

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil veintidós (2022)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Referencia: Radicación:

Acción de nulidad simple

11001-03-24-000-2011-00062-00

Demandante: Juan Manuel Díaz Guerrero Demandado: Comisión Nacional de Televisión –CNTV

Tema: Facultad regulatoria de la Comisión Nacional de Televisión para fijar derechos, tasas y tarifas de sujeción de la CNTV a los parámetros previstos por el Legislador// desconocimiento del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995

Sentencia de única instancia

La Sala decide, en única instancia, la demanda de nulidad simple promovida por el señor Juan Manuel Díaz Guerrero, a través de la cual solicitó la declaratoria de nulidad¹ del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010, expedido por la Comisión Nacional de Televisión².

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda³

En ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo el ciudadano Juan Manuel Díaz Guerrero demandó a la CNTV con miras a obtener la siguiente declaración:

[...] **PRIMERA.** Que se declare nulo el Acuerdo No. 006 de 2010 expedido por la Comisión Nacional de Televisión, por medio del cual se modifican las condiciones de acceso a la prestación del servicio público de Televisión por Suscripción, la tarifa de compensación que deben cancelar los operadores de este servicio a la comisión nacional de televisión, y se dictan otras disposiciones.

¹ Sobre el particular, resulta relevante poner de presente que, no obstante la parte actora en las pretensiones solicita la nulidad de la totalidad del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010, los argumentos y cargos de violación expuestos en el libelo se circunscriben a desvirtuar exclusivamente la presunción de legalidad del artículo 3° de dicho acto administrativo.

² "Por medio del cual se modifican las condiciones de acceso a la prestación del Servicio Público de Televisión por Suscripción, la tarifa de Compensación que deben cancelar los Operadores de este servicio a la Comisión Nacional de Televisión y se dictan otras disposiciones."

³ Folios 63 a 102 cuaderno principal.

SEGUNDA. Condenar a la parte demandada al pago de las costas procesales⁴[...].

I.2.- Los hechos que sustentan la demanda⁵

Los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

El actor señaló que los artículos 76 y 77 de la Constitución Política establecieron que la intervención estatal del espectro electromagnético, el cual es utilizado para los servicios de televisión, está a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica y que está sujeto a un régimen legal. Así mismo, indicó que dicho organismo tiene como atribución la dirección de la política de televisión conforme lo determine la Ley

Con el propósito de regular los anteriores preceptos constitucionales, mencionó que se promulgó la Ley 182 de 1995⁶, la cual clasificó el servicio de televisión en función de los usuarios y por el medio utilizado para distribuir la señal de televisión. En cuanto a los usuarios, la subclasificó en televisión abierta y por suscripción, y en cuanto a los medios la subclasificó en radiodifundida, cableada – cerrada y satelital (artículos 19 y 20).

Indicó que, a través de los Acuerdos 03 de 2005 y 010 de 2006, la CNTV reguló la Ley 182 de 1995 para determinar que la compensación de los concesionarios del servicio de televisión correspondía a una equivalente al diez por ciento (10%) de los ingresos mensuales brutos de su operación, resaltando que dicha compensación debería ser pagada en el mes posterior de su causación.

Manifestó que, debido a los cambios tecnológicos en materia de telecomunicaciones, especialmente el desarrollo de la red de internet, se permitió la prestación de servicios de voz y de televisión por IP a través de una única infraestructura de red. Debido a estos cambios, y en lo relativo al servicio de televisión por internet, el protocolo de internet, en adelante IPTV, se produjo a lo largo de los años 2007 a 2009 una discusión entre el Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -en adelante MINTIC, y la CNTV, para determinar la naturaleza jurídica del servicio de televisión prestado bajo el protocolo IP.

⁴ Folio 63 cuaderno principal.

⁵ Folios 63 a 75 cuaderno principal.

⁶"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 actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones."

El MINTIC, con fecha 31 de julio de 2007, expidió el Decreto 2870 de 2007⁷, cuyo objeto⁸ era determinar un marco reglamentario que permitiera la convergencia en los servicios públicos y redes de telecomunicaciones a través del título habilitante convergente. Este título habilitante convergente definido en el artículo 3⁹ permitía la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones con posibilidad de cobertura nacional y en conexión con el exterior. Sin embargo, se exceptuó de dicha habilitación a los servicios de televisión consagrados en la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones.

El mencionado decreto, en su artículo 19¹⁰, al definir los servicios de valor agregado, permitió, por interpretación, que se entendieran incluidos los servicios de IPTV, lo que implicaba la prestación del servicio de TV a través de la red de internet y no a través de la red de televisión. Ante la controversia generada, el MINTIC, en el documento denominado Consulta Pública – Lineamientos de Política Sectorial para el Uso y Aprovechamiento de la Tecnología IPTV de abril de 2008, expuso su criterio sobre la naturaleza jurídica del servicio de IPTV. En el referido documento concluyó que el servicio de TV

prestara a través de IP debía considerarse un servicio de valor agregado. Tal clasificación implicaba era un servicio regulado por el MINTIC y no por la CNTV¹¹.

El actor precisó que la determinación de la naturaleza del servicio de IPTV resultaba relevante por la diferencia de la compensación que debía pagarse por un

⁷ "Por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la convergencia de los Servicios y Redes en materia de Telecomunicaciones".

⁸ "**Artículo 1°.** Objeto y ámbito de aplicación. El presente decreto tiene por objeto establecer un marco reglamentario que

permita la convergencia en los servicios públicos de telecomunicaciones y en las redes de telecomunicaciones del Estado, asegurar el acceso y uso de las redes y servicios a todos los habitantes del territorio, así como promover la competencia entre los diferentes operadores. Las disposiciones contenidas en este decreto aplican para todos los servicios públicos de telecomunicaciones y redes de telecomunicaciones del Estado, salvo los servicios de Televisión consagrados en la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones, y los servicios de Radiodifusión Sonora, Auxiliares de Ayuda y Especiales de que trata el Decreto-ley 1900 de 1990. No obstante, las disposiciones contenidas en el TITULO VI, ESPECTRO ELECTROMAGNETICO del presente decreto, aplican a todos los servicios de telecomunicaciones y los servicios de Televisión consagrados en la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones."

⁹ "**Artículo 3°.** Obtención del título habilitante convergente. A partir del primero (1°) de agosto de 2000, el Ministerio de Comunicaciones otorgará, a solicitud de parte, el Título Habilitante Convergente, el cual incluye todos los servicios de telecomunicaciones objeto del presente decreto, con posibilidad de conexión nacional y en conexión con el exterior. **Se exceptúan los servicios de Televisión consagrados en la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones**, los servicios de Radiodifusión Sonora, Auxiliares de Ayuda y Especiales de que trata el Decreto-ley 1900 de 1990, los servicios de Telefonía Móvil Celular -TMC- y Comunicación Personal -PCS- definidos en las Leyes 37 de 1993 y 555 de 2000, respectivamente y los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada Local, Local Extendida y Telefonía Móvil Rural contemplados en la Ley 182 de 1994."

¹⁰ "**Artículo 19.** Servicios de valor agregado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto-ley 1900 de 1990 y demás normas concordantes, todos aquellos servicios que utilicen como soporte servicios básicos, telemáticos y de difusión, o cualquier combinación de estos, que proporcione capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades diferentes al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones, independientemente de la tecnología que utilice, están sujetos al régimen legal establecido para los servicios de valor agregado y a las disposiciones previstas en este decreto. Tal es el caso de las señales de video, audio, voz, texto y otras, que usan como soporte las redes de telecomunicaciones del Estado y otras, las redes de servicios básicos de telefonía móvil, Telefonía Pública Básica Conmutada y servicios de portadores.

Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos."

¹¹ "De la posición adoptada por el Ministerio de comunicaciones y sus posteriores desarrollos regulados, es posible extraer un principio de obligatoria observancia si se quiere dotar de previsibilidad y coherencia al marco normativo bajo el que se rigen los servicios de comunicaciones en Colombia. **Ese principio propone que si una comunicación se origina o termina en un usuario de la red de Internet, en adelante se estará frente a un servicio de aquellos tipificados como servicio de valor agregado, con**

independencia de la tecnología usada para su transmisión o recepción por parte del usuario. (fundamento en ello, se soporta una conclusión fundamental que sostiene que la transmisión de video y sonido a través del protocolo IP, es decir, los usos que permite el aprovechamiento de la tecnología IPTV, en la medida en que se soporta en un servicio portador como la transmisión de datos y banda ancha, configuran un servicio de valor agregado". (Subrayado fuera de texto original)

servicio y por otro. Señaló que, por ejemplo, los concesionarios de televisión por suscripción regulada por la Ley 182 de 1995, debían pagar una compensación del 10% sobre sus ingresos brutos según los parámetros a la CNTV, mientras que los operadores que prestaran el servicio de IPTV están obligados a pagar el 3% de los ingresos brutos de su operación mensual al MINTIC.

Agregó que, según el artículo 17 de la Ley 182 de 1995, de las sumas que recauda la CNTV, un porcentaje de estas va dirigido al Fondo para el Desarrollo de la Televisión, en adelante FonTV, con el cual se fortalece los operadores públicos del servicio de televisión y la programación cultural a cargo del EPM con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

Aclaró que, de otra parte, el Decreto 129 de 1976¹², modificado por el Decreto 1901 de 1990¹³, creó el Fondo de Comunicaciones en el MINTIC, con el propósito de obtener recursos para financiar los programas de ese ministerio y el incremento de su capacidad operativa técnica¹⁴. Dicho fondo se alimentaría de los recursos que se causaran, entre otras, por concepto de las concesiones, las compensaciones, expediciones de licencias, otorgamiento de permisos y autorizaciones, para la prestación de los servicios de telecomunicaciones distintos a los de televisión, otorgadas por el MINTIC.

Indicó que, en esa medida, si la IPTV era considerada un servicio de valor agregado pagaría una compensación del 3% de los ingresos brutos al Fondo de Comunicaciones, pero si era considerado un servicio de televisión debería cancelar la compensación correspondiente al 10% de los ingresos brutos del prestador que tendría que entregar al FonTV.

El actor señaló que, por lo referido anteriormente, la CNTV, en respuesta a la Consulta Pública del MINTIC, profirió un documento denominado «Posición Institucional de la Comisión Nacional de Televisión a la Consulta Pública del Ministerio de Comunicaciones», en el cual señaló:

[...] I. "Es claro técnicamente, que IPTV es una solución tecnológica más que un nuevo servicio de telecomunicaciones, IPTV es la utilización de un protocolo para la prestación del servicio de televisión por suscripción, que permite utilizar cualquier tecnología o medio de transmisión. **El simple hecho de el protocolo de transporte IP no transforma a la televisión en un servicio de valor agregado.**

¹² "Por el cual se reorganiza el Ministerio de Comunicaciones". En el artículo 40 creó el Fondo de Comunicaciones «como una cuenta especial de manejo de los recursos que, de acuerdo con la ley, correspondan al Ministerio de Comunicaciones por concepto del pago de derechos, participaciones y multas, y con el objeto de atender los gastos que se determinen más adelante.»

¹³ "Por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones"

¹⁴ Artículo 30 del Decreto Ley 1901 de 1990. "El objetivo básico del Fondo será el financiamiento de los programas del Ministro y el incremento de su capacidad operativa técnica."

II. El Ministerio de Comunicaciones no tiene competencia constitucional ni legal para regular el servicio de televisión por suscripción, independientemente de la tecnología utilizada.

La Comisión Nacional de Televisión, el Gobierno Nacional y la opinión pública deben tener claras consecuencias económicas y jurídicas que tendría la desnaturalización del servicio de televisión por suscripción al convertir una de sus modalidades tecnológicas en un servicio de valor agregado. Así cosas, la Comisión Nacional de Televisión debe exigir al Ministerio de Comunicaciones que se pro con toda claridad y detalle sobre las siguientes inquietudes:

En el caso de presentarse demandas por parte de los actuales concesionarios de televisión por suscr ante un evidente cambio en las reglas de juego, ya sea por desequilibrio económico o por el pago de debido, teniendo en cuenta los costos de la concesión y el costo de la licencia de valor agregado que propone el Ministerio de Comunicaciones ¿quién asumirá los costos de esas demandas y el reconoc de las indemnizaciones a que hubiera lugar?

Bajo el nuevo esquema pretendido por el Ministerio de Comunicaciones, según estudios preliminares de la oficina de Planeación, la televisión pública podría dejar de percibir recursos valor de 126 mil millones de pesos en un periodo de 9 años (2008-2016) lo que equivale a la financiación por 6 años de los 8 canales regionales o la financiación de la Señal Colombia Institucional durante 20 años ¿Quién asumirá este costo, teniendo en cuenta que el Ministerio est percibiendo recursos por 32.400 millones en el mismo periodo? [...] (resaltado fuera de texto origin

El actor refirió que, aunado a la anterior, la CRC expidió el Informe Sectorial No 10 de mayo de 2008 el cual señaló que «durante el período objeto de análisis, se afianzó el ofrecimiento de paquetes denominados tripleplay, que integran telefonía, internet y televisión por suscripción o **del servicio de valor agregado – IPTV**». En el mismo sentido, la CRC expidió la Resolución CRC 1940 de 6 de mayo de 2008, por medio de la cual determinó el Régimen Unificado de Reporte de Información de los operadores de telecomunicaciones a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y, en el artículo 1º¹⁵, incluyó en su ámbito de aplicación al servicio de IPTV.

Aseguró que, como consecuencia de lo manifestado, el MINTIC dio respuesta a diferentes derechos de petición mediante los cuales señaló que, desde el punto de vista técnico, se establecía que IPTV era un servicio de valor agregado y, en

¹⁵ [...] **ARTÍCULO 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** El presente régimen aplica a los operadores TPBC, TMC, PCS, servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado – trunking-, servicio de valor agregado de acceso a Internet, servicio de IPTV y aquellos que ofrezcan mensajería de texto (SMS) o mensajería multimedia (MMS) [...]

consecuencia, debía pagar una contraprestación del 3% sobre sus ingresos brutos a la CRC y no del 10% como habitualmente lo hacían. Adicionalmente, durante ese mismo lapso, los operadores de televisión por suscripción y cable solicitaban a la CNTV que disminuyera el valor de su contribución del 10% a márgenes del 3% al 5% para quedar en igualdad de condiciones con los operadores de IPTV¹⁶, pues de lo contrario pedirían licencia para prestar su servicio por este último protocolo, para pasar a pagar al MINTIC como servicio de valor agregado y no como de televisión a la CNTV.

El actor relató que, sin haberse zanjado la diferencia entre las entidades del sector de Telecomunicaciones sobre la naturaleza de IPTV, se expidió la Ley 1341 de 2009¹⁷ la cual definió los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. En el artículo 10¹⁸ ibidem excluyó de la habilitación general para

¹⁶ El actor relató que, durante el segundo semestre de 2009, el gremio de los operadores de televisión por suscripción de una forma insistente le solicitaron a la CNTV que revisara las condiciones de la

contraprestación con el fin de disminuirlas del diez por ciento (10%) actual a márgenes entre el tres por ciento (3%) o cinco por ciento (5%), según informes de prensa como el diario económico llamado Portafolio que señaló:

18 de noviembre de 2008. Asociación de Operadores de Televisión por Suscripción y Satelital pidió a la CNTV bajar aportes. Alfredo Deluque, presidente (e) de Tvpc, señaló que el objetivo de este análisis no es solo lograr un descuento en el monto de la compensación que realizan los operadores, sino abrir el camino sobre los recursos que se requieren para hacer una televisión pública con contenidos de calidad. En la actualidad, las compañías de TV por suscripción giran a la CNTV el 10 por ciento de sus ingresos brutos (unos 82.000 millones en el 2007) y el objetivo del gremio es que esta cifra se coloque entre el 3 y el 5 por ciento. **Para Deluque es claro que el panorama de este negocio ha cambiado en los últimos años y eso es necesario replantear las cargas regulatorias actuales con el fin de no afectar la eficiencia de los operadores. La CNTV trabaja en la selección de una firma de consultoría que analice temas como la compensación de la TV paga, las nuevas concesiones que se van a otorgar este año y el número de las prórrogas de las licencias actuales y las expansiones de zonas previstas para el 2009. Tvpc espera que las conclusiones de dicho estudio coincidan con las cifras que entregará en los próximos días a la CNTV.**

8 de febrero de 2010. **Televisión paga se le rebela a la Comisión Nacional de Televisión (Cntv).** Este movimiento condujo a varias empresas del sector a tomar medidas para garantizar su viabilidad futura. La Asociación de Operadores de Televisión por Suscripción y Satelital de Colombia (TVPC) anunció ayer que 17 de sus 34 afiliados solicitaron al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTic) una licencia para la prestación de su servicio con la tecnología IPTV (televisión con protocolo de Internet). Gracias a este cambio, promovido por el nuevo presidente de la Tvpc y gerente de Regulación y Asesoría con el Gobierno en UNE Jaime Andrés Plaza, dichos operadores dejarían de aportar el 10 por ciento de sus ingresos brutos a la Cntv y, en cambio, girarían el tres por ciento de sus utilidades al MinTic, como lo hacen los operadores de valor agregado. De concretarse este cambio de régimen se vería afectado el flujo de recursos que recibe la Cntv para financiar la televisión pública. Las 17 solicitudes- realizadas el 17 de febrero- se suman a las que a habían radicado Telmex y UNE y a la licencia que tiene la ETP. Entre las que pidieron licencia de IPTV están Cable Bello, Cable Cauca, Cable Guajira, Cable Expres y Cablevisión Jastadí.

