretaciones o pareceres que se convierten en reglas, que vinculan a los particulares ante la Administración.

Si a través de tales actos, llámense instrucciones o circulares de servicio, la administración toma decisiones que afectan a los administrados en sus derechos sustantivos o procedimentales, esas decisiones, que obligatoriamente deben aplicar los funcionarios, (Decreto 2117 de 1992 artículos 12 literal d), 13 literal f), 57 literal a) y parágrafo, 76 parágrafo), constituyen verdaderos actos

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Auto de abril 23 de 1.975.

administrativos que no pueden ser excluidos de control de legalidad. Es por ello que el legislador las sometió expresamente a control de la jurisdicción en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo al establecer que:
'Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...'
'...También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.'
Por ello no comparte la Sala la argumentación de la apoderada de la demandada en cuanto persigue que actos de este tipo escapen al control de la jurisdicción."¹⁶ (subrayas fuera de texto original)

En tal virtud, la Circular CNTV 11 de 2005 fue expedida en ejercicio de una función administrativa y la voluntad que en ella se declara o expresa tiene efectos jurídicos tanto sobre concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada, como respecto de la propia Administración, y no se limita a reproducir el contenido de otra norma vigente, como tampoco a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios.

Por lo expuesto, resulta claro que la Circular impugnada es susceptible de demanda en orden a procurar su nulidad (art. 84 del C.C.A.) ante esta jurisdicción, habida cuenta de su nítido, incontrovertible e incontestable carácter de acto administrativo y por lo mismo puede llegar a vulnerar derechos de los administrados.

Si la regulación de la CNTV se expresa en actos administrativos de carácter general, éstos han de estar sometidos a la ley, como pasa a exponerse.

3. La regulación de la Comisión Nacional de Televisión debe ejercerse de acuerdo con la ley

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Sentencia de 29 de marzo de 1996, Rad. 7324, Actor: Ramiro Rodríguez López, Demandado: Dian, C.P. Julio Enrique Correa Restrepo. En sentido similar ver SECCION CUARTA, Sentencia de 22 de enero de 1987, Exp. 549 M.P. Hernán Guillermo Aldana Duque; SECCION PRIMERA, Sentencia de 14 de octubre de 1999, Exp. 5064, M.P. Manuel Urueta Ayola; SECCION PRIMERA, Sentencia de 3 de febrero de 2000, Exp. 5236, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; SECCION PRIMERA, Sentencia de 10 de febrero de 2.000, Rad. 5410, C.P. Olga Ines Navarrete Barrero; SECCION PRIMERA, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero; SECCION PRIMERA, Sentencias de 6 de diciembre de 2001, Expediente No. 6063, C.P. Olga Inés Navarrete; SECCION PRIMERA, Sentencia de 9 de mayo de 2002, Exp. 6604, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; SECCION TERCERA, Sentencia de 27 de septiembre de 2006, Exp. 19142, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; SECCION TERCERA, Sentencia de 20 de febrero de 2008, Rad. 11001-03-26-000-2001-00062-01(21845), C.P. Myriam Guerrero de Escobar; SECCION PRIMERA, Sentencia de 19 de marzo de 2009, Rad. 11001-03-25-000-2005-00285-00, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta y SECCION PRIMERA, Sentencia de 4 de junio de 2009, Rad. 11001-03-24-000-2005-00284-01, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

En el ordenamiento jurídico nacional la frontera entre la ley y la regulación administrativa de corte económico (sea nominada *reglamento* o simplemente *regulación*) cuando quiera que ha sido asignada a autoridades diferentes al Presidente de la República y de orden constitucional, como es justamente el caso de la CNTV, parte de un supuesto elemental: que esta atribución normativa ha de ejercerse de acuerdo con la ley.

La cláusula general de competencia en materia regulatoria del servicio público de televisión en nuestro ordenamiento constitucional está asignada al Congreso de la República (artículo 150.1), como lo ratifica la jurisprudencia constitucional¹⁷.

Cuando la Carta expandió la potestad de dictar reglamentos o regulaciones a otras autoridades constitucionales distintas al Presidente de la República, lo hizo a expensas obviamente de éste en tanto aquellas -por decirlo así- vinieron a sustituirlo en el ejercicio de la facultad reguladora-reglamentaria y no a costa de la función reguladora legislativa a cargo del Congreso. En palabras de Palacios Mejía:

“Otra clase de reducción en la importancia de la facultad reglamentaria del Presidente dentro del conjunto de la capacidad reguladora de las autoridades a nivel nacional, se encuentra en el hecho de que la Constitución de 1991 atribuye a muchas autoridades la posibilidad de producir reglamentos, que antes pertenecía, en principio, casi en forma exclusiva al Gobierno.

