

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: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación:
25000 2324 000 2006 00165 01

Demandante: SOCIEDAD RCN TELEVISIÓN S.A.

Demandado: EXTINTA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN (HOY MINISTERIO DE
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES) Y COMISIÓN DE
REGULACIÓN DE COMUNICACIONES – CRC)

Tema: PUBLICIDAD DEL TABACO- COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE
TELEVISIÓN PARA ESTABLECER PROHIBICIONES

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante en contra de la sentencia de catorce [14] de abril de dos mil quince [2015], proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección «C», en Descongestión, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda

I.1.1.- Las pretensiones de la demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo -CCA-, la sociedad RCN Televisión S.A. presentó escrito de demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de pretender la declaratoria de nulidad del Acuerdo 004 de 19 de octubre de 2005¹, expedido por la Comisión Nacional de Televisión. Para tales efectos, solicitó que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

«[...] PRIMERA: Que se declare la nulidad del Acuerdo 004 proferido por la Comisión Nacional de Televisión el 19 de octubre del año 2005 "Por el cual se reglamenta la publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico en televisión" publicado en la edición 46.067 del Diario Oficial correspondiente al día jueves 20 de octubre de 2005.

¹ «Por el cual se reglamenta la publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas de contenido alcohólico en televisión».

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en la pretensión primera de esta acción, se condene a la Comisión Nacional de Televisión a indemnizar los perjuicios que el acto administrativo causa a la sociedad RCN TELEVISIÓN S.A. en la cuantía que se pruebe en el proceso. Dichos perjuicios corresponden al daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) sufrido por la sociedad RCN TELEVISIÓN S.A. durante el tiempo en

que sea obligatorio el Acuerdo 004 proferido por la Comisión Nacional de Televisión el 19 de octubre del año 2005, perjuicios cuya cuantía estimo superior a DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000.00).

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en la pretensión primera de esta acción, se restablezca el derecho de la sociedad RCN TELEVISIÓN S.A. a transmitir a través del canal de televisión que opera en virtud de la concesión otorgada, la publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico que fuera prohibida por el acto administrativo que acá se demanda.

CUARTA: Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo, con sus correspondientes reformas y adiciones [...]» (Destacado de original de la demanda).

I.1.2.- Los hechos que sirven de sustento a la demanda

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos relevantes que se exponen de la siguiente manera:

El artículo 19 de la Ley 30 de 1986, facultó al Consejo Nacional de Estupefacientes para determinar los horarios e intensidad de la propaganda de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco. En cumplimiento de dicha facultad, la mencionada entidad expidió la Resolución 03 de 1995 «Por medio de la cual se desarrollan las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la ley 30 de 1986», la cual fue modificada por las Resoluciones 05 y 06 de 1995.

El artículo 78 de la Ley 962 de 2005², dispuso la derogatoria expresa del artículo 19 de la Ley 30 de 1986³, de tal manera que desapareció el fundamento normativo que sirvió para la expedición de las resoluciones antes referidas.

La publicidad de cigarrillos, tabaco y bebidas alcohólicas en televisión es una actividad permitida, pues no existe ninguna norma con rango de ley que prohíba el ejercicio de esa actividad.

En contra de la voluntad del legislador, la Comisión Nacional de Televisión expidió el Acuerdo 004 de 19 de octubre de 2005, «Por el cual se reglamenta la publicidad de cigarrillos, tabaco y bebidas con contenido alcohólico en televisión», cuyo artículo 2º prohibió, en forma absoluta, la publicidad de tales contenidos.

² «Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos».

³ «Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones».

Según el comunicado de prensa de esa entidad, el citado acuerdo fue expedido con el fin de suplir los vacíos en la legislación, con ocasión de la derogatoria del artículo 19 de la Ley 30 de 1986.

A partir de la entrada en vigencia del Acuerdo 04 de 19 de octubre de 2005, la sociedad RCN Televisión S.A. se ha visto imposibilitada para transmitir publicidad relacionada con tales productos a través de su canal de televisión, pues de hacerlo se vería expuesta a la imposición de sanciones.

La parte demandante, con ocasión de la expedición del acto censurado ha sufrido una serie de perjuicios económicos que deben ser indemnizados, pues se ha visto imposibilitada para contratar con los anunciantes la transmisión de publicidad de tales contenidos.

I. 1.2.- Los fundamentos de derecho y el concepto de violación

La parte demandante consideró que la Comisión Nacional de Televisión transgredió las siguientes disposiciones de rango constitucional y legal: los artículos 1º, 6º, 20, 29, 76, 77, 78, 113, 121, 150 (numeral 21), 333 y 334 de la Constitución Política y el artículo 29 de la Ley 182 de 1995⁴.

Los cargos de nulidad formulados por el actor se encuentran asociados a la falta de competencia de la Comisión Nacional de Televisión para expedir el acto acusado y el de falsa motivación.

1. De la falta de competencia de la Comisión Nacional de Televisión para expedir el acto censurado

En relación con el cargo anunciado, la parte actora subdividió su análisis en los siguientes argumentos de nulidad los que tituló: **(i)** «La actividad económica puede ser limitada por el legislador. En consecuencia, con la expedición del Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005, la Comisión Nacional de Televisión violó los artículos 78, 150-21, 333 y 334 de la Constitución Política»; **(ii)** «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo, pues al expedirlo la Comisión Nacional de Televisión desconoció y usurpó las funciones del Congreso, violando así los artículos 1, 6, 113, 121 y 150 numeral 1º»; **(iii)** «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, los cuales determinan las funciones de la Comisión Nacional de Televisión»; **(iv)** «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar el artículo 29 de la Constitución Política»; **(v)** «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar el artículo

⁴ «Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones».

20 de la Constitución Política»; **(v)** «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar el artículo 29 de la ley 182 de 1995».

Primer argumento: «La actividad económica puede ser limitada por el legislador. En consecuencia, con la expedición del Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005, la Comisión Nacional de Televisión violó los artículos 78, 150-21, 333 y 334 de la Constitución Política»

Indicó que, según los artículos 78, 150 (numeral 21), 333 y 334 de la Constitución Política el único legitimado para establecer limitaciones a las libertades económicas es el legislador, es decir, es una materia sujeta a reserva de ley. Dicho criterio cuenta con respaldo jurisprudencial, como las Sentencias de Constitucionalidad C- 645 de 2002 y C- 974 de 2002. En consecuencia, no es dable que un órgano diferente al Congreso de la República pueda establecer prohibiciones a la publicidad.

Afirmó que, mediante el artículo 19 de la Ley 30 de 1986, se confirió autorización al Consejo Nacional de Estupefacientes para determinar los horarios en los cuales se podía difundir la publicidad de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco. En ejercicio de esa facultad, esa entidad expidió la Resolución 03 de 1986, acto administrativo que fue modificado por las Resoluciones 05 y 06 de 1995.

Destacó que el artículo 19 de la Ley 30 de 1986, fue derogado por el artículo 78 de la Ley 962 de 2005. Luego, entonces, operó el decaimiento de las resoluciones precitadas al haber desaparecido el fundamento normativo que sirvió de sustento para su expedición.

Anotó que la publicidad de cigarrillos, tabaco y bebidas alcohólicas es una actividad que se encuentra permitida en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que no existe una norma con rango de ley que prohíba su ejercicio. De tal suerte que está vedado a las autoridades administrativas establecer una restricción en tal sentido.

Por todo lo expuesto, resaltó que el acto censurado transgrede lo dispuesto en los artículos 78, 150 (numeral 21), 333 y 334 de la Constitución Política, al haber establecido una prohibición para el ejercicio de una actividad lícita que se encuentra sujeta al principio de reserva de ley.

Segundo argumento: «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo, pues al expedirlo la Comisión Nacional de Televisión desconoció y usurpó las funciones del Congreso, violando así los artículos 1, 6, 113, 121 y 150 numeral

1°)»

Aseveró que la Comisión Nacional de Televisión, al haber expedido el acto censurado usurpó una competencia asignada a la rama legislativa, pues es el

Congreso de la República el órgano llamado a expedir normas en materia de intervención económica.

Destacó que la propia Comisión Nacional de Televisión, mediante comunicado de prensa indicó de manera expresa que: «(...) (l)a

CNTV asume la competencia en la regulación de la publicidad en televisión de alcohol, cigarrillo y tabaco». Igualmente, justificó la decisión adoptada en la supuesta existencia «del vacío surgido por la derogatoria del artículo 19 de la Ley 30 de 1986, que facultaba al Consejo Nacional de Estupefacientes para reglamentar ese tipo de publicidad en la televisión».

Por las razones antes precitadas, consideró que la autoridad de televisión transgredió los artículos 1º, 6, 113, 121 y 151, numeral 1º, por extralimitación en el ejercicio de sus funciones y al haberse arrogado competencias constitucionalmente asignadas al Congreso de la República; lo cual, en su opinión, vulnera, además, el principio clásico de división de poderes.

Tercer argumento: «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, los cuales determinan las funciones de la Comisión Nacional de Televisión»

Sostuvo que la Comisión Nacional de Televisión, en su condición de autoridad administrativa con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica le corresponde desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en el servicio de televisión (artículo 76) y tiene a su cargo «la dirección de la política que en materia de televisión determina la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en (la) Constitución» (artículo 77).

Hizo alusión al contenido de la Sentencia C- 350 de 1997, en la cual se precisó que el artículo 77 del ordenamiento superior diferencia, de un lado, entre la determinación de la política estatal en materia de televisión, aspecto reservado a la ley, y, por otro lado, la dirección de la misma, confiada a la Comisión Nacional de Televisión. De tal suerte que tal entidad no puede sustituir al legislador en la determinación de la política de televisión, prohibiendo la publicidad de cigarrillos, tabaco y bebidas alcohólicas que se transmite por ese medio.