28 de mayo de 2009. **TV pagada pide rebaja en tasa que le cobra la CNTV por considerar que el esquema es insostenible.** Los operadores de TV por suscripción pagan a la CNTV, además del costo de la licencia, una contraprestación periódica del 10 por ciento de sus ingresos brutos, que para dicha asociación "no guarda proporción alguna con las condiciones de la economía y la realidad de la industria y son la principal causa de los resultados adversos de las empresas". Al respecto, la CNTV informó que va a estudiar la situación del mercado actual de TVA paga de la mano de Tvpc y el operado de TV satelital de Telefónica Telecom, que no está agremiado.

El 4 de septiembre de 2009 en carta dirigida a los comisionistas miembros de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, Alfredo Rafael Deluca Zuleta en calidad de presidente ejecutivo de la Asociación de Operadores de Televisión por Suscripción y Satelital de Colombia (TVPC). A propósito de la autorización por parte del entonces Ministerio de las Comunicaciones a la Empresa de Teléfonos de Bogotá (ETB), para la prestación de servicio de audio y video bajo protocolo IP. Manifiesta a la CNTV lo siguiente:

"No sobra advertir que de no tomar decisiones inmediatas muchos operadores del sector de televisión por suscripción podrían adoptar la misma vía de autorización que utilizó ETB, para prestar su servicio, lo que no es cuestionable ya que tanto como la entrada al mercado y la tasa contributiva son consistentes con el modelo de negocio de la televisión por suscripción."

recuperación de costos para la prestación de servicio de esta categoría, tal y como se evidenció en el estudio de Afianza presentado por TVPC y Telefónica a la CNTV en el marco de las mesas de trabajo.

¹⁷ "Por la cual se definen Principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del Espacio y se dictan otras disposiciones"

¹⁸ [...] la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público bajo a titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. **La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.** [...]

la prestación de servicios de telecomunicaciones, a aquellos que utilizaran el espectro radioeléctrico.

Indicó que, por su parte, el numeral 4° del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 le otorgó competencia a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, con excepción de las redes destinadas principalmente para servicios de televisión radiodifundida y radiodifusión sonora.

Resaltó que, a través de la sentencia C-403 de 2010, la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del numeral 4° del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, resolvió el conflicto de competencias asignadas a la CRC y a la CNTV, en el sentido de establecer que la regulación del servicio de televisión es competencia de la CNTV, con independencia del medio que ésta utilice para ser transmitida¹⁹.

Señaló que, posteriormente, la CNTV, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, con el Acuerdo 002 de 2010, con el propósito de reducir la tarifa de compensación de los servicios de televisión, del 10% al 7% de los ingresos brutos, incluyendo los servicios de televisión por suscripción por cable.

Finalmente, precisó que la CNTV a través del artículo 3° del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010 modificó las condiciones de acceso a la prestación del servicio público de televisión por suscripción para establecer una nueva tarifa mensual de compensación que deben cancelar los operadores de ese servicio, resaltando que la referida tarifa correspondería al 7% de los ingresos brutos mensuales por la prestación del servicio de televisión por suscripción, más el 10% de los ingresos brutos mensuales percibidos por concepto de pauta publicitaria.

I.3.- Fundamentos de derecho y concepto de la violación²¹ I.3.1.- Normas violadas

La parte actora consideró que el artículo 3° del acto administrativo acusado fue proferido con: i) vulneración de las normas superiores en las que debía fundarse; ii) falta de motivación; iii) falsa motivación; iv) falta de competencia, y v) desviación de poder. Para ello, indicó como desconocidas las siguientes normas:

Artículos 76 y 365 de la Constitución Política;

Artículo 2° del Código Contencioso Administrativo;

¹⁹ [...] A la luz de lo dispuesto por el artículo 76 de la CP y de la jurisprudencia constitucional ante la Comisión Nacional de Televisión, CNTV, tiene competencia exclusiva para regular el servicio de

televisión emitida en Colombia que emplee el espectro electromagnético. [...] siempre que se trate principalmente de la regulación del servicio de televisión, cualquiera que sea el medio a través del cual se transmita, esta competencia es exclusiva de la CNTV. [...]

²⁰ «Por medio del cual se reglamenta el servicio de televisión por suscripción»

²¹ Folios 75 a 98 cuaderno principal.

Artículo 2° del Decreto 3130 de 1968;

Artículos 1°, 2°, 4°, 5° literal g), 17, 18, 20, 29, 32 numeral 4° y 46 de la Ley 182 de 1995.

I.3.2.- El concepto de la violación

De la vulneración de las normas superiores en las que debía fundarse

Vulneración del artículo 365 de la Constitución Política

La parte actora sostuvo que mediante el artículo 3° del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010, la demandada modificó la tarifa de compensación que debían cancelar los operadores del servicio de televisión por suscripción con desconocimiento del artículo 365 constitucional. Alegó que la CNTV aliviar la contraprestación de un servicio principalmente prestado por empresas privadas, puso en riesgo la financiación de los fines educativos y culturales de la televisión pública, e indicó que, con el acto demandado, la CNTV desconoció la prevalencia del interés público sobre el interés particular y, además, vulneró el procedimiento bajo el cual se pueden modificar los contratos de concesión de servicios públicos.

En primer lugar, el actor recordó que el artículo 365 de la Constitución Política establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de ahí que se tiene el deber de asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio; por lo tanto, estos servicios están sometidos al régimen jurídico que fije la ley.

Indicó que, en cumplimiento de la anterior disposición constitucional, el artículo 2° de la Ley 182 de 1995 prevé que el servicio de televisión, además de tener como fin el de ser un medio de entretenimiento, tiene aparejada una labor de formación, educación e información. Con tal propósito, se determinó un porcentaje de las utilidades de los operadores de televisión abierta y de suscripción para ser depositado en el Fondo para el Desarrollo de la Televisión -FonTV, resaltando que dicho fondo tiene por objeto fortalecer la televisión pública y es administrado por la CNTV, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 182 de 1995 y el artículo 2° del Decreto 3130 de 1968.

En consecuencia, adujo que, con la disposición demandada, la CNTV decidió sacrificar los recursos del Fondo FonTV para aliviar la contraprestación de los prestadores del servicio de televisión por suscripción, lo que atenta contra los fines del Estado.

La parte actora señaló que la Ley 182 de 1995 establece que el servicio de televisión se presta una vez obtenida la concesión, bajo las condiciones específicas y estipuladas en el título habilitante, lo que conlleva a que los operadores paguen una contraprestación económica mensual a favor de la CNTV que se liquida sobre los ingresos brutos de la prestación del servicio (artículos 1°, 4°, 29 y 42).

Manifestó que, previamente a la expedición del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010, la CNTV

hacer un estudio individualizado de cada una de las concesiones otorgadas, con el propósito de detectar si se mantenían constantes las variables económicas existentes según el plan de inversión presentado al concesionario, a lo que agregó que resultaba necesario que la CNTV verificara si había variado el nivel de inversión, y si dicha variación se debía a la alta contraprestación o si existía una inadecuada estrategia de participación en el mercado.

Sumado a ello, y de manera paralela al estudio de las concesiones otorgadas, la CNTV tenía la obligación de verificar si una disminución en la compensación le permitía al Estado garantizar el cumplimiento del objeto y de los fines generales del servicio público de televisión -asociados al acceso universal a los contenidos de televisión, promoción de la televisión educativa y cultura y de interés público-.

Sostuvo que, sin embargo, la entidad demandada cambió las condiciones de los contratos de concesión sin ninguna justificación técnica o jurídica y sin demostrar la necesidad de disminuir la tarifa por compensación mensual del 10% al 7% de los ingresos brutos por la prestación del servicio de televisión por suscripción, adicionado con el 10% de los ingresos brutos por concepto de pauta publicitaria.

Violación del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995

Respecto del desconocimiento del literal g) ²² del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, el demandante aseguró que la CNTV expidió el Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010 sin ningún respaldo económico y financiero que justificara reducir en 3 puntos porcentuales la tarifa de compensación mensual por el servicio de TV por suscripción y dejar el 10% por los ingresos brutos de pauta publicitaria.

Afirmó que, si bien dentro de las consideraciones del acuerdo demandado, la CNTV relacionó memorandos proferidos por dependencias de la misma comisión y

²² "g) Fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias. **Los derechos, tasas y tarifas deberán ser fijados por la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total y el ingreso per cápita en el área de cobertura, con base en las estadísticas que publique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, así como también la recuperación de los costos del servicio público de televisión; la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio; así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos, con el fin de cumplir las funciones tendientes a garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio.**

Lo dispuesto en este literal también deberá tenerse en cuenta para la fijación de cualquier otra tasa, derecho que corresponda a la Comisión." (Resaltado fuera de texto original)

estudios de mercado, estos no resultaban idóneos ni suficientes como criterios objetivos económicos para motivar la reducción del valor de la compensación para prestar el servicio de TV por suscripción. Tampoco lo eran para establecer una tarifa por los ingresos brutos por pauta publicitaria.

El actor indicó que la reducción injustificada de la tarifa de la compensación del servicio de TV por suscripción generó unas condiciones más favorables a los operadores de dicho servicio con violación expresa de postulados legales y sin garantizar el cumplimiento de los fines del régimen de televisión.

En su criterio, «una decisión de esta importancia merece un profundo estudio de las circunstancias y

mercado, y no documentos enunciativos de generalidad del sector, basado en dinámicas eficientes teóricas».

Además, resaltó que, contrario a lo expresado en los documentos que refiere la CNTV para sustentar la decisión, la compensación del 10% no fue un factor determinante para que el sector de la TV por suscripción no creciera comercialmente, dado que creció, para los años 2002 y 2005, en un 48% y para los años 2005 a 2009, en un 137%. Y, según informes de la CNTV, existe subfacturación y subreporte de datos base para la determinación de la tarifa que cancelaban los operadores de televisión por suscripción a la CNTV.

También anotó²⁴ que prueba de la ausencia de criterios objetivos y técnicos en el cálculo de la compensación a cargo de los operadores de televisión por suscripción era la Resolución 2011-380-4 de 1° de marzo de 2011²⁵, la cual dio apertura a un proceso de selección-concurso para escoger una firma de consultoría con el objeto de determinar, entre otros, la tarifa de compensación de la televisión por suscripción; proceso en el que se debía tener en cuenta el marco regulatorio vigente, el mercado de televisión cerrada con y sin ánimo de lucro y los parámetros definidos en el literal g) del artículo 5° Ley 182 de 1995.

Para el actor, entonces, el acuerdo demandado se apartó del marco constitucional y legal del servicio de televisión, al haber implementado una reducción y una diferencia entre la compensación del servicio de televisión por suscripción y de los ingresos brutos por pauta publicitaria, sin que hubiese un estudio detallado de las circunstancias del mercado, lo que, a su vez, condujo a que se atentara contra el modelo de financiamiento de la televisión pública y se afectaran en perjuicio de la colectividad los contratos de concesión del mencionado servicio.

²³ Según el demandante en el folio 76 del cuaderno principal, dicha información se encuentra en el documento llamado Lineamientos de política para la industria de televisión 2011 – 2014 y agenda regulatoria CNTV 2011 pag 19. Documento que no fue allegado al expediente.

²⁴ Folios 106 y 107 cuaderno principal. Memorial allegado con posterioridad de la radicación de la demanda y con

anterioridad al auto que admitió la misma.

²⁵ Folios 108 a 113 cuaderno principal

Vulneración del artículo 17 de la Ley 182 de 1995

El actor señaló que las disposiciones legales colombianas estructuraron el esquema de explotación del servicio público de televisión a través del régimen de concesión y pago de contraprestaciones. Lo anterior con el propósito de lograr recursos para la financiación de la televisión pública, teniendo en cuenta las características socio económicas del país no permitían al Estado asumir ese tipo de cargas financieras.

En ese sentido, el actor manifestó que el esquema diseñado por la Ley 182 de 1995, creó mecanismos que tanto la CNTV como la televisión pública, obtuviesen recursos para su financiamiento, los cuales provendrían, entre otros, de la tasa que pagan las concesiones del servicio de televisión por suscripción como contraprestación, citando como ejemplo de dicha obligación legal de aprovisionamiento de recursos el artículo 17²⁶ de la ley *ibidem*.

Adujo el actor que, la CNTV, en ejercicio de la competencia regulatoria otorgada por la Constitución Política y la ley para determinar las tarifas por la prestación de los servicios de televisión por suscripción

debía tener en cuenta que los recursos fueran suficientes para apoyar la financiación de la televisión pública y la programación cultural a cargo del Estado. Lo anterior, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio.

En esa medida, aludió que el legislador pretendía que la CNTV estableciera una tarifa de compensación que lograra proveer las herramientas necesarias para garantizar, entre otros fines, la financiación de la televisión pública y la producción de la programación cultural a cargo del Estado.

El actor adujo que, contrariando los principios señalados, la CNTV, a través del artículo 3° del Acuerdo 006 de 2010, redujo arbitrariamente la tasa que debían pagar los concesionarios de televisión por suscripción. Para ilustrar su planteamiento, indicó que la Oficina de Planeación de la CNTV, a través del memorando 20102400148853 de 7 de diciembre de 2010, el cual motivó la expedición del acto administrativo, reconoció que una disminución en la tarifa por

²⁶ [...] **ARTÍCULO 17. De la promoción de la televisión pública.** La Comisión Nacional de Televisión efectuará el recaudo de las sumas a que tiene derecho y llevará su contabilidad detalladamente. Una vez hecha la reserva prevista en esta Ley para absorber sus pérdidas eventuales, un porcentaje de las utilidades de cada ejercicio se depositará en un fondo denominado "Fondo para el Desarrollo de la Televisión Pública" constituido como cuenta especial en los términos del artículo 2° del Decreto 3130 de 1968, adscrito a la administración de la Comisión, el cual se invertirá prioritariamente en el fortalecimiento de los servicios públicos del servicio de televisión y en la programación cultural a cargo del Estado, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio.

La Comisión reglamentará lo establecido en este artículo. [...]

La compensación podría afectar los recursos del FonTV y advirtió que, en cambio, era necesario hacer un control efectivo del subreporte y subfacturación de los prestadores de TV por suscripción.

Así las cosas, el actor aseguró que era evidente la inconsistencia del accionar de la entidad demandada, ya que los prestadores de TV por suscripción no reportaban a la entidad la totalidad de sus ingresos brutos, información con base en la cual se calculaba la compensación que debían pagar. En tal sentido, podía sustentarse la necesidad de disminuir la tarifa cuando ya se conocía que se estaban recibiendo de los prestadores del servicio montos inferiores a los que estaban obligados a pagar.

También aclaró que, únicamente podría justificarse una reducción de la tarifa por compensación, en un hipotético caso en el que el modelo propuesto por la Oficina de Planeación de la CNTV se implementara sin la afectación de los ingresos y gastos del FonTV. Sin embargo, para el actor, tal circunstancia se encuentra fuera de la realidad, toda vez que la televisión pública colombiana no cuenta con los recursos para soportar políticas de austeridad. De ahí que la misma CNTV señalara, en la agenda regulatoria 2011, lo siguiente:

[...] Si se toma como referencia el año 2009, la Comisión recibió ingresos para el Fondo del Desarrollo de la Televisión Pública, aproximadamente de 50 millones de dólares, recurso con los cuales se financió la televisión pública. Si se comparan dichos recursos con los presupuestos de por ejemplo, España, país con un PIB proporcional similar al de nuestro país, aunque geográficamente más pequeño, resulta mínimo el presupuesto de la TV pública colombiana, pues para el 2010 la TVE tienen un presupuesto de 1.200 millones de Euros. Con relación a la participación del PIB, el presupuesto de la TVE es cercano a 0.02% mientras que en Colombia es de 0.02%. Proporcionalmente 15 veces menos de lo que destina España.

su televisión pública. [...]

Por tal motivo, el actor alegó que, teniendo en consideración que los recursos con los que cuenta la televisión pública colombiana son escasos, la CNTV no podía disminuir las contraprestaciones que el fondo que la subsidia, al mínimo de subsistencia, más aún si no contaba con criterios objetivos y para efectos de validar tal reducción.

Además, recordó que el FonTV no solo financia la televisión pública, sino que también sirve de soporte para diferentes actividades que sostienen el sistema de televisión nacional. Tal es el caso del funcionamiento de la inversión de la CNTV, el pago de condenas ordenadas en laudos arbitrales a favor de operadores de televisión por pago de mesadas pensionales de extrabajadores de Inravisión.

De la falta de motivación

El demandante señaló que el segundo inciso del artículo 3° del Acuerdo 006 de 2010, el cual establece una tarifa mensual del 10% de los ingresos brutos provenientes de pautas publicitarias, no estaba motivado en ningún aparte de los considerandos del acuerdo. Tampoco fue analizado en los estudios que sirvieron de soporte para la expedición del mismo. Insistió en que la CNTV tenía la obligación legal de someterse a los criterios previstos en el literal g) del artículo 5° de la Ley

182 de 1995, los cuales desconoció abiertamente con la expedición del acto administrativo demandado.

Para el accionante, la CNTV no contaba con los fundamentos técnicos ni jurídicos para justificar las medidas adoptadas en el segundo inciso del artículo 3° del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010, quien en tal sentido afirmó que la entidad demandada debía basarse, y no lo hizo, en criterios económicos y de eficiencia de mercado que sirvieran de respaldo a sus decisiones en cumplimiento de los requerimientos de la Ley 182 de 1995.

Anotó que la falencia referida no podía suplirse con el memorando 20102400148853 de 7 de diciembre de 2010, pues éste no responde a todas las exigencias legales para la fijación de la contraprestación de tarifas para la prestación del servicio de televisión por suscripción. Por el contrario, deja muchos interrogantes, en especial, respecto de la crisis de los operadores de la televisión por suscripción.