(...) La explosión de la facultad reglamentaria se aparta de las tendencias prevalecientes entre 1886 a 1991 en el sentido de que tiene origen en textos constitucionales expresos; aunque la jurisprudencia anterior a 1991 había facilitado, con diversidad de argumentos, una dispersión de la facultad reglamentaria”¹⁸

No debe perderse de vista que, según la sentencia C 564 de 1995, la Comisión de Televisión regula de acuerdo con la ley, en tanto es un organismo de ejecución y desarrollo de una política trazada por la ley (art. 77CN). En esta línea, la jurisprudencia constitucional también ha reconocido, a partir de lo dispuesto por el artículo 3º de la ley 182 de 1995, un “desplazamiento” de la facultad reglamentaria

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C 234 de 2002

¹⁸ PALACIOS MEJIA, “Notas acerca de la facultad de regular la economía de 1991”, en Revista de derecho público, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, No. 1, Bogotá, p. 55

(C 351 de 2004), eso supone que no puede ir más allá de lo que ordinariamente el reglamentador por antonomasia (Gobierno 189.11 CN) puede hacer.

Baste recordar que, conforme al inciso primero del artículo 150 CN la cláusula general de competencia legislativa atañe al Congreso¹⁹. Que la Corte Constitucional reconozca que hay una potestad reglamentaria “difusa”, guarda absoluta coherencia con el planteamiento conforme al cual el legislador es el regulador por excelencia en un sistema de fuentes propio de un estado democrático.

Ahora, la potestad de normación de los entes autónomos y en particular de la CNTV supone una capacidad de configuración reglamentaria que debe ser respetada por los otros reguladores (Congreso y Presidente) en cuanto al núcleo esencial que resulta definido por los mandatos mediante los cuales la Constitución, de manera explícita y en cada caso, definió el ámbito de autonomía²⁰ y únicamente para el cumplimiento de la misión constitucional encomendada.

Sin embargo, la voluntad de la administración *-lato sensu-* no puede convertirse en una verdadera potestad legislativa bajo el instituto de regulación económica, poniendo al legislador en una franca posición de inferioridad frente a un ente autónomo, que por definición sólo expide actos normativos de carácter administrativo.

Máxime cuando la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el mandato del artículo 150 Superior no conoce más restricciones que las que la propia Constitución determine y, por tanto, salvo que al definir los contornos de la autonomía que ella misma confiere y reconoce haya precisado esos límites, ha de entenderse que el legislador ostenta una amplia potestad de configuración de la autonomía de entes como la CNTV.²¹

Tan claro es que la CNTV no puede suplir al legislador, que la Corte Constitucional al ocuparse de la distribución constitucional de competencias entre la ley y el ente regulador de la televisión en lo atinente a la política estatal en esta materia,

¹⁹ Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1436 de 2000

²⁰ Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 401y 409 de 2001 y C 832 de 2002, MP A Ivaro Tafur Galvis

²¹ Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 409 de 2001, MP A Ivaro Tafur Galvis

declaró inexecutable el párrafo del artículo 33 de la ley 182. Este precepto autorizaba de manera permanente e ilimitada a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión para modificar los porcentajes mínimos de programación nacional fijados en la propia ley, por vulnerar la Carta Política²².

Establecido que la regulación de la Comisión de Televisión ha de sujetarse a la ley, pasa la Sala a estudiar el único cargo formulado.

4. Cargo Unico: Violación del artículo 13 y del literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995

Según el actor la Circular demandada no tuvo en consideración lo dispuesto por el artículo 13 y por el artículo 5, literal g de la ley 182. A su juicio aquella norma *“contiene una garantía a favor de los administrados, consistente en que éstos puedan expresar sus consideraciones respecto de la materia que se va a reglamentar, con antelación a la expedición del acto correspondiente, expresión del derecho fundamental de participación, al ser la televisión el medio de comunicación masivo de mayor trascendencia en la sociedad”*.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 564 de 1995, MP José Gregorio Hernández Galindo. Dijo la Corte: “(...) el artículo 77 de la Constitución distingue con claridad entre la determinación de la política estatal en materia de televisión - que corresponde a la ley- y la dirección de la misma, con arreglo a la ley y sin menoscabo de las libertades consagradas en la Carta, que ha sido confiada al organismo previsto en los artículos 76 y 77 Ibídem, denominado Comisión Nacional de Televisión por la Ley 182 de 1995.