Acorde con los anteriores preceptos constitucionales, argumentó que la Comisión Nacional de Televisión tenía el deber de ejecutar la política en materia de televisión trazada por el legislador. Sin embargo, el ente demandado «no solo no ejerció la dirección de la política que en materia de televisión determinó la ley, sino que la contradujo y desarrolló una competencia asignada por la Constitución Política al legislador».

Cuarto argumento: «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar el artículo 29 de la Constitución Política»

Enfatizó que la garantía fundamental del debido proceso aplica no

solo para las actuaciones judiciales sino también para las administrativas. Añadió que el principio de legalidad se traduce en que solo el legislador se encuentra autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional y correccional; establecer penas privativas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición.

Alegó que el acto acusado resulta contrario a dicha garantía, en tanto que la conducta generadora de una sanción administrativa y, por lo tanto, sujeta a reserva legal no fue determinada por el legislador sino por un acto administrativo expedido por una autoridad administrativa.

Quinto argumento: «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar el artículo 20 de la Constitución Política»

Estimó que el derecho fundamental a la libertad de información y expresión se ampara, sin restricción alguna, a todas las personas, incluyendo a quienes lo ejercen para comunicar un mensaje publicitario respecto de una actividad comercial lícita.

Tal y como lo ha referido la Corte Constitucional, mediante Sentencia T- 321 de 1993, la prohibición de censura es una norma de la más alta jerarquía que refuerza directamente el núcleo esencial de la libertad de expresión. Recordó que, si bien la Comisión Nacional de Televisión ejerce funciones administrativas, no goza de la facultad para censurar ningún mensaje, bien sea de manera particular o general. Con todo puntualizó que, por el contrario, toda su actividad debe enmarcarse a la promoción de la libertad de expresión.

A la postre, afirmó que la Comisión Nacional de Televisión no puede prohibir ningún contenido de publicidad de ninguna clase. Igualmente, anotó que su competencia se encuentra limitada a regular la forma como debe emitirse la publicidad de televisión, claro está, dentro de los límites de la libertad de empresa y expresión. En su opinión, el verbo rector «regular» difiere de «prohibir», por lo que la prohibición absoluta de emitir publicidad de un producto lícito constituye censura.

Por las razones antes citadas, aseguró que el Acuerdo 04 de 19 de octubre de 2005, es nulo pues desconoce el artículo 20 de la Constitución Política que prohíbe la censura.

Sexto argumento: «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar el artículo 29 de la ley 182 de 1995»

Indicó que el artículo 29 de la Ley 182 de 1995 dispone expresamente que los contenidos de la programación y publicidad

en televisión son libres. En su criterio, tal disposición normativa ratifica una vez más que la difusión de la publicidad de cigarrillos, tabaco y bebidas alcohólicas es una actividad permitida, en aplicación del aforismo jurídico que señala que donde no distingue el legislador no le era dable al intérprete hacerlo.

Anotó que la facultad de regulación a cargo de la Comisión Nacional de Televisión se encuentra determinada por la Constitución Política y la ley. Afirmó que la autoridad demandada goza de competencia para regular la publicidad, lo cual difiere de prohibir.

Bajo tal hilo argumentativo, expresó que la Comisión Nacional de Televisión tiene competencia para regular los contenidos de la publicidad con miras a promover su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen el servicio público de televisión, proteger a la familia y a los grupos vulnerables, en especial, los niños y adolescentes. Ahora, en ejercicio de dicha competencia, puede regular y clasificar la publicidad, pero no prohibirla⁵.

2. De la presunta falsa motivación

Subrayó que la Comisión Nacional de Televisión, a través de los comunicados de prensa que reposan en la página web de dicha entidad, anunció que «(...) (l)a decisión fue adoptada por el ente autónomo en vista del vacío surgido por la derogatoria del artículo 19 de la Ley 30 de 1986 que facultaba al Consejo Nacional de Estupefacientes para reglamentar ese tipo de publicidad en la televisión». Empero, tal motivación anunciada en dicho comunicado no aparece en la parte considerativa y tampoco en la resolutive del acuerdo censurado.

Bajo tal contexto, sostuvo que el acto administrativo es nulo por encontrarse falsamente motivado, pues los motivos que justificaron la adopción del citado acuerdo resultan falsos y contrarios a la realidad.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Comisión Nacional de Televisión contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a las pretensiones de nulidad formuladas por el actor, arguyendo los siguientes argumentos de oposición, en el siguiente sentido:

⁵ Finalmente, sostuvo que «en el escenario normativo del Estado Social de Derecho, la Constitución y el artículo 29 de la ley 182 de 1995 disponen, de forma indiscutible, que los contenidos son libres y, en consecuencia, no se puede prohibir mediante actos administrativos la difusión en televisión de información comercial referente a productos cuya comercialización es el ejercicio de una actividad económica lícita».

II.1. De las excepciones propuestas

La excepción de falta de competencia de los tribunales para conocer de la presente controversia en virtud de lo previsto en el numeral 1° del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo

Propuso la excepción de falta de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

para conocer la presente controversia. Al respecto, puntualizó que de conformidad con el numeral 1° del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para conocer de las demandas de nulidad que se promuevan contra actos administrativos expedidos por una autoridad nacional.

Enfatizó que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la posibilidad de demandar, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho un acto de contenido general, siempre y cuando la violación del derecho subjetivo que alega haber sufrido el afectado provenga directamente de dicho acto. A pesar de ello, refirió que tal requisito no aplica en el sub examine, pues si bien el acuerdo acusado generaba una prohibición o restricción a la emisión de publicidad de cigarrillos, tabaco y bebidas alcohólicas, esa medida pretende proteger el interés público, el cual prevalece sobre los intereses económicos privados.

De la excepción denominada «Improcedencia de la Acción por cuanto el acto demandado se encuentra derogado, sin que con ello se haga reconocimiento alguno»

Precisó que el 21 de abril de 2006, se expidió el Acuerdo 001 publicado en el Diario Oficial 46247 de la misma fecha, el cual dispuso, en su artículo 10, la derogatoria del Acuerdo 004 de 2005. En su opinión, al haber sido derogado el acto censurado el análisis de los argumentos esgrimidos por el actor en el libelo de la demanda resultan inanes, por sustracción de materia.

II.2.- De los argumentos de oposición a la demanda

II.1.- De la falta de competencia de la Comisión Nacional de Televisión para expedir el acto censurado

Oposición al primer argumento: «La actividad económica puede ser limitada por el legislador. En consecuencia, con la expedición del Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005, la Comisión Nacional de Televisión violó los artículos 78, 150-21, 333 y 334 de la Constitución Política»

En lo tocante con la transgresión de las libertades económicas, hizo alusión al contenido normativo previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política para destacar que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Del análisis de las normas jurídicas y la

jurisprudencia de la Corte Constitucional, sostuvo que los particulares que producen y emiten programas de televisión están sujetos al cumplimiento de los fines sociales del Estado, dentro de los cuales se destaca la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional. También, aseveró que el servicio público de televisión, como bien público, inajenable e imprescriptible se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado y a la defensa del interés general.

Oposición conjunta a los argumentos segundo, tercero y cuarto. «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo, pues al expedirlo la Comisión Nacional de Televisión desconoció y usurpó las funciones del Congreso, violando así los artículos 1, 6, 113, 121 y 150 numeral 1°)». «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, los cuales determinan las funciones de la Comisión Nacional de Televisión». «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar el artículo 29 de la Constitución Política»

Alegó que, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la dirección de la

política estatal en materia de televisión, así como la regulación de este servicio se atribuyó a la Comisión Nacional de Televisión. En cumplimiento de lo anterior, el legislador expidió la Ley 182 de 1995. El artículo 5° de la citada norma establece sus funciones, entre las cuales se destaca la de adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión y la de regular las condiciones de operación y explotación del mismo, quedando investida de facultades de intervención en aspectos relacionados con la operación y explotación del servicio de televisión, particularmente, en materia de publicidad.

Oposición conjunta a los argumentos quinto y sexto. «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar el artículo 20 de la Constitución Política». «El Acuerdo 04 del 19 de octubre de 2005 es nulo por violar el artículo 29 de la ley 182 de 1995»

Sostuvo que la Comisión Nacional de Televisión debe cumplir con el deber de ejercer el control al servicio de televisión, pues el propio legislador ha dotado a esa entidad de las herramientas y mecanismos necesarios para garantizar los fines y principios pilares del servicio público de televisión, sin que ello pueda entenderse como una violación de la libertad de expresión o, una censura. En apoyo a su afirmación, se refirió a las Sentencias de la Corte Constitucional C- 010 de 2000 y T- 505 de 2000.

Argumentó que la Comisión Nacional de Televisión puede prohibir de manera parcial o total la emisión de publicidad de cigarrillos, tabaco y bebidas con contenido alcohólico en el servicio público de televisión, como quiera que no se trata de la prohibición de la difusión de una idea contraria a una ideología, sino de un comercial que puede incitar a los televidentes a la práctica de una actividad nociva para la salud, con el agravante de que a la población que más daño causa el consumo de tales productos son los niños, jóvenes y adolescentes. Por ende, dicha medida fue expedida con la finalidad de proteger fines plausibles como la vida, la salud y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y responde al consenso mundial de adoptar medidas encaminadas a preservar la salud y el bienestar de los ciudadanos.

Así pues, observó que la norma censurada pretende afianzar los fines y principios que inspiran el servicio público de televisión, en especial, los derechos de la familia y del menor los cuales priman sobre cualquier otro derecho (artículo 44 de la Carta Política).