De la falsa motivación

La parte actora considera que la disposición demandada fue proferida con fundamentos de hecho que son contrarios al régimen de televisión por suscripción. A su juicio, la fundamentación fáctica del acto administrativo no corresponde con la realidad del mercado de la televisión y desconoce los fines constitucionales y legales que debe garantizar la CNTV.

Resaltó que la demandada motivó el acto acusado con fundamento en que el servicio de televisión por suscripción debía seguir compitiendo en un mercado convergente en el que los contenidos de audio y video se podían transmitir por diferentes plataformas tecnológicas, con garantía de preservar el desarrollo y la sostenibilidad del FonTV.

Al respecto, el actor recordó que la IPTV no se encuentra excluida del concepto de televisión por suscripción, así que no era cierto que con la disposición demandada propendieran a garantizar la competencia en el mercado convergente, dado que independiente de la tecnología por la cual se presta el servicio de televisión, los operadores que buscaran prestar este servicio debían contar con una concesión expedida por la CNTV y pagar la compensación debida.

Además, reiteró que la compensación mensual del 7% sobre el total de los ingresos mensuales de la

televisión por suscripción, adicionada en el 10% sobre los ingresos percibidos por pauta publicitaria garantizaban la sostenibilidad del mencionado FonTV, porque no se tuvieron en cuenta los requisitos previstos en el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995. Aseguró que, si la CNTV tuviese con verdadero fundamento la protección del FonTV, solucionaría los problemas consistentes en el subrepticia subfacturación de los ingresos recibidos por los operadores de la televisión por suscripción.

En esa medida, considera el actor que la CNTV no justificó en debida forma el porcentaje de la contraprestación por ingresos del servicio de la televisión por suscripción y por pauta publicitaria, lo que es contrario al literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995. Sustenta lo referido en el hecho de que la demandada inició un proceso de contratación para que una consultoría externa determinara el valor de la compensación, la cual, para el momento en que fue proferido el acto demandado, no había finalizado. En esa medida, no había un estudio que soportara la modificación consignada en el acto acusado.

De la falta de competencia

El actor sostiene que las facultades de regulación que le fueron otorgadas a la CNTV en los artículos 77 de Constitución Política y la Ley 182 de 1995 no son ilimitadas y tienen contrapesos y restricciones naturales del ejercicio de las funciones públicas fijadas por el legislador.

Con tal propósito, el literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 determinó los criterios que la CNTV debía obedecer para el ejercicio de su función de fijar los derechos, tasas y tarifas por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión. En el citado literal se estableció que, entre otros, deberán considerarse, la recuperación de los costos del servicio que resulte necesario para el fortalecimiento de los operadores públicos, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la conformación de monopolios en el uso del espectro electromagnético.

Así que, si bien el actor reconoce que la CNTV cuenta con la competencia para proferir actos administrativos como el acusado, lo cierto es que esta facultad regulatoria debe sujetarse a pautas generales y políticas fundamentales previstas por el legislador, es decir, que la entidad demandada debe tener plena obediencia y sumisión a la ley, obligación que no acató en esta oportunidad.

De acuerdo con lo anterior, el demandante consideró que, en abierto desconocimiento del literal referido de la CNTV, al momento de proferir el artículo 3° del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010, suplantó el querer del legislador.

Refirió que la CNTV, con el pretexto de ejercer su función de regulación económica, disminuyó la tarifa por compensación sin tomar en cuenta los criterios previstos en el literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995.

En ese sentido, aseguró que la CNTV extralimitó la función reguladora prevista en el ordenamiento jurídico y colocó la facultad legislativa del Congreso de la República en una posición de inferioridad en la ocasión de la expedición de la disposición demandada.

De la desviación de poder

La parte demandante consideró que el **artículo 3° del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010** fue proferido con desviación de poder, toda vez que la CNTV tomó una actitud «paternalista» ante los aparentes problemas económicos de los concesionarios de la televisión por suscripción, y se dejó influenciar por las amenazas de estos de cambiar de entidad reguladora y acogerse a una licencia de funcionamiento que tenía una tarifa de compensación menor.

Resaltó que ante los recurrentes reclamos y amenazas de los operadores de la televisión por suscripción CNTV debió estudiar cada concesión otorgada y determinar si se mantuvieron constantes las variables económicas existentes, si cambió el retorno de la inversión, si la situación económica se debía en relación a una alta contraprestación que existía antes de otorgarles la concesión o si se trata de una inadecuada estrategia de participación en el mercado, así como considerar la existencia de la subfacturación y el subreporte; sin embargo, no lo hizo.

En consecuencia, alegó el actor que, con la norma acusada, la CNTV consagró una ayuda para los concesionarios de tv por suscripción que la llevó a rebajar las tarifas de compensación, en abierta contrariedad de la ley y la Constitución Política y en tanto fueron desconocidos los fines del Estado.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la CNTV²⁷ se opuso a las pretensiones de la demanda relativas a la nulidad del artículo 3° del Acuerdo 006 de 2010, para lo cual se refirió a los cargos propuestos por el actor e indicó con excepción la de «[...] reconocer oficiosamente en la sentencia las excepciones cuyos hechos halle probados en el curso del proceso [...]».

De la vulneración de las normas superiores en las que debía fundarse el acto acusado

²⁷ Folios 162 a 206 cuaderno principal.

El apoderado de la CNTV recordó que el servicio de televisión requiere del uso del espectro electromagnético el cual es un bien público técnicamente regulado por el legislador. Reseñó que, en cumplimiento de los artículos 76 y 77 de la Constitución Política y de la Ley 182 de 1995, el legislador confirió a la entidad demandada la representación del Estado, la titularidad y reserva del servicio público de televisión, así como la competencia para intervenir, dirigir, regular, desarrollar y ejecutar planes y programas de este servicio.

En desarrollo de las competencias constitucionales y legales, la CNTV tenía la obligación de establecer la tarifa de la compensación mensual que debían cancelar los concesionarios de televisión.

Resaltó que antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, dicha tarifa fue establecida mediante el Decreto 666 de 1985 y, posteriormente por el artículo 49 de la Ley 14 de 1991, los cuales previeron una compensación del 10%.

Explicó que la Ley 182 de 1995, en sus literales g) del artículo 5° y b) del artículo 12, habilitó a la Directiva de la CNTV para fijar, a través de acuerdos, los derechos, tasas y tarifas por la operación del servicio de televisión, e indicó que, a través de los Acuerdos 14 de 1997 y 10 de 2006, se fijó dicha compensación en un 10% de los ingresos brutos mensuales.

Reseñó que, por disposición del artículo 6°²⁸ de la Ley 680 de 2001²⁹, la CNTV profirió el Acuerdo de 2001 para reducir el valor de la compensación del 10% al 7%, acto administrativo que fue demandado ante el Consejo de Estado, autoridad judicial que decidió acceder a las pretensiones de la demanda del expediente 11001-03-26-000-2002-00038-01 y declaró la nulidad del mismo. Como consecuencia de ello, la CNTV expidió el Acuerdo 003 de 2005, mediante el cual fijó la compensación por la prestación del servicio de televisión por suscripción en el 10% de los ingresos brutos, tarifa que se mantuvo en el artículo 23 del Acuerdo 010 de 2006.

Por lo indicado, afirmó que la CNTV contaba con plenas facultades para fijar la tarifa de la compensación por la prestación del servicio de televisión por suscripción.

²⁸ "Se autoriza, a la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), como a las Juntas administradas 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 contratos de otras modalidades del servicio público de televisión en materia de rebaja de tarifas, forma de pago y adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión.

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

²⁹"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".

De la falta de motivación

Frente a este cargo, resaltó que la CNTV contaba con suficientes elementos para expedir el Acuerdo 2006. Indicó que éste buscaba fortalecer la prestación del servicio de televisión por suscripción y traerlo al sector actualizado con su desarrollo y avances tecnológicos. Lo anterior, con sustento en las conclusiones a las que se arribó con el apoyo de la auditoría de la Escuela de Administración de Negocios en adelante EAN y el Centro de Investigaciones para el Desarrollo, en adelante CID, de la Universidad Nacional.

En ese sentido, el apoderado de la CNTV consideró que el artículo 3° del acto administrativo denunciado no era nulo por cuanto fue debidamente motivado por memorandos y estudios de mercado, con lo que garantizaba el fomento, la estabilidad y el crecimiento de este mercado sin perjudicar la sostenibilidad de la televisión pública. Específicamente, señaló que el acuerdo acusado se basó en:

Memorandos presentados por dependencias de la CNTV, estas son; la Oficina de Regulación de la Competencia, la Oficina de Planeación y la Subdirección de Asuntos Legales a la Junta Directiva de la comisión.

Estudios realizados por la Escuela de Administración de Negocios - EAN, el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional, en adelante CID y la auditoría realizada por Javh McLeod Ltda.

Y 58 observaciones al proyecto del mencionado acuerdo.

De los memorandos que motivaron el acuerdo demandado. El apoderado de la CNTV los relacionó

DOCUMENTO	NOMBRE	FECHA	EXPIDE	CONTENIDO SEGÚN CNTV
Memorando	Análisis y	22	Oficina de	Con esta medida se
201025001395	recomendaciones	noviembr	Regulación	garantiza la
63	sobre el escenario	e 2010	de la	competencia del
que todos los		Competencia		mercado de TV por
operadores tengan		.		suscripción sin
vocación nacional		Oficina de		limitaciones
		Planeación		territoriales.
				Permite a los
				usuarios contar con
				una amplia oferta de
				servicios
				Sobre el valor de la
				expansión será
				establecido en el
				proyecto llamado "valoración televisión por suscripción y definición de un de compensación para la televisión por suscripción"
Memorandos	Revisión de la tarifa	7	Oficina de	No hace
201024001488	de compensación del	diciembr	Planeación	más
53	mercado de la	TV	e	de
201024000352	por suscripción	2010		
53				
Memorando	Análisis sobre	las	9	Oficina de
201034001489	condiciones en	las	diciembr	Planeación
73	que se valoraron	las	e	de
expansiones de		los	2010	de
años 2007, 2008 y		legales		Asuntos
2009				prestar el servicio de televisión en todo el territorio nacional

De los estudios económicos, financieros y de mercado. El apoderado de la CNTV los relacionó en l

siguientes términos:

El de la EAN llamado «LA INDUSTRIA DE LA TELEVISION EN COLOMBIA.

Análisis Económico, Financiero y de Mercado» de 2002.

El del CID nombrado «INVESTIGACION, ASESORIA Y CONSULTORIA EN ECONOMIA DE TELEVISION – II FASE» del 2006.

Y finalmente la Auditoría Integral realizada a concesionarios de televisión por suscripción de 2004 por Javh McGregor Ltda.

Del estudio «LA INDUSTRIA DE LA TELEVISION EN COLOMBIA. Análisis Económico, Financiero y de Mercado». El apoderado judicial de la CNTV explicó que la EAN analizó el entorno mundial y el impacto de las macrotendencias de la sociedad de la información y la convergencia tecnológica en la televisión. También evaluó el ciclo económico de la industria y la participación de la televisión, comparando el sector de las telecomunicaciones como un todo, permitiendo clasificar y dimensionar el tamaño de la televisión dentro de las telecomunicaciones. Analizó las estructuras de costos para distintos tamaños de empresas, el impacto de los diferentes componentes del costo, en particular los impuestos, y evaluó los modelos utilizados anteriormente para la definición de las tarifas, además de efectuar un análisis crítico de las alternativas econométricas para este tipo de ejercicios macroeconómicos.

De la «INVESTIGACION, ASESORIA Y CONSULTORIA EN ECONOMIA DE LA TELEVISION – II FASE». El apoderado judicial de la CNTV reseñó que el CID

comparó costos de la televisión cerrada en el país, así como las tarifas y el desempeño económico de la televisión cableada y satelital. También hizo un análisis financiero de las empresas del sector de la televisión por suscripción y de los niveles de competencia, de acuerdo con la distribución geográfica de los operadores, en donde incluyó las dimensiones económicas de oferta y demanda y la financiera de ingresos y costos. Además, consideró los costos de digitalización de la señal para la prestación del servicio de televisión analógica e internet, televisión analógica, internet y telefonía.

El referido estudio del CID advirtió que los costos del servicio por usuario tienden a disminuir en el largo plazo, en función del número de usuarios (mayor cantidad de usuarios, menores costos de prestación de servicio por usuario) y por la tendencia a la convergencia de servicios tecnológicos de televisión, internet y telefonía, que permite aumento de cobertura y mejoramiento en la prestación del servicio.

Respecto de la Auditoría Integral a los Concesionarios de Televisión por Suscripción realizada por McGregor Ltda., señaló que esta explicó que para liquidar el porcentaje de compensación se debía observar el resultado de multiplicar el número de suscriptores, por el valor de suscripción cobrada por usuario en donde se incluyen todos los factores inherentes a él. Así que era necesario identificar la totalidad de los ingresos brutos, asociados con las devoluciones, rebajas y descuentos.

La CNTV resaltó que el proyecto de acuerdo demandado, durante el trámite previo a su aprobación fue puesto a consideración de los prestadores y de la comunidad en general para comentarios. De los comentarios recibidos en el proceso de participación ciudadana, destacó los de la empresa UNE EP CRC, Lecarven TV Ltda., y de la Asociación de Operadores de Televisión por Suscripción y Satelital Colombia, las cuales estuvieron de acuerdo con la propuesta regulatoria.

De la falta de competencia

Manifestó que la CNTV tenía competencia para regular el servicio de televisión por suscripción por

el artículo 77 de la Constitución Política establecía que un organismo público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica tendría a su cargo la dirección de la política en materia de televisión y que estaría sujeto al régimen legal que le sea propio. Por lo tanto, la Constitución Política radicó de manera exclusiva la competencia de regulación de la televisión, por ser la autoridad administrativa en este servicio.

Señaló que el Congreso de la República promulgó la Ley 182 de 1995³⁰ para respetar dicha disposición constitucional, norma que prevé que la CNTV puede

³⁰ Artículo 4º, el literal c) del artículo 5º, el literal a) del artículo 12, el artículo 20 y 43

dirigir, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público de televisión. Así mismo, puede regular, intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético, como también las condiciones de operación y explotación del servicio de televisión. También puede clasificar las distintas modalidades del mencionado servicio, como lo es el servicio de televisión por suscripción³¹. Y, finalmente, puede adoptar las medidas necesarias para desarrollar e implementar las funciones constitucionales y legales de la entidad.

Explicó que el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995 establece que la CNTV tiene como función la de fijar derechos, tasas y tarifas por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión. De ahí que la demandada tenía la competencia para modificar la tarifa de la compensación para la prestación del servicio de televisión por suscripción a través del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010.

De la desviación de poder

El apoderado judicial de la CNTV afirmó que, teniendo en cuenta que había expirado en el Plan de Normalización previsto en el párrafo 1º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995³², la Junta Directiva de la CNTV adoptó el Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010 para garantizar su adecuada expedición conforme con el artículo 13 de la misma ley.

Específicamente señaló que el 3 de septiembre de 2010, en el Diario Oficial, la Junta Directiva de la CNTV publicó, por el término de 10 días, el proyecto del acuerdo demandado con el propósito de que los interesados presentaran sus observaciones y que este término se amplió hasta el 1º de octubre del mismo año. Frente a lo cual, la demandada recibió 58 observaciones y en audiencia del 21 de septiembre del mismo año escuchó los comentarios e inquietudes de la Asociación de Operadores de Televisión por Suscripción y Satelital de Colombia, TVPC.

Una vez ocurrido lo anterior, sostuvo que la Junta Directiva de la CNTV efectuó³³ un análisis del proyecto demandado, donde tuvo en cuenta los memorandos

³¹ Relató que según el literal b) del artículo 20 de la ley ibidem, el servicio de televisión por suscripción está destinado a ser recibido únicamente por personas autorizadas para su recepción, independiente de la tecnología de transmisión utilizada, que puede ser cableada o satelital-DBS. Precisó que la concesión para el servicio de televisión por suscripción en la modalidad cableada, se otorga mediante el procedimiento de licitación pública según los artículos 41 y 42 de la mencionada ley. Y que la satelital o DBS, se obtiene a través de permiso otorgado por la CNTV, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 335 de 1996.³² Previamente, indicó que la CNTV no podía aplicar las regulaciones que expidió hasta el 2002, toda vez que el párrafo 1º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995³² el cual establecía el Plan de Normalización para el servicio de televisión por suscripción y era sustento de aquellas, había perdido vigencia³². E indicó que la CNTV expidiera el Acuerdo 010 de 2006 para reglamentar criterios de clasificación, distribu

cubrimiento del mencionado servicio, sin perjuicio de los principios de libre competencia y equilibrio financiero de los contratos de concesión, según lo previsto en los artículos 5°, 12 y 18 de la Ley 182 de 1995 y, considerando que desde el año 2011 el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América podía materializarse para este servicio.

Resaltó que la CNTV contaba con suficientes elementos para expedir el Acuerdo 10 de 2006 para fortalecer la prestación del servicio de televisión por suscripción y mantener al sector actualizado con desarrollo y avances tecnológicos, conclusiones a que llegó con apoyo de la auditoría de la Escuela Administración de Negocios, en adelante EAN y el Centro de Investigaciones para el Desarrollo, en adelante CID, de la Universidad Nacional.

³³ En sesiones del 21 de octubre, 4, 23 y 30 de noviembre, así como el 2, 7 y 9 de diciembre de 2011, se reunieron allegados por la Oficina de Regulación de la Competencia, la Oficina de Planeación y la Subdirección de Asuntos Legales, los estudios económicos de la EAN, CID y Javh McGregor Ltda. y, las observaciones que conllevaron a que el 14 de diciembre del mismo año aprobara el Acuerdo 006 de 2010, tal como se observaba en el Acta 1690.