(...)En ese orden de ideas, la Comisión Nacional de Televisión es un organismo de ejecución y desarrollo de la política trazada por la ley. Sobre la base de la misma, dirige y regula la televisión como ente autónomo.

Pero, claro está, los dos tipos de funciones han sido delimitados por la propia Carta, de tal manera que el aludido ente no puede sustituir al legislador en la determinación de la política de televisión ni en lo relativo a su propia organización y funcionamiento.

Lo dicho encaja en las previsiones generales del artículo 75 constitucional, sobre el espectro electromagnético. Este es un bien público inalienable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado en virtud de competencias que, en lo que atañe a televisión, corresponden a la Comisión Nacional, pero en los términos que señale la ley.

La Carta ha dispuesto, como un desarrollo del postulado de igualdad plasmado en el artículo 13, que se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, también ‘en los términos que fije la ley’ (artículo 75 C.P.).

(...) Lo que no puede hacer el legislador es delegar de manera indefinida en el tiempo y en un ente administrativo, llamado por la Constitución a ejecutar la ley, la facultad de establecer esa política y de modificar las condiciones de acceso al espectro electromagnético. Y tampoco puede transferir a dicho organismo la atribución de modificar los preceptos legales en una materia que ha sido reservada por la Constitución para ser ejercida de manera exclusiva por el legislador.

En otros términos, la función legislativa -salvo la expresa y excepcional posibilidad de otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República (artículo 150, numeral 10, C.P.)- no puede ser entregada por el Congreso al Gobierno y menos todavía a otros organismos del Estado, así gocen de autonomía, ya que ésta únicamente es comprensible en nuestro sistema jurídico bajo el criterio de que se ejerce con arreglo a la ley.

Entonces, si el Congreso se desprende de la función que le es propia y la traspasa a otra rama del poder público, o a uno de sus órganos, viola el artículo 113 de la Constitución, que consagra, sin perjuicio de la colaboración armónica, la separación de funciones. Una norma que contravenga este principio despoja a las disposiciones legales de su estabilidad y les resta jerarquía.”

Para el demandado el artículo 13 de la Ley 182 establece un procedimiento especial para la adopción de acuerdos, que la CNTV ha cumplido cuando ha adoptado actos de carácter general, caso que no ocurre con las circulares.

Corresponde, pues, a la Sala precisar el sentido y alcance de las disposiciones legales invocadas por el actor, en orden a establecer si la Circular acusada cumplió lo allí ordenado.

El artículo 13 de la Ley 182 de 1995 es preciso y claro al disponer que:

“ARTICULO 13. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA ADOPCION DE ACUERDOS. Para la adopción de los actos de carácter general que sean de competencia de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, deberá seguirse siempre el siguiente procedimiento:

- a) La Junta Directiva deberá comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión la materia que se propone reglamentar;
- b) Se concederá un término no mayor de dos (2) meses a los interesados, para que presenten las observaciones que consideren pertinentes sobre el tema materia de regulación;
- c) Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en la información disponible, se adoptará la reglamentación que se estime más conveniente;
- d) Dicha reglamentación será comunicada de la manera prevista por la Ley 58 [57] de 1985 o en las normas que la modifiquen o sustituyan (...)²³

Nótese que el artículo 13 de la Ley 182 de 1995 es terminante al prescribir un procedimiento especial para la adopción de los actos de carácter general que sean de competencia de la Junta Directiva de la Comisión.

Al efecto previó como etapa previa dentro del procedimiento de expedición de actos administrativos de carácter general, el deber de la Junta de comunicar a sus destinatarios la materia objeto de reglamentación a través de un medio de amplia difusión (**deber de divulgación**).

Asimismo impuso el precepto transcrito, en el marco de esta etapa previa dentro del procedimiento de adopción de actos de carácter general, la concesión de un término de máximo dos meses a los interesados para la presentación de las

²³ 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 (sic) entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones (DIARIO OFICIAL No. 41.681 de 20 de enero de 1995).

observaciones que consideren pertinentes sobre el tema objeto de regulación, en orden a dar la oportunidad para expresar sus opiniones (**deber de garantizar la participación ciudadana**).