II.2.- De la presunta falsa motivación

Destacó que el acto acusado esgrimió como móvil para justificar su adopción los siguientes fundamentos de orden constitucional y legal: la función social del servicio público de televisión; la defensa del bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población; la protección de la juventud y la familia; la preeminencia del interés general sobre el privado; las funciones de la Comisión Nacional de Televisión que reiteran la competencia para clasificar y regular los contenidos de publicidad para promover su calidad y garantizar el cumplimiento de los principios y fines del Estado; y los estudios científicos que demuestran los efectos nocivos que genera el consumo de bebidas con contenido alcohólico y de tabaco. De ahí que, el cargo de nulidad por falsa motivación carecía de vocación de prosperidad.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección

«C», en Descongestión, mediante sentencia de catorce [14] de abril de dos mil quince [2015], denegó las pretensiones de la demanda.

III.1.- El estudio de las excepciones propuestas

El a quo negó la excepción de falta de competencia. Para ello, hizo referencia explícita al contenido del artículo 135 del CCA que establece la competencia de los tribunales administrativos para conocer, en primera instancia, de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad; disposición normativa que, en el sub examine, excluía la aplicación del numeral 1° del artículo 128 del CCA, teniendo en cuenta que en la demanda se elevaron pretensiones de tipo económico a manera de restablecimiento de derecho⁶.

⁶ En apoyo a su postura, hizo énfasis en la teoría de los móviles y finalidades a partir de los linderos trazados por la jurisprudencia contenciosa administrativa, según la cual, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho puede promoverse para discutir la legalidad de los actos administrativos de contenido general, en

El a quo negó la excepción de «Improcedencia de la Acción por cuanto el acto demandado se encuentra derogado, sin que con ello se haga reconocimiento alguno». Al respecto precisó que, si bien el Acuerdo 004 de 2005 fue derogado por el Acuerdo 001 de 21 de abril de 2006, tal revocatoria ocurrió después de la presentación de la demanda. En tal contexto y siguiendo el criterio plasmado por la jurisprudencia de esta Corporación, la anterior circunstancia no impedía asumir el respectivo análisis de legalidad por los efectos que produjo durante el tiempo que estuvo vigente, aclarando que el juicio de legalidad se haría en relación con el contexto normativo existente al momento de su expedición⁷.

III.2.- El estudio del fondo del asunto.

Dilucidado lo anterior, el a quo, bosquejó como problemas jurídicos principales los consistentes en establecer **(i)** si el Acuerdo 004 de 2005 fue expedido sin competencia y **(ii)** si fue falsamente motivado.

De la falta de competencia de la Comisión Nacional de Televisión para expedir el acto censurado

En relación con el primer problema jurídico referido planteó dos cuestiones jurídicas subsidiarias:

(i) La primera cuestión: la referida a la falta de competencia de la Comisión Nacional de Televisión para expedir el acto enjuiciado. En dicho análisis agrupó los siguientes argumentos: **a)** si la Comisión Nacional de Televisión violó los artículos 78, 150-21, 333 y 334 de la Constitución Política, pues el único que tiene la facultad para restringir la emisión de publicidad y, por ende, limitar las libertades económicas es el legislador (primer argumento); **b)** si la Comisión Nacional de Televisión transgredió los artículos 1°, 6°, 113, 121 y 150, numeral 1°, pues usurpó las funciones del Congreso de la República, con clara transgresión al principio de legalidad, la prohibición de las autoridades de ejercer funciones no atribuidas y el principio de división de poderes (segundo argumento); **c)** si la Comisión Nacional de Televisión conculcó los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, por cuanto la determinación de la política de televisión le corresponde a la ley y no a un acto administrativo (tercer argumento) y; **d)** si la Comisión Nacional de Televisión transgredió el artículo 29 del Estatuto Superior, pues carecía de competencia para establecer una sanción a través de un acto administrativo, ya que dicha

materia se encuentra sujeta al principio de reserva de ley (cuarto argumento).

especial la providencia de 29 de abril de 2010 (radicado 2004-00185-01). A partir de dichos lineamientos, entendió que el Acuerdo 004 de 2005, es un acto general, mediante el cual se prohibió la publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico. Ahora, de su aplicación se infería que podría causar perjuicios económicos al demandante, sin que para ello se requiera la expedición de un acto administrativo particular.

⁷ Finalmente, comentó que la jurisprudencia pacífica ha señalado que los efectos de los fallos de nulidad son ex tunc, esto es, desde el momento en que se produjo el acto, retrotrayendo las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de su expedición.

(ii) La segunda cuestión: referida a si el acto censurado desconoce la libertad de expresión y la prohibición de censura (argumento quinto y sexto).

De la falta de competencia de la Comisión Nacional de Televisión (primer, segundo, tercero y cuarto, argumentos del libelo introductorio)

Para resolver el cargo de nulidad por falta de competencia, el Tribunal de la primera instancia se refirió a las Sentencias de Constitucionalidad, como la C- 830 de 2010, en las cuales se han delimitado los criterios exigidos en relación con las medidas de intervención del Estado en la economía, aseverando, entre otras razones, que aquellas deben hacerse por ministerio de la ley, no pueden afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa, deben obedecer a motivos adecuados y suficientes y, responder al principio de solidaridad, razonabilidad y proporcionalidad. Con igual énfasis, precisó que el precedente constitucional ha contemplado que la limitación de la publicidad puede ser intensa, pues a pesar de tratarse de una actividad lícita, debía desestimarse por los perjuicios que genera a la sociedad.

A continuación, hizo alusión a los artículos 302 y 303 del Código del Menor, Decreto Ley 2737 de 1989, que establecen que no pueden realizarse transmisiones o publicaciones que inciten al menor al uso de drogas o sustancias nocivas para la salud o estimulen su curiosidad para su consumo y, a los artículos 16 y 17 de la Ley 30 de 1986, que reconocen que el exceso de alcohol es perjudicial para la salud. Del análisis de las normas jurídicas en comento, concluyó que «[...] si se articulan los preceptos referidos del Código del Menor con los aludidos de la Ley 30 de 1986, la conclusión a la que se llega no es otra diferente a que existe una prohibición del legislador para que a través de los medios de comunicación se emitan publicaciones que inciten al consumo de sustancias nocivas para la salud como el tabaco, el cigarrillo y bebidas con contenido alcohólico».

Por las razones expuestas, aseguró que no era cierto que la entidad demandada haya conculcado el principio de reserva legal, en tanto que para la fecha de expedición del acto enjuiciado existía una normatividad fijada a través de ley, dirigida a la restricción de la actividad económica consistente en la publicidad del cigarrillo, tabaco y bebidas alcohólicas, aclarando que, en todo caso, tal limitación no afecta el núcleo esencial del derecho relativo al desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 16 del Estatuto Superior. Ello, en vista de que la regulación se encamina a su divulgación, por lo que los directamente afectados son las empresas o industrias que se dedican a su fabricación, producción y promoción.

También hizo un recorrido por los preceptos constitucionales (artículos 76 y 77 de la Constitución Política) y legales (artículos 4°-objeto- 5°-funciones y 29 de la Ley 182 de 1995), para afirmar que la Comisión Nacional de Televisión, como persona jurídica de derecho público

con autonomía administrativa, patrimonial y

técnica, le corresponde regular el servicio público de televisión en Colombia; ejercer funciones de inspección, vigilancia y control sobre los operadores; imponer sanciones a los operadores, concesionarios y contratistas cuando violen las disposiciones de orden constitucional y legal y; clasificar los contenidos televisivos para proteger a la familia, los grupos vulnerables, los niños, jóvenes y a la población en general.

Puntualizó, además, que la autoridad de televisión, con el acto acusado, no implementó una política nueva en materia del servicio público de televisión, pues solo desarrolló la fijada previamente por el Congreso en el artículo 302 del Código del Menor. También y, a partir de los lineamientos de la Sentencia C- 714 de 2006, expresó que el Alto Tribunal Constitucional dejó establecido que la derogatoria del artículo 19 de la Ley 30 de 1986, con ocasión de la expedición de la Ley 962 de 2005, no dejaba ningún vacío normativo, pues a la Comisión Nacional de Televisión le correspondía «regular el servicio de televisión».

Respecto a la presunta infracción del artículo 29 Constitucional, el a quo anotó que el artículo 53 de la Ley 182 de 1995, le confirió a la Comisión Nacional de Televisión amplias facultades para establecer prohibiciones, entre otros aspectos, en relación con conductas en que incurran las personas que atenten contra los derechos del televidente, so pena de incurrir en sanciones. En consecuencia, la facultad de regulación dada a esa entidad comprende también la de restringir conductas. Expresó que, en todo caso, el acto acusado no está creando una sanción, como lo interpreta el actor, sino que incorpora una remisión al catálogo previsto en la Ley 182 de 1995.

Por las razones precitadas, aseveró que «[...] la Comisión Nacional de Televisión sí era competente para expedir el Acuerdo 004 del 19 de octubre de 2005, teniendo en cuenta que no se inmiscuyó en competencias propias del legislador, ni fijó políticas en materia de televisión, sólo las ejecutó y desarrolló conforme a las atribuciones otorgadas en la Constitución Política, la Ley 2737 de 1989 y la Ley 182 de 1995».

III.2.1.2.- De la transgresión a los principios de libertad de expresión y prohibición de censura (argumento quinto y sexto del libelo introductorio)

Con respaldo jurisprudencial, indicó que la publicidad tiene una connotación distinta al derecho de libertad de expresión, ya que constituye más un desarrollo de la actividad económica y de mercado tendiente a generar incentivos para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales. Por ello, se ha admitido que las limitaciones a la publicidad puedan ser particularmente intensas, pese a tratarse de una actividad lícita, cuando el Estado considera que debe desestimularse en razón a los perjuicios que genera para la sociedad, tal y como ocurre con las propagandas encaminadas a incentivar el consumo de sustancias perjudiciales para la salud como las bebidas alcohólicas, el tabaco y el cigarrillo.

A partir de lo anterior, concluyó que la regulación de la publicidad comercial se ajusta a la Constitución Política cuando constituye un medio adecuado para lograr los fines estatales, pues con ella se persigue prevenir el empleo de este tipo de productos, en especial, por parte de los niños, niñas y adolescentes.