Así las cosas, concluyó que las afirmaciones del actor carecen de fundamento, toda vez que la CNTV no tiene la facultad regulatoria para expedir el acuerdo demandado, dado que fue justificado con los mencionados estudios y memorandos, así como también fue proferido conforme con el procedimiento especial del artículo 13 de la Ley 182 de 1995 y respetando los fines y propósitos del servicio de televisión.

III.- TRÁMITE DEL PROCESO

El señor Juan Manuel Díaz Guerrero radicó la demanda el 10 de febrero de 2011³⁴. Una vez repartida misma a la Sección Primera del Consejo de Estado, a dicho expediente le correspondió el número de radicación 11001-03-24 000-2011- 00062-00.

Mediante auto de 5 de mayo de 2011³⁵, el magistrado a cargo de la sustanciación del proceso admitió la demanda, negó la solicitud de suspensión provisional y ordenó notificar personalmente al Procurador Delegado ante el Consejo de Estado y a la CNTV. Frente a lo cual, el actor interpuso recurso de reposición y solicitud de aclaración. A través de autos de 20 de mayo de 2012³⁶, el despacho sustanciador enteró el recurso de reposición como de súplica y no accedió a la solicitud de aclaración.

El 1° de noviembre del mismo año³⁷, la Consejera María Elizabeth García González resolvió el recurso de súplica en el sentido de confirmar la negatoria de solicitud de suspensión provisional del acuerdo demandado.

Una vez el apoderado de la CNTV contestó oportunamente la demanda³⁸, el despacho sustanciador del proceso abrió a pruebas mediante auto de 3 de diciembre de 2014³⁹. Finalmente, a través de auto de 10 de noviembre de 2015⁴⁰, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y a la Fiscalía del Ministerio Público para que rindiera concepto. Frente a lo cual, las partes reiteraron sus argumentos.

³⁴ Folio 102 vto cuaderno principal.

³⁵ Folios 122 a 127 cuaderno principal.

³⁶ Folios 136 a 138 y 139 a 142 cuaderno principal.

³⁷ Folios 145 a 153 cuaderno principal.

³⁸ Folios. 162 a 206 cuaderno principal.

³⁹ Folios 215 a 217 cuaderno principal.

⁴⁰ Folio 270 cuaderno principal.

⁴¹ Folios 271 a 279 y 280 a 284 cuaderno principal.

Por su parte, el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, mediante escrito del 1° de febrero de 2016⁴², consideró que, en atención al contenido de las disposiciones constitucionales y la CNTV tenía la atribución de regular y controlar el servicio de televisión, el cual se presta a través de concesión. Así mismo, que la demandada tuvo en cuenta los estudios como el del CID para la fijación de tarifas. De manera que el acuerdo demandado no vulnera la Constitución Política, así como tampoco la Ley 182 de 1995.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1.- Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo⁴³ - CC Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es la competente para conocer en única instancia de los procesos de nulidad de los actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, norma que resulta armónica con el artículo 1° del Acuerdo No. 55 de 5 de agosto de 2003 y el Acuerdo 80 de 2019⁴⁵, que contiene las reglas de reparto entre las distintas secciones de la Corporación.

IV.2.- El problema jurídico

Previo a plantear el problema jurídico, la Sala ha de precisar que, si bien la parte actora en las pretensiones de la demanda solicitó la nulidad de la totalidad del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010, lo cierto es que los cargos y el concepto de violación se circunscribieron a desvirtuar la legalidad exclusiva del artículo 3 del citado acuerdo. En ese sentido, el análisis se centrará en el contenido de la disposición a la cual se plantearon los reproches en la demanda.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si el artículo 3° del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010 es nulo, por haber incurrido la CNTV en los vicios de: i) falta de competencia; ii) vulneración de normas superiores en las que debía fundarse; iii) falta de motivación; iv) falsa motivación, y v) desvirtuación del poder.

Concretamente, la Sala deberá abordar el análisis del artículo 3° del Acuerdo 006 de 2010, mediante el cual la CNTV redujo la tarifa mensual de la compensación.

⁴² Folios 287 a 300 cuaderno principal.

⁴³ [...] Artículo 128. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado que cumplan funciones administrativas del mismo orden. [...]

⁴⁴ Establece que la Sección Primera del Consejo de Estado tiene a su cargo conocer los procesos de nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos no asignados expresamente a otras secciones.

⁴⁵ Establece que la Sección Primera del Consejo de Estado tiene a su cargo conocer los procesos de nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos no asignados expresamente a otras secciones.

que deben cancelar los operadores de televisión por suscripción. En razón a que, en criterio del acto sustentado alguno, la CNTV disminuyó la tarifa de un 10% de los ingresos brutos mensuales por la prestación del servicio, a una del 7%. Adicionalmente, estableció una tarifa del 10% sobre los ingresos brutos mensuales por publicidad del servicio de televisión por suscripción.

IV.3.- El acto administrativo objeto de análisis de legalidad

El señor Juan Manuel Díaz Guerrero demandó el **Acuerdo 006⁴⁶ del 15 de diciembre de 2010**⁴⁷ « medio del cual se modifican las condiciones de acceso a la prestación del Servicio Público de Televisión por Suscripción, la tarifa de Compensación que deben cancelar los Operadores de este servicio a la Comisión de Televisión, y se dictan otras disposiciones», el cual fue expedido por la junta directiva de la CNTV. Sin embargo, sus argumentos se centraron en controvertir el contenido del artículo 3° de dicho acto administrativo.

«ACUERDO 6 DE 2010

(diciembre 15)

COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

Por medio del cual se modifican las condiciones de acceso a la prestación del Servicio Público de Televisión por Suscripción, la tarifa de Compensación que deben cancelar los Operadores de este servicio a la Comisión Nacional de Televisión, y se dictan otras disposiciones.

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 5o literal c), 12 literal a) y 18 de la Ley 182 de 1995 y 21 de la Ley 335 de 1996,

CONSIDERANDO:

Que el artículo 77 de la Constitución Política prevé que la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en la Constitución, estará a cargo del organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y sujeto a un régimen legal propio, de que trata el artículo 76, ibídem, al cual corresponde, además, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en el servicio de televisión. Que de conformidad con el artículo 4° de la Ley 182 de 1995, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión ejercer la representación del Estado la titularidad y reserva del servicio público de televisión, dirigir la política de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público de televisión de acuerdo a lo que determine la ley, regular el servicio de televisión, e

⁴⁶ Diario Oficial No. 47.924 de 15 de diciembre de 2010

⁴⁷ Folio 3 y 3 vto cuaderno principal.

intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación.

Que, conforme a lo señalado, en su orden, por los literales a) y c) del artículo 5 o de la Ley 182 de 1995 corresponde a la Comisión Nacional de Televisión adoptar las medidas necesarias para desarrollar el objeto y las funciones constitucionales y legales de la entidad, así como clasificar las distintas mod

del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo.

Que el artículo 20 de la citada ley, al clasificar el servicio de televisión en función de sus usuarios, la televisión por suscripción como aquella en la que la señal independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción.

Que el servicio de televisión por suscripción podrá ser cableado o satelital (DBS).

Que el servicio de televisión por suscripción que responda a la definición consagrada en el literal b) artículo 20 de la Ley 182 de 1995, podrá soportarse en nuevas tecnologías de transmisión, sin que se desnaturalice esta modalidad del servicio.

Que de acuerdo con los artículos 41 y 42 ibidem, la concesión para la prestación del servicio de televisión por suscripción en la modalidad cableada, se otorgará mediante el procedimiento de licitación pública atendiendo los principios de eficiencia, libre iniciativa, competencia e igualdad de condiciones en la prestación de los servicios.

Que el artículo 21 de la Ley 335 de 1996 establece que el servicio de televisión por suscripción en la modalidad satelital denominado (DBS) o televisión directa al hogar, deberá prestarse por permiso otorgado por la Comisión Nacional de Televisión y bajo las normas que para tal efecto establezca dicha entidad.

Que de conformidad con el artículo 43 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 8° inciso 1° de la Ley 335 de 1996, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión reglamentar las condiciones de prestación del servicio.

Que de conformidad con el artículo 5° literal g) de la Ley 182 de 1995 la Comisión Nacional de Televisión tiene la potestad de fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de

espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias.

Que el mercado de televisión por suscripción ha sufrido cambios estructurales en los últimos años, desarrollándose un proceso de formalización de la industria y una mayor competencia, generando un panorama merecedor de nuevas condiciones regulatorias.

Que la realidad tecnológica del mercado de telecomunicaciones ha llevado a que los contenidos de video se puedan transmitir por diferentes plataformas tecnológicas, situación que impacta el mercado de televisión por suscripción, siendo, por tanto, necesario revisar las condiciones de prestación de este servicio de tal manera que pueda seguir compitiendo en el mercado, garantizando así la pluralidad de oferta a los usuarios, dentro de un marco regulatorio que propenda por la eliminación de las asimetrías regulatorias.

Que la industria de televisión por suscripción ha solicitado a la Comisión Nacional de Televisión y al Gobierno Nacional la revisión de las condiciones regulatorias para la prestación del servicio, para lo cual proporcionaron los estudios pertinentes los cuales fueron incorporados a los estudios de la Comisión y los efectos de soportar las medidas regulatorias que se adoptan mediante el presente acuerdo.

Que en respuesta a la situación actual de la industria, la cual se está desarrollando de manera convergente con otros servicios de telecomunicaciones, y teniendo en cuenta que el plan de normalización del servicio de televisión por suscripción cableada previsto en el Parágrafo 1o del artículo 43 de la Ley 182 de 1995

modificado por el artículo 8° de la Ley 335 de 1996, se encuentra expirado, y con él los servicios zonales, municipales y distritales, así como en el límite del número de concesiones a otorgar, teniendo en cuenta el criterio poblacional, se hace necesario que la Comisión Nacional de Televisión, adopte medidas tendientes a fomentar y asegurar la estabilidad del sector y su crecimiento, así como prepararlo para que, de una manera ordenada y equilibrada, avance hacia un mercado convergente.

Que la Comisión Nacional de Televisión y la industria de la televisión por suscripción, aunarán esfuerzos para la implementación de políticas y acciones que combatan la prestación clandestina del servicio, piratería y el subreporte de los suscriptores del servicio.

Que el artículo 17 de la Ley 182 de 1995, crea el Fondo para el Desarrollo de Televisión, adscrito y administrado por la CNTV destinado prioritariamente al fortalecimiento de la televisión pública nacional y regional.

Que teniendo en cuenta que una de las principales fuentes de financiación del Fondo para el Desarrollo de Televisión, la constituye la contraprestación por la explotación del servicio, que cancelan los

concesionarios del servicio de televisión por suscripción a la Comisión Nacional de Televisión, se le hace necesario tomar todas las medidas conducentes a preservar el desarrollo y sostenibilidad de la industria de la televisión por suscripción, a efectos de garantizar la sostenibilidad de dicho fondo.

Que mediante memorando 20102500139563 de noviembre 22 de 2010, la Oficina de Regulación de Competencia y la Oficina de Planeación presentaron a la Junta Directiva "Análisis y recomendación sobre el escenario que todos los operadores tengan vocación nacional (Acta 1676 de noviembre 4 de 2010)".

Que la Oficina de Planeación mediante memorando 20102400148853 de diciembre 7 de 2010 remitió a la Junta Directiva la actualización del estudio "Revisión de la tarifa de compensación del mercado de televisión por suscripción", presentado a consideración de la Junta Directiva el 18 de marzo de 2010, mediante memorando 20102400035253.

Que la Oficina de Planeación y la Subdirección de Asuntos Legales mediante memorando 20103400148973 de diciembre 9 de 2010, presentaron a la Junta Directiva un análisis sobre las condiciones en las que se valoraron las expansiones de los años 2007, 2008 y 2009.

Que conforme a la determinación de la Junta Directiva llevada a cabo el 2 de septiembre de 2010 con el Acta número 1657, se procedió con la publicación del proyecto de Acuerdo "por medio del cual se modifican las condiciones de acceso a la prestación del servicio público de Televisión por suscripción y se dictan otras disposiciones que deben cancelar los operadores de este servicio a la Comisión Nacional de Televisión, y se dictan otras disposiciones", según consta en el **Diario Oficial** número 47821 de septiembre 3 de 2010 por el término de 10 días hábiles, a fin de que los interesados presentaran sus observaciones.

Que la Junta Directiva en sesión del 16 de septiembre de 2010 según Acta número 1661, determinó ampliar el término para la presentación de observaciones al mencionado proyecto de Acuerdo hasta el 10 de octubre de 2010, decisión que fue publicada en el **Diario Oficial** número 47835 del 17 de septiembre de 2010.

Que en virtud de lo anterior, se recibió un total de cincuenta y ocho (58) observaciones al proyecto de Acuerdo, de las cuales cuarenta y dos (42) fueron remitidas por correo, y dieciséis (16) fueron presentadas en curso del encuentro de socialización del proyecto, organizado por la CNTV y llevado a cabo el día

de septiembre de 2010.

Que en sesión del 21 de septiembre de 2010 según consta en Acta número 1663 la Junta Directiva concedió audiencia a la Asociación de Operadores de Televisión por Suscripción y Satelital de Colombia (ASOTVPC), habiendo escuchado sus comentarios e inquietudes.

Que en sesiones de octubre 21, noviembre 4, 23 y 30, diciembre 2, 7 y

9 de 2010, según consta en Actas 1672, 1676, 1684, 1686, 1687, 1688 y 1689, respectivamente, la Directiva de la Comisión Nacional de Televisión efectuó el análisis del proyecto de Acuerdo, así como las observaciones presentadas al mismo.

Que previo el cumplimiento de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 182 de 1995, en sesión del 15 de diciembre de 2010 según consta en Acta número 1690, aprobó el texto final del Acuerdo por medio del cual se modifican las condiciones de acceso a la prestación del servicio público de Televisión por Suscripción, la tarifa de compensación que deben cancelar los operadores de este servicio a la Comisión Nacional de Televisión, y se dictan otras disposiciones.

En virtud de lo anterior,

ACUERDA:

[...]

ARTÍCULO 3o. VALOR DE LA COMPENSACIÓN. El valor de la

compensación a partir del 1o de enero del año 2011, será del 7% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes de la prestación del servicio de televisión por suscripción, independientemente de la tecnología de transmisión que se utilice.

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

[...]

IV.4.- Análisis del caso concreto

Del cargo de falta de competencia

El actor sostiene que el artículo 3º del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010 suplanta el querer del legislador al desconocer las restricciones establecidas en el literal g) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995. Frente a este argumento, la demandada recordó que, por disposiciones constitucionales y legales, la CNTV tenía competencia para modificar los derechos, tasas y tarifas por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión. Por su parte, el Ministerio Público indicó que la CNTV tenía la atribución de regular y controlar el servicio de televisión, el cual se presta a través de la concesión.

Para resolver, la Sala recuerda que, respecto de la competencia regulatoria de la CNTV, se tiene que bien esa entidad no fue creada por la Constitución Política,

los artículos 76⁴⁸ y 77⁴⁹ ibidem, si previeron su existencia⁵⁰. Es así como, estos artículos determinan la existencia de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, que intervendría en el espectro electromagnético. Además, se le otorgaron

atribuciones para dirigir la política que, en materia de televisión, ejecutaría y desarrollaría los planes y programas estatales de este servicio de televisión. Finalmente, la facultó para regular la televisión, sujeta a la ley.

Así las cosas, en cumplimiento de los artículos 75 y 365 constitucionales, el Congreso de la República expidió la Ley 182 de 1995⁵¹, la cual estableció que el objeto de la CNTV era regular el servicio de televisión, dirigir su política, desarrollar y ejecutar planes y programas, gestionar y controlar el espectro electromagnético con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio y evitar prácticas monopolísticas en su operación y explotación (artículo 3°)

Para cumplir con este objetivo, la misma ley 182 le otorgó varias funciones a la CNTV. Puntualmente dentro de las funciones de especial interés para el caso sub examine, se destaca la del **literal g)**⁵² **del artículo 5° de la Ley 182 de 1995**. El

⁴⁸ [...] **Artículo 76-** La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. Dicho organismo desarrolla y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia en el inciso anterior

Artículo 77- La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabar las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado. La televisión regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una junta directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al director. Los miembros de la junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y reglamentará la organización y funcionamiento de la entidad. PAR.—Se garantizarán y respetarán la estabilidad y derechos de los trabajadores de Invisión. [...]

Artículos derogados por el Acto Legislativo 2 de 21 de junio de 2011, vigentes en el momento en que se expidió el acto demandado.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. MAGISTRADO PONENTE LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Bogotá, 16 de enero

de 1997. Radicado 936.

⁵¹ "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 actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran en el sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones"

⁵² [...] **g. Fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión**, y las que corresponden a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias.

Al establecerse una tasa o contribución por la adjudicación de la concesión, el valor de la misma se diferirá en un plazo de dos (2) años. Una vez otorgada la concesión la Comisión Nacional de Televisión reglamentará el otorgamiento de las garantías.

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

referido literal, le otorga la facultad de fijar las tarifas objeto de este pronunciamiento, condicionando el cumplimiento por parte de la CNTV de los siguientes criterios: i) la cobertura geográfica; ii) la población total; iii) el ingreso per cápita en el área de cobertura; iv) la recuperación de los costos del servicio público de televisión; v) la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio; y, finalmente, vi) los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos.

Los citados criterios tienen como propósito garantizar el cumplimiento de las funciones de la CNTV relativas al pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio.

Por su parte, el **literal b) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995** señala como una de las funciones de la Junta Directiva de la CNTV «fijar las tarifas, tasas y derechos a que se refiere la presente Ley, de conformidad con los criterios establecidos en la misma». Así que se torna obligatorio para la CNTV, en el ejercicio de sus funciones relacionadas con la fijación de tarifas aplicables a los operadores del servicio de televisión, remitirse al literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995.