Estos dos deberes hacen parte de las que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han calificado de “formas previas”, que son los requisitos que es menester llenar antes de dictar el acto administrativo correspondiente²⁴.

Sólo después de que se han cumplido los deberes de divulgación y de garantía de participación ciudadana, la Comisión Nacional de Televisión puede entrar a lo que podría denominarse etapa de decisión dentro del procedimiento de adopción de actos de carácter general, esto es, a adoptar la reglamentación que estime más conveniente.

Finalmente la norma en comento prevé una etapa posterior de exteriorización de la decisión: proceder a publicarla en el Diario Oficial, tal y como lo ordena la Ley 57 de 1985, en consonancia con el literal c) del artículo 119 de la Ley 489 de 1998, para efectos de su vigencia y oponibilidad (**deber de publicidad**).

Usualmente, como ha reconocido la jurisprudencia, el proceso de elaboración de un acto administrativo requiere tan sólo del cumplimiento de “*dos períodos perfectamente demarcados: el de la decisión y el de la exteriorización legal*”²⁵. Quiso, sin embargo, el legislador introducir una etapa previa que ordena la participación del administrado en la adopción de actos administrativos de carácter general, que adopte la Comisión Nacional de Televisión.

Como no resulta posible transpolar la fórmula política de la *representación* de la ley al ámbito administrativo, como mecanismo para que el ciudadano dé su consentimiento a las múltiples disposiciones administrativas que lo obligan, ha comenzado a abrirse camino una vía distinta para obtener el mismo fin: la participación de los ciudadanos en la configuración de ciertos actos administrativos.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Sentencia de 25 de mayo de 1968, CP Alfonso Meluk.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINSITRATIVO, Sentencia de 30 de octubre de 1964, CP Carlos Gustavo Arrieta.

Una persona que al tener la oportunidad de intervenir en la etapa previa de configuración de la voluntad de la administración, sin duda será más proclive a la adhesión a lo decidido por la Administración, que aquella a la que simplemente se le informa. Ello obedece al proceso de **democratización de la acción administrativa**, que la doctrina francesa ha liderado.

Así, el profesor Rivero subraya la importancia que reviste la **explicación** de los proyectos de actos administrativos antes de su expedición, pero sobre todo la **participación** de las personas en el proceso de adopción de los mismos. Una y otra son formas de inspiración democrática:

“ (...) la autoridad, ciertamente decide sola y sin compartir el poder; pero consciente de dirigirse a personas, es decir, a seres dotados de razón y de libertad, juzga necesario buscar la obediencia, no en el solo respeto de su poder, sostenido en el temor a la sanción, sino en la adhesión de las inteligencias; por ello no desprecia la oportunidad de explicar los procedimientos que ha seguido, los elementos del problema, los motivos que la han llevado a proferir la solución adoptada frente a las que han sido descartadas. Tal actitud marca ya, en la vía de la democracia, un paso esencial, pues implica que a los ojos del administrador, el administrado deja de ser una cosa a la cual se impone su voluntad para transformarse en una persona,

(...) Pero existe un medio aún más eficaz para obtener la adhesión, es la explicación dada, no después, sino durante el curso de elaboración de la decisión; y se pasa a una nueva etapa en la vía de la democracia: la de la *participación*. El administrado deja, entonces, de ser extraño a la preparación del acto que le concierne; entre la autoridad y él se establece un diálogo; él puede hacer valer su punto de vista, llevar al expediente elementos que posee; simultáneamente, toma conocimiento de los datos que desconoce; así colabora en la elaboración de su propio destino.”²⁶ (se subraya)

El poder de decisión de la administración, o lo que tradicionalmente se ha conocido como carácter “unilateral” de su manifestación de voluntad no desaparece. La Administración en estos casos sigue teniendo en sus manos la fijación del sentido y alcance de su determinación, como también lo advierte Rivero: “*la última palabra continúa en cabeza de la autoridad; ella se informa, ella informa, pero decide sola*”²⁷ ya que “*el instrumento esencial de la acción*

²⁶ RIVERO, Jean, A propósito de las metamorfosis de la administración actual: Democracia y administración, en Páginas de Derecho Administrativo, Ed Temis y Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, 2002, p. 92.