III.2.1.- De la falsa motivación

Para desatar el análisis del cargo de nulidad anunciado y, apelando al criterio jurisprudencial de esta jurisdicción precisó que, tratándose de actos administrativos de carácter general, como regla

general, es suficiente tener como motivación la indicación de sus fundamentos legales y de su objeto.

Bajo tal premisa, explicó que el Acuerdo 004 de 19 de octubre de 2005, fue expedido por la Comisión Nacional de Televisión, «[...] de conformidad con el artículo 1° de la Ley 182 de 1995 y el artículo 365 de la Constitución Nacional». En igual sentido, justificó su adopción en: las normas constitucionales relativas a la naturaleza del servicio público de televisión (artículo 365 Superior); la finalidad del Estado enfocada al mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo

366 de la Carta Política); los estudios relacionados con la incidencia de la comunicación en los ciudadanos; la función social de la libertad de empresa; las facultades de regulación, inspección, vigilancia y control de la Comisión Nacional de Televisión; el deber de protección de la infancia y la familia; los estudios científicos sobre la afectación a la salud a causa del consumo del alcohol, cigarrillo y tabaco, especialmente, en los jóvenes y adolescentes; y el procedimiento que agotó la Junta Directiva previo a la adopción del acuerdo.

Por otro lado, esgrimió que las manifestaciones exteriorizadas en la página web de la entidad y en comunicados de prensa son a título informativo en relación con el proyecto de acuerdo, pero no corresponden al texto final definitivo que fue aprobado por la Junta Directiva. Además, las demás afirmaciones consignadas en dicho comunicado guardan concordancia y afinidad con las insertas en la parte considerativa del acto acusado.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad RCN Televisión S.A. presenta los siguientes motivos de alzada dirigidos a cuestionar la decisión proferida por el Tribunal de Primera instancia:

De la falta de competencia de la Comisión Nacional de Televisión

Refuta la conclusión a la que arribó el tribunal de la primera instancia cuando afirmó que la autoridad demandada no implementó una política nueva en materia del servicio público de televisión, pues solo desarrolló la fijada previamente en el Congreso, en especial, los artículos 302 y 303 del Código del Menor. Al respecto, y para dar mayor claridad sobre el asunto, afirmó que el artículo 303 del citado Estatuto establece, como prohibición, la relativa a transmitir publicaciones que

inciten al menor al uso de sustancias dañinas, o que estimulen curiosidad por consumirlas, aclarando que «[...] ello no es lo mismo que prohibir, de forma absoluta, el ejercicio de esa actividad».

Afirma que según el artículo 53 de la Ley 182 de 1995, la Comisión Nacional de Televisión tiene la facultad para prohibir determinadas conductas por contrariar los derechos de los televidentes. Sin embargo, en su opinión, de dicha atribución no se desprende la competencia para prohibir, de manera arbitraria, el ejercicio de una actividad económica lícita, como ocurre con la publicidad del cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico.

Siguiendo los derroteros de la jurisprudencia constitucional, en especial, las sentencias T-425 de 1992 y C- 186 de 2011, insiste en que toda limitación a las libertades económicas debe establecerlas el Congreso de la República. Igualmente, precisó que la prohibición encaminada a la transmisión de un determinado tipo de publicidad constituye un típico ejemplo de medida de

intervención del Estado en la economía, la cual debe hacerse por mandato de la ley (artículos 333 y 334 de la Carta Política). En definitiva, la intervención del Estado en la economía y las limitaciones a la libertad de empresa deben llevarse por ministerio de la ley.

Bajo tal hilo argumentativo, observa que la Comisión Nacional de Televisión, como órgano de creación constitucional, es una autoridad administrativa, por lo que las decisiones que expide ostentan el carácter de actos administrativos. Luego, entonces, tal entidad carecía de competencia para expedir el acuerdo acusado, por cuanto las limitaciones a la libertad económica, como ocurre con la publicidad comercial, corresponde hacerlas exclusivamente al legislador, es decir, es una materia sujeta al principio de reserva de ley.

Así pues, en su criterio, no existe en nuestro ordenamiento jurídico, una norma con rango de ley que prohíba emitir, con carácter absoluto, la publicidad del cigarrillo, tabaco y bebidas alcohólicas. En efecto, de las funciones enlistadas en el artículo 5° de la Ley 182 de 1995, no se desprende que la intención del legislador haya sido la de establecer una restricción en tal sentido. Para terminar, como dato relevante, puso de presente que, en la actualidad, la transmisión de la publicidad del tabaco y sus derivados se encuentra prohibida mediante la Ley 1335 de 2009, lo cual ratifica la necesidad de que esta clase de restricciones se encuentren plasmadas en leyes en sentido formal. En definitiva, el acuerdo censurado es nulo por inobservar los artículos 150, numeral 21, 333 y 334 de la Carta Política.

Finalmente considera que la sentencia cuestionada inobservó el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto ignoró los efectos que tiene para el éxito de las pretensiones la circunstancia atinente a que la misma entidad derogó el acto administrativo demandado y expidió el Acuerdo 01 de 2006, mediante el cual reguló las condiciones bajo las cuales sí puede emitirse tal publicidad.

V.- TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección «C», en Descongestión, mediante providencia de 20 de mayo de 2015⁸.

Remitido y repartido el proceso entre los diferentes despachos que integran la Sección Primera, a través de auto de 30 de noviembre de 2015⁹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Mediante providencia de 29 de febrero de 2016¹⁰, se corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión y este último rindiera el concepto.

En esta etapa procesal, se pronunciaron la parte demandante y la parte demandada. El agente del Ministerio Público guardó silencio.

La parte demandante¹¹ reiteró, en esencia, los mismos argumentos esgrimidos en el recurso de alzada.

La parte demandada¹² insistió en los argumentos planteados en el proceso, en el entendido que el acto acusado fue expedido por la entidad demandada en ejercicio de las competencias asignadas por los artículos 76 y 77 de la Carta Fundamental, y 4°, 5°, 12 y 29 de la Ley 182 de 1995, como ente regulador del servicio público de televisión, aseverando que las medidas adoptadas buscan prevenir las consecuencias que el consumo de dichos productos causa en la salud de la población, en especial, de los niños, niñas y los adolescentes.

VI. CONSIDERACIONES

La Sala de Decisión, a efectos de resolver la presente controversia, abordará el análisis de los siguientes aspectos: (1) la competencia; (2) el acto administrativo enjuiciado en este proceso; (3) cuestión previa: la cosa juzgada frente a lo decidido en la sentencia de 1° de julio de 2021, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado; (4) el problema jurídico a resolver; (5) enunciación de los medios de prueba del proceso; (6) análisis del problema jurídico anunciado, para luego hacer referencia a (7) otras decisiones y, finalmente (8) arribar a las conclusiones.

⁸ Folio 91 del cuaderno 3.

⁹ Folio 4 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁰ Folio 7 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹¹ Folios 31 a 44 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹² Folios 8 a 30 del cuaderno del Consejo de Estado.

VI.1.- Competencia

La Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del CCA¹³ y el artículo 13 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

VI.2.- El acto enjuiciado en este proceso

La sociedad RCN Televisión S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA, acudió a esta jurisdicción con el fin de cuestionar la presunción de legalidad del Acuerdo 004 de 19 de octubre de 2005¹⁴, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, acto administrativo que es del siguiente tenor:

«[...] ACUERDO 004 DE 2005

(octubre 19)

por el cual se reglamenta la publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico en televisión.

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN,

en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en los artículos 76 y 77 de la Constitución Política y en los artículos 4°, 5° literal c), y 29 de la Ley 182 de 1995, y

[...] RESUELVE:

Artículo 1°. **Ámbito de aplicación.** El presente acuerdo tiene por objeto regular la publicidad directa, indirecta y promocional de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico en los canales de televisión abierta, cerrada y satelital de los niveles de cubrimiento nacional, regional, zonal y local con y sin ánimo de lucro.

Artículo 2°. **Prohibición.** Se prohíbe en televisión todo tipo de publicidad de cigarrillo, tabaco, y

bebidas con contenido alcohólico.

Artículo 3°. Régimen sancionatorio. La infracción a lo previsto en este acuerdo dará lugar a la aplicación de las sanciones señaladas en la Ley 182 de 1995, previo cumplimiento del procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo.

¹³«[...] Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión [...]».

¹⁴ «Por el cual se reglamenta la publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas de contenido alcohólico en televisión».

Artículo 4°. Transitorio. La publicidad en materia de cigarrillos, tabaco y bebidas con contenido alcohólico en televisión que tiene por objeto utilizar un diseño gráfico y/o caracterización sonora o visual de una empresa, marca, producto o servicio, durante la transmisión de un evento deportivo o cultural, únicamente podrá emitirse hasta el 30 de abril de 2006, salvo en la franja infantil.

A partir del 1° de mayo hasta el 30 de noviembre de 2006, en las transmisiones televisivas de eventos deportivos o culturales que sean patrocinados por las empresas productoras de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico, únicamente podrá realizarse un reconocimiento al inicio y otro al final de la respectiva transmisión, referido solamente a la empresa patrocinadora y sin hacer expresa mención de sus productos y/o marcas específicas en audio, video o texto, salvo en la franja infantil.

Artículo 5°. Vigencia. El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación. [...]».

VI.3.- Cuestión previa: el análisis de la cosa juzgada en el sub examine

La cosa juzgada, como institución jurídica materializa los atributos de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad de las decisiones judiciales y contribuye a garantizar el principio de seguridad jurídica y la justicia material en la aplicación del derecho¹⁵. En efecto, de conformidad con el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del CCA, «[...] La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes».