De acuerdo con lo expuesto, para resolver el cargo de falta de competencia, considera la Sala que la CNTV cuenta con expresas facultades para fijar las modificaciones a la tarifa de compensación por el servicio de televisión por suscripción, al expedir el Acuerdo 006 de 2010.

Por lo señalado, ese cargo no está llamado a prosperar.

De los cargos de i) vulneración de las normas superiores en las que debía fundarse el acto demandado, y iii) falsa motivación.

El actor sostuvo que el Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010 era nulo, toda vez que, el artículo que modificó el valor de la compensación del servicio de televisión por suscripción, desconoció los artículos 365 de la Constitución Política, 5° literal g) y 17 de la Ley 182 de 1995.

Respecto del desconocimiento del artículo 365 constitucional, adujo que la medida puso en riesgo la financiación de los fines educativos y culturales de la televisión pública. Frente a la vulneración del literal g) del artículo 5° de la Ley 182

Lo dispuesto en este literal también **deberá tenerse en cuenta para la fijación de cualquier otro canon o derecho que corresponda a la Comisión.**

Las tasas, cánones o derechos aquí enunciados serán iguales para los operadores que cubran las mismas zonas, áreas, o condiciones equivalentes; [...]» (En el texto de la norma, los apartes subrayados y resaltados son de la Sala).

de 1995, refirió que la CNTV, al expedir la norma demandada, omitió dar aplicación a los criterios contenidos en el literal referido, a los cuales debía someterse para establecer la contraprestación de concesionarios del servicio de televisión por suscripción.

Alegó el actor que el acto demandado también desconoció lo preceptuado en el artículo 17 ibidem, sin recursos suficientes el Fondo para el Desarrollo de la Televisión -FonTv-, cuyo objeto es el fortalecimiento de la televisión pública. En ese sentido, adujo la parte actora que, con la disposición demandada, la CNTV decidió sacrificar los recursos del referido fondo para aliviar la contraprestación a los prestadores del servicio de televisión por suscripción, lo que atenta contra los fines del Estado.

Frente a lo anterior, la CNTV mencionó que contaba con plenas competencias constitucionales y le para proferir el acto administrativo demandado. Resaltó que dio cabal cumplimiento de los criterios del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, cuyos requisitos acreditaba con el contenido de los memorandos de la Oficina de Regulación de la Competencia, la Oficina de Planeación y la Subdirección de Asuntos Legales, todos estos relacionados en la parte considerativa del acto administrativo.

Así mismo, señaló que el allanamiento a los criterios del literal g) del artículo 5° de la ley 182, encuentra respaldo en los estudios económicos de la EAN, el CID y Javh McGregor Ltda., al igual que en las observaciones que, en el proceso de participación ciudadana, se le realizaron al proyecto.

En ese orden, la Sala encuentra que el punto de reproche de la parte actora radica fundamentalmente en el incumplimiento de los criterios, principios y requisitos que contienen las normas que regulan la fijación de la compensación que deben pagar los operadores del servicio de televisión por suscripción, por parte de la CNTV al expedir el Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010.

Evidencia la Sala que el actor alega como normas superiores vulneradas el artículo 365 de la Constitución Política y los artículos 5, literal g, y 17 de la Ley 182 de 1995. También señala que el desconocimiento de dichas disposiciones deviene en la ocurrencia de la falta de motivación y la falsa motivación del acto demandado.

Para sustentar el cargo de falta de motivación, el demandante sostuvo que la CNTV, al expedir el Acuerdo 006 de 2010, omitió el cumplimiento del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, en tanto carece de los fundamentos técnicos y jurídicos para implementar la disminución de la tarifa del 10 al 7% de los ingresos brutos por la prestación del servicio. En el mismo sentido, la norma demandada tampoco cuenta con sustento alguno para establecer tarifa relativa al 10% sobre

los ingresos brutos provenientes de pautas publicitarias. Aseguró que la tarifa sobre la publicidad no es justificada en ningún aparte de los considerandos del Acuerdo, ni analizada en los memorandos que sirvieron de soporte para la expedición del mismo.

Por su parte, frente al cargo de falsa motivación, el actor señaló que la disposición demandada fue proferida con fundamentos de hecho que son contrarios al régimen de televisión por suscripción. A juicio de la Sala, la fundamentación fáctica del acto acusado no corresponde con la realidad del mercado de la televisión por ausencia de estudios técnicos, económicos y jurídicos que cumplan los criterios que le impuso el legislador. Aseguró que el acto administrativo demandado no es consecuente con los fines que se perseguían con la Ley 182 de 1995 y la CNTV.

Frente a ambos cargos, la parte demandada reiteró que el Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010 está debidamente motivado conforme con varios memorandos proferidos por dependencias de la CNTV y sus estudios económicos.

En ese contexto, por cuestiones metodológicas, la Sala abordará el estudio del cargo de vulneración de normas de carácter superior en las que debían fundarse, de manera conjunta con los de falta de motivación y falsa motivación, por cuanto, los fundamentos expuestos por el actor, relativos al desconocimiento de normas superiores, coincide con los argumentos expuestos para sustentar los otros dos cargos. Con propósitos, se realizará una breve reseña del marco normativo de la prestación del servicio de televisión en Colombia. Posteriormente, se revisarán los considerandos y antecedentes administrativos del Acuerdo 006 de 2010, para luego, entrar a resolver los cargos planteados.

Del marco normativo de la prestación del servicio de televisión en Colombia

El artículo 75 de la Constitución Política señala que el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado, donde se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Por su parte, el artículo 76⁵³ constitucional, que se encontraba vigente para la fecha en la que se expidió el acto administrativo demandado, establecía que «la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de

⁵³ El artículo 76 de la Constitución Política que se encontraba vigente para la época en que se expidió el acto administrativo demandado, fue derogado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2011. Era el siguiente tenor:

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

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

televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.» El mismo artículo habilita dicho órgano a desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado relativos al servicio de televi-

En el mismo sentido, el artículo 77⁵⁴ de la Constitución Política, que igualmente se encontraba vigente para la época en que la CNTV aprobó el Acuerdo 006 de 2010, determinaba que la dirección de la ley que en materia de televisión establezca la ley, estaría a cargo del organismo al que se hizo alusión en el artículo 76 superior.

Por su parte, el artículo 365 de la Constitución Política consagró los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado y señaló que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. También dispone que los servicios públicos estarán sometidos al control jurídico que fije la ley y pueden ser prestados directamente por el Estado, o indirectamente por particulares; sin embargo, la Constitución Política reservó para el Estado la regulación, control y vigilancia de dichos servicios.

En cumplimiento de dicho mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 182 de 1995⁵⁵ en la que previó que la Comisión Nacional de Televisión, en adelante CNTV, tenía las funciones de dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión. Con ese propósito, la CNTV contaba con facultades para clasificar la televisión en las distintas modalidades de este servicio y para regular las condiciones de operación y explotación del mismo.

También la Ley 182 de 1995 señaló que la CNTV debería reglamentar el otorgamiento y prórroga de concesiones para la operación del servicio. Igualmente, contaba con atribuciones para fijar los derechos, tasas y tarifas que debía percibir por concepto: (i) del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y (ii) por la concesión de espacios de televisión. Así mismo, la Ley otorgó competencia para la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias y para promover y realizar estudios e investigaciones sobre el servicio (literales a, c, g, j del artículo 5°).

⁵⁴ El artículo 77 de la Constitución Política que se encontraba vigente para la época en que se expidió el acto administrativo demandado, fue derogado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2011. El artículo constitucional disponía:

«**ARTÍCULO 77.** La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del Organismo mencionado.

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

PARAGRAFO. Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de la televisión.»

⁵⁵ "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 actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran en el sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones"

Frente a la facultad de fijar los derechos y tarifas a percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, el literal g) del artículo 5°⁵⁶ de la Ley 182 de 1995 previó lo siguiente:

«**ARTÍCULO 5°. Funciones.** En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión: [...]

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

Al establecerse una tasa o contribución por la adjudicación de la concesión, el valor de la misma se diferirá en un plazo de dos (2) años. Una vez otorgada la concesión la Comisión Nacional de Televisión reglamentará el otorgamiento de las garantías.

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

informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente de dicho se

Lo dispuesto en este literal también deberá tenerse en cuenta para la fijación de cualquier otra tasa, derecho que corresponda a la Comisión.

Las tasas, cánones o derechos aquí enunciados serán iguales para los operadores que cubran las mismas zonas, áreas, o condiciones equivalentes; [...]» (Resaltado de la Sala)

De acuerdo con el artículo citado, la competencia para fijar las tasas, tarifas y derechos de la competencia que deben pagar los diferentes concesionarios del servicio de televisión reposa en la CNTV. Las facultades otorgadas por la ley abarcan la determinación de «los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por

⁵⁶ Artículo derogado por el artículo 51 de la Ley 1978 de 2019.

concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión dentro de los cuales se encuentran los prestadores del servicio de televisión por suscripción.

Para la determinación del valor de cualesquiera de los derechos, tarifas y tasas, la CNTV deberá aplicar los criterios que le señala la ley. En ese sentido, deberá considerar los siguientes aspectos:

Cobertura geográfica, población total y el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, con base en estadísticas que publique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE.

Recuperación de los costos del servicio público de televisión.

La participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio.

Recuperación de costos necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos, con el fin de cumplir las funciones tendientes a garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y a la prestación eficiente de dicho servicio.

En ese orden de ideas, el legislador le otorga la facultad y le impone el deber de observar los criterios enunciados que tienen como propósito lograr un balance entre los siguientes factores: i) la recuperación de los costos por la prestación del servicio por parte de los concesionarios; ii) la prestación eficiente del servicio; iii) la protección a los usuarios, y iv) la obtención de recursos para lograr los fines del Estado frente al fortalecimiento de la televisión pública.

En línea con lo anterior, el artículo 17⁵⁷ de la Ley 182 de 1995 determinó que las sumas que recauda la CNTV, entre otras, las correspondientes a las tasas, tarifas y derechos que determine con base en el inciso g) del artículo 5º de la ley 182, una vez realizada la reserva prevista en la ley para «absorber sus pérdidas eventuales», un porcentaje de las utilidades de cada ejercicio debería depositarlas en el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, en adelante FonTV.

El FonTV fue constituido como cuenta especial por el artículo 2º del Decreto 3130 de 1968, adscrito y administrado por la CNTV. Recibe los recursos provenientes de los derechos, tarifas y tasas que fija la CNTV, los cuales deberán

⁵⁷ Artículo 17. "La Comisión Nacional de Televisión efectuará el recaudo de las sumas a que tiene derecho y llevará su contabilidad detalladamente. Una vez hecha la reserva prevista en esta Ley para absorber

pérdidas eventuales, un porcentaje de las utilidades de cada ejercicio se depositará en un fondo denominado 'Fondo para el Desarrollo de la Televisión', constituido como cuenta especial en los términos del artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968, adscrito y administrado por la Comisión, el cual se invertirá prioritariamente en el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión y en la programación cultural a cargo del Estado, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio.»

invertirse prioritariamente en el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión y la programación cultural a cargo del Estado. Lo anterior, para garantizar el pluralismo informativo, competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en la explotación del espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión y la prestación eficiente del mismo.

De los considerandos y antecedentes administrativos del Acuerdo 006 de 2010 de la CNTV

Precisadas las normas de carácter superior que el actor considera como vulneradas por el artículo 3o del Acuerdo 006 de 2010, pasa la Sala a verificar, con base en el acervo probatorio, los fundamentos que sustentaron. Cabe recordar que el desconocimiento de las normas superiores en que debían fundarse la falta y falsa motivación, en criterio del actor, se debe principalmente a que no existían fundamentos técnicos, jurídicos y económicos para adoptar la medida regulatoria de disminución de la tarifa de la compensación para los concesionarios del servicio de televisión por suscripción ni el establecimiento de la tarifa del 10% sobre los ingresos brutos por publicidad.

En ese contexto, se tiene que la CNTV profirió el Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010, en el cual estableció que a partir del 1° de enero de 2011, el valor de la compensación mensual, para los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, sería del 7% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes de la prestación del servicio de televisión por suscripción, independiente de la tecnología utilizada para su transmisión. Adicionalmente, les impuso el pago del 10% de los ingresos brutos mensuales percibido por concepto de pauta publicitaria. Determinó igualmente que derogaba, respecto de este asunto, lo pertinente en los Acuerdos 003 de 2005, 010 de 2006 y 002 de 2010 y todas aquellas que le fueran contrarias.

Dentro de las consideraciones expuestas en el Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010, la CNTV indicó que el servicio de televisión por suscripción había sufrido cambios estructurales, lo que generaba un panorama merecedor de nuevas condiciones regulatorias⁵⁸. En ese sentido, la CNTV aseguró que se acentuado la necesidad de revisar las condiciones de prestación de este servicio para que pudiera seguir compitiendo en el mercado y garantizar la pluralidad de oferta a los usuarios⁵⁹.

El acuerdo demandado también mencionó que la industria de la televisión por suscripción había solicitado a la CNTV revisar las condiciones regulatorias para la prestación de este servicio.

⁵⁸ En los considerandos del Acto Administrativo, la CNTV explicó que debido a que la realidad tecnológica llevó a que los contenidos de audio y video se transmitieran por diferentes plataformas tecnológicas, tal circunstancia impactaba este servicio. ⁵⁹ Se puede leer de los considerandos del Acuerdo 006 de 2010.

Adicionalmente, la Sala encuentra que se allegó al proceso, el cuaderno llamado «Anexo 1», el cual contiene los antecedentes administrativos del **Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010**.

En dichos documentos, la Junta Directiva de la CNTV asegura que agotó el procedimiento especial para adoptar acuerdos según el artículo 13 de la Ley 182 de 1995⁶⁰. Se indica que se verificó que la CNTV

surtió el proceso de participación ciudadana del proyecto de regulación, poniéndolo a disposición de los interesados para que allegaran sus observaciones. En esa medida, se recogieron comentarios, tanto de los concesionarios de la televisión pública, así como de los prestadores de la televisión por suscripción.

Los concesionarios de la televisión pública centraron sus comentarios en la inconveniencia de disminuir el valor de la compensación que se pretendía fijar en el proyecto de acuerdo. Consideraban que la disminución del 10 al 7% de los ingresos brutos por la prestación del servicio, iba en detrimento de FonTV que les servía de soporte financiero. Por el contrario, los operadores de la televisión por suscripción apoyaron la reducción de la mencionada tarifa y, además, solicitaron que no hubiera diferencia entre el porcentaje por la prestación del servicio de televisión por suscripción y el que se proponía por los ingresos brutos por pauta publicitaria⁶¹.

Por su parte, ASOMEDIOS advirtió que no realizaría ninguna observación, en tanto desconocía los estudios en que se había basado la CNTV para elaborar el proyecto regulatorio, cuyas disposiciones fueron posteriormente adoptadas en el Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010. ASOMEDIOS resaltó que, a pesar de haber solicitado en varias oportunidades⁶² los estudios que fundamentaban las medidas regulatorias propuestas, éstos no se habían puesto en conocimiento del público.

En los antecedentes referidos, observa la Sala que, a través de Acta de Visita de 15 de septiembre de 2010⁶³, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública recomendó a la CNTV hacer claridad sobre

⁶⁰ ARTÍCULO 13. Para la adopción de los actos de carácter general que sean de competencia de la Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, deberá seguirse siempre el siguiente procedimiento:

La Junta Directiva deberá comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión la materia que se propone reglamentar;

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;

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;

Dicha reglamentación será comunicada de la manera prevista por la Ley 58 <sic, es 57> de 1985 o las normas que la modifiquen o sustituyan.

⁶¹ Folios 88 a 117 y 138 a 182 anexo 1.

⁶² Folios 191 a 192 y 212 a 214 anexo 1.

⁶³ Folios 346 a 347 anexo 1.

el fundamento o sustento del acuerdo objeto de la demanda, dado que hacía cambios al Acuerdo 006 de 2010⁶⁴.

Frente a las diferentes observaciones recibidas, la CNTV realizó un informe⁶⁵ con las respuestas a los comentarios allegados en el trámite de la aprobación del Acuerdo 006 de 2010. En el numeral 2⁶⁶, respecto al valor de la compensación, la CNTV aclaró que la reducción de la tarifa de la compensación mencionada del 10% al 7% de los ingresos brutos por la prestación del servicio de televisión por suscripción, obedece a las condiciones actuales de ese mercado. Señaló que tenía en consideración factores tales como el número de usuarios y los ingresos reportados por los concesionarios de dicho servicio, así como las necesidades

la financiación de la televisión pública. Aseguró que, en ese sentido, tuvo presente lo exigido por el g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 para la fijación de la tarifa.

En el mismo informe, la demandada advirtió que los ingresos del FonTV se ven afectados en mayor medida por la subfacturación, el subreporte y la falta de discriminación de los costos de la prestación del servicio en los estados financieros, por parte de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción. Como sustento de dicha afirmación, citó el memorando 20102400109793, proferido por la Oficina de Planeación⁶⁷.

Finalmente, mencionó que la compensación del 10% por concepto de los ingresos brutos por pauta publicitaria se implementaría, por cuanto dicho recurso constituiría la fuente de financiación de la Unidad de Dirección General de la CNTV⁶⁸.

⁶⁴ [...] Con relación a las inquietudes planteadas por parte del órgano de control, se explicó por parte de los funcionarios de la CNTV, el fundamento por el cual, la Junta Directiva de la CNTV decidió en el mes de mayo de 2010 el Acuerdo de bajar la tarifa de compensación de los operadores de televisión por suscripción.