²⁷ *Ibid.*

*administrativa continúa siendo, en derecho, la decisión ejecutoria, el acto unilateral por el cual la autoridad competente impone su voluntad al sujeto*²⁸.

Reflexiones todas atadas nada menos que a la concepción misma de la democracia.

Entre nosotros es verdad averiguada que la Constitución de 1991 supuso una transformación radical en esta materia, al re-introducir al ciudadano en el esquema de las grandes decisiones que le conciernen.

Tal y como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la participación democrática no se reduce a la esfera simplemente electoral, sino que trasciende este importante ámbito para extenderse al de la intervención ciudadana en la configuración del destino común. Entraña ello un replanteamiento del rol del ciudadano y su contribución a la construcción colectiva del porvenir de todos (preámbulo, arts. 1, 2, 3, 40 y 95.5 CN).

Esta óptica desborda los tradicionales mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía (voto, plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato de que trata el artículo 103 Constitucional) y supone un redimensionamiento del papel ciudadano en la toma de decisiones significativas que le conciernen, para que pueda intervenir directamente en las mismas²⁹.

Principio democrático a la vez universal y expansivo como también lo ha resaltado la Corte Constitucional:

“el **principio democrático** que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El **principio democrático** es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de

²⁸ RIVERO, Jean, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », en Mélanges Dabin, t. II, 1963, p. 813.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 180 de 1994, MP Hernando Herrera Vergara

conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción.

La interpretación constitucional encuentra en el principio democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución la interpretación que ha de privar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito.”³⁰ (negritas y resaltado originales)

Y el fortalecimiento de la democracia participativa sería incompleto sino se abrieran espacios para la participación ciudadana en la acción de la Administración. Este principio constitucional, a la vez derecho (art. 40 CN) y deber ciudadano (art. 95.5 *Ibid.*), en tanto universal y expansivo también informa esta faceta del poder público.

Al fin y al cabo la Administración a diario adopta decisiones que en muchas ocasiones afectan más el curso de la vida de los ciudadanos, que las lejanas y menos numerosas determinaciones del legislador.

Apertura participativa que contribuye, además, a la construcción de un Estado de Derecho más sólido e incluyente. Es el salto de la democracia como exclusivamente un “modo de designación del poder” a ser además un “modo de ejercicio del poder”:

“se tiene el hábito muy marcado de considerar la democracia como un *modo de designación* del poder, satisfecho desde que en el origen de la autoridad aparece, directa o indirectamente, cercana o lejana, la soberanía del pueblo manifestada por la elección. Ya es bastante, sin duda; pero sería poco si la democracia no fuera también un *modo de ejercicio* del poder, y si este que decide ‘en nombre del pueblo francés’, decidiera de la misma manera y según los mismos esquemas que el servidor de un monarca absoluto”³¹.

Postulado constitucional que reviste una significación especial tratándose de la Comisión Nacional de Televisión. Ente autónomo concebido por el Constituyente de 1991 para el cumplimiento de las funciones públicas relacionadas con la televisión sujeta a un régimen legal propio.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 089 de 1994, MP Eduardo Cifuentes Muñoz

³¹ RIVERO, Jean, A propósito (...) op. Cit., p. 100

Con su previsión en la Constitución se buscó estructurar un organismo ajeno al Gobierno que se encargara de manejar y regular el servicio de televisión, como un órgano del Estado de naturaleza única, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo y la libre competencia entre los operadores, tal y como se advierte tanto en los antecedentes del artículo 76 Constitucional³² como de la ley 182 de 1995³³. En efecto, en la ponencia para primer debate en la Constituyente, el Delegatario Diego Uribe Vargas indicó:

“En cuanto a la radio y la televisión se prevé en la nueva Carta, la creación de una entidad autónoma de orden nacional, con régimen legal propio. Su organización y funcionamiento serán regulados por la ley; comprenderá una junta directiva donde el Gobierno Nacional designará a dos de ellos. El objetivo es evitar el monopolio del Estado en la televisión, y garantizar la concurrencia del mayor número de fuerzas políticas y sociales en los programas, se ha considerado como la mejor manera de darle contenido más amplio al derecho de información”³⁴.