Para la configuración de la cosa juzgada se requiere la conjunción de los siguientes requisitos: **(i)** que se adelante un proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia; **(ii)** que sea entre las mismas partes; requisito que no aplica cuando se trata de acciones públicas como la de simple nulidad, por tratarse de medios de control que pueden ser promovidos por cualquier ciudadano; **(iii)** que verse sobre el mismo objeto, el cual se encuentra definido «tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia (petitum), como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte resolutive de la respectiva sentencia con respecto al petitum¹⁶» y, **(iv)** que el nuevo proceso se origine por la misma causa del anterior; la cual aparece integrada por el componente fáctico y el jurídico, esto es, «aquel grupo de hechos jurídicamente calificados de los cuales se busca extraer una concreta consecuencia

jurídica¹⁷».

¹⁵ Sentencia del 19 de mayo de 2016, actor Miguel Ladrón de Guevara Pareja contra el Distrito Especial, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, Número de Radicado: 13001-23-31-000-2006-00085-01, CP: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés.

¹⁶ T – 162 de 1998.

¹⁷ Ibidem.

En el presente caso se tiene que esta Sección, mediante sentencia de 1° de julio de 2021¹⁸, conoció, en única instancia, de la demanda de simple nulidad incoada por el ciudadano Juan Carlos Gómez Jaramillo, con miras a controvertir la presunción de legalidad de los artículos 2° y 4° del Acuerdo 004 de 19 de octubre de 2005 (tramitada con el radicado 2005-00373-00).

A continuación, la Sala entrará a estudiar la demanda dentro del proceso de simple nulidad promovido por el ciudadano Juan Carlos Gómez Jaramillo, que culminó con la sentencia de 1° de julio de 2021, con el fin de determinar su objeto y la causa petendi. Lo mismo se hará en relación con este proceso y, a partir de dicho cotejo, se determinará si confluyen o no los requisitos para declarar configurado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

ACCIÓN	NULIDAD (artículo 84 del CCA)	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (artículo 85 del CCA.)
EXPEDIENTE	11001-0324-000-2005-00373-00	25000-2324-000-2006-00165-01
DEMANDANTE	Juan Carlos Gómez Jaramillo	Sociedad RCN Televisión S.A.
DEMANDADOS	Comisión Nacional de Televisión	Comisión Nacional de Televisión
NORMAS VIOLADAS	- Artículos 6, 20, 76, 77, 78, 121, 150 (numeral 21), 333 y 334 de la Constitución Política. - Artículo 29 de la Ley 182 de 20 de enero de 1995.	- Artículos 6, 20, 29, 76, 77, 78, 113, 121, 150 (numeral 21), 333 y 334 de la Constitución Política - Artículo 29 de la Ley 182 de 1995
OBJETO – CAUSA DEL PROCESO	Que se declare la nulidad de los artículos 2° y 4° ¹⁹ del Acuerdo 004 de 2005, expedido por la Comisión Nacional de Televisión.	Que se declare la nulidad del Acuerdo 004 de 2005, expedido por la Comisión Nacional de Televisión.
		Que a título de

	restablecimiento del derecho, se condene a la Comisión Nacional de Televisión a indemnizar los perjuicios que el acto administrativo causa a la sociedad RCN TELEVISIÓN S.A. en la cuantía que se pruebe en el proceso, por concepto de daño emergente y lucro cesante.
	Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se restablezca el derecho de la sociedad

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, radicado: 11001-0324-000-2005-00373-00, actor: Juan Carlos Gómez Jaramillo, demandado: Comisión Nacional de Televisión- CNTV (Hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) y Comisión de Regulación de Comunicaciones- CRC.

¹⁹ Cabe destacar que, en relación con la citada disposición acusada, esta Sección, de oficio, declaró probada

la excepción de improcedencia de la acción de nulidad para cuestionar la legalidad del artículo 4° del Acuerdo núm. 4 de 19 de octubre de 2005 y, en consecuencia, se inhibió de pronunciarse respecto de su legalidad. Sin embargo, se pronunció respecto de la legalidad del artículo 2., en razón a los efectos jurídicos que produjo desde su publicación en el Diario Oficial núm. 46.067 de 20 de octubre de 2005.

	RCN TELEVISIÓN S.A. a transmitir a través del canal de televisión que opera en virtud de la concesión otorgada, la publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico que fuera prohibida por el acto administrativo enjuiciado.
ARGOS DE NULIDAD	<p>La falta de competencia de la Comisión Nacional de Televisión para prohibir la transmisión, en televisión, de publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico.</p> <p>La falta de competencia de la Comisión Nacional de Televisión para prohibir la transmisión, en televisión, de publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico.</p> <p>- La falsa motivación.</p>

DECISIONES	DENEGAR la nulidad del artículo 2° del Acuerdo 4 de 2005 (entre otras).
------------	---

Visto lo anterior, se desprende que entre los dos procesos no existe identidad de objeto, pues en el identificado con el radicado 2005-00373, el demandante acudió a la jurisdicción con el fin de salvaguardar el orden jurídico en abstracto. Entre tanto, en el proceso que ocupa la atención de la Sala, la sociedad RCN Televisión S.A., pretende que le sea restablecido un derecho subjetivo, particular y concreto conculcado con ocasión de la expedición del acuerdo censurado, lo cual escapa claramente al móvil de defensa de la legalidad que es propio de la acción de simple nulidad.

En relación con la posible configuración de la cosa juzgada entre los procesos de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, esta Sección, en sentencia de 19 de septiembre de 2019²⁰, expresó lo que a continuación se cita:

«[...] Respecto de las características y diferencias de estas acciones esta Corporación se ha pronunciado considerando²¹:

"[...] Dichas acciones se diferencian, entre otros, en los siguientes aspectos: En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado; en tanto que el uso de la acción de nulidad y restablecimiento está condicionado a la existencia de un interés, de manera que podrá ejercerla quien considere que su derecho ha sido lesionado y es necesario para tal efecto el apoderamiento de un profesional del derecho; En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier tiempo, mientras que la de restablecimiento del derecho debe ser presentada ante el juez en un término que, en la mayor parte de los casos, es

²⁰Consejo de Estado, Sección Primera, radicado: 25000-2324-000-2005-01549-02, actor: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. EPS. SANITAS S.A., demandado: Ministerio de Salud y Protección Social, CP: Roberto Augusto Serrato Valdés.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 25 de enero de 2018. Rad.: 2006 – 1027, CP: doctor Hernando Sánchez Sánchez.

de cuatro (4) meses, o de dos (2) años cuando se trata de acción indemnizatoria. [...].

En síntesis y toda vez que el objeto de la acción de nulidad resulta ser disímil al de la de nulidad y restablecimiento del derecho, para la Sala no se verifica la identidad de objeto de que trata la norma en comento para que se configure el fenómeno jurídico de cosa juzgada, esto es, entre la demanda que dio lugar a la sentencia del 8 de agosto de 2013 y la que en esta oportunidad se analiza [...]» (destacado es original).

En vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que entre la acción de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho no existe identidad de objeto, no es posible reconocer la ocurrencia del fenómeno de la cosa juzgada; lo anterior sin perjuicio de que la providencia antes citada sea tenida en cuenta como un antecedente jurisprudencial y las consideraciones allí esgrimidas sirvan como un importante punto de referencia para la solución del problema jurídico analizado.

VI.4.- El planteamiento del problema jurídico

En los términos previstos en el artículo 328 del Código General del Proceso,²² la Sala de Decisión considera que el problema jurídico a resolver se enfoca en establecer si el Acuerdo 004 de 19 de octubre de 2005, es nulo por haber transgredido el ordenamiento constitucional que le ha debido de servir de fundamento, especialmente, las siguientes disposiciones de rango superior: los artículos 150 (numeral 21), 333 y 334 de la Constitución Política.

El demandante, hoy recurrente, cuestionó únicamente el análisis efectuado por el Tribunal de primera instancia sobre la falta de competencia (quien a su vez agrupó los argumentos primero, segundo, tercero y cuarto del libelo introductorio). Insistió que la entidad demandada no tenía la atribución para prohibir la transmisión de la publicidad de cigarrillos, tabaco y bebidas alcohólicas, por cuanto las limitaciones a las libertades económicas deben ser establecidas por la ley. Igualmente, considera que ni la Ley 182 de 1995, y tampoco otra norma con rango de ley prohíben el ejercicio de dicha actividad que es considerada lícita.

Antes de abordar el fondo del asunto, cabe recordar que, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta jurisdicción ha coincidido en aceptar que el control de legalidad de los actos administrativos opera, aun cuando hayan sido derogados, en atención a los efectos que pudo producir durante su vigencia, el cual continúa amparado por la presunción de legalidad la que sólo pierde ante un

²² "[...] Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella. En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia [...]".

pronunciamiento por el juez competente para ello²³. En efecto, y a pesar de que el artículo 2° del Acuerdo 004 de 2005 demandado, fue derogado por el Acuerdo 01 de 2006, ello no es óbice para que esta jurisdicción efectúe el examen de legalidad de la citada disposición normativa²⁴.

VI.5.- Enunciación de los medios de prueba del proceso

Los principales medios de prueba que reposan en el expediente son:

Estudios en relación con los efectos del tabaco y las bebidas alcohólicas en la salud y comportamiento de las personas.

Resoluciones Nos. 03, 05 y 06, a través de las cuales el Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentó los horarios para transmitir publicidad de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco en televisión²⁵.

Testimonios de los señores, Juan Pablo Durán Casas y Nelson Enrique Garrido Sánchez²⁶, Lenis Urquijo Velásquez²⁷, María Mercedes de Brigard Merchán²⁸;

Dictamen pericial²⁹.

Comunicados de prensa referentes al anuncio de la publicación del Acuerdo 004 de 2005 y del

proyecto de Acuerdo 001 de 2006, mediante el cual se derogó el anterior acto³⁰.