[...] La Procuraduría, en este punto, recomendó a la CNTV dejar claro el fundamento o la motivación del proyecto en mención, por cuanto este proyecto, a diferencia del Acuerdo 02 de 2010 no incluye el incentivo a la producción nacional de canales temáticos. [...]

⁶⁵ Folios 355 a 378 anexo 1.

⁶⁶ INFORME DE LA CNTV frente a las observaciones. En él se relaciona la observación y a continuación la respuesta dada por la CNTV.

[...] **2. Valor de la compensación (artículo 4°)**

2.1. Monto de la tarifa

a) El consenso de los actuales operadores que presentaron observaciones al proyecto de acuerdo, es la aprobación de la rebaja de la tarifa de compensación, pero coinciden también en que esta tarifa debe ser una rebaja gradual hasta alcanzar la tarifa de compensación de los demás servicios de telecomunicaciones que cobra el Ministerio de las TIC, es decir, el 2.2%.

RESPUESTA CNTV: La tarifa de compensación del 7% obedece a las condiciones actuales del mercado de la televisión por suscripción (usuarios e ingresos reportados a la Comisión Nacional de Televisión) y a las necesidades de la financiación de la televisión pública, en cumplimiento de los considerandos del artículo 5 literal g de la Ley 182 de 1995. [...]

⁶⁷ No reposa en el expediente por no haber sido aportado por la parte actora.

⁶⁸ [...] 2.2. Base sobre la cual cobra la tarifa de compensación vs. Ingresos por publicidad. Los operadores solicitan a la CNTV no establecer tarifas diferenciales entre compensación sobre la totalidad de los ingresos brutos (7%) y la compensación por ingresos percibidos por concepto de pauta publicitaria. La base para el pago de la compensación debe contener todos los conceptos y tener una tarifa única del 7%.

En el acervo probatorio se encontraron varios memorandos proferidos por diferentes dependencias de la CNTV, algunos de los cuales se relacionaron en la parte considerativa del acto demandado. En el expediente reposan los que se enlistan a continuación:

NÚMERO MEMORANDO	QUIEN SUSCRIBE	FECHA	FOLIOS
20102400035253 ⁶⁹	Oficina de Planeación	18 de marzo 2010	12 a 26 anexo 1
20102400133953	Oficina de Planeación	10 noviembre 2010	417 a 425 anexo 1
20102400133973	Oficina de Planeación	10 noviembre 2010	426 a 429 anexo 1
20102500139563 ⁷⁰	Oficina de Regulación de la Competencia	22 noviembre 2010	54 a 58 cp 446 a 449 anexo 1
20102400148853 ⁷¹	Oficina de Planeación	7 diciembre 2010	5 a 37 cp 379 a 411 anexo 1
20103400148973 ⁷²	Subdirección de Asuntos Legales	9 diciembre 2010	38 a 53, 219 a 243 cp, 430 a 441 anexo 1

De los que se mencionaron como sustento del acuerdo demandado, la Sala hará una breve reseña de contenido de cada uno, para establecer si éstos acreditan el cumplimiento de los requisitos exigidos literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, cuyo desconocimiento alega el actor.

El **Memorando 20102400035253⁷³ de 18 de marzo de 2010**, elaborado por la Oficina de Planeación CNTV, presentó a la Junta Directiva de esa entidad, un informe denominado factibilidad de la disminución de la tarifa de compensación del mercado de la televisión por suscripción⁷⁴. En dicho informe, si bien cierto se hizo referencia a lo dispuesto en el literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995⁷⁵, también que esa dependencia **dejó expresa constancia de que la disminución en la tarifa de la TV por suscripción afectaría la viabilidad financiera del FonTv.**

RESPUESTA CNTV: La Comisión Nacional de Televisión mantiene la disposición, toda vez que los ingresos percibidos por pauta publicitaria son una fuente de financiación de la Unidad de Dirección General. [...]

⁶⁹ Documento que se tuvo en cuenta en las consideraciones del Acuerdo 006 de 2010

⁷⁰ Documento expresamente relacionado en las consideraciones del Acuerdo 006 de 2010.

⁷¹ Ídem.

⁷² Ibidem.

⁷³ Folios 12 a 26 anexo 1.

⁷⁴ Folio 12 -26 del Anexo 1 del Expediente. El informe fue presentado por un requerimiento realizado a la Junta Directiva de la entidad, según consta en el Acta 1563 de 2009, en el que se solicitó a la Oficina de Planeación "ii) Presentar a la Junta Directiva un análisis sobre la disminución gradual de la compensación de los operadores de televisión por suscripción"..

⁷⁵ La Oficina de Planeación de la CNTV, para sustentar el cumplimiento de los criterios del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, señaló que tuvo en consideración lo siguiente: [...] **Para la cobertura geográfica, población total e ingreso per cápita:** utilizó la proyección del DANE de los años 2010 a 2019, advirtiendo que partiría del supuesto que en ese período las condiciones del mercado no variarían.

respecto de las que se presentaban en el año 2009 (año que se tomó como referente para la proyección).

Respecto de la recuperación de los costos del servicio: aseguró que, en la metodología propuesta Capex y el Opex de los operadores no se estaba modificando.

En relación con el fortalecimiento de los operadores públicos: afirmó que en las proyecciones se estimaban las necesidades de inversión de la televisión pública.

Y frente a la participación en los beneficios que proporcione a los concesionarios según cobertura geográfica y audiencia potencial: sostuvo que los beneficios de la CNTV dependían del comportamiento del mercado, específicamente, en lo relativo a la variación de usuarios y los ingresos de los operadores [...]

En efecto, en el memorando referido, la Oficina de Planeación de la CNTV propuso un modelo para la tarifa de la compensación de los operadores de la televisión por suscripción, que estaba construido sobre unos supuestos respecto de los ingresos⁷⁶ y gastos⁷⁷ del FonTV. Sin embargo, fue enfática en resaltar que el modelo propuesto en el proyecto de regulación no garantizaba los ingresos por compensación por el FonTV.

Explicó que para que fuera viable reducir la tarifa de la compensación debían converger las dos circunstancias, esto es, la inmutabilidad de los supuestos⁷⁸ del modelo y el control sobre el subregistro y la subfacturación⁷⁹. De lo contrario, desaconsejaba acoger dicha medida porque cualquier disminución de la tarifa de la compensación, impactaba negativamente los ingresos del FonTV, recursos de los que depende el sostenimiento de la televisión pública⁸⁰ y no le permitiría a la CNTV cumplir con sus funciones.

Por su parte, en el Memorando 20102500139563⁸¹ de 22 de noviembre de 2010, citado dentro de las consideraciones del Acuerdo 006 de 2010, las Oficinas de Regulación de la Competencia y de Planeación de la CNTV presentaron un

⁷⁶ Folio 17 Anexo 1. Tabla 3 – Ingresos estimados 2010-2019. Cifras en millones de pesos de 2010

Concepto	Con tercer canal	Escenario promedio
Saldo de caja inicial FDTV	14.961,6	14.961,6
Ingresos Anuales	245.138,6	248.696,1
Nacional privada - compensación	167.173,1	170.730,6
Suscripción – acuerdos de pago	489,2	489,2
Otros ingresos y recursos capital	77.476,3	77.476,3
Total ingresos FDTV	260.100,2	263.657,7

⁷⁷ Folio 17 Anexo 1. Tabla 4 – Inversiones FDTV proyectadas 2010-2019. Cifras en millones de pesos de 2010

Rubro	Escenario piso
Transferencias RTVC	481.964,5
Señal Colombia Institucional	50.200,0
Inversión RTVC	39.285,2
Canales Regionales Inversión	150.946,5
Canales Regionales (proyectos especiales)	67.293,3
Transferencias EPM	261.542,0
CNTV	42.137,1
Tv satelital directa al hogar	55.100,4
Capex TDT	149.077,7
Imprevistos FDTV	6.487,7
TOTAL INVERSIONES TV PUBLICA - FDTV	1.304.034,9

⁷⁸ Según el memorando, las variables relativas a los ingresos y gastos del fondo presupuestados en modelo, así como las del mercado de televisión por suscripción, referidas al número de usuarios y a que estos realizaran, no podían fluctuar, pues de lo contrario la disminución de la tarifa afectaría los recursos del FonTV.

⁷⁹ [...] **8. Condiciones que debe ofrecer el mercado de la televisión por suscripción**

La reducción de la tarifa de compensación del 10% al 7%, sin afectar la financiación de las necesidades de la televisión pública del fondo para el Desarrollo de la Televisión, se puede implementar siempre y (i) el crecimiento de los usuarios promedio tenga el comportamiento estimado en el modelo, (ii) el mercado de la televisión por suscripción no sea inferior al estimado en la proyección a pesos de 2010 no se aprueben gastos superiores al techo proyectado.

La metodología propuesta NO garantiza los ingresos por compensación para el FDTV. Sin embargo, se espera que dicho comportamiento mantenga una tendencia similar a la modelada, en términos de resultado esperado. En este sentido, es importante mencionar que los cambios de las variables "Usuarios" y "ARPU mercado" se pueden compensar entre sí, es decir, una disminución en el "ARPU mercado" podría compensarse con un incremento en los "Usuarios", y viceversa, de tal manera que los ingresos FDTV no se vean afectados. En caso contrario, si hay una afectación negativa de estos ingresos, se debe reconsiderar la disminución de la tarifa de compensación.

Por lo anterior, **la metodología exige un control efectivo al subreporte y a la subfacturación, por lo que los ingresos dependerán del número de usuarios y de los ingresos que reporten los operadores a la Comisión Nacional de Televisión.** [...]

⁸⁰ Folios 20 Anexo 1.

⁸¹ Folios 54 a 58 cp y 446 a 449 anexo 1.

análisis del mercado de TV por suscripción, pero con el propósito de determinar la viabilidad de la expansión de los operadores. Concluyó que debido a que, para el 2010, el mercado de TV por suscripción era altamente concentrado⁸² recomendaba que todos los operadores tuvieran una vocación nacional y un límite territorial, previa aprobación de la CNTV para garantizar una mayor competencia en el mercado.

la televisión por suscripción.

En el citado memorando no se hizo alusión a la forma de determinación o a la tarifa de la compensación de los prestadores de televisión por suscripción. Tampoco se refieren a la tarifa sobre los ingresos brutos que se obtengan por la publicidad.

Otro de los memorandos que justificó el Acuerdo 006 de 2010, fue el 20102400148853⁸³ de 7 de diciembre de 2010. En este documento, la Oficina de Planeación actualizó el plan inicialmente presentado mediante el Memorando 20102400035253 de 18 de marzo de 2010 (referido en párrafos precedentes) en el sentido de renovar los valores a 31 de octubre de 2010. Reiteró que la metodología propuesta no garantizaba los ingresos por compensación para el FonTV. Hizo énfasis en que, el modelo resultaba viable para disminuir la tarifa por compensación, únicamente en el escenario en que los supuestos se mantuvieran sin fluctuaciones y que, de manera paralela, se realizara un control efectivo al subreporte y a la subfacturación.

El último de los memorandos mencionado en los considerandos del acto acusado es el Memorando 20103400148973⁸⁴ del 9 de diciembre de 2010, expedido por la Subdirección de Asuntos Legales y la Oficina de Planeación de la CNTV. En este, dichas dependencias rindieron concepto sobre la viabilidad de que los operadores que estaban prestando el servicio a nivel municipal y zonal pudieran ampliar su operación a la totalidad del territorio nacional. No se hace mención a la reducción de la tarifa de la compensación de los prestadores del servicio de televisión por suscripción ni la relativa al porcentaje de los ingresos brutos recibidos por publicidad.

De otro lado, reposan como antecedentes del acto administrativo allegados por la CNTV, unos memorandos que no son mencionados expresamente en la parte considerativa del Acuerdo 006 de 2010, cuyo contenido llama la atención de la Sala.

Tal es el caso del Memorando 20102400133953⁸⁵ de 10 de noviembre de 2010, en el que la Oficina de Planeación realizó un recuento del proceso de la contratación de una consultoría para la valoración de nuevas concesiones

⁸² A esa conclusión se llega dado que el mercado de televisión por suscripción se reducía en los operadores Telmex Hogar

S.A y Empresas Públicas de Medellín ESP, como prestadores de televisión por cable a nivel nacional

⁸³ Folios 5 a 37 cp, 379 a 411, 464 a 494 anexo 1

⁸⁴ Folios 38 a 53, 219 a 243 cp y 430 a 441 Anexo 1.

⁸⁵ Folios 417 a 425 anexo 1

para el servicio de televisión por suscripción. Refirió que ante dicha solicitud, debía precisar que ni la CNTV y, mucho menos, la referida dependencia, contaban con los insumos necesarios para llevar a cabo dicha labor. Por tal motivo, en consonancia con las Subdirecciones Técnica y Financiera, solicitaba la contratación de una consultoría externa para que determinara el valor de: i) las prórrogas de la concesión, ii) de las expansiones, iii) la adjudicación de la concesión, y iv) el modelo de compensación para la televisión por suscripción⁸⁶.

Puso de presente que, como consecuencia de la decisión tomada por las dependencias señaladas, mediante el **Memorando 20102400123513 de 21 de octubre de 2010**, éstas habían presentado a la Junta Directiva de la CNTV el proyecto de contratación llamado «Valoración de la televisión por suscripción y definición

modelo de compensación para la televisión por suscripción», solicitud que se justificaba por las siguientes razones:

[...]

Así mismo, **es necesario que se desarrolle un modelo financiero para determinar la tarifa de compensación de la televisión por suscripción y su mecanismo de implementación**, que permita disminuir las asimetrías regulatorias con otros servicios de telecomunicaciones y que garantice la sostenibilidad financiera de la televisión pública.

En efecto, **la Comisión Nacional de Televisión requiere de personal experto y dedicado al estudio de objeto de contratación, de tal manera que se pueda garantizar la idoneidad y calidad de las valoraciones en el momento histórico actual** afectando entre otros factores por el mercado, los modelos de negocio, la convergencia de servicios y de redes, el avance tecnológico, los cambios del sector y la materia institucional. [...]

En la misma línea, se observa que, a través del **Memorando 20102400133973, también del 10 de noviembre de 2010**⁸⁷, la misma Oficina de Planeación reitera la solicitud a la Junta Directiva de la CNTV para la aprobación de la apertura del concurso de méritos para que se llevara a cabo el proyecto de consultoría externa denominado «Valoración de la televisión por suscripción y definición del modelo de compensación para la televisión por suscripción». Lo anterior, atendiendo a que **la**

⁸⁶ [...] en sesión de noviembre 23 de 2009, Acta 1563, la Junta Directiva solicitó a la Oficina de Planeación (i) presentar a la Junta Directiva la propuesta de metodología para valorar la prórroga de los operadores de televisión por suscripción y (ii) presentar a la Junta Directiva un análisis sobre la disminución gradual de la compensación de los operadores de televisión por suscripción.

[...] La Subdirección Administrativa y Financiera, la Subdirección de Asunto Legales y la Oficina de Planeación avanzaron en la elaboración de los estudios de mercado y de los estudios previos para la contratación de una consultoría para determinar (...) un modelo de compensación para la televisión por suscripción. [...]

⁸⁷ Folios 426 a 429 anexo 1

entidad no contaba con los insumos ni con los funcionarios competentes para llevar a cabo ese proyecto.

Con base en los antecedentes administrativos allegados, la Sala corrobora que el proyecto de consultoría externa antes mencionado fue aprobado por la Junta Directiva de la CNTV a través de Acta 1679 el 10 de noviembre de 2010, es decir, antes de la expedición del acto demandado. Sin embargo, no se dio inicio a la misma sino hasta marzo del año 2011, según consta en la Resolución 2011380000195-4 de 1 de marzo de 2011⁸⁹.

De otra parte, en el acervo probatorio obran las actas que levantó la Junta Directiva de la CNTV de sesiones del 7⁹⁰ y 9⁹¹ de diciembre de 2010. En ellas se destacan varios comentarios en los que **algunos de los comisionados señalaron que lo ideal para definir de manera correcta la medida regulatoria adecuada sería cuando se conociera los resultados de los estudios del consultor externo dentro del proyecto** «Valoración de la televisión por suscripción y definición de un modelo de compensación para la televisión por suscripción». Así mismo, indicaron que, si bien con la expedición de este acuerdo se resolverían necesidades del mercado, **era ineludible un debido análisis y, por lo tanto, era forzoso continuar con el debate y no improvisar en la regulación.**

En el acta de 7 de diciembre de 2010⁹², la Sala observa:

⁸⁸ [...] **De acuerdo con el Manual de Funciones de la Comisión Nacional de Televisión, esta entidad no cuenta con profesionales que tengan la experticia o el conocimiento para realizar valoraciones.**

Adicionalmente, la Oficina de Planeación no cuenta con los insumos necesarios para llevar a cabo dicha labor.

Prueba de lo anteriormente descrito, se sustenta con los argumentos expuestos por la Subdirección Técnica y la Subdirección Financiera como a continuación se describe:

Subdirección Técnica: "[...] ii). **Actualmente, el sector de la televisión por suscripción enfrenta un número de variables que lo afectan positiva y negativamente** (...). Teniendo en cuenta esta cantidad de variables que afectan cualquier proyección, esta Subdirección considera que no es posible establecer un patrón que permita determinar las inversiones promedio que debería realizar un nuevo operador.

[...] Adicionalmente, nos permitimos observar que cualquier valoración que se adelante deberá tener en cuenta el modelo actual de la industria y considerar la reglamentación de neutralidad tecnológica mencionada, nuevas formas de prestación del servicio (IPTV y televisión móvil) y la convergencia de operadores, servicios y redes.

Por último, aunque no es competencia de esta Subdirección, respetuosamente se recomienda que dicha valoración se enmarque en el ambiente actual de convergencia de operadores, servicios y redes de telecomunicaciones con el fin de que se tenga en cuenta el impacto que pueden representar los mercados relevantes relacionados con el servicio público de televisión".