Se despojó parcialmente, de esta suerte, de las competencias que antaño correspondían por ley al Ministerio de Comunicaciones, particularmente en cuanto hace a la regulación y control de la utilización del espectro electromagnético, para pasar al nuevo organismo constitucional, tal y como lo ha reconocido de vieja data la jurisprudencia constitucional³⁵

Quizás por ello, la Ley 182 de 1995 sea en el derecho nacional uno de los primeros desarrollos legislativos de la participación ciudadana en el procedimiento de adopción de actos administrativos de carácter general.

Es importante destacar que la Comisión Nacional de Televisión es un ente autónomo (art. 113 CN, 76 y 77 *eiusdem* y Ley 182 de 1995), o si se quiere un “*organismo estatal sujeto a régimen especial*” (artículo 40 de la ley 489 de 1998), cuya creación fue inspirada en el **pluralismo** y en el fortalecimiento del **principio democrático**, con el propósito de contribuir a la formación de una opinión pública

³² ANAC, Gaceta No. 112 pág. 7, donde se lee: “Para asegurar el cumplimiento de estos objetivos [garantizar el pluralismo informativo y la competencia] se crea un organismo autónomo del Gobierno para desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado, en los servicios de radiodifusión sonora y televisión”.

³³ GACETA DEL CONGRESO No. 169, 6 de octubre de 1994, pág. 12.

³⁴ GACETA CONSTITUCIONAL No. 82, Ponencia Carta de derechos, deberes, garantías y libertades, Pág. 13

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 081 de 1993

libre³⁶ y así garantizar ese derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico³⁷.

No sorprende entonces que el artículo 13 de la Ley 182 recoja esos principios fundamentales de participación y colaboración de las personas en la preparación de las decisiones que les conciernen y, por ello, ordene un trámite que obliga a garantizar la participación ciudadana respecto de actos administrativos que con carácter general adopte la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

Y lo hace en perfecta consonancia con el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40 Superior). Al preverlo expresamente la Ley 182 en su artículo 13 para el ámbito de una de las facetas de la acción administrativa, a cargo de un ente autónomo con profunda inspiración participativa, extendió y afianzó la democratización de la Administración.

Resulta diáfano no sólo que el Legislador determinó los procedimientos conforme a los cuales se debe hacer efectiva la participación ciudadana en la discusión de los actos administrativos generales expedidos por ese ente autónomo, sino también con claridad inconfundible se revelan las potísimas razones de estirpe constitucional que inspiraron esa decisión legislativa.

No obstante ello, y en abierta rebeldía frente a la ley, la Circular CNTV 11 de 2005 acusada infringió los tres deberes (de divulgación, de garantía de participación ciudadana y de publicidad) que pesan sobre la Comisión Nacional de Televisión, dentro de las tres etapas que distinguen el procedimiento de expedición de actos administrativos de carácter general.

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

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 497 de 1995

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 497 de 1995

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

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

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

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

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

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

Es importante destacar que no es la primera vez que la CNTV infringe el artículo 13 de la Ley 182. Por ello la Sala estima necesario reiterar que:

“conforme a lo dispuesto expresamente por el artículo 13 de la Ley de televisión, los actos administrativos de carácter general expedidos por la CNTV, que deben revestir la forma de ‘acuerdos’, están sujetos a un requisito de publicidad previa a su expedición, pues se le ordena a la entidad poner en conocimiento del público su intención de reglamentar o regular la materia que será objeto del futuro acto administrativo general, para darles oportunidad a los interesados de presentar, dentro de los dos meses siguientes a la publicación, las observaciones que consideren pertinentes, antes de tomar la decisión definitiva, que en consecuencia, deberá tener en cuenta tales observaciones.

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

(...) si bien en estos casos no se trata exactamente de garantizar el derecho de audiencia y de defensa propios de los procedimientos de expedición de los actos administrativos de carácter particular y concreto que van a afectar intereses o derechos subjetivos de un administrado en particular, la omisión en la que incurrió la entidad demandada al expedir el Acuerdo 003 de 2001, efectivamente lo vicia de nulidad, pues aún tratándose de un acto administrativo de carácter general, existe una norma legal que establece un procedimiento administrativo especial para la expedición de esta clase de actos por parte de la CNTV, que por lo tanto resulta imperativa y de obligatorio cumplimiento para la entidad, la cual sin embargo, resolvió dejarla de lado al proferir el referido Acuerdo 003. (...)³⁸ (subrayas fuera de texto original)

Una vez más la Comisión Nacional de Televisión incurre en desacato flagrante de la norma superior. Se configura así la causal de anulación invocada, que no es otra que la expedición irregular del acto administrativo o “vicios de forma”, prevista en el artículo 84 del CCA, en tanto no se observó el procedimiento y las etapas previstas para su expedición previsto por el artículo 13 de la Ley 182 de 1995.