²³ Sentencia de la Sala Plena de 14 de enero de 1996, la cual ha sido reiterada en múltiples ocasiones como la sentencia del 17 de junio de 2010, Número de Radicado: 11001 0324 000 2004 00250 01, actor: Augusto Camacho Rincón contra la Comisión Nacional de Televisión.

²⁴ A esta conclusión se llegó en el proceso identificado con el radicado: 11001-0324-000-2005-00373-00, actor: Juan Carlos Gómez Jaramillo, demandado: Comisión Nacional de Televisión-CNTV (Hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) y Comisión de Regulación de Comunicaciones- CRC, decisión judicial en la cual se señaló: «Atendiendo los argumentos desarrollados supra, la Sala: i) declarará probada, de oficio, la excepción de improcedencia de la acción de nulidad para cuestionar la legalidad del artículo 4.º del Acuerdo núm. 4 de 19 de octubre de 2005 y se inhibirá de pronunciarse respecto de su legalidad; y, ii) se pronunciará respecto de la legalidad del artículo 2.º ibidem atendiendo los efectos jurídicos que produjo desde su publicación en el Diario Oficial núm. 46.067 de 20 de octubre de 2005».

²⁵ Folios 204 a 211 del cuaderno principal.

²⁶ Folios 215 a 222 del cuaderno principal.

²⁷ Folios 283 a 284 del cuaderno principal.

²⁸ Folios 302 a 307 del cuaderno principal.

²⁹ Anexo del expediente.

³⁰ Folios 195 a 203 del cuaderno principal.

VI.6.- Análisis del problema jurídico: si es cierto que la Comisión Nacional de Televisión tenía competencia para expedir el acto acusado

El a quo luego de hacer el análisis de la Sentencia de Constitucionalidad C- 830 de 2010, los artículos 302 y 303 del Código del Menor, Decreto-Ley 2737 de 1989, y, de los artículos 16 y 17 de la Ley 30 de 1986, entendió que para la fecha de expedición del acto «[...] existe una prohibición del legislador para que a través de los medios de comunicación se emitan publicaciones que inciten al consumo de sustancias nocivas para la salud como el tabaco, el cigarrillo y bebidas con contenido alcohólico».

En armonía con lo anterior, aseguró que la Comisión Nacional de Televisión, como persona jurídica de derecho público con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, le corresponde regular el servicio público de televisión en Colombia; ejercer funciones de inspección, vigilancia y control sobre los operadores; imponer sanciones a los operadores, concesionarios y contratistas cuando violen las disposiciones de orden constitucional y legal y; clasificar los contenidos televisivos para proteger a la familia, los grupos vulnerables, los niños, jóvenes y a la población en general. Particularmente, hizo énfasis en el contenido normativo del artículo 29 de la Ley 182 de 1995, el cual le confirió a la Comisión Nacional de Televisión la facultad de regulación, la cual, a su juicio, comprende la de restringir conductas que atenten contra la salud y vida de la población.

Finalmente, asumió que las limitaciones a la publicidad pueden ser particularmente intensas, pese a tratarse de una actividad lícita, cuando el Estado considera que debe desestimarse en razón a los perjuicios que genera para la sociedad, tal y como ocurre con las propagandas

encaminadas a incentivar el consumo de sustancias perjudiciales para la salud como las bebidas alcohólicas, el tabaco y el cigarrillo. Por tal razón, el acto censurado se ajusta a la Carta Política pues persigue proteger a la población más vulnerable como son los niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, el recurrente y contrario a lo sostenido por el a quo, puntualizó que toda limitación a las libertades económicas, como ocurre con la publicidad comercial, debe hacerlas el legislador, es decir, es una materia sujeta al principio de reserva de ley. Luego, entonces, la Comisión Nacional de Televisión, como órgano de creación constitucional, en su calidad de autoridad administrativa carece de competencia para prohibir la transmisión de la publicidad del cigarrillo, tabaco y bebidas alcohólicas. Con todo, en su opinión, no existe en el ordenamiento jurídico ninguna norma con rango de ley que admita esta clase de limitaciones a las libertades económicas.

De cara a resolver el óbice planteado por el recurrente, la Sala entrará a analizar: **(i)** las libertades económicas en el ordenamiento constitucional colombiano. La publicidad como una clara expresión de las libertades económicas.

Límites permitidos a la publicidad comercial; **(ii)** las funciones en cabeza de la Comisión Nacional de Televisión, para finalmente, **(iii)** arribar a las conclusiones.

Las libertades económicas en el ordenamiento constitucional colombiano y la publicidad como una clara expresión de esas libertades. Límites permitidos a la publicidad comercial

Las libertades económicas han sido definidas como «[...] la facultad que tiene toda persona de participación en el mercado a través de actividades empresariales destinadas a la oferta de bienes y servicios³¹» de acuerdo con el modelo de economía de mercado, consagrado en el Estatuto Superior. Las libertades económicas (que comprende la libertad de empresa y la libre competencia) no son absolutas, ya que el Estado puede intervenir en la economía, limitando o restringiendo el alcance de dicho derecho, cuando así lo exija el interés general, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación³².

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la intervención del Estado en la economía, para que sea acorde con los postulados constitucionales debe: **(i)** realizarse por ministerio de la ley; **(ii)** respetar el núcleo esencial de la libertad de empresa; **(iii)** obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía y, **(iv)** responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad³³.

La reserva de ley obliga al legislador a regular una determinada materia, como cuerpo representativo encargado de dictar normas generales, dada su relación estrecha con el principio democrático. Como institución jurídica, impone un límite al legislador, en la medida que el órgano colegiado representativo por excelencia no puede delegar sus potestades en el ejecutivo, y a este, a su vez, le está vedado entrar a inmiscuirse en aquellos asuntos reservados al Congreso de la República³⁴.

Frente a las libertades económicas, el principio de reserva legal aparece plasmado en el artículo 333 de la Constitución Política, canon que establece de manera expresa que «nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de ley». A renglón seguido, indica que «por mandato de la ley», el Estado debe impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, incluido el control de cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. Por último y ratificando lo anterior, señala que

«la ley» debe delimitar el alcance de la libertad económica, cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación³⁵.

³¹ Corte Constitucional C- 228 de 2010.

³² Corte Constitucional C – 524 de 1995.

³³ Sentencia de Constitucionalidad C- 228 de 2010.

³⁴ C- 507 de 2014, MP: Mauricio González Cuervo.

³⁵ ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

Por mandato del artículo 189.11 y 189.21 del Estatuto Superior, el ejecutivo puede intervenir en la economía, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria y de la facultad de inspección, vigilancia y control de que es titular. Ahora, «[...] su participación debe sujetarse a la ley, es decir, ni el reglamento ni las labores de inspección, vigilancia y control pueden ser una fuente autónoma de obligaciones; el Ejecutivo solamente puede llevar a cabo una concreción administrativa de los elementos centrales definidos previamente por la ley³⁶».

Ahora bien, la publicidad constituye una clara expresión de las libertades económicas. Al respecto, existe consenso en aceptar que, la transmisión de la publicidad de un mensaje publicitario, como instrumento de información sobre la calidad del bien o servicio que se ofrece al mercado también se convierte en una herramienta de protección de los derechos de los consumidores. Precisamente, se ha señalado que «[...] el mensaje publicitario no solo es un instrumento de información, sino también es una expresión de la libertad de empresa y un escenario de garantía de los derechos del consumidor³⁷».

En este sentido, el precedente constitucional ha admitido la posibilidad que el Estado establezca restricciones intensas a la publicidad comercial, cuando se considera necesario para desincentivar el consumo de ciertos productos por los daños que genera a la sociedad. Tales restricciones resultan válidas siempre y cuando se persiga la protección de los derechos de los consumidores y respondan a criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Así, en sentencia C- 830 de 2010, la Corte manifestó:

«[...] La misma jurisprudencia ha contemplado que las limitaciones a la publicidad comercial pueden llegar a ser particularmente intensas, cuando el Estado encuentra que determinada actividad, a pesar de ejercerse lícitamente, debe desestimarse en razón de los perjuicios objetivos que genera en la sociedad o el peligro verificable de daño a terceros. En tal sentido, no se opone prima facie al ordenamiento constitucional que el legislador disponga reglas que busquen la conformación de un mercado pasivo, esto es, la existencia de correlativa de la autorización para la producción y comercialización de determinado bien o servicio y la fijación de políticas destinadas a desincentivar su consumo. Para la Corte, "es necesario tener en cuenta que existen ocupaciones o transacciones económicas que un legislador democrático puede considerar dañinas socialmente, y que por ende juzga que deben ser limitadas. Sin embargo, ese mismo legislador puede concluir que es equivocado prohibir esas actividades, por muy diversas razones. Por ejemplo, con base en diversos estudios sociológicos, los legisladores pueden

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

³⁶ C- 263 de 2011, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁷ C- 830 de 2010, Corte Constitucional.

considerar que la interdicción total es susceptible de generar un mercado negro ilícito, que en vez de reducir el daño social ligado a los intercambios económicos no deseados, tienda a agravarlo. En casos como esos, la sociedad democrática puede asumir la opción de crear lo que algunos estudiosos denominan un "mercado pasivo", esto es, la actividad es tolerada, por lo cual es legal, pero no puede ser promovida, por lo cual toda propaganda en su favor es no sólo prohibida, o fuertemente restringida, sino que incluso las autoridades adelantan campañas publicitarias en contra de esas actividades. Este tipo de estrategias ha sido desarrollado en algunos países para, por ejemplo, controlar el abuso de sustancias psicoactivas legales, como el alcohol o el tabaco [...]» (destacado de la Sala).

La Comisión Nacional de Televisión y la facultad de regulación

La Constitución Política de 1991 concentró en un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, - que por mandato del legislador pasaría a denominarse Comisión Nacional de Televisión (extinta)- encargado de ejercer la intervención estatal a fin de evitar la consolidación de monopolios para así garantizar el «pluralismo informativo» y la

«libre competencia en el mercado».