Subdirección Financiera:

"Cabe precisar que se ha planteado y recomendado a la JD la referida contratación porque esta Subdirección no cuenta con funcionarios con competencias o con la disponibilidad de tiempo para la entrega de productos. [...]"

[...] Teniendo en cuenta las justificaciones descritas por la Subdirección Técnica y por la Subdirección Financiera, sumado a la falta de insumos necesarios de la Oficina de Planeación, solicito cordialmente a la Junta Directiva, su aprobación para la apertura del concurso de méritos de acuerdo con el memorando No. 20102400123513 de octubre 21 de 2010. [...]

⁸⁹ Folios 108 a 113 cuaderno principal. "Por el cual se ordena la apertura del Concurso de Méritos No 001 de 2011."

⁹⁰ Folio 749 anexo 1.

⁹¹ Folio 762 anexo 1.

⁹² Folio 749 anexo 1.

[...] La doctora María Sofía Arango, manifiesta que **el momento ideal para definir de manera con la medida regulatoria más adecuada sería cuando se conozcan los resultados de los estudios de valoración y de definición de mercados relevantes**. Señala que esto solo se conocerá previo a las recomendaciones de un consultor experto, que además conceptúe sobre la viabilidad de establecerlo. Es decir, **sugiere esperar a conocer los resultados de los estudios**. Recomienda que para estos efectos la Junta Directiva autorice incluir un artículo nuevo al proyecto de Acuerdo, en el cual, de manera genérica

establezca que la CNTV adelantará los estudios necesarios que le permitan definir el instrumento ic para prevenir y evitar conductas como el subreporte. [...]

En el acta de 9 de diciembre de 2010⁹³ se encontró lo siguiente:

[...] La comisionada Any Vásquez señala que la Procuraduría General de la Nación ha hecho observaciones y ha requerido a la Junta Directiva para que adopte los correctivos necesarios frente al Acuerdo 2 de 2010 y manifiesta que no está para nada de acuerdo con la propuesta de la comisionada Zulma Casas de aplazar la aprobación de presente Acuerdo por lo que esto implicaría para la industria adicionalmente, porque la Procuraduría ha expresado su preocupación sobre este asunto.

El señor Director, señala que se viene revisando este tema desde hace más de 6 meses, que se tiene requerimiento de la Procuraduría General de la Nación y considera que la Junta tiene como función misional regular de cara al sector y por ello no puede aplazarse indefinidamente la toma de decisión en estas materias.

El comisionado Mauricio Samudio señala que la discusión es pertinente, que estas deliberaciones son necesarias y apropiadas, **considera que un tema de esta trascendencia requiere del análisis suficiente de la mayor rigurosidad posible**. Manifiesta que el sector requiere una normatividad que resuelva las necesidades pero con el debido análisis. En su opinión, **la CNTV debe continuar con el debate de esta manera que el sector no tenga la idea de que se está improvisando o que se incurre en cambios de bandazos regulatorios**. [...]

Finalmente, encuentra la Sala que la Junta Directiva de la CNTV aprobó el Acuerdo 006 de 2010, de 9 de diciembre de 2010⁹⁴, sin que para dicha fecha se hubiera iniciado la ejecución del proyecto de consorcio externa aprobado en noviembre de 2010 y cuyos insumos resultaban, en criterio de la misma entidad, necesarios para determinar, con suficiencia técnica, económica y jurídica el valor de la tarifa de la compensación del servicio de televisión por suscripción.

⁹³ Folio 762 anexo 1.

⁹⁴ Folios 539 a 591 anexo 1

Por último y, frente a lo manifestado por el apoderado de la CNTV en la contestación de la demanda relativa a que los estudios realizados por la EAN⁹⁵ y el CID⁹⁶, así como el resultado de la auditoría integral realizada por la entidad a través de la firma Javh McGregor⁹⁷, la Sala ha de precisar que, si fueron allegados al expediente⁹⁸ como parte de los antecedentes del acto administrativo demandado, no respaldan su expedición.

Los estudios relacionados hacen parte de los antecedentes de otro acto administrativo, el Acuerdo C-006 expedido en el año 2006 por la CNTV, que no es el demandado en este libelo. En efecto, el Acuerdo C-006⁹⁹ en su parte considerativa establecía lo siguiente:

[...] Que la Comisión Nacional de Televisión apoyada en los estudios que fueron encomendados a la Escuela de Administración de Negocios, EAN[1] y al Centro de Investigación y Desarrollo de la Universidad Nacional, CID[2], y en el resultado de la auditoría integral realizada por la entidad a través de la firma Javh McGregor[3], cuenta con suficientes elementos de juicio para considerar que se hace necesario un cambio en el modelo de prestación del servicio en la modalidad de televisión por suscripción; [...]

El primero de los estudios que se mencionan en los considerandos del Acuerdo de la CNTV expedido

año 2006, es el de la Escuela de Administración de Negocios, en adelante **EAN**, denominado «LA INDUSTRIA DE LA TELEVISION EN COLOMBIA, Análisis Económico, Financiero y de Mercado» publicado en el año 2003¹⁰¹. Se trata de un análisis económico, financiero y de mercado de la industria de la televisión en Colombia, el cual tenía como objeto esclarecer las tendencias del mercado de la televisión sin referirse sobre el servicio de televisión por suscripción en cuanto a la materia objeto de análisis.

En el estudio se hicieron proyecciones¹⁰² para el quinquenio 2002 – 2006¹⁰³, pero respecto del funcionamiento del sector en el mercado futuro de la televisión se

⁹⁵ "LA INDUSTRIA DE LA TELEVISION EN COLOMBIA. Análisis Económico, Financiero y de Mercado." Bogotá, D. C. 2002.

⁹⁶ "INVESTIGACION, ASESORIA Y CONSULTORIA EN ECONOMIA DE LA TELEVISION - FASE". Bogotá, D. C. 2006.

⁹⁷ Auditoría integral realizada a concesionarios de televisión por suscripción. 2004.

⁹⁸ Fueron remitidos en el cuaderno denominado «Anexo 2» que contiene los antecedentes del Acuerdo de 2006, no del

Acuerdo 006 de 2010 que sí es el acto administrativo acusado.

⁹⁹ "Por medio del cual se reglamenta el servicio de televisión por suscripción."

¹⁰⁰Folios 102 a 131 anexo 2.

¹⁰¹Folios 1023 anexo 2.

¹⁰² Las proyecciones estaban dirigidas a identificar la desagregación y descripción de los diferentes submercados, los agentes económicos participantes, el tipo de productos que se trazan y las modalidades de formación de los precios en cada uno de ellos.

¹⁰³ En el capítulo «2.3. ENTORNO ECONÓMICO PARA LA INDUSTRIA DE LA TELEVISIÓN» dicho estudio se refirió al desarrollo industrial de la televisión, en el que indicó que:

[...] **en el corto plazo – dos o tres años-** no se producirá cambio significativo en los niveles de inversión para la inversión nacional y extranjera. Así mismo, indicó que los **niveles de crecimiento esperados el quinquenio 2002-2006** distan mucho de las tasas observadas durante los primeros ochenta años Siglo XX

hizo en un estimado no mayor a 2 años, toda vez que se consideró que «realizar estimaciones para un periodo superior a tres o cuatro años implica un elevado riesgo»¹⁰⁴. En lo demás, se observa que el análisis se limitó a estudiar datos recogidos hasta el año 2001¹⁰⁵. Así que, **sobre el modelo para el futuro de la industria de la televisión en Colombia no se realizaron estimaciones ni análisis posteriores al año 2006.**

Por su parte, se encuentra el estudio del Centro de Investigaciones para el Desarrollo – CID de la facultad de ciencias económicas de la Universidad Nacional, que data de 23 de febrero de 2006¹⁰⁶. En el informe final se propone un modelo para establecer «**el valor de la prórroga de las concesiones en televisión por suscripción**» desde una perspectiva jurídica, económica y financiera de los

«**contratos de concesión de televisión por suscripción de los que estaban a puertas de su**

vencimiento y las nuevas concesiones»¹⁰⁷. En ese documento no se efectuó un análisis ni se recabó información relativa al modelo para fijar la tarifa de la compensación para los concesionarios del servicio de televisión por suscripción.

El último de los estudios corresponde a los resultados de la Auditoría Integral a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción y satelital realizada por la CNTV, a través de la firma Jahv McGregor Ltda., en el año 2004¹⁰⁸. Uno de los propósitos de la auditoría era determinar si los concesionarios estaban efectuando de manera apropiada las liquidaciones para el pago de la compensación. Los resultados de la auditoría señalaron que estas habían sido efectuadas correctamente desde el punto de vista contable y financiero. De otra parte, la mencionada auditoría también recomendó definir el concepto de «ingreso bruto» y

«cuentas contables base en función del cálculo de la compensación requerida», para la liquidación de dicha compensación.

(...) Así, es claro que **el desarrollo de la industria de la televisión durante el quinquenio que se inicia en el presente año -2002-** se enmarcará en un crecimiento moderado de la economía. [...]

¹⁰⁴ Folio 127 anexo 2.

¹⁰⁵ Gráficos 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16. Gráficos 1 hasta el 2003, el 19 hasta el 2002 y el 20 hasta el 2000.

¹⁰⁶ Folios 131 a 148 y 558 a 662 anexo 2.

¹⁰⁷ El estudio propuso que, para establecer el valor de la prórroga de las concesiones, se debía tener en cuenta los ingresos reportados por los operadores entre 1999 y 2004 y el porcentaje de aprovechamiento de la red. Conforme con lo anterior, el CID hizo un análisis jurídico desde 1986 de lo que significa la prórroga de los contratos de concesión por suscripción y de la valoración de la concesión, teniendo en cuenta el número de usuarios estimados en el escenario de una nueva licitación, los ingresos operacionales de un operador con prórroga y los costos y gastos operativos.

Sobre los costos y gastos operativos, señaló que tienden a disminuir en el largo plazo, en vista que el costo se reduce en 1% por cada 10% de incremento del número de usuarios. Anotó que para el caso de Colombia depende del municipio en que se encuentre el operador, la competencia y el aprovechamiento de la red.

Concluyó que el modelo que propone para establecer el valor de la prórroga de las concesiones en televisión por suscripción, tiene 4 características; i) incluye dinámicas del mercado, esto es, de oferta y demanda, junto con las características de costo y ganancia; ii) es un modelo de consistencia interna dado que hizo 1000 simulaciones, previendo varios escenarios; iii) incluye las restricciones jurídicas, las necesidades de financiación de la CNTV y los requerimientos mínimos de rentabilidad de los operadores; para, finalmente determinar que; iv) permite analizar el valor de la concesión a través de la definición de variables de decisión.

¹⁰⁸ Folios 149 a 299 anexo 2.

La Sala observa que, a pesar de que la CNTV en el Acuerdo 010 de 2006, tuvo como fundamento los estudios de la EAN, el CID y la auditoria de Jahv McGregor Ltda., frente a la tarifa mensual por prestar el servicio de televisión por suscripción el artículo 23¹⁰⁹ del Acuerdo 10 de 2006 no incluyó modificación alguna, pues se remitió a lo regulado en el Acuerdo 003 de 2005¹¹⁰. El acuerdo de 2005 estableció el 10% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes de la prestación de este servicio, del servicio cableado DBS y satelital directa al hogar DHS, en la forma que resultara de multiplicar el número de suscriptores durante el periodo de causación, por los valores cobrados al usuario.

Solución de los cargos de i) desconocimiento de las normas superiores en las que debía fundarse, ii) falta de motivación y, iii) falsa motivación

Para resolver, la Sala recuerda que, a juicio del actor, el artículo 3° del acto administrativo demandado redujo el valor de la tarifa de la compensación que debían pagar los concesionarios del servicio de televisión por suscripción. Señaló que se redujo de un 10% a un 7% sobre los ingresos brutos mensuales provenientes de la prestación del servicio de televisión por suscripción, adicionada con el pago del 10% sobre los ingresos brutos por pauta publicitaria.

Insistió el demandante que dicha medida carece de justificación objetiva, técnica y especializada conforme con las normas que regulan el servicio de televisión por suscripción. Por tal motivo, adujo el actor que la norma demandada conllevó a afectar el modelo de financiamiento de televisión pública y los contratos de las concesiones del mencionado servicio.

Al respecto, la CNTV aseveró que el Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010 se ciñó en los parámetros de la Constitución Política y a la Ley 182 de 1995. En la contestación aseguró que, entre otros, el sustento de la medida regulatoria se encontraba relacionada en la parte motiva del acto acusado, esto es, en los memorandos proferidos por las Oficinas de Regulación de la Competencia, de Planeación y en la Subdirección de Asuntos Legales de la CNTV.

¹⁰⁹ ARTÍCULO 23. El concesionario pagará a la Comisión Nacional de Televisión un valor por compensación como contraprestación por el derecho a la explotación del servicio público de televisión por suscripción en la forma y condiciones previstas en el Acuerdo 003 de 2005, o en las normas que lo modifiquen, complementen o adicionen.

¹¹⁰ Artículo 2°. Valor de la compensación: Los concesionarios de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH), pagarán directamente a la Comisión Nacional de Televisión, como compensación por la explotación de la concesión, el diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes de la prestación del servicio de televisión por suscripción, cableada y satelital directa al hogar (DTH), en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el período de causación, por los valores cobrados al usuario.

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

concesionario, relacionados con la prestación del servicio de televisión por suscripción.

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

Así mismo, la entidad demandada manifestó que el Acuerdo 006 de 2010 se soportaba en los estudios económicos realizados por la EAN¹¹¹, el Centro de Investigación y Desarrollo – CID de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional¹¹², y, en la Auditoría Integral a los Concesionarios de Televisión por suscripción y satelital, elaborada por la firma Javh McGregor Ltda¹¹³. Además, sostuvo que consideró las observaciones que realizaron los interesados en el proyecto.

Lo primero que ha de destacarse por la Sala es que, de los memorandos que se relacionan en la parte motiva del Acuerdo 006 de 2010, los de radicado 201025000139563¹¹⁴ de 22 de noviembre de 2010 y 20103400148973¹¹⁵ de 9 de diciembre de 2010 no hacen referencia alguna a la fijación de la tarifa de compensación para los concesionarios de televisión por suscripción ni en la tarifa sobre los ingresos brutos recibidos por publicidad. En efecto, los mismos se centran en resaltar la viabilidad de permitir a los prestadores extender su cobertura de servicio a nivel nacional y el valor de las nuevas concesiones.

En esa medida, los únicos que hicieron referencia a la reducción del valor de la tarifa mensual por el servicio de televisión por suscripción fueron los Memorandos 20102400035253 de 18 marzo de 2010 y el 20102400148853 de 7 de diciembre de ese año, elaborados por la Oficina de Planeación de la CNTV. En ellos, la Sala evidencia que, si bien se presenta una propuesta de modelo para reducir la tarifa de la compensación para los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, esta no cumple con los criterios del literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995.

En efecto, encuentra la Sala que en dichos memorandos la Oficina de Planeación de la CNTV advierte que el modelo allí propuesto para implementar la disminución de la tarifa de la compensación, del 10% al 7% de los ingresos brutos por la prestación del servicio de televisión por suscripción, no garantiza los ingresos para el FonTV. Incluso desaconseja implementar la medida si ésta no va de la mano del control efectivo sobre el subreporte y la subfacturación. Explican que la propuesta solo podrá ser viable si los supuestos con los que se construyó el modelo permanecen constantes y se hace control sobre el subreporte. Asegura

¹¹¹ Estudio denominado «LA INDUSTRIA DE LA TELEVISION EN COLOMBIA, Análisis Económico, Financiero y de Mercado» publicado en el año 2003. Se trata de un análisis económico, financiero y de mercado de la industria de la televisión en Colombia, cuyo objeto es esclarecer las tendencias del mercado de la televisión. Contiene estudios y proyecciones de la industria de la televisión para el quinquenio 2002-2006. Reposa a Folios 102 a 131 del Anexo 2. Antecedentes administrativos del **Acuerdo 10 de 2006**, no del acto demandado que es el Acuerdo 006 de 2010.

¹¹² Estudio tenía como propósito establecer un método para determinar el valor de la prórroga de las concesiones en la televisión por suscripción, revisar, desde la perspectiva jurídica, económica y financiera los contratos de concesiones que se encontraban a punto de vencerse en ese momento. Data del 23 de febrero de 2006. Reposa a Folios 131 a 148 y 558 a 662 del

Anexo 2 Antecedentes administrativos del Acuerdo 10 de 2006, no del acto demandado que es el Acuerdo 006 de 2010. ¹¹³ Auditoría Integral a los Concesionarios de Televisión por Suscripción y Satelital, del año 2004. El resultado de la Auditoría determinó que las liquidaciones efectuadas por los concesionarios del servicio de televisión por suscripción y satelital se habían efectuado correctamente desde el punto de vista contable y financiero. No hubo evidencia de subreporte. Reposo a Folios 149 a 299 del Anexo 2 Antecedentes administrativos del Acuerdo 10 de 2006, no del acto demandado que es el Acuerdo 006 de 2010.

¹¹⁴ Folios 54 a 58 cp y 446 a 449 anexo 1.

¹¹⁵ Folios 38 a 53, 219 a 243 cp y 430 a 441 Anexo 1.

que, de lo contrario, se vería afectado el recaudo de los ingresos del FonTV y, con ello, se pone en peligro la financiación de la televisión pública.

Por tanto, una medida consistente en la reducción de la tarifa de la compensación que no garantice el recaudo de los recursos que van al FonTV por concepto de compensación, desconoce uno ¹¹⁶ de los criterios que la ley exige a la CNTV para establecer el valor de la compensación para los prestadores del servicio de televisión por suscripción. Ello es así, pues al verse reducido el recaudo de recursos del FonTV necesariamente va a impactar negativamente el modelo de financiación de la televisión pública.

En adición a lo expuesto, la Sala igualmente advierte, del contenido de los Memorandos 20102400035253¹¹⁷ de 18 marzo de 2010 y el 20102400148853¹¹⁸ de 7 de diciembre de ese año, elaborados por la Oficina de Planeación de la CNTV, que, a pesar del análisis de datos e información que se relacionan como sustento de la propuesta en la que se estudia la viabilidad de la reducción del valor de la compensación mensual del servicio de televisión por suscripción, estos carecen de sustento técnico y económico que la respalde.

Tal circunstancia se evidencia de los Memorandos 20102400133953¹¹⁹ y 20102400133973¹²⁰ del 10 de noviembre de 2010, allegados al proceso contencioso como antecedentes del mismo por parte de la CNTV. En ellos se pudo establecer cómo la Oficina de Planeación advierte a la Junta Directiva que la CNTV no contaba con la información, los insumos o el personal suficiente para establecer el valor de las nuevas concesiones ni proponer el modelo de compensación de los operadores del servicio de televisión por suscripción. Es más, son esas mismas circunstancias en las que dicha dependencia sustenta la presentación de una propuesta para una consultoría externa, que se encargue, entre otras, de determinar el modelo para fijar la compensación.

Así lo pudo corroborar la Sala en el **memorando 20102400123513 de 21 de octubre de 2010**, mediante el cual varias dependencias de la entidad, tales como la Oficina de Planeación junto con las Subdirecciones Administrativa y Financiera y de Asuntos Legales, realizaron una propuesta a la Junta Directiva de la CNTV para que se contratara **una consultoría externa** para llevar a cabo el proyecto denominado «Valoración de la televisión por suscripción y definición de un modelo de compensación para la televisión por suscripción».

¹¹⁶ «**Recuperación de costos necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos**, con el fin de cumplir las funciones tendientes a garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y a la prestación eficiente de dicho

servicio.» (Resaltado de la Sala)

¹¹⁷ Folios 12 a 26 anexo 1.

¹¹⁸ Folios 5 a 37 cp, 379 a 411, 464 a 494 anexo 1

¹¹⁹ Folios 417 a 425 anexo 1

¹²⁰ Folios 426 a 429 anexo 1

Según lo afirmado por esas oficinas, uno de los propósitos era, precisamente, determinar el modelo para fijar el valor de la compensación para la televisión por suscripción y su implementación. La propuesta de contratación de la consultoría externa, en efecto es aceptada por la Junta Directiva de la CNTV, tal y como consta en el Acta 1679 el 11 de noviembre de 2010¹²¹.

Para la Sala, la aprobación de la propuesta de consultoría externa antes de la expedición del acto acusado necesariamente lleva a concluir que la Junta Directiva de la CNTV reconocía su falta de técnica para establecer el valor de la compensación por el servicio de la televisión por suscripción.

Incluso, la Sala verificó que la falta de estudios necesarios y de información relevante para poder expedir la regulación por parte de la CNTV, fue advertida por algunos de los Comisionados de la Junta Directiva de esa Entidad en sesiones previas a aquella en la cual fue aprobado el acto acusado. En efecto, los miembros de la Junta Directiva mostraban su desacuerdo en expedir las medidas relativas a la disminución de la compensación, sin contar previamente con la información que iba a arrojar la consultoría externa referida.

Específicamente, la Sala encontró que en las sesiones ordinarias de la Junta Directiva de 7¹²² y 9¹²³ de diciembre de 2010, algunos comisionados manifestaron que la medida regulatoria sobre la disminución de la tarifa de la compensación solo debía tomarse **con posterioridad a que se conocieran los resultados de los estudios del consultor externo** dentro del proyecto «Valoración de la televisión por suscripción y definición de un modelo de compensación para la televisión por suscripción». Según los comisionados, era necesario un debido análisis y, por tanto, era forzoso continuar con el debate y no improvisar en la regulación.

En línea con lo expuesto, la ausencia de técnica y estudios para el Acuerdo 006 de 2010, también se evidenció durante la etapa en que los interesados realizaban las observaciones pertinentes al proyecto del acto demandado. La Junta Directiva de la demandada fue advertida, por ASOMEDIOS¹²⁴ y por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública a la CNTV¹²⁵, sobre la necesidad de relacionar los estudios que motivaban su expedición. Sin embargo, la CNTV omitió la publicación de algún estudio y, se limitó a elaborar un informe que daba respuesta a las observaciones allegadas en el proceso de participación ciudadana, sin que mediara mayor análisis sobre cada punto.

¹²¹ Cabe resaltar que la apertura del concurso de méritos para elegir al consultor o firma de consultoría externa, se dio hasta marzo de 2011, tal y como consta en la Resolución 2011380000195-4 de 1 de marzo de 2011 "Por el cual se ordena la apertura del Concurso de Méritos Abierto No 001 de 2011.". Folios 108 a 113 cuaderno principal.

¹²² Folio 749 anexo 1.

¹²³ Folio 762 anexo 1.

¹²⁴ Folios 191 a 192 y 212 a 214 anexo 1.

¹²⁵ Folios 346 a 347 anexo 1.

Aunado a lo anterior, la Sala ha de precisar que el acto acusado tampoco tiene como sustento los estudios de la EAN, el CID y la auditoria hecha por Javh McGregor Ltda., como erróneamente lo afirma la CNTV en la contestación de la demanda. Como se refirió en el acápite precedente de esta providencia, estos fueron el fundamento de un acuerdo expedido en el año 2006 por la CNTV (Acuerdo 010) y no del acto acusado. A ello se agrega que aún si tales estudios hubiesen sido analizados por la Junta Directiva de la demandada para expedir el Acuerdo 006 de 2010, los mismos tampoco podían acreditar el cumplimiento de los requerimientos del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995.

En efecto, los estudios señalados recogen información de los años 2002 a 2006 sobre el mercado de la televisión por suscripción, e indican que, proyecciones a más largo plazo no serían confiables dada la dinámica de dicho mercado. Por tanto, las conclusiones y recomendaciones referidas en ellos sólo podían ser sustento del acuerdo expedido en el año 2006, que en efecto los cita en su parte considerativa como fundamento. Cabe resaltar que dicho acuerdo, frente al valor de la compensación que debían pagar los concesionarios de televisión por suscripción, en su artículo 23¹²⁶, señala que deberá estarse a lo dispuesto en el Acuerdo 003 de 2005, esto es, una tarifa de compensación equivalente al 10% de los ingresos brutos por la prestación del servicio de televisión por suscripción.

En esa medida, dichos estudios no hacían referencia a la posibilidad de disminución de la tarifa mensual de compensación para prestar el servicio de TV por suscripción ni sobre una tarifa sobre los ingresos brutos por pauta publicitaria.

En el contexto señalado, la Sala evidencia que, en el asunto sub examine, no se encuentra acreditado por parte de la CNTV, que se hubiera dado cumplimiento a las exigencias legales para dictar el Acuerdo 006 de 2010. Por el contrario, lo allegado al expediente demuestra que la CNTV se apartó de los mandatos imperativos del legislador al tratar de justificar la expedición del Acuerdo 006 de 2010 en memorandos que no respaldan las medidas adoptadas o en estudios que no hacen parte de los antecedentes de dicho acto administrativo.

Para la Sala está probado que con la información con la que contaba la CNTV al momento de expedir el Acuerdo 006 de 2010, no podía garantizarse ni establecerse si la reducción de la tarifa permitía recaudar los recursos necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos. Tampoco si con la fijación del porcentaje adicional del 10% sobre los ingresos brutos por publicidad, se afectaba, para los concesionarios de la televisión por suscripción, la recuperación de los costos del servicio público de televisión.

¹²⁶ Acuerdo 010 de 2010. "ARTÍCULO 23. El concesionario pagará a la Comisión Nacional de Televisión un valor por compensación como contraprestación por el derecho a la explotación del servicio público de televisión por suscripción en la forma y condiciones previstas en el Acuerdo 003 de 2005, o en las normas que lo modifiquen, complementen o adicionen."

Frente a este último tema, la Sala encuentra que ninguno de los memorandos referidos en la parte considerativa del Acuerdo 006 de 2010¹²⁷ hizo alusión al valor de la tarifa mensual por

el servicio de televisión por suscripción, relacionada con un porcentaje de los ingresos brutos mensuales por pauta publicitaria. Tampoco en los otros memorandos allegados con los antecedentes administrativos.

En el único documento que aparece alguna referencia al tema, es en el informe que contiene las respuestas a las observaciones recibidas en el trámite de participación ciudadana del proyecto de acuerdo¹²⁸. Sobre el particular, la Sala resalta que la mención de la CNTV para justificar la existencia de dicha disposición es que se trataba de la fuente «de financiación de la Unidad de Dirección General». En esa medida, para la Sala esta afirmación no cuenta con ningún sustento técnico y, mucho menos, jurídico en los antecedentes allegados.

En esa medida, la Sala evidencia que de los antecedentes administrativos del Acuerdo 006 de 2010 no se encuentran elementos que permitan acreditar que la CNTV dio cumplimiento a los criterios del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, para sustentar la reducción de la tarifa de la compensación del 10% al 7% de los ingresos brutos mensuales ni el establecimiento de la tarifa del 10% sobre los ingresos brutos por publicidad.

Ahora bien, cabe resaltar que la CNTV, al desatender los criterios del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 para fijar derechos, tasas y tarifas para la prestación del servicio de televisión, de paso está desconociendo los artículos 365 de la Constitución Política y el 17 de la Ley 182, que velan por la debida prestación del servicio público, en este caso, de la televisión.

Pone de presente la Sala que la Ley 182 de 1995 exige que la CNTV, como entidad técnica que dicta la política para la debida prestación del servicio de televisión, al regular lo referente a los derechos, tasas y tarifas, necesariamente debía contar con la información y con los estudios técnicos y jurídicos que le permitiesen cumplir con los parámetros legales que le demanda el literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995.

Esa era la única manera en la que podría realizar, a cabalidad, el análisis del impacto social y económico de sus decisiones, en atención a las características

NÚMERO MEMORANDO	QUIEN SUSCRIBE	FECHA	FOLIOS
20102400035253	Oficina de Planeación	18 de marzo 2010	12 a 26 anexo 1
20102500139563	Oficina de Regulación de la Competencia	22 noviembre 2010	54 a 58 cp 446 a 449 anexo 1
20102400148853	Oficina de Planeación	7 diciembre 2010	5 a 37 cp 379 a 411 anexo 1
20103400148973	Subdirección de Asuntos Legales	9 diciembre 2010	38 a 53, 219 a 243 cp, 430 a 441 anexo 1

¹²⁸ Folios 355 a 378 anexo 1.

propias del servicio público que está regulando, dada su importancia y trascendencia para el interés público.

En ese orden, el cargo de desconocimiento de las normas en las que debía fundarse presentado por el demandante respecto de la legalidad del Acuerdo 006 de 2010, está llamado a prosperar, por cuanto la CNTV debía motivarlo conforme con los parámetros previstos en la Constitución Política y la Ley 182 de 1995.

Como consecuencia de estar probado el cargo referido, encuentra la Sala que tal circunstancia deviene necesariamente en que se den los presupuestos del cargo de falsa motivación frente a la reducción de la tarifa de la compensación, y los del cargo de falta de motivación respecto del establecimiento de la tarifa del 10% de los ingresos brutos por publicidad, tal y como se observa a continuación:

La Sala precisa que, para abordar el análisis del cargo de falsa motivación, en línea con lo expuesto en el estudio del cargo precedente, se reitera que el defecto de falsa motivación se configurará cuando se encuentren inconsistencias entre las razones y afirmaciones del acto frente a los supuestos de hecho y de derecho. En ese sentido, esta Sección, mediante sentencia de 12 de diciembre de 2019¹²⁹ reiteró lo expresado en pronunciamiento del 14 de abril de 2016¹³⁰, en la cual se señalaron los eventos en los cuáles se configura la falsa motivación de los actos administrativos, así:

[...] cuando **i)** se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública;

ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; **iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.**[...] (Resaltado de la Sala)

Al respecto, y continuando con el análisis del sub lite, la Sala encuentra que, ni los argumentos señalados en las consideraciones del acto demandado y tampoco los antecedentes administrativos allegados, justifican la disminución de la compensación mensual del 7% por concepto de los ingresos percibidos por la prestación del servicio de televisión por suscripción. En efecto, contrario a lo manifestado por la CNTV frente al cumplimiento de los criterios del literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, la Sala evidenció que la reducción de la tarifa de la compensación por concepto de prestación del servicio de televisión por suscripción no garantiza el recaudo de los ingresos de la televisión pública.

¹²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 12 de diciembre de 2019. Radicación 25000-23-24-000-2009-00249-01. C.P. doctor Hernando Sánchez Sánchez.

¹³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 14 de abril de 2016. Radicación 25000-23-24-000-2008-00265-01. C.P. doctora María Claudia Rojas Lasso.

La Sala reitera que, muestra de ello, es que los mismos memorandos que expusieron la

propuesta de modelo para fijar la tarifa de la compensación, fueron enfáticos en advertir que el modelo no garantizaba el recaudo de los ingresos para el FonTV.

Así las cosas, la Sala encuentra que no es cierto lo referido en los considerandos del Acuerdo 006 de 2010, relativo a que los memorandos allí citados sustentaban la modificación de las reglas regulatorias de la prestación del servicio de televisión por suscripción, difieren de la realidad. Como se evidenció, los memorandos no contienen el sustento que acredita el cumplimiento de los criterios del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995. Así las cosas, en el presente asunto, la CNTV está dando un alcance a los memorandos que conforman los antecedentes administrativos del Acuerdo 006 de 2010, que éstos no tienen.

En este orden de ideas y debido a que, en contravía a lo dicho por la CNTV, en el expediente está demostrado que los antecedentes administrativos del Acuerdo 006 de 2010, no constituyen los fundamentos objetivos, técnicos y especializados que soportaran la expedición del acto acusado con garantía de interés general o de utilidad pública. Es así como, distinto a lo afirmado por la entidad demandada, los memorandos relacionados en los considerandos del Acuerdo 006 de 2010, no contienen los fundamentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos que exige la ley para fijar derechos, tasas y tarifas por parte de esa entidad. Por lo tanto, el cargo de falsa motivación también está debidamente acreditado.

En línea con lo expuesto, en relación con el cargo de **falta de motivación**¹³¹, la Sala precisa que en el sub examine, como se ha venido exponiendo a lo largo de esta providencia, el Acuerdo 006 de 2010 carece de fundamento técnico, jurídico y económico para establecer la tarifa sobre los ingresos brutos sobre la publicidad.

La Sala corroboró que ninguno de los memorandos referidos en la parte considerativa del Acuerdo 006 de 2010¹³², hicieron alusión al valor de la tarifa mensual por el servicio de televisión por suscripción, relacionada con un porcentaje de los ingresos brutos mensuales por pauta publicitaria.

¹³¹ Se presenta ante la ausencia de fundamentos para la decisión de la Administración.

NÚMERO MEMORANDO	QUIEN SUSCRIBE	FECHA	FOLIOS
20102400035253	Oficina de Planeación	18 de marzo 2010	12 a 26 anexo 1
20102500139563	Oficina de Regulación de la Competencia	22 noviembre 2010	54 a 58 cp 446 a 449 anexo 1
20102400148853	Oficina de Planeación	7 diciembre 2010	5 a 37 cp 379 a 411 anexo 1
20103400148973	Subdirección de Asuntos Legales	9 diciembre 2010	38 a 53, 219 a 243 cp, 430 a 441 anexo 1

1. Respecto del porcentaje sobre los ingresos brutos recibidos por publicidad, cabe destacar que si bien la CNTV durante el proceso de creación del acuerdo demandado, en respuesta a las observaciones recibidas al proyecto¹³³, señaló que la compensación del 10% por concepto de los ingresos brutos por pauta publicitaria iba a aprobarse atendiendo a que se trataba de la fuente «de financiación de la Unidad de Dirección General», lo cierto es que, esta afirmación no tuvo ningún sustento técnico ni jurídico en los antecedentes allegados.
2. En conclusión, el cargo de falta de motivación está llamado a prosperar, en vista que para establecer una compensación mensual del 10% de los ingresos mensuales por concepto de pauta publicitaria, la CNTV omitió realizar algún análisis o estudio que sirva como fundamento técnico o jurídico, dentro de las consideraciones o de los antecedentes administrativos del acto demandado.

Del cargo de la desviación de poder

3. Frente al cargo de desviación de poder, la Sala precisa que, como quiera que quedase desvirtuada la legalidad del artículo 3° del Acuerdo 006 de 2010 por la prosperidad de los cargos anteriormente analizados, considera innecesario pronunciarse sobre el mismo. En tal virtud, y dado que, además, se trata de un proceso tramitado en única instancia, se abstendrá de evaluar los argumentos expuestos sobre el particular.

IV.5. Decisión

4. Con fundamento en lo anterior, la Sala declarará la nulidad del artículo 3° del Acuerdo 006 de 15 de diciembre de 2010, expedido por la Comisión Nacional de Televisión - CNTV-de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
5. Por último, la Sala no impondrá condena en costas ni agencias en derecho a la parte vencida, en la medida en que conforme con el artículo 365 numeral 8° del Código General del Proceso, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, situación que no se acredita en el presente asunto.

¹³³ Folios 355 a 378 anexo 1.

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

F A L L A :

PRIMERO. DECLARAR la nulidad del artículo 3° del Acuerdo 006 de 2010, proferido por la Comisión Nacional de Televisión - CNTV, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, ARCHIVAR el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia, de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