Es evidente que la Circular CNTV 11 de 2005 se apartó, sin poder hacerlo, del procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 182 y no podía pretextar que se trataba de una simple Circular, toda vez que ésta reviste un incontestable carácter de acto administrativo de carácter general.

Acto administrativo que no fue adoptando siguiendo los pasos y etapas previamente determinadas por el legislador.

Primero, porque como ya se dijo ésta reviste a todas luces el carácter de acto administrativo general y, segundo, porque la autoridad que lo dictó no está facultada legalmente para escoger cuáles asuntos materia de reglamentación deben sujetarse a dicho procedimiento y cuáles no, habida cuenta del carácter imperativo y de orden público de la disposición legal tantas veces citada.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 13 de mayo de 2009, Rad. 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832), Actor: Consuelo Acuña Traslaviña, Demandado: Comisión Nacional de Televisión, Ref.: Acción de Nulidad, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En el mismo sentido vid. SECCION PRIMERA, Sentencia del 21 de septiembre de 2000, Expediente 5426, M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

No debe perderse de vista que, como advierte Merkl, *“en sentido más riguroso y técnico se habla de procedimiento jurídico solamente cuando el camino que conduce a un acto estatal no se halla a la libre elección del órgano competente para el acto, sino que está previsto jurídicamente”*³⁹. Principio de legalidad en la toma de decisiones que constituye la razón de ser del **procedimiento administrativo**, que no es otra que evitar la arbitrariedad por parte de la Administración y por lo mismo su infracción acarrea, por contera, la violación del derecho fundamental al debido proceso administrativo (art. 29 Superior).

Asimismo, la infracción del **principio de legalidad**, en este caso del artículo 13 de la Ley 182 de 1995, comporta en últimas la violación de la cláusula constitucional de igualdad. Este principio, en su acepción “formal” o “estática” equivale simplemente al cumplimiento de la ley (inciso primero del art. 13 C.P.), como que en estos eventos el operador jurídico al aplicar la ley -sin distinguos- no hace nada distinto que realizar la igualdad⁴⁰. El respeto de la “regla de justicia”, vale decir, tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual, es desde este punto de vista, en palabras de Bobbio, lo mismo que el respeto a la legalidad.⁴¹

El principio fundamental de la legalidad significa que las autoridades administrativas, incluidos los entes autónomos como la CNTV, en las decisiones que adoptan, están obligadas a conformarse a la ley, o más exactamente a la legalidad, es decir, a un conjunto de reglas de derecho de rangos y contenidos diversos. Este principio concierne a todas las actividades de las autoridades administrativas y significa que toda medida debe estar conforme a las reglas preestablecidas⁴².

³⁹ MERKL, Adolfo; Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial Comares S.L., 2004. p. 272.

⁴⁰ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en La forma del Poder, estudios sobre la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1ª edición, 1993, p. 605 y ss. En igual sentido CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Revista de Derecho Público No. 7, febrero de 1997, Universidad de los Andes, Bogotá, Facultad de Derecho, P. 13 y 14.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad, Pensamiento Contemporáneo 24, Paidós, 1993, Barcelona, P. 67.

⁴² DE LAUBADÈRE, André, VENEZIA, Jean-Claude et GAUDEMET, Yves. Traité de Droit Administratif, tome I, 12^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, Paris, 1992, p. 527.

En efecto, toda democracia liberal se construye a partir de la sumisión de la Administración al derecho⁴³ que se confunde con la misma idea de Estado de Derecho⁴⁴: la cual constituye una limitación del poder administrativo⁴⁵. Principio de legalidad de la actividad administrativa⁴⁶ que obviamente se predica también respecto de los entes autónomos y por lo mismo de la Comisión Nacional de Televisión, como ya se indicó en esta providencia.

Estas consideraciones, que pueden resumirse en que la Administración actúa *secundum legem* al ser una actividad estatal sub-legal en palabras de Marienhoff,⁴⁷ tienen su proyección nítida en el derecho positivo colombiano.