En este sentido, el artículo 76 de la Carta Política, vigente para la fecha de expedición del acto acusado (norma derogada por el artículo 1° del Acto legislativo 002 de 2011), en su redacción original preveía que «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» e indicó que a dicho organismo le correspondía desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en el servicio de televisión. Por su parte, el artículo 77 Superior (modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 002 de 2011) establecía que al legislador le correspondía determinar la política en materia de televisión «sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución» y estableció que la dirección del servicio público de televisión estaría a cargo del organismo antes mencionado.

La Ley 182 de 1995³⁸, en cumplimiento del mandato previsto en la Constitución Política, creó la Comisión Nacional de Televisión como una persona jurídica de derecho público y la dotó de autonomía administrativa, patrimonial y técnica e independencia funcional (Artículo 3 de la Ley 182 de 1995).

Según el artículo 4° de la citada ley, a la Comisión Nacional de Televisión le corresponde ejercer la titularidad y reserva del servicio público de televisión; dirigir la política del sector; desarrollar

los planes y programas estatales en la materia, de

³⁸ «Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones». Esta norma ha sido objeto de modificaciones **por las siguientes Leyes: 335 de 1996, 506 de 1999, 680 de 2001, 812 de 2003, 1098 de 2006 y 1151 de 2007.**

conformidad con la ley; regular el servicio, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para su prestación, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y una eficiente prestación del mencionado servicio, así como evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, acorde con lo que dispone la Constitución y la ley en la materia.

El artículo 5° de esa norma enlistó las siguientes funciones a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, entre las cuales se destacan las siguientes: (i) dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión determinada en la ley y velar por su cumplimiento (literal a); (ii) ejercer la inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión (literal b); (iii) clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, y obligaciones con los usuarios (literal c); (iv) adelantar las investigaciones y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas por incurrir en prácticas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades (literal d); (v) reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión (literal e); (vi) sancionar a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión nacional cuando violen las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños; por mencionar algunas.

La **autonomía de la Comisión Nacional de Televisión** ha sido ampliamente definida por la Corte Constitucional como una cualidad decisiva del ente de televisión que «[...] cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas. El sentido de dicha autonomía es la de sustraer la dirección y el manejo de la televisión del control de las mayorías políticas y de los grupos económicos dominantes, de forma tal que se conserve como bien social y comunitario³⁹». Esa autonomía «asume el carácter de garantía funcional e institucional del conjunto de

³⁹ Sentencia C-350 de 1997, MP. Fabio Morón Díaz.

derechos y libertades fundamentales relacionados con la existencia y fortalecimiento del principio democrático, la formación de una opinión pública libre, la fluidez y profundidad de los procesos comunicativos sociales, la creación, intercambio y divulgación de ideas, la conservación de las diferentes identidades culturales etc⁴⁰».

Ahora bien, en relación con la publicidad, la Ley 182 de 1995, en su artículo 29, parte de reconocer que es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y la publicidad los cuales no pueden ser objeto de censura ni control previo. Sin embargo, establece la posibilidad de que tales contenidos puedan ser

«clasificados» y «regulados» por la Comisión Nacional de Televisión, con el propósito de promover la calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen el servicio, proteger a la familia y a los grupos vulnerables, en especial, de los niños, niñas, jóvenes y adolescentes. Prevé la citada norma:

«[...] ARTÍCULO 29. Libertad de operación, expresión y difusión. El derecho de operar y explotar medios masivos de televisión debe ser autorizado por el Estado, y depender de las posibilidades del espectro electromagnético, de las necesidades del servicio y de la prestación eficiente y competitiva del mismo. Otorgada la concesión, el operador o el concesionario de espacios de televisión harán uso de la misma, sin permisos o autorizaciones previas. En todo caso, el servicio estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia y control de la Comisión Nacional de Televisión.

Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley, es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, los cuales no serán objeto de censura ni control previo. Sin embargo, los mismos podrán ser clasificados y regulados por parte de la Comisión Nacional de Televisión, con miras a promover su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen el servicio público de televisión, proteger a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial los niños y jóvenes, para garantizar su desarrollo armónico e integral y fomentar la producción colombiana [...].».

Al margen de las facultades regulatorias de que goza el ente televisivo, el legislador dotó a dicho ente autónomo de la facultad sancionatoria, atribución que encuentra respaldo constitucional en el artículo 76 de la Constitución y su justificación en la necesidad de que, en ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control en la materia, cuente con las herramientas jurídicas que le permitan hacer cumplir sus decisiones⁴¹. En efecto, el artículo 53 de la Ley 182 de 1995, le otorgó esa facultad al señalar que:

«[...] ARTÍCULO 53. Facultades sancionatorias de la Comisión Nacional de Televisión. La Comisión Nacional de Televisión establecerá prohibiciones para aquellas conductas en que incurran las personas que atenten contra el pluralismo informativo, la competencia, el régimen de inhabilidades y los derechos de los televidentes. La violación de las normas acarreará sanciones

⁴⁰ Sentencia C- 467 de 1995, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴¹ C-298 de 1999, MP: Martha Victoria Sáchica Méndez; C- 726 de 2009, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

a los infractores o a quienes hayan resultado beneficiarios reales de tales infracciones.

PARÁGRAFO. Quienes participen en la violación del régimen de inhabilidades serán

sancionadas por la Comisión Nacional de Televisión, con multas de seiscientos (600) a un seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción. La Comisión Nacional de Televisión estará obligada a elevar denuncia de los anteriores casos ante las autoridades competentes.

Conclusiones del motivo de alzada: la Comisión Nacional de Televisión, en su calidad de ente regulador del servicio público de televisión sí tenía competencia para expedir el acto acusado

En este contexto surge como interrogante el asociado a establecer si, la Comisión Nacional de Televisión, en ejercicio de la facultad de regulación, tenía competencia para incorporar la medida tendiente a prohibir la publicidad comercial del tabaco, cigarrillos y bebidas alcohólicas. Lo anterior, por cuanto el argumento de la demanda y del recurso de apelación se enfocan en afirmar que esa materia se encuentra reservada al legislador, por tratarse de una limitación a las libertades económicas. La respuesta debe resolverse en sentido positivo, por las siguientes razones que se pasan a enunciar a continuación:

En Sentencia C- 726 de 2009⁴², la Corte Constitucional, al referirse a las facultades regulatorias de la Comisión Nacional de Televisión expresó:

«[...] a la CNTV le han sido reconocidas facultades regulatorias; la propia Constitución Política así lo prescribe, cuando en el inciso 2° del artículo 77 indica que "La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio." **El propósito perseguido por el constituyente con esta atribución normativa consiste en dotar de instrumentos al ente encargado de dirigir la política que en materia de televisión señale la ley**, a fin de que pueda actuar con la independencia frente al ejecutivo que reclama la naturaleza de su función. Así ha sido reconocido por esta Corporación, que al respecto ha explicado lo siguiente: [...]

Como puede verse, la jurisprudencia constitucional ha hecho ver que las facultades regulatorias de la CNTV no tienen un carácter residual frente a la potestad reglamentaria general del Presidente de la República, como sucede con algunos órganos administrativos, entre ellos los ministerios, sino que, más bien, desplazan tal potestad. Se trata por tanto, de "una potestad normativa exclusiva y excluyente"⁴³. De otro lado, la Corte ha concluido que **la autonomía de la CNTV, y las facultades regulatorias de las que está revestida, operan en dos aspectos funcionales generales señalados por la misma Constitución, cuales son: la dirección de la política en materia de televisión, previa determinación de la misma por el legislador, y la regulación de la prestación de ese servicio, funciones que se complementan para concentrar en dicho organismo la regulación, manejo y control del servicio público de televisión [...]** (destacado de la Sala).

⁴² MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴³ Ibidem

Con todo, en sentencia C- 150 de 2003, la Corte señaló que la regulación constituye una forma de intervención del Estado en la economía y, como tal, debe garantizar la efectividad de los principios del Estado Social de Derecho, entre los cuales, se encuentran los mandatos generales dirigidos a asegurar la vida de los ciudadanos, la protección del medio ambiente y la salud de las personas, especialmente de los niños, jóvenes y adolescentes.

En estos precisos términos, la Ley 182 de 1995 estipuló como fines del servicio de televisión, formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana. Con ello, se busca

satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local. Como principios del servicio de televisión, se encuentran la protección de la juventud, la infancia y la familia; la preeminencia del interés público sobre el privado y la responsabilidad social de los medios de comunicación⁴⁴.

No existe duda, entonces, que la función de regulación tiene como una de sus más importantes manifestaciones el ejercicio de la potestad normativa, la cual debe orientarse a materializar los principios del Estado de Derecho, entre los cuales se destaca la protección de los derechos de los consumidores, pues es indudable que la población infantil y la joven es altamente vulnerable al tabaquismo y al consumo de bebidas alcohólicas. Precisamente, según la nota periodística de 31 de marzo de 2007, que reposa en el plenario, se informó que entre el 13% de los escolares entre los 13 y 15 años son consumidores de cigarrillos (fl. 409 del Cuaderno 1).

Vistas así las cosas, se colige que la Comisión Nacional de Televisión, por expreso mandato del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 -disposición normativa que sirvió de sustento para expedir el acto censurado- como titular de la potestad regulatoria atribuida por el constituyente de 1991, tenía competencia para regular los contenidos de la publicidad en televisión, estableciendo la restricción que se demanda, para lograr la efectividad de los principios y fines que son inherentes al servicio público de televisión, especialmente, para proteger los derechos al medio ambiente, la vida y la salud de los niños, niñas y adolescentes (artículos 44 y 49 Superior); objetivos que, a todas luces, son compatibles con los preceptos de la Carta Fundamental.

En este sentido, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 830 de 2010⁴⁵, expresó:

⁴⁴ Artículo 2° de la Ley 182 de 1995.

⁴⁵ MP: Luis Ernesto Vargas Silva. En esa sentencia, se analizó la constitucionalidad de artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009 "disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana".

«[...] En consecuencia, la imposición de intensas restricciones a dichas actividades es una medida adecuada para cumplir con el propósito constitucionalmente obligatorio para el Estado de garantizar la salud de los habitantes y el medio ambiente (Art. 49 C.P.) a través de, en el presente caso, del desestímulo del consumo de productos de tabaco.

Ahora bien, la prohibición de la publicidad y promoción de productos de tabaco y la limitación intensa del patrocinio por parte de las empresas que lo producen es expresión del principio de solidaridad. La innegable restricción de las libertades económicas que aparejan las proscripciones descritas busca cumplir con finalidades sociales de primer orden, como es la conservación de la salud pública y el medio ambiente. El ordenamiento jurídico, según se ha expuesto, consiente la producción y comercialización de un producto intrínsecamente nocivo para la integridad física y el ambiente, pero restringe en alto grado la posibilidad que su consumo sea promovido directa o indirectamente. Ello con el único propósito de desincentivar (más no prohibir) su uso y, de esta manera, incidir negativamente en los ingentes costos sociales que se derivan de las enfermedades y demás efectos dañinos que se generan del consumo de tabaco. Sobre el particular debe insistirse que este costo social se ve aumentado por la naturaleza de las

dolencias asociadas al consumo de tabaco, en tanto causa de mortalidad estadísticamente apreciable, como bien lo documentaron varios de los intervinientes en el presente proceso. Asumiendo las categorías que ofrece el derecho constitucional comparado, existe en el caso de la prohibición de la publicidad, promoción y patrocinio de tabaco tanto un interés sustancial del Estado, relacionado con el aseguramiento del más alto nivel de salud pública y el saneamiento ambiental, como un vínculo entre el fin buscado y la medida impuesta. Esto último en el entendido que las citadas actividades tienen como común objeto incentivar el consumo de los productos de tabaco y sus derivados, por lo que su limitación y prohibición incidirían en la disminución de ese consumo.

[...] 29.2. El medio empleado por la medida legislativa estudiado, a su vez, no se encuentra prohibida por la Constitución. En efecto, no existe un mandato en la Carta Política que impida que el Estado prohíba la publicidad de determinado producto. Como se ha indicado en esta decisión, las libertades económicas engloban las potestades de producción y comercialización de bienes y servicios, dentro de los límites del bien común (Art. 333 C.P.), sin que las normas de la Constitución económica impidan restricciones a la publicidad comercial de productos de venta lícita. En ese sentido, como lo reconoció la Corte en la sentencia C-010/00, antes reseñada, es incluso válido que el legislador decida que determinado segmento productivo deba configurarse como un mercado pasivo, en el cual el Estado permite la producción y venta del bien o servicio, pero ejerza simultáneamente medidas para desincentivar su consumo. [...] En el evento propuesto, la admisibilidad de la prohibición total de la publicidad y promoción, y la restricción amplia del patrocinio, se explican en los efectos devastadores – según la caracterización ofrecida por la Organización Mundial de la Salud – que genera el consumo de productos de tabaco. Solo ante una afectación de este carácter, que involucra los altos costos sociales a los que se hizo referencia, es que resulta válida, desde la perspectiva constitucional, una prohibición como la estudiada».

Por las consideraciones anotadas, por expreso mandato del propio legislador, la Comisión Nacional de Televisión tenía competencia para expedir esta clase de medidas. En consecuencia, la autorización legal que exige el artículo 333 de la Constitución Política para limitar las actividades económicas aparece consagrada de

manera especial, en la Ley 182 de 1995 (particularmente el artículo 5, literal c) y el artículo 29), motivo por el cual, se colige, no hubo desconocimiento al principio de reserva legal que se reprocha en el escrito de alzada.

Esta Sección prohíja las consideraciones esgrimidas en sentencia de 1° de julio de 2021⁴⁶, decisión judicial en la cual se abordó, como problema jurídico, el consistente en establecer si «[...] la Comisión Nacional de Televisión carecía de competencia para prohibir la transmisión, en televisión, de publicidad del cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico». En consecuencia, si se debía declarar la nulidad del artículo 2° del Acuerdo 4 de 19 de octubre de 2005. El sentido de la decisión fue el de denegar las pretensiones de la demanda.

Para arribar a tal conclusión, recuérdese que esta Sección, pasó a abordar lo concerniente al marco normativo que establece la competencia de la Comisión Nacional de Televisión para reglamentar la publicidad de televisión; se refirió al alcance de la publicidad como expresión del derecho a la libertad de expresión, que no es absoluta y, por ende, puede ser objeto de restricción por el Estado. Igualmente, hizo énfasis en lo dicho por la Corte Constitucional, mediante Sentencias C- 714 de 2006 y C- 830 de 2010. A partir de lo anterior, extrajo la siguiente conclusión, cuyas consideraciones se evocan a continuación:

«[...] 58. Para la Sala, atendiendo lo que se ha expuesto supra, es incuestionable que la parte demandada era la autoridad encargada, a nivel nacional, de regular la publicidad en el servicio público de televisión; en esa medida, podía adoptar las medidas restrictivas sobre publicidad de productos que, bajo un análisis objetivo, pudieran afectar a la población infantil, juvenil o la familia; en concreto, la relacionada con cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico.

[...] 61. Esta Sala hace suyos los argumentos de la Corte Constitucional, en cuanto a que en la Constitución Política no existe una disposición que le impida al Estado prohibir la publicidad de un determinado producto, siempre que la medida restrictiva no tenga origen en el control previo a una actividad empresarial lícita o con origen en motivaciones irracionales.

62. Para la Sala, si bien la medida prohibitiva que adoptó la parte demandada en el artículo 2.º del Acuerdo núm. 4 de 2005, limita el derecho a la libertad de expresión de las empresas tabacaleras y de bebidas con contenido alcohólico; así como de todas aquellas personas que se benefician de la comercialización de estos productos; lo cierto es que tienen un objetivo válido: la protección de derechos de orden superior que permitían, en el caso concreto, limitar los derechos a la libertad de información y a la libertad económica; por tanto, la norma se ajustó al ordenamiento jurídico» (destacado es nuestro)

Ahora bien, la más reciente decisión del legislador de expedir la Ley 1335 de 2009, mediante la cual se adoptan «disposiciones por medio de la cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, radicado: 11001-0324-000-2005-00373-00, actor: Juan Carlos Gómez Jaramillo, demandado: Comisión Nacional de Televisión- CNTV (Hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) y Comisión de Regulación de Comunicaciones- CRC.

políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana» obedece a la libertad de configuración normativa para desarrollar los contenidos normativos de la Carta Fundamental, sin que ello sea excluyente de la función de regulación en cabeza de la Comisión Nacional de Televisión (extinta), como organismo autónomo e independiente encargado de la intervención en el espectro electromagnético para los servicios de televisión, la dirección de la política en la materia y su regulación⁴⁷

VI.7.- Otras decisiones

Por último y como quiera que, con ocasión de la expedición de la Ley 1978 de 2019⁴⁸, artículo 43, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Comisión de Regulación de Comunicaciones asumieron la defensa en los procesos que se encontraban a cargo de la extinta Comisión Nacional de Televisión se entiende que operó la sucesión procesal, motivo por el cual se ordenará la notificación de esta providencia y las demás que se dicten en este proceso a esas entidades.

En este orden de ideas, se procederá a reconocer personería jurídica al abogado José Rodrigo Vargas del Campo, identificado con cédula de ciudadanía 80.415.239 y tarjeta profesional 64.721 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones- MINTIC, de conformidad con el poder obrante a folios 74 del cuaderno del Consejo de Estado.

VI.8.- Conclusiones

Huelga concluir que la extinta Comisión Nacional de Televisión sí tenía competencia para expedir el acto acusado, en tanto que el propio constituyente dotó a ese organismo de precisas facultades normativas de regulación, como una manifestación de su autonomía que le confiere la Carta Política, y en esa medida,

⁴⁷ C- 726 de 2009, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁸ «Por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones».

"[...] Artículo 43. Liquidación de contratos y cesión de la posición contractual, judicial y administrativa. Todos los contratos celebrados por la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) para la atención de gastos de funcionamiento deberán ser terminados y liquidados por la Autoridad Nacional de Televisión en Liquidación. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones sustituirá a la ANTV en los contratos de concesión suscritos por esta. La posición contractual de los demás contratos será sustituida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de acuerdo con las competencias de las entidades liquidadas que se transfieren por medio de la presente ley.

De la misma manera, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de acuerdo con las competencias que se transfieren por medio de la presente ley, SUSTITUIRÁN A LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN EN LA POSICIÓN QUE ESTA

OCUPARE EN LOS PROCESOS JUDICIALES EN CURSO, incluyendo arbitramentos en que participen en cualquier calidad». (destacado de la Sala).

podía adoptar las medidas restrictivas de la publicidad del tabaco, cigarrillos y bebidas alcohólicas para la salvaguarda de bienes superiores como la protección del medio ambiente, la salud y la vida de la población, en especial, de la población más joven.

Por todo lo expuesto, la Sala considera que los motivos de la alzada carecen de la virtualidad para conseguir la revocatoria de la sentencia de primera instancia, motivo por el cual procede su confirmatoria como, en efecto, así se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

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: CONFIRMAR la sentencia de catorce [14] de abril de dos mil quince [2015], proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección «C», en Descongestión, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: TENER al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones como sucesores procesales de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1978 de 2019. En consecuencia, se dispone que en adelante todas las providencias que se dicten en este proceso le sean notificadas a

estas.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica al abogado José Rodrigo Vargas del Campo, identificado con cédula de ciudadanía 80.415.239 y tarjeta profesional 64.721 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones- MINTIC.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

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.

P:5



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)