Así, la Constitución Política en el preámbulo⁴⁸ luego de señalar los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento y los valores que la Constitución aspira a realizar, dispone que ese *thelos* estatal sólo puede lograrse dentro de un “*marco jurídico democrático*”. A su vez el artículo 3 *eiusdem* prescribe que el poder público emanado del pueblo “*se ejerce en los términos que la Constitución establece*”. Por su parte el artículo 6 *ibid.* indica que “[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. En el mismo sentido se pronuncian los artículos 121 y 122 de la misma Carta.

⁴³ RIVERO, Jean et WALINE, Jean. Droit Administratif, Précis Droit Public, Ed. Dalloz, Paris, 15e Edition, 1994, p. 13. En igual sentido GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Ed. Tecnos, Duodécima edición, Madrid, 1994, p. 63.

⁴⁴ La cláusula Estado Social de Derecho no niega los rasgos distintivos clásicos de la cláusula Estado de Derecho, sino que por el contrario participa de ellos. (GARCIA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza Universidad, novena reimpresión, 1995, Madrid, p. 56).

⁴⁵ DE LAUBADÈRE...Op. Cit. p. 527.

⁴⁶ Garrido Falla sostiene que: “[e]l principio de legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del Derecho administrativo. No solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo, lo cual viene de suyo postulado por la misma mecánica de la división de poderes y por el mayor valor formal que a los actos del poder legislativo se concede, sino asimismo...la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad, o, incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia” (GARRIDO FALLA...Op. Cit. p. 177).

⁴⁷ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Teoría General, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Quinta edición actualizada, 2003, p. 76

⁴⁸ Sobre el valor normativo del preámbulo vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 479 de 1992.

En el nivel legislativo, el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo establece: “Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes...”. En concordancia con este mandato, el artículo 82 del mismo Código⁴⁹, al prever el objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, determina que ella está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

Con esta perspectiva, la Sala reitera que los actos administrativos deben formarse con estricta observancia de los procedimientos previstos en la ley como garantía para evitar la arbitrariedad⁵⁰ y expresión nítida del gobierno de la ley como garantía de los derechos positivizados⁵¹:

“El establecimiento de formalidades en la expedición de los actos administrativos o en algunos de ellos, tiene como finalidad garantizar la legalidad y corrección en la actividad administrativa (...) para que no se cause lesión alguna a derechos e intereses legalmente protegidos; así como también para asegurarle a la administración pública el pleno ejercicio de sus facultades y completa expresión de su voluntad dentro del orden y la ponderación que la actividad del poder administrativo exige, impidiéndose de esta suerte la toma de decisiones irreflexivas y precipitadas.”⁵²

Con arreglo al criterio sentado, se impone concluir que si la Circular CNTV 11 de 2005 vulneró de manera notoria y protuberante lo prescrito por el artículo 13 de la Ley 182, debe ser retirada del ordenamiento jurídico. Al hacerlo la Sala acoge el concepto de la Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación.

⁴⁹ Modificado art. 30 ley 446 de 1998

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Sentencia de 25 de mayo de 1968, CP Alfonso Meluk.

⁵¹ “El sistema liberal de gobierno con predominio claro del legislador funciona en un todo para garantizar esos derechos. Ninguno de los poderes concebidos puede ser arbitrario, pues todos deben velar por el bien común (...) El constitucionalismo liberal, tributario de las ideas de Locke, tiene por sentado que una de las más importantes garantías de los derechos naturales, los derechos fundamentales, es la reserva de ley, esto es, que su limitación, suspensión, regulación tan sólo puede hacerse por ley (...) Es por ello que el poder supremo es el legislativo, lo que obliga a que los poderes ejecutivo y legislativo no se reúnan en unas mismas manos” (*Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte*, en V.V.A.A. Ideas políticas, filosofía y derecho, Liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Lobo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006, p. 303 y ss).

⁵² CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA, Sentencia de abril 11 de 1978, Exp. 355, C.P. Carlos Portocarrero Mutis.

La prosperidad del cargo formulado, releva a la Sala del estudio de la violación del literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995.

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

F A L L A

PRIMERO.- ACEPTASE el impedimento manifestado por el Señor Consejero de Estado Dr. Enrique Gil Botero.

SEGUNDO.- DECLARASE NULA la Circular CNTV 11 de 23 de mayo de 2005, expedida por la Comisión Nacional de Televisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR