

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
RCN TELEVISIÓN S.A.
CONTRA
AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitral profiere el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **RCN TELEVISIÓN S.A. CONTRA LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN- ANTV-** surgidas con ocasión del Contrato de Concesión No. 140 suscrito entre la partes el 26 de diciembre de 1997, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. ANTECEDENTES

1.1. PARTES PROCESALES

1.1.1. Parte Convocante

La parte Convocante en el presente trámite arbitral es **RCN TELEVISIÓN S.A.**, sociedad comercial domiciliada en Bogotá D.C, identificada tributariamente con el NIT 830.029.703-7 constituida mediante la Escritura Pública No. 680 del 15 de abril de 1997, de la Notaría 17 del Círculo de Bogotá, representada legalmente por **JUAN FERNANDO UJUETA LÓPEZ**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, cuya condición está acreditada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

En el presente proceso arbitral está representada judicialmente por el doctor **JUAN CARLOS GÓMEZ JARAMILLO**, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 36.126 del C.S de la J, de acuerdo con el poder visible a folio 19 del Cuaderno Principal No. 1.

1.1.2 Parte Convocada

La parte Convocada es la **AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN**, en adelante ANTV, agencia nacional estatal de naturaleza especial, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, creada por la ley 1507 de 2012,

identificada con Nit. 900.517.646-2, domiciliada en Bogotá, representada legalmente por **ANGELA MARÍA MORA SOTO**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá, condición debidamente acreditada en el expediente.

En el presente proceso arbitral está representada judicialmente por el doctor **JAVIER QUIÑONES VARGAS**, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional número 135.027 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con el poder visible a folio 302 del Cuaderno Principal No. 1.

1.2. EL CONTRATO

El 26 de diciembre de 1997, la parte convocada y la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN**, en adelante la CNTV, celebraron el Contrato de Concesión No. 140, cuyo objeto, según la cláusula primera consiste en:

“la entrega que hace LA COMISIÓN a título de concesión al CONCESIONARIO, de la operación y explotación del Canal Nacional de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional N1, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el CONCESIONARIO que forma parte integral del presente contrato”.

1.3. EL PACTO ARBITRAL

Las partes acordaron el pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, contenida en la cláusula 43 del otrosí suscrito el 9 de enero de 2009, que dispone:

“Toda controversia o diferencia relativa a este contrato o relacionada con el mismo se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y funcionara en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. En caso de no llegar a un acuerdo en tal sentido la designación de éstos se efectuará por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante sorteo entre árbitros de la lista “A” de dicho centro; b) la organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. c) El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y efectos de la cláusula de caducidad”.

1.4. INICIACIÓN DEL TRÁMITE

1.4.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria transcrita, el veintidós (22) de marzo de dos mil dieciséis (2016), **RCN TELEVISIÓN S.A.** presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra **LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN- ANTV**-¹.

¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 18.

- 1.4.2.** Previa designación de los árbitros por sorteo público, aceptación oportuna de estos y citación de los doctores **MARÍA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ, CAMILO JOSÉ ORREGO MORALES, y DOLLY PEDRAZA DE ARENAS**², el diez (10) de mayo de dos mil dieciséis (2016), como consta en el Acta No. 1, con la presencia de todos los árbitros, se instaló el Tribunal de Arbitramento, designó como Presidente a la doctora **MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ** y como Secretario a **FERNANDO PABÓN SANTANDER**, quien por motivos personales, no aceptó el encargo, y profirió el Auto No. 1, fijándose como lugar de funcionamiento y secretaría la sede Chapinero del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la Calle 67 No. 8-32/44, piso 5º de Bogotá³.
- 1.4.3.** El día veinticinco (25) de mayo de 2016, la parte convocante reformó integralmente la demanda⁴.
- 1.4.4.** Mediante Auto No. 3, Acta 2, de veintisiete (27) de mayo de 2016, se nombró como Secretaria a **JEANNETTE NAMÉN BAQUERO**, quien estando presente aceptó y dio cumplimiento al artículo 15 de la ley 1563 de 2012. El mismo día, se admitió la demanda y se dispuso su notificación y traslado a la parte convocada por el término de veinte (20) días hábiles⁵.
- 1.4.5.** La Secretaria, ese mismo día, notificó el auto admisorio a la parte convocada y al Señor Agente del Ministerio Público⁶.
- 1.4.6.** El día primero (1º) de junio de dos mil dieciséis (2016), la Secretaria, en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal en Auto No. 3, envió por correo electrónico y por correo certificado, notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, correo que se recibió físicamente por la mencionada entidad el mismo día⁷.
- 1.4.7.** Mediante escrito radicado en la sede de la secretaría el día veintiuno (21) de junio de 2016, el apoderado de la parte convocada contestó en oportunidad la demanda⁸.
- 1.4.8.** Por secretaría, el día doce (12) de julio de 2016, se fijó en lista el traslado de las excepciones propuestas en la contestación a la demanda.
- 1.4.9.** El día dieciocho (18) de julio de 2016, la apoderada de la parte convocante recorrió el mencionado traslado⁹.
- 1.4.10.** Mediante Auto No. 4 (Acta 3) de veintiocho (28) de julio de 2016, el Tribunal fijó fecha y hora para la práctica de la audiencia de conciliación¹⁰.

² Cuaderno Principal No. 1, folios 64 y ss.

³ Cuaderno Principal No. 1, folios 114 a 116.

⁴ Cuaderno Principal No. 1, folios 134 a 150.

⁵ Cuaderno Principal No. 1, folios 151 a 153.

⁶ Cuaderno Principal No. 1, folios 154 a 155.

⁷ Cuaderno Principal No. 1, folios 156 a 157.

⁸ Cuaderno Principal No. 1, folios 158 a 184.

⁹ Cuaderno Principal No. 1, folios 185 a 195.

¹⁰ Cuaderno Principal No. 1, folios 196 a 197.

1.4.11. Por Auto 5 (Acta 4) del nueve (9) de agosto de 2016, se suspendió la audiencia de conciliación.

1.4.12. Por Auto No. 6 (Acta No. 5) de trece (13) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el Tribunal declaró fallida la audiencia de conciliación y dispuso la continuación del trámite. El mismo día, mediante Auto No. 7, fijó la suma correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal, que fueron consignados dentro del término legal, en igual proporción por cada una de las partes.

1.4.13. Mediante el Auto No. 7 (Acta 5) de trece (13) de septiembre de 2016, se fijó el día diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciséis (2016), para llevar a cabo la primera audiencia de trámite.

1.5. TRÁMITE ARBITRAL

1.5.1. Primera audiencia de trámite

El diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciséis (2016), Acta No. 6, se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite de conformidad con el artículo 30 de la ley 1563 de 2012.

Previo análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la parte convocante en su demanda, así como la contestación a la demanda, el Tribunal, mediante Auto No. 8 de la misma fecha, se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias sometidas a su conocimiento en relación con el contrato celebrado entre las partes¹¹.

El auto fue recurrido por el apoderado de la parte convocada y el Tribunal, mediante Auto No. 10 de dos (2) de noviembre de 2016, confirmó la anterior decisión¹².

1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso

Definida la competencia del Tribunal, se procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes mediante Auto No. 13 proferido en la audiencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014), Acta No. 8¹³.

En total, el trámite se desarrolló en once (11) sesiones, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas, se recibieron alegatos de conclusión y se profirió este Laudo.

1.5.3. Pruebas solicitadas y decretadas

Por Auto No. 11 proferido en audiencia del dos (2) de noviembre de 2016, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

¹¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 251 a 262.

¹² Cuaderno Principal No. 1, folios 268 a 278.

¹³ Cuaderno Principal No. 1, folios 276 a 278.

1.5.3.1. Documentales

Se tuvieron como medios de prueba, con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponde, los documentos allegados con la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, así como los documentos allegados con la contestación, a saber:

1. Copia simple del contrato 140 de 1997 suscrito entre la CNTV y RCN, cuyo objeto es el otorgamiento de la concesión para la operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada N1.
2. Copia simple del otrosí No. 8, con fecha de 9 de enero de 2009 mediante el cual la CNTV y RCN acordaron la prórroga del mencionado contrato.
3. Copia simple de la Resolución 1011 del 12 de agosto de 2011 "*por la cual se resuelve una investigación*", expedida por la CNTV.
4. Copia simple del recurso de reposición interpuesto por RCN en contra de la Resolución 1011 del 12 de agosto de 2011.
5. Copia simple de la Resolución 1210 del 26 de diciembre de 2013 "*por la cual se resuelve un recurso de reposición*", expedida por la ANTV.
6. Certificado expedido por la secretaría jurídica de RCN, en el que consta el pago de la multa impuesta al concesionario.
7. Copia simple del recibo de consignación, en el que consta el pago efectuado por RCN por concepto de los intereses de mora causados.
8. Copia simple del acuerdo 15 del 20 de marzo de 1997 expedido por la CNTV.
9. Copia simple del diario oficial N° 48.116 del 30 de junio de 2011, donde se publicó el acuerdo No. 002 de 2011 que derogó expresamente el Acuerdo 15 de 1997.
10. Copia simple de la Resolución CNTV 342 de 2012.
11. Pliego de condiciones de la licitación Pública No. 003 de 1997.
12. Propuesta presentada por RCN Televisión S.A. dentro del proceso licitatorio 003 de 1997.
13. Expediente contentivo de la investigación administrativa que concluyó con la expedición de la Resolución No. 1011 de 12 de agosto de 2011.
14. Memorando No. 2008 del 18 de noviembre de 2008.
15. Plan de emisión de los espacios institucionales de televisión de fechas 9 al 30 de septiembre de 2008 y del 8 al 31 de octubre de 2008.
16. Memorando No. 2008 de 22 de diciembre de 2008.
17. Plan de emisión de los espacios institucionales de televisión del 4 al 28 de noviembre de 2008.
18. Memorando No. 2009 2600017913.
19. Plan de emisión de los espacios institucionales de televisión del 27 de noviembre al 31 de diciembre y del 15 de diciembre de 2008 al 9 de enero de 2009.
20. Oficio No. ER 19733 del 12 de noviembre de 2008.
21. Circular 008 del 30 de mayo de 2008.
22. Resolución No. 2010 380 000587 de 9 de junio de 2010.
23. Resolución No. 2010 380 000872 4 del 1 de septiembre de 2010.
24. Auto No. 158 del 18 de marzo de 2010.
25. Memorando No. 2008 IE 15272 del 23 de diciembre de 2008.
26. Resolución No. 0064 de 7 de febrero de 2002.
27. Resolución No. 290 de 21 de marzo de 2002.
28. Resolución No. 030 del 15 de enero de 2008.
29. Resolución No. 009 del 21 de mayo de 2010 y Resolución No. 1175 del 12 de diciembre de 2013.

1.5.4. Audiencia de alegatos de conclusión

En audiencia celebrada el día dos (2) de noviembre de 2016, la Presidente del Tribunal manifestó a las partes que hecho un cotejo entre las pruebas decretadas y las practicadas, advierte que se han evacuado todas, conforme a la ley y se ha observado la plenitud de las formalidades propias del juicio; por lo tanto es procedente cerrar el período probatorio, por lo que requirió a las partes para que informaran si tenían alguna observación con relación al punto y la de presente en ese momento de la audiencia. Al efecto, los apoderados de las partes manifestaron no tener objeción frente a la forma en que se han practicado las pruebas decretadas en este proceso.

Posteriormente, para los efectos indicados en el art. 132 del Código General del Proceso sobre el saneamiento de eventuales vicios que pudieran acarrear nulidades, la Presidente expresó que el Tribunal no observa causal de nulidad en lo actuado hasta el momento, y requirió a las partes y al Señor Agente del Ministerio Público para que, si observan alguna, lo manifiesten.

Los apoderados de las partes reiteraron que todas las pruebas fueron evacuadas conforme a la ley y a las formalidades propias del juicio, que no observan causal de nulidad, por lo que están conformes y solicitan declarar cerrado el periodo probatorio.

Mediante Auto No. 12 de la misma fecha el Tribunal declaró cerrado y concluido el período probatorio y fijó fecha para la audiencia de alegatos de conclusión.

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia celebrada el día veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), expusieron sus alegatos de manera oral. La parte convocante también los entregó por escrito.

1.5.5. Concepto del Procurador 7º Judicial II Administrativo

El día veintidós (22) de noviembre de 2016, el Procurador **VICTOR LEMUS CHOIS** radicó un escrito en el que rindió concepto legal sobre el asunto sometido al conocimiento del Tribunal.

1.6. AUDIENCIA DE FALLO

Mediante Auto No. 15 (Acta No. 10) de veinticinco (25) de abril de 2017, el Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se profiere¹⁴.

1.7. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite; *“Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales”*. (Artículo 11 ley 1563 de 2012).

¹⁴ Cuaderno Principal No. 1, folios 337 a 338.

El Tribunal se encuentra en término para fallar, conforme con las siguientes circunstancias:

a. El día diecinueve (19) de octubre de 2016, se efectuó la primera audiencia de trámite y mediante providencia número 9 se suspendió la audiencia para reanudarla el día dos (2) de noviembre de 2016. Mediante Autos Nos. 10 y 11, de la misma fecha, el Tribunal confirmó su competencia y decretó las pruebas solicitadas por las partes.

b. El día siete (7) de febrero de 2017, el doctor **CAMILO JOSÉ ORREGO MORALES**, presentó renuncia a su condición de árbitro. En la misma fecha, el Tribunal profirió el Auto No. 14, mediante el cual dispuso que mientras se proveía el reemplazo del mencionado árbitro y se reintegraba el Tribunal, "*se entiende suspendido el término de este proceso arbitral*" en los términos de ley.

Desde el siete (7) de febrero de 2017 (fecha de renuncia del árbitro) hasta el día diez (10) de marzo de 2017, fecha en la que se informó por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sobre la reintegración del Tribunal, el proceso se suspendió, por causas legales, por veinticuatro (24) días hábiles.

Culminada la primera audiencia de trámite el dos (2) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), el término legal de seis meses vencía inicialmente el dos (2) de mayo de dos mil diecisiete (2017), pero sumando la suspensión del proceso por causas legales, el término **vence el día seis (6) de junio de 2017**.

Por consiguiente, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el fallo.

1.8. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.8.1. Pretensiones

En la solicitud de convocatoria y demanda arbitral **RCN TELEVISIÓN S.A.**, formula las siguientes pretensiones:

"PRETENSIONES

"Primera. Que se declare la nulidad de las Resoluciones 1011 del 12 de agosto de 2011 expedida por la hoy liquidada CNTV y 1210 del 26 de diciembre de 2013, expedida por la ANTV.

"Segunda. Que se condene a la demandada a restituir SETENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON DIECISÉIS CENTAVOS (\$78.972.267.16) M/CTE suma de dinero pagada por la sociedad demandante en cumplimiento de las mencionadas resoluciones 1011 del 12 de agosto de 2011 y 1210 del 26 de diciembre de 2013, la cual incluye los intereses de mora cobrados por la demandada (\$78.578.101.16 + \$394.166). La anterior suma deberá restituirse conforme al valor histórico actualizado, hasta la fecha en la que se efectúe la devolución del dinero.

"Tercera. Que se condene al pago de las costas a la entidad demandada".

1.8.2 Los hechos de la demanda

Las pretensiones formuladas por la parte convocante están fundamentadas en los hechos que se resumen a continuación, con su respectiva respuesta.

Según la demanda, las partes celebraron el contrato de concesión No. 140 del 26 de diciembre de 1997, mediante el cual se estableció que RCN es concesionaria de un canal nacional de televisión de operación privada cuyo término inicial de concesión fue de diez años.

Expresa que el contrato fue prorrogado mediante otrosí suscrito el 9 de enero de 2009, por un término adicional de diez años.

Posteriormente, mediante auto N° 158 del 18 de marzo de 2010, la Oficina de Regulación de la Competencia (en adelante ORC) de la CNTV dispuso adelantar una actuación administrativa en contra de RCN con el fin de establecer si los días 3, 14, 21, y 28 octubre de 2008, los días 6, 10, 19 y 21 de noviembre 2008 y los días 4, 11, 16, 22 y 31 de diciembre de 2008, dicha sociedad había transmitido los mensajes y espacios institucionales o los había emitido en el horario establecido para tal efecto en el plan de emisión de espacios institucionales diseñado por la CNTV.

Relata que dicha actuación administrativa estaba encaminada a establecer la presunta infracción de lo dispuesto en los artículos 1° 2° y 3° de la Resolución 290 de 2002, modificada por la Resolución 030 de 2008, que reglamentan el Acuerdo 015 de 1997, actos expedidos por la CNTV.

Precisa que mediante Resolución 1011 del 12 de agosto de 2011, la CNTV resolvió la actuación administrativa y concluyó que RCN había infringido lo dispuesto en los artículos 1° 2° y 3° de la Resolución 290 de 2002, modificada por la Resolución 030 de 2008, que reglamentan el Acuerdo 015 de 1997. Por tal motivo, impuso multa por valor de SETENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CIENTO UN PESOS CON DIECISÉIS CENTAVOS (\$78.578.101.16) M/CTE.

Aclara la demanda que, según la Resolución 1011 de 2011, el monto de la multa equivalía al 0.03% del valor actualizado del contrato de concesión N° 140 de 1997, pero que el valor tomado por la CNTV para efectos de imponer la sanción, no fue calculado teniendo en cuenta las normas generales de contabilidad aplicables en Colombia.

Posteriormente, el 20 de septiembre de 2011, RCN interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 1011 del 12 de agosto de 2011.

Por ministerio de la Ley 1507 de 2012, la CNTV entró en proceso de liquidación y fue sustituida en su posición contractual por la ANTV. Y ésta última entidad, el 26 de diciembre de 2013, expidió la Resolución 1210, mediante la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando en su totalidad la Resolución 1011 del 12 de agosto de 2011.

Manifiesta la demanda que el 11 de junio de 2014, RCN realizó el pago de la multa impuesta, por el valor antes indicado.

La Convocante concluye manifestando que el 19 de agosto de 2015 RCN realizó el pago de los intereses de mora impuestos por la ANTV, por valor de TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO SESENTA Y SEIS PESOS (\$394.166).

1.8.3. La contestación a la demanda

LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN- ANTV-, al contestar la demanda, se opuso expresamente a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros, solicitó la práctica de pruebas y propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. "Caducidad y Prescripción".
2. "Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer respecto a la demanda de actos sancionatorios y para pronunciarse respecto de las pretensiones de la presente demanda".
3. Inexistencia de la causa para la pretendida "restitución".

2.- CONSIDERACIONES

Una vez precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el Tribunal analizará los siguientes temas, previamente a decidir si concede o deniega las pretensiones:

- ✓ Los presupuestos procesales.
- ✓ El marco jurídico dentro del cual se profiere el presente laudo arbitral.
- ✓ Las excepciones propuestas por la convocada.
- ✓ Los cargos de la demanda.

2.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

La totalidad de los denominados "presupuestos procesales"¹⁵ concurren en este proceso, así:

2.1.1. Demanda en forma

Si bien es cierto este requisito dejó de ser considerado como presupuesto procesal, destaca el Tribunal que la solicitud de convocatoria y demanda arbitral se ajustan, en lo formal, a la plenitud de las exigencias normativas consagradas por el artículo 82 del Código General del Proceso.

2.1.2. Competencia

El Tribunal, según analizó detenidamente en las providencias proferidas el diecinueve (19) de octubre de 2016 y dos (2) de noviembre de 2016, como consta en las Actas No. 6 y 7, es competente para el juzgamiento y decisión de la controversia planteada en las pretensiones de la demanda.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954.

Las partes de este proceso, en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la Administración de Justicia, al tenor del artículo 116 de la Constitución Política¹⁶, y las normas previstas en la ley 1563 de 2012, están facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de sus controversias, y ante la imposibilidad de solucionarlas por la vía del arreglo directo, en efecto han promovido el presente arbitramento y comparecido por conducto de sus representantes legales y apoderados judiciales, con observancia de la plenitud de las exigencias normativas para tal efecto, en aras de someter el conflicto al conocimiento y juzgamiento de árbitros.

Es sabido que la arbitral, como expresión de la jurisdicción del Estado, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional, y por su virtud se confiere transitoriamente la función pública de administrar justicia a sujetos habilitados por las partes y el ordenamiento jurídico, según lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política a cuyo tenor:

"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

Los árbitros investidos de la función de administrar justicia, por mandato constitucional, en el ejercicio de su actividad integran la jurisdicción del Estado, ostentan para el caso concreto el carácter de juzgadores, están sujetos a idénticos deberes y responsabilidades y como verdaderos jueces con *iurisdictio*, profieren providencias judiciales¹⁷, autos de trámite, interlocutorios y una sentencia denominada laudo arbitral.

2.1.3. Capacidad de parte

RCN TELEVISIÓN S.A. y la **AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN- ANTV-** son sujetos plenamente capaces y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos y, por ende, con "capacidad procesal" o "para comparecer al proceso".

Conviene señalar, por último, que el Laudo que pone fin al litigio, conforme a lo pactado, se profiere en derecho y dentro de la oportunidad legal para su pronunciamiento.

¹⁶ El Artículo 116, inciso 4º, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo Número 003 de 2002, establece: *"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".*

¹⁷ Concepto de 24 de septiembre de 1975, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Ponente, Samuel Arango Reyes; J. BENETTI S., *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª éd., Bogotá, Temis, 2001, pp.129 ss; R. BEJARANO G, *Los procesos declarativos*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 355 ss.

2.2. MARCO JURÍDICO

Previamente a analizar la procedencia de las excepciones propuestas por la parte convocada, así como cada uno de los cargos formulados en la demanda por la convocante, el Tribunal se referirá a las normas que consagran el régimen jurídico de la Comisión Nacional de Televisión –CNTV-, hoy Autoridad Nacional de Televisión –ANTV- y del servicio público de televisión, las cuales constituyen el marco jurídico dentro del cual se profiere el presente laudo arbitral.

2.2.1. Constitución Política de Colombia

Los arts. 75, 76 y 77 originalmente expresaron lo siguiente:

*"Art. 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la **gestión y control del Estado**. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.*

*"Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, **el Estado intervendrá** por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético". (Las negrillas no son del texto).*

*"Art. 76¹⁸. **La intervención estatal** en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, **estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.***

*"**Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio** a que hace referencia el inciso anterior". (Las negrillas no son del texto).*

*"Art. 77¹⁹. La **dirección de la política** que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, **estará a cargo del organismo mencionado.***

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

18 Aunque este artículo fue derogado por el art. 1º del Acto Legislativo 2 de 2011, se transcribe su texto original porque en él se consagra la creación del organismo autónomo del servicio de televisión, es decir, de la Comisión Nacional de Televisión.

19 Este artículo fue subrogado por el art. 2º. Del Acto Legislativo 2 de 2011, que reza: "El artículo 77 de la Constitución Política de Colombia, quedará así: Artículo 77. El Congreso de la República expedirá la ley que fijará la política en materia de televisión".

Paragrafo. "Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión". (Las negrillas no son del texto).

2.2.2. Ley 182 de 1995

En su preámbulo expresa lo siguiente: "**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**". (Las negrillas no son del texto).

En su art. 1º, dicha ley definió en qué consiste el servicio de televisión, a saber:

*"Naturaleza jurídica, técnica y cultural de la televisión. **La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365²⁰ de la Constitución Política.***

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

*"**Este servicio público está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales**". (Las negrillas no son del texto).*

Por su parte, el art. 2º definió los **fines y principios del servicio** de televisión en los siguientes términos:

*"**Los fines del servicio de televisión son formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana. Con el cumplimiento de los mismos, 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.***

"Dichos fines se cumplirán con arreglo a los siguientes principios:

²⁰ Este artículo reza: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

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

- "a) *La imparcialidad en las informaciones;*
- "b) *La separación entre opiniones e informaciones, en concordancia con los artículos 15 y 20 de la Constitución Política;*
- "c) *El respeto al pluralismo político, religioso, social y cultural;*
- "d) *El respeto a la honra, el buen nombre, la intimidad de las personas y los derechos y libertades que reconoce la Constitución Política;*
- "e) **La protección de la juventud, la infancia y la familia;**
- "f) *El respeto a los valores de igualdad, consagrados en el artículo 13 de la Constitución Política;*
- "g) **La preeminencia del interés público sobre el privado;**
- "h) *La responsabilidad social de los medios de comunicación". (Las negrillas no son del texto).*

En el art. 4º, ibídem define el objeto de la Comisión Nacional de Televisión el cual consiste, entre otras actividades, en **dirigir la política de televisión y regular** el servicio de televisión, las cuales se desarrollarán "(...) **con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio**, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley" (se destaca).

Por su parte, el art. 5º. de la misma ley 182 estableció las **funciones** de la Comisión Nacional de Televisión en los siguientes términos:

"En desarrollo de su objeto corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:

"a. **Dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión** determinada en la ley y velar por su cumplimiento, para lo cual podrá realizar los actos que considere necesarios para preservar el espíritu de la ley;

"b. Adelantar las **actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión**. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos; e imponer las sanciones a que haya lugar;

"c. Clasificar, de conformidad con la presente Ley, 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, comercialización en los términos de esta Ley, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, y obligaciones con los usuarios;

"d. (...).

"e. **Reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión** y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y

*coproducción de los programas de televisión, **así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos;***

"(...)";

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

"(...)".

"m. **Diseñar estrategias educativas** con el fin de que los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión regional las divulguen y promuevan en el servicio, **a efecto de que la teleaudiencia familiar e infantil pueda desarrollar la creatividad, la imaginación y el espíritu crítico respecto de los mensajes transmitidos a través de la televisión;**

"n. **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**. De acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la Comisión Nacional de Televisión en el término de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, los infractores se harán acreedores de las sanciones de amonestación, suspensión temporal del servicio hasta por cinco meses o caducidad o revocatoria de la concesión o licencia, según la gravedad de la infracción y la reincidencia. En todo caso, se respetarán las normas establecidas en la ley sobre el debido proceso;

"ñ. Cumplir las demás funciones que le correspondan como **entidad de dirección, regulación y control del servicio público de televisión**". (Las negrillas no son del texto).

Y en el art. 12, la ley 182 consagró las **funciones de la Junta Directiva** de la Comisión Nacional de Televisión, de las cuales este Tribunal destaca las siguientes:

"Son funciones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión:

"a) **Adoptar las medidas necesarias para desarrollar el objeto y las funciones constitucionales y legales de la entidad;**

"(...)";

"c) **Asignar las concesiones para la operación del servicio público de televisión, así como adjudicar y celebrar los contratos de concesión de espacios de televisión** y, en general, autorizar al Director para la celebración de los demás contratos de acuerdo con la ley;

"(...).

"h) **Sancionar**, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, **a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión** y a los contratistas de los canales regionales **por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio.**

"Para tales efectos, y **en relación con las concesiones originadas en un contrato, la Junta Directiva de la Comisión decretará las multas** pertinentes por las violaciones mencionadas, en aquellos casos en que considere fundadamente que las mismas no merecen la declaratoria de caducidad del contrato. Ambas facultades se considerarán pactadas así no estén expresamente consignadas en el convenio.

"Las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato, y se impondrán mediante resolución motivada.

"Igualmente, la Junta Directiva **podrá imponer la sanción de suspensión de la concesión** hasta por seis (6) meses **o la cancelación definitiva** cuando la transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias de la Comisión así lo acrediten.

"En el caso de las comunidades organizadas, además de dicha suspensión, la Junta Directiva podrá imponer las sanciones de multa hasta por quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la de revocatoria de la licencia para operar el servicio.

"En el caso de los operadores públicos las sanciones podrán ser multas de hasta mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la destitución de los servidores públicos que hayan tolerado o cometido la infracción.

"Para el ejercicio de tal facultad la Junta Directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión;

"(...).

"**PARÁGRAFO.** Las decisiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión se adoptarán bajo la forma de **acuerdos**, si son de carácter general, y de **resoluciones**, si son de carácter particular. Sus actos y decisiones serán tramitados según las **normas generales del procedimiento administrativo**, siguiendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad. Con los mismos deberá garantizarse a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión regional, el ejercicio de la competencia en términos y condiciones de igualdad.

"En los estatutos se determinarán los actos que para su aprobación requieran del voto favorable de la mayoría cualificada de sus miembros". (Las negrillas no son del texto).

Por su parte, en el art. 29, la citada Ley 182 de 1995 consagró la **libertad de operación, expresión y difusión** en los siguientes términos:

*"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. En especial, la Comisión Nacional de Televisión, expedirá regulaciones tendientes a evitar las prácticas monopolísticas o de exclusividad con los derechos de transmisión de eventos de interés para la comunidad y podrá calificarlos como tales, con el fin de que puedan ser transmitidos por todos los operadores del servicio en igualdad de condiciones.*

*"La Comisión Nacional de Televisión **reglamentará y velará por el establecimiento y difusión de franjas u horarios en los que deba transmitirse programación apta para niños o de carácter familiar.***

"(...).

"PARÁGRAFO. (...)". (Las negrillas no son del texto).

En el art. 53 de la misma ley 182, se consagraron otras facultades sancionatorias para la CNTV, a saber:

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

"PARAGRAFO. 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". (Las negrillas no son del texto).

Por último, la ley 182 de 1995 estableció en el art. 55 lo siguiente:

"Obligatoriedad de dedicar tiempo de programación a temas de interés público. Los canales nacionales, regionales, zonales y locales de televisión **estarán obligados a dedicar un porcentaje de su tiempo a temas de interés público.** El cubrimiento de éstos debe hacerse con criterio de equidad, en el sentido de que, en éste, se provea igualdad de oportunidades para la presentación de puntos de vista contrastantes. La Comisión Nacional de Televisión **reglamentará** los términos para el cumplimiento de la obligación prevista en el presente artículo.

<Inciso modificado por el artículo 12 de la Ley 335 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> "La reglamentación que expida la Comisión Nacional de Televisión en relación con el tiempo de los espacios institucionales deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley.

"(...)". (Las negrillas no son del texto).

2.2.3. Acto Legislativo 2 de 2011

Como se expresó anteriormente, este acto legislativo derogó el art. 76 de la Constitución Política y subrogó el artículo 77 por el siguiente:

*"El Congreso de la República expedirá la **ley que fijará la política en materia de televisión**". (Las negrillas no son del texto).*

El mismo Acto Legislativo introdujo en el artículo 3º una norma transitoria del siguiente tenor:

*"Artículo transitorio. Dentro de los seis meses siguientes a la entrada de vigencia del presente acto legislativo, el Congreso expedirá las normas mediante las cuales se defina la **distribución de competencias** entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la **formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión**. Mientras se dicten las leyes correspondientes, la Comisión Nacional de Televisión continuará ejerciendo las funciones que le han sido atribuidas por la legislación vigente". (Las negrillas no son del texto).*

2.2.4. Ley 1507 de 2012

Se expidió en cumplimiento de lo ordenado en el citado artículo transitorio. En su art. 2º creó la Autoridad Nacional de Televisión –ANTV-, órgano que sustituyó a la Comisión Nacional de Televisión:

"Creación, naturaleza, objeto y domicilio de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV). Créase la Autoridad Nacional de Televisión en adelante

ANTV, como una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, la cual formará parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones. La ANTV estará conformada por una Junta Nacional de Televisión, que será apoyada financieramente por el Fondo para el Desarrollo de la Televisión (FONTV) de que trata el artículo 16 de la presente ley.

"El objeto de la ANTV es brindar las herramientas para la ejecución de los planes y programas de la prestación del servicio público de televisión, con el fin de velar por el acceso a la televisión, garantizar el pluralismo e imparcialidad informativa, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, así como evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley. La ANTV será el principal interlocutor con los usuarios del servicio de televisión y la opinión pública en relación con la difusión, **protección y defensa de los intereses de los televidentes y dirigirá su actividad dentro del marco jurídico, democrático y participativo que garantiza el orden político, económico y social de la Nación.**

*"El alcance de su autonomía tiene como fin permitirle a la Autoridad desarrollar libremente sus funciones y **ejecutar la política estatal televisiva**. En desarrollo de dicha autonomía administrativa, la Junta Nacional de la ANTV adoptará la planta de personal que demande el desarrollo de sus funciones, sin que en ningún caso su presupuesto de gastos de funcionamiento exceda el asignado en el presupuesto de gastos de funcionamiento de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) a que se refiere la Ley 1341 de 2009.*

"La ANTV no podrá destinar recursos para suscripción de contratos u órdenes de prestación de servicios personales, salvo en los casos establecidos en la ley.

"El domicilio principal de la ANTV será la ciudad de Bogotá Distrito Capital". (Las negrillas no son del texto).

El art. 3º señaló las funciones del nuevo organismo, en los siguientes términos:

"Funciones de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV). De conformidad con los fines y principios establecidos en el artículo 2º de la Ley 182 de 1995, la ANTV ejercerá las siguientes funciones, con excepción de las consignadas en los artículos 10, 11, 12, 13, 14 y 15 de la presente ley:

"a) Ejecutar para el cumplimiento de su objeto los actos y contratos propios de su naturaleza;

*"b) **Adjudicar las concesiones** y licencias de servicio, espacios de televisión, de conformidad con la ley;*

"c) Coordinar con la ANE los asuntos relativos a la gestión, administración y control del espectro radioeléctrico;

"d) *Diseñar e Implementar estrategias pedagógicas para que la teleaudiencia **familiar e infantil** puedan desarrollar el espíritu crítico respecto de la información recibida a través de la televisión.*

"e) ***Sancionar cuando haya lugar a quienes violen con la prestación del servicio público de televisión, las disposiciones constitucionales y legales** que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños.*

"(...)". (Las negrillas no son del texto).

Y el art. 6º lo siguiente:

"(...)".

"j) ***Sancionar**, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales **por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la ANTV**, relacionadas con el servicio.*

"(...)". (Las negrillas no son del texto).

2.2.5. Las regulaciones expedidas por la CNTV en materia de espacios institucionales

En desarrollo de sus funciones legales de regulación a que se aludió en el anterior acápite, la Comisión Nacional de Televisión expidió el **Acuerdo No. 15 de marzo 20 de 1997**, mediante el cual se reglamenta la utilización y tiempo de los espacios institucionales en el servicio público de televisión, aplicable a todos los operadores de televisión, fueren públicos o privados. En el art. 2º definió lo siguiente:

"***Espacios institucionales son aquellos reservados** por la Comisión Nacional de Televisión para la emisión de programas realizados por entidades del Estado, o cuya producción haya sido contratada por éstas con terceros, con el fin de **informar a la ciudadanía acerca del ejercicio propio de sus funciones, y destinados a la promoción de la unidad familiar, el civismo, la educación, los derechos humanos** y, en general, orientados a la **divulgación de los fines y principios del Estado.***

"PARAGRAFO: (...)".

Por su parte, el art. 4º ordenó lo siguiente:

"*Sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales, la Comisión Nacional de Televisión **reservará** en los pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos licitatorios y concursos que adelante para la adjudicación de canales privados nacionales y locales y/o comunitarios; así como en las autorizaciones para la operación del servicio a nivel regional y en los pliegos de condiciones para la concesión de espacios de televisión en las cadenas*

comerciales operadas por Inravisión, los siguientes tiempos diarios para espacios institucionales:

"En la franja infantil: hasta 30 minutos.

"En la franja familiar: hasta 60 minutos.

"En la franja adultos: hasta 30 minutos.

"Los programas emitidos en espacios institucionales deberán ajustarse a la duración y franja del espacio en el que se presentan.

"PARAGRAFO. (...)".

Mediante **Resoluciones No. 64 de 2000 y 290 de 2002**, la CNTV reglamentó la emisión de espacios institucionales, estableciendo los horarios para su transmisión y los requisitos para la asignación de los mismos, entre otros. Y por **Resolución 30 de 2008**, modificatoria de la 290, la entidad convocada ordenó:

"Los espacios de televisión reservados por el Código del Menor para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tendrán un minuto (1´) de duración diaria y, los mensajes correspondientes, deberán emitirse de lunes a viernes, en todos los canales de televisión colombianos, en el horario comprendido entre las 19:00 y las 20:00 horas".

Considera el Tribunal que las anteriores normas fueron expedidas por la CNTV con la competencia legal para ello; así mismo, consagran las conductas a observar por los operadores de televisión (principio de tipicidad), consistentes en transmitir los mensajes institucionales, en los horarios establecidos; y su expedición fue anterior a la infracción en que según la parte convocada incurrió la convocante (principio de legalidad).

2.2.6. Conclusión de este acápite

Un análisis de las normas transcritas permite concluir al Tribunal que la televisión es un servicio público y que la Comisión Nacional de Televisión fue creada como un órgano autónomo para **dirigir la respectiva política**, con claras **funciones de regulación de ese servicio, así como de intervención, inspección, vigilancia y control** de todas las personas que lo presten (sean operadores –mediante contrato de concesión o mediante licencia, o comunidades organizadas). En esas condiciones, esa entidad tenía, la competencia para expedir normas de carácter general (Acuerdos) o de carácter particular (Resoluciones); conceder licencias a operadores públicos; celebrar contratos de concesión con particulares para la explotación del espectro electromagnético; efectuar visitas de inspección a los operadores y examinar sus libros de contabilidad; **establecer prohibiciones**; e **imponer sanciones** por violación a las mismas, o a las infracciones consagradas en la ley, mediante multas, suspensión o revocación de la licencia o concesión respectiva.

Aunque la citada Comisión fue suprimida, fue sustituida por la Autoridad Nacional de Televisión –ANTV-, entidad a la cual le fueron atribuidas prácticamente las **mismas funciones**, con excepción de la que fue reservada al legislador por el Acto Legislativo 2 de 2011, en el sentido de **fijar la política** en materia de televisión.

2.3. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA

En desarrollo de lo expuesto, pasa el Tribunal a ocuparse del estudio de las excepciones propuestas en la respectiva contestación a la demanda:

2.3.1. Caducidad Y Prescripción

Aunque el título de la excepción propuesta incluye la "prescripción", solamente sustenta la supuesta caducidad de la acción y, en tal virtud, el Tribunal se referirá únicamente a esta última.

En síntesis, la entidad convocada expresa que los actos administrativos demandados son las Resoluciones 1011 de agosto 12/11 y 1210 de diciembre 26/13 y advierte que ésta última se notificó personalmente el 15 de mayo de 2014. Sin embargo, la demanda se presentó el 22 de marzo de 2016 cuando habían transcurrido los cuatro (4) meses para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho previstos en el art. 164 literal d) del CPACA (Ley 1437 de 2011).

Posición de la parte convocante:

Al descorrer el traslado de las excepciones, RCN Televisión manifestó que la convocada confunde los fenómenos de caducidad y prescripción, y los de acción y pretensión; sin embargo entiende que, según la convocada, las pretensiones han debido reclamarse a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y no a través de la acción contractual, por lo anterior la acción de nulidad estaría caducada de conformidad con lo previsto en las normas legales.

Expresa que al tratarse de multas contractuales el medio de control es el de controversias contractuales (Artículo 141 del CPACA) ya que con dicha acción se puede perseguir la declaratoria de nulidad del contrato o de actos administrativos contractuales, entre los cuales se encuentran las sanciones contractuales.

Concluye manifestando que por tratarse de actos administrativos derivados del contrato mismo, como es la imposición de multas, el término de caducidad previsto según el artículo 164 del CPACA es de dos (2) años contados, a partir de la liquidación del contrato.

Consideraciones del Tribunal:

En primer lugar, se precisa que, efectivamente, la parte convocante demandó la nulidad de los citados actos administrativos y también solicitó el correspondiente restablecimiento del derecho, consistente en la restitución de la multa pagada a la ANTV, con la actualización respectiva.

En principio, las aludidas pretensiones parecen ser propias de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, por tanto, podrían encuadrar en el art. 85 del C.C.A. o Código Contencioso Administrativo, vigente para la época de ocurrencia de los hechos sancionados, que expresaba:

"Acción de restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, podrá pedir

que, además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño.

"La misma acción tendrá quien, además, pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

Una norma similar consagró la **Ley 1437 de 2011** (o CPACA) en el art. 138:

"NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

"Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

Dicha acción efectivamente tenía una caducidad o plazo para demandar de cuatro (4) meses, como lo ordenaba el art. 136 del C.C.A.:

"Caducidad de las acciones. *La de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir.*

"La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años.

"Sin embargo, cuando se demanden actos que reconozcan prestaciones periódicas la acción podrá proponerse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. (...)". (Las negrillas no son del texto).

Una norma similar consagró la Ley 1437 de 2011 en el art. 164:

"OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. *La demanda deberá ser presentada:*

1. *En cualquier tiempo, cuando: (...).*

2. *En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*

"(...).

"c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso;

*"d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse **dentro del término de cuatro (4) meses** contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;*

"(...)".

Obsérvese que la norma transcrita incluyó un literal especial (el c), relativo a los **actos previos a la celebración del contrato**, en cuyo caso previó también una caducidad de cuatro (4) meses, que se contará de la misma manera que la consagrada en el literal d). Se refiere a lo que el C.C.A., la doctrina y la jurisprudencia han denominado actos "separables" del contrato.

En el presente caso, las Resoluciones demandadas fueron expedidas por la CNTV y la ANTV **con posterioridad** a la celebración del contrato de concesión y durante su ejecución, razón por la cual el Tribunal concluye que no es aplicable el literal c) de la norma.

Ahora bien, en cuanto a lo dispuesto en el literal d), tampoco se considera aplicable, toda vez que para el Tribunal la acción es la **contractual** (prevista en el art. 87 del C.C.A y en el 141 de la Ley 1437 de 2011), pues la controversia entre las partes procesales **se originó en el contrato de concesión** celebrado por ellas mismas, en la medida en que la CNTV y la ANTV impusieron una multa al concesionario por haber infringido algunas normas e incumplido algunas obligaciones contractuales. Y se aclara que en ejercicio de una acción contractual también es posible pedir la nulidad de los actos administrativos proferidos durante la vigencia del contrato, como lo ha reconocido muchas veces la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Rezan, en su orden, las mencionadas normas:

Artículo 87 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984):

***"Acciones relativas a contratos.** Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.*

"La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato.

"Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código".

Artículo 141 del CPACA (Ley 1437 de 2011):

"CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

"Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

"El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes".

La caducidad de dichas acciones, está consagrada en los artículos 136 del C.C.A. y 164, numeral 2º, literal j) del CPACA, normas que rezan:

Artículo 136 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984):

"CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. (...).

"(...).

"Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella.

"(...)".

Artículo 164 num 2º, lit. j) del CPACA (Ley 1437 de 2011):

"La demanda deberá ser presentada:

"1. (...)

"2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

"(...).

"j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

"Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día

siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

"En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

"i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

"ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

"iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

"iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

"v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

"(...)"

Observa el Tribunal que el contrato de concesión celebrado entre RCN y la ANTV se encuentra aún **en ejecución** pues fue prorrogado hasta el 2019; razón por la cual el término de caducidad de la acción contractual ni siquiera había comenzado a correr cuando se presentó la demanda.

En conclusión, **no prospera** la excepción de caducidad propuesta por la parte convocada.

2.3.2. Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer respecto a la demanda de actos sancionatorios y para pronunciarse respecto de las pretensiones de la demanda

En síntesis, la entidad convocada considera que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 152 del CPACA, la competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Aduce que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de cláusulas exorbitantes, como tampoco en controversias originadas en obligaciones legales en las cuales está interesado el orden público, porque son una expresión del poder público. Y en el presente caso, son demandados unos actos administrativos de carácter sancionatorio, expedidos por la autoridad encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control, en ejercicio de las funciones previstas en el art. 5º de la Ley 182 de 1995 y en el lit. h) del art. 12 ibídem, transcrito en el capítulo del marco normativo.

Destaca que, en la primera de las Resoluciones demandadas, la CNTV está ejerciendo las facultades contenidas en el literal b) del art. 5º y h) del art. 12 de la Ley 182 de 1995. Agrega que la Ley 1507 de 2012 radicó en cabeza de la ANTV las mismas funciones que consagraba la citada Ley 182, entre la cuales destacó las consagradas en el literal e) del art. 3º y del art. 6º literal j), ambas normas transcritas en acápite anterior.

Posición de la parte convocante:

Al descorrer el traslado de las excepciones, RCN Televisión expresó que la jurisprudencia que cita la convocada para sustentar que el Tribunal no es competente, no es aplicable al presente caso por cuanto existe una relación contractual, en virtud de lo cual la ANTV ejerce su potestad sancionatoria, como función en cabeza de su órgano directivo -Junta Directiva Nacional de Televisión-, de conformidad con el artículo 6º literal j) de la Ley 1507 de 2012, ya transcrito.

Adicionalmente, manifiesta que según el contrato suscrito quedó plasmada la intención de las partes de acordar un pacto arbitral respecto de las controversias relacionadas con el contrato de concesión, entre ellas la imposición de multas provenientes de este contrato.

Concluye expresando que según el Consejo de Estado, los actos administrativos proferidos dentro del ámbito de un contrato estatal pueden ser conocidos por la justicia arbitral, con excepción de los que impliquen el ejercicio de cláusulas exorbitantes (Ley 80, artículo 14).

Consideraciones del Ministerio Público:

Del mismo modo, el Ministerio Público considera en su escrito final presentado al Tribunal, que en el caso sub examine se encuentran acreditadas las excepciones de falta de jurisdicción y competencia, con base en los siguientes razonamientos:

En el presente caso, siguiendo la posición adoptada por el Honorable Consejo de Estado, se debe definir la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación del servicio público de televisión celebrado entre las partes, que presenta dos categorías de cláusulas: unas de naturaleza legal o reglamentaria y otras de naturaleza contractual. O sea que no todas las cláusulas del contrato surgen de un acuerdo de voluntades, sino que muchas de ellas se encuentran ligadas con la competencia Constitucional y legal que tenía en su momento la Comisión Nacional de Televisión y ahora la Autoridad Nacional de Televisión, para dirigir, regular y controlar el uso del espectro electromagnético, definido en el artículo 75 de la Carta Política como: "*un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado*". Es decir, no se trata de una potestad excepcional o exorbitante de la administración asimilable a las reguladas en la Ley 80 de 1993.

En esas condiciones, considera que debe analizarse si la multa impuesta a la sociedad convocante proviene de una cláusula de naturaleza contractual o legal, para poder definir si la justicia arbitral está investida de jurisdicción y competencia para decidir el asunto. Al respecto, estima que los actos administrativos demandados se fundamentan en el ejercicio de las competencias previstas en los literales b) del artículo 5º y h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995.

En la concesión para el servicio público de televisión existen, entonces, dos tipos de multas: Las de apremio por incumplimiento de obligaciones contractuales; y las sancionatorias por violación de disposiciones legales y reglamentarias del servicio público de televisión. Según el precedente fijado por el Honorable Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, si la multa corresponde a un trámite eminentemente administrativo sancionatorio en ejercicio del ius puniendi del Estado al ejercer el control y la gestión

del espectro electromagnético, como bien público, dichos actos administrativos deben ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo, en la medida en que la potestad sancionatoria de la Administración no es un asunto de libre disposición de los contratantes.

En el presente caso, el Ministerio Público considera que la falta que dio origen a la sanción pecuniaria impuesta a la Convocante, no hace referencia alguna al incumplimiento de cláusulas típicamente contractuales, sino a normas que reglamentan el uso del espectro electromagnético entregado en concesión a RCN TELEVISIÓN S.A. Por tanto, asumir que el Honorable Tribunal de Arbitramento tiene jurisdicción y competencia para decidir de fondo la presente controversia, sería tanto como confundir a la Ley con el contrato de concesión, tal y como lo ha advertido la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia mencionada.

Así mismo, esa posición se refuerza con la Sentencia del 20 de febrero de 2014, de la Sección Tercera Subsección B, expediente 41064, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, al desatar un recurso extraordinario de anulación respecto de un contrato de concesión del servicio público de televisión, en la que se concluyó lo siguiente:

“(…).

"En el caso concreto la multa devino de una potestad constitucional y legal de dirección y regulación y control del servicio público de televisión en cabeza de la convocada ANTV, no de una potestad excepcional de las reguladas en la ley 80 de 1993, por lo que se trata de actos administrativos sancionatorios cuyo control judicial está reservado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Consideraciones del Tribunal:

Se encuentra acreditado en el expediente, que en la primera audiencia de trámite este Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias contractuales surgidas entre RCN TELEVISIÓN S.A. y la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN S.A., mediante auto No 8 de diecinueve (19) de Octubre de 2016, (Folios 251 a 262 del Cuaderno Principal No. 1), (Acta número 6), el cual quedó confirmado mediante auto No. 10 de dos (2) de noviembre de 2016 (Folios 268 al 278 del Cuaderno Principal No. 1) al resolver el recurso de reposición formulado contra el mismo, por la parte convocada.

El Tribunal en esta oportunidad **reitera y se remite** a los criterios expuestos en dichas providencias, que le sirvieron de fundamento para asumir la competencia, en especial, el relacionado con la naturaleza de los actos sancionatorios materia de la demanda arbitral, con sujeción a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

En efecto, según se estableció en la sentencia C-1436 de 2000, la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, determinó que los Tribunales de Arbitramento no tienen competencia para conocer y decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos dictados en ejercicio de cláusulas exorbitantes, lo que corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y en manera alguna a particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, pues,

“el análisis sobre estas sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado- contratista. Este análisis entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces”.

Así pues, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, cuando se trata de actos administrativos expedidos en desarrollo de las facultades o poderes excepcionales consagrados en el **artículo 14 de la ley 80 de 1993**, no existe competencia de los árbitros para conocer acerca de la legalidad de los mismos, que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales. Empero, como lo expuso el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia de 10 de junio de 2009²¹, **los demás actos administrativos contractuales, sí pueden ser materia del examen y decisión de la justicia arbitral**, *“en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional, en relación con los mismos, tampoco la Constitución o la ley establecen restricción alguna al respecto”.*

De ahí que también, para el Consejo de Estado, los actos que imponen multas a un contratista, no corresponden *“a la categoría de actos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales y por lo mismo son de competencia de los Tribunales arbitrales”.*

Adicionalmente, en laudo arbitral proferido el tres (3) de abril de 2017, de CARACOL TELEVISIÓN S.A. contra la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN, se expresó:

“Así lo dijo el Consejo de Estado en sentencia del 12 de agosto de 2013, precisamente en relación con una multa impuesta por la Comisión Nacional de Televisión a un concesionario de televisión.

“En esta oportunidad se reitera que frente a la validez de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad impone multas al contratista, comoquiera que ello no comporta el ejercicio de una exorbitancia, los árbitros sí pueden pronunciarse, tal como lo ha considerado la Corporación, al abordar y rectificar su Jurisprudencia en tan importante punto (...)”.

Finalmente, el Tribunal estima que no le asiste razón al Ministerio Público en su planteamiento, con fundamento en lo decidido por este Tribunal mediante Auto No. 10 de 2 de noviembre de 2016, en el cual se expresó:

“La facultad sancionatoria de la Comisión no tiene entonces una única fuente; confluyen en ella la competencia sancionatoria como autoridad de vigilancia,

²¹ Sentencia del 10 de junio de 2009, expediente, No 36.252.

control e inspección del servicio público de televisión y la facultad sancionatoria como entidad estatal contratante y por ello para identificar si se trata de un acto contractual, se ha de examinar si en el caso sub iudice, la sanción se impuso en el marco de un contrato y si está ligada a un incumplimiento de obligaciones contractuales”.

En conclusión, **no prospera** la excepción de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, para conocer de la demanda de actos sancionatorios y para pronunciarse respecto a las pretensiones contenidas en la misma.

2.3.3. Inexistencia de la causa para la pretendida “restitución”.

La parte convocada aduce que RCN violó lo dispuesto en la cláusula 14 del otrosí del contrato de concesión, en la que se comprometió a cumplir las siguientes obligaciones:

“1./ Observar estrictamente los principios constitucionales y los fines del servicio de televisión, especialmente los establecidos en el artículo 2 de la Ley 182 de 1995, el artículo 22 de la Ley 335 de 1996 y en las demás normas aplicables, así como en las que las modifiquen, adicionen o reglamenten.

“2./ Cumplir con la reglamentación que expida LA COMISIÓN respecto del servicio público de televisión”.

Así mismo, expresa que RCN violó lo dispuesto en el art. 55 de la Ley 182 de 1995 que obliga a los canales nacionales a dedicar tiempo de programación a temas de interés público. Al considerar demostrado que RCN cometió la infracción, concluye que no existe razón válida para pretender la restitución de lo pagado a título de multa.

Posición de la parte convocante:

Al recorrer el traslado de las excepciones, RCN Televisión adujo, en síntesis, que tiene el *“derecho de acudir ante la administración de justicia arbitral para discutir los actos administrativos impositivos de multas que carecen de sustento, que son desproporcionales y que están erróneamente valorados.”*

Consideraciones del Tribunal:

El Tribunal hará el análisis de esta excepción simultáneamente con el de los cargos formulados en la demanda, toda vez que se refiere al fondo del presente asunto.

2.4. LOS CARGOS FORMULADOS EN LA DEMANDA.

2.4.1. Desviación de poder.

Posición de la convocante:

Esta parte sustenta el cargo en los siguientes términos:

“La administración, para la realización del interés público, está dotada de una serie de potestades que cuando se utilizan para fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico se constituye la desviación de poder.

"La configuración de la desviación de poder como vicio de los actos administrativos aparece recogida en la sentencia C-456 de 1998, la cual se refiere a su naturaleza en los siguientes términos.

"´El vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia´.

"Así mismo lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

"´La desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la Ley quería al otorgarla. Se presenta cuando el auto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la Ley ha consagrado, bien que este enderezado a un fin dañino o espurio o aun ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario para beneficiar a un tercero o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de estas´²².

"Así, el fenómeno de la desviación de poder puede presentarse aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que la sanción a imponer se encuentre justificada con observancia debida de los criterios establecidos para ejercer dicha potestad sancionadora²³.

"En el presente caso, si bien existe una actuación con apariencia de legalidad, esto es, la expedición de una resolución motivada que impone una sanción de multa, esta no solo es desproporcionada, sino que viola de manera flagrante el mandato legal contenido en la Ley 182 de 1995, en el artículo 12, literal h), tal como se demostrará más adelante".

En su **alegato de conclusión**, la Convocante no se refirió al cargo de la desviación de poder.

Posición de la parte convocada:

Al respecto, la convocada expresa que la entidad hizo uso de su facultad sancionatoria teniendo en cuenta los criterios establecidos en el art. 12 de la ley 182

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del tres de octubre de dos mil siete (2007), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación 24844.

²³ Consejo de Estado, sentencia del 24 de junio de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente No. 25000232500020040244401.

de 1995, en la medida en que la parte convocante dejó de emitir varios mensajes y emitió 267 mensajes en un horario diferente al establecido para tal efecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Junta Directiva concluyó que *"con la conducta anteriormente descrita se infringieron los artículos 1º, 2º, 3º de la Resolución 290 de 2002"*. Por lo anterior, teniendo en cuenta el proceso adelantado dentro de la investigación administrativa y con fundamento en los hechos, pruebas y consideraciones efectuadas, encontró probado que el Concesionario incumplió con sus obligaciones, razón por la cual expidió las resoluciones imponiendo la multa, con base en lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 182 de 1995.

En su **alegato de conclusión**, la parte convocada expresa que la demanda no formuló un verdadero cuestionamiento a los actos demandados, ni explicó por qué la Autoridad tuvo una finalidad diferente a la de hacer cumplir sus normas. La convocante afirma que la multa impuesta fue desproporcionada pues no atendió los parámetros de ley, pero no justifica ni razona el porqué de la solicitud de anulación por el criterio de la desviación de poder.

Así mismo, adujo que los actos administrativos demandados fueron expedidos en ejercicio de las facultades y de las funciones legales que se le otorgaron a la Comisión de Televisión y a la Autoridad de Televisión porque ésta ejerce la titularidad y la reserva del servicio público de televisión. La facultad sancionatoria de la administración, así como la facultad de inspección y vigilancia que tiene la Autoridad de Televisión, están establecidas en la ley, no son caprichosas, y las resoluciones que se cuestionan tienen fundamento legal en el artículo 5 de la Ley 182 del 95 y 11 de la Ley 1507 del 2012.

Reitera que la convocante infringió las obligaciones previstas en la Resolución 290 que reglamenta el Acuerdo 015, en donde se establece la utilización y tiempo de los espacios institucionales del servicio público de televisión, espacios que según el artículo 2 de dicho acuerdo, están destinados a la promoción de la unidad familiar, el civismo, la educación, los derechos humanos y en general orientados a la divulgación de los fines y principios del Estado. Y que la Autoridad encontró probado que el concesionario no emitió mensajes y espacios institucionales los días 13, 14, 21 y 28 de octubre, conforme a los planes de emisión de fechas 9 a 30 de septiembre de 2008, del 8 a 31 de octubre del 2008, 6, 10, 19 y 21 de noviembre del 2008, 4 al 28 de noviembre del 2008, 4, 11, 16, 22 y 31 de diciembre del 2008, por lo que claramente incurrió en 302 faltas administrativas.

Considera que tanto la ley como las normas reglamentarias establecen como misión de la Autoridad o de la Junta Directiva de la Autoridad sancionar a los operadores del servicio por violación de sus obligaciones contractuales o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con el servicio público de televisión, luego tienen plena competencia.

Aduce que no es un tema insignificante porque el artículo 55 de la Ley 182 del 95 establece como obligatorio a los canales nacionales *"dedicar tiempo de programación a temas de interés público"*. En efecto, *"(...) si la administración ha entendido que un determinado espacio institucional deber ser emitido en determinada hora, es porque encuentra que en esa hora el público, el colectivo que va a recibir el mensaje es apto para la edad o con el horario que así lo establece, luego no es caprichoso, de ahí la necesidad de que la administración invoca -sic- las sanciones a los operadores cuando incumplen las normas que sobre él se establecen"*.

Concluye diciendo que la Ley 182 del 95 y la 335 del 96 establecen como principios del servicio público de televisión, que son finalidades del Estado, los de formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana, satisfacer las necesidades 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, general y regional.

Consideraciones del Tribunal:

La desviación de poder es uno de los vicios que pueden afectar la validez de los actos administrativos y que determinan su declaratoria de nulidad.

El C.C.A. o Decreto 01 de 1984, que era el vigente para la época de los hechos, consagró la acción de nulidad como un medio de control de legalidad de los actos administrativos, en los siguientes términos:

"ARTICULO 84. ACCION DE NULIDAD. Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

*"Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también **cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.***

"También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro". (Las negrillas no son del texto).

Una norma similar consagra la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que en el art. 137 dispuso lo siguiente:

"NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

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

"También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

*"(...).
"PARÁGRAFO. (...)"*

De conformidad con las normas transcritas, se puede concluir que la desviación de poder es un vicio que consiste en la expedición de actos administrativos con desviación de las atribuciones propias del funcionario o de la entidad respectiva. Es

decir que, en principio, el análisis de este cargo debería centrarse en el estudio de las atribuciones, tanto del funcionario, como de la entidad que expidió los actos administrativos demandados.

La doctrina y la jurisprudencia han profundizado en el concepto de la *desviación de poder*, expresando que se configura cuando el Estado "(...) *utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una **finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia***"²⁴. (Destaca el Tribunal).

También puede llegar a configurarse cuando la autoridad administrativa, simplemente expide el acto administrativo con unos **finés diferentes** a aquellos para los cuales la ley le otorgó la respectiva competencia. Al efecto, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

*"Cuando se alega la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo **corresponde al actor la carga de la prueba**. Probar que las razones que se tuvieron en cuenta para proferir el acto acusado no son aquellas que le están expresamente atribuidas por la ley, sino otras y que por lo mismo, la decisión ha sido tomada en vista de un **fin distinto a aquel para el cual la facultad le fue otorgada a la autoridad que lo profiere***"²⁵. (Las negrillas no son del texto).

Y en otro fallo expresó:

*"Como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación, la desviación de poder se configura cuando **la atribución** de que está investida una autoridad administrativa **se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes***"²⁶. Así se ha entendido que la desviación de poder, como causal de anulación consiste en que una autoridad, con la competencia suficiente para expedir el acto acusado lo hace por **móviles distintos a la finalidad expresa o implícita de la norma** que le atribuye dicha competencia.

*"A la parte que alega la desviación de poder le corresponde **probar de manera clara, fehaciente y determinante** la existencia de móviles distintos de la Administración, aportando las pruebas que lleven a la certeza de que **los motivos** que tuvo la autoridad administrativa para expedir el acto, **tuvieron un fin distinto al bien jurídico tutelado por la ley***"²⁷. (Las negrillas no son del texto).

La misma Corporación y Sección, concluyó:

*"Por lo demás, como lo ha reiterado la Corporación, la desviación de poder se configura cuando la atribución de que está investida una autoridad administrativa se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino **en busca de***

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-456/98.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Delio Gómez Leyva, Sentencia del 5 de diciembre de **1997**, Expediente: 8381.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 5 de diciembre de 1997, exp. 8381, M. P. Delio Gómez Leyva, Sala Plena, Sentencia del 17 de noviembre de 2004, exp. S-629, M. P. Ligia López Díaz.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta. C. P. Ligia López Díaz. Sentencia del 11 de septiembre de **2006**. Expediente: 2500023240001999 00849 01 (13694).

logros diferentes, esto es, cuando la autoridad competente para expedir el acto acusado, lo hace por móviles distintos a la finalidad expresa o implícita de la norma que le atribuye dicha competencia.

*"Y, a quien alega la desviación de poder, le corresponde **probar de manera contundente** que los motivos que tuvo en cuenta la autoridad administrativa para expedir el acto, perseguían un fin distinto al bien jurídico tutelado por la ley²⁸. (Las negrillas no son del texto).*

De acuerdo con lo anterior, quien alega la desviación de poder **tiene la carga de probarla plenamente**, con medios "que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido, el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que, por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para obtener como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la ley²⁹.

En suma, el vicio de desviación de poder se configura cuando los actos administrativos se expiden con **finés diferentes**, sin importar si son legítimos o no, a aquellos para los cuales la ley le otorgó la respectiva competencia, lo cual debe ser probado plenamente por la parte que lo alega.

Para el estudio de este cargo, la Sala desarrollará los siguientes temas: (i) La finalidad de la ley al otorgar las competencias a esa entidad y a la Autoridad Nacional de Televisión, en especial para imponer multas a los concesionarios de televisión, condición que ostenta la convocante; (ii) el contrato de concesión celebrado con la parte convocante y las obligaciones contraídas por ésta última; y (iii) si está probado que la entidad convocada expidió los actos demandados con unos fines o móviles distintos, desviándose de dicha finalidad.

2.4.1.1. La finalidad de la ley al otorgar las competencias a esa entidad y a la Autoridad Nacional de Televisión, en especial para imponer multas a los concesionarios de televisión

En primer lugar, de las normas de la Constitución que se transcribieron en el acápite respectivo, se deducen las siguientes finalidades: Garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, evitar las prácticas monopolísticas en su uso, democratizar el acceso al servicio de televisión y promover la industria y actividades de televisión (art. 75, 76 y 77 en su texto original de la C.P.).

Así mismo, por tratarse de un servicio público, el de televisión es inherente a la **finalidad social del Estado** y su **prestación** debe ser **eficiente**, razones que justifican que sea el Estado quien mantenga la titularidad, reserva, regulación, el control y la vigilancia de dicho servicio (art. 365 de la C.P. y la Ley 182 de 1995, art. 1º).

De acuerdo con el art. 2º de la Ley 182 de 1995, los **finés** del servicio de televisión son **"formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera**

²⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Héctor J. Romero Díaz, Sentencia del 18 de junio 2009, Expediente: 250002324000199900598 01. Actor: CÁCERES Y FERRO S.A. vs. Superintendencia Financiera.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 31 de agosto de 1988.

sana, (...) 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". Señala la misma norma que dichos fines se arreglarán conforme a unos principios, entre ellos, la **protección de la juventud, la infancia y la familia, y la preeminencia del interés público sobre el privado.**

Por su parte, en el art. 4º ibídem consagra otros fines, consistente en **garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio.**

El art. 5º de la misma ley 182 estableció las funciones de la Comisión Nacional de Televisión, entre las cuales se destaca la del literal m), consistente en "**diseñar estrategias educativas con el fin de que los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión regional las divulguen y promuevan en el servicio, a efecto de que la teleaudiencia familiar e infantil pueda desarrollar la creatividad, la imaginación y el espíritu crítico respecto de los mensajes transmitidos a través de la televisión"** (destaca el Tribunal).

En el art. 29 ibídem, el legislador consagró la libertad *regulada* de expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio 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"**.

Con base en lo anterior y, para la plena satisfacción de las mencionadas finalidades, el legislador (art. 53 de la Ley 182) le otorgó a la Comisión Nacional de Televisión la facultad tanto de **establecer conductas prohibidas** (que atenten contra el pluralismo informativo, la competencia, el régimen de inhabilidades y los derechos de los televidentes), así como la de **imponer las correspondientes sanciones.**

La facultad sancionatoria también se atribuyó a la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV- a saber: En el art. 3º de la Ley 1507 de 2012 literal e), la facultad específica de "**Sancionar cuando haya lugar a quienes violen con la prestación del servicio público de televisión, las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños"**. Y otra de carácter general en el artículo 6º, literal j) ibídem, consistente en "**Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la ANTV, relacionadas con el servicio"**. (Destaca el Tribunal).

2.4.1.2. El contrato de concesión celebrado con la parte convocante y las obligaciones contraídas por ésta última

La Comisión Nacional de Televisión y TRR Televisión S.A. suscribieron el contrato de concesión No. 140 de 1997, el cual tuvo por objeto "**(...) la entrega que hace LA COMISION, a título de concesión al CONCESIONARIO, de la operación y**

explotación del Canal Nacional de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional N1, (...)". En la cláusula segunda, se pactó que el canal de Operación Privada tendría el nombre de "RCN TELEVISION - CANAL NACIONAL".

En la cláusula 4º, denominada **finés y principios**, se transcriben los consagrados en el art. 2º de la Ley 182 de 1995 y en el último inciso se pactó lo siguiente:

"EL CONCESIONARIO, observará estrictamente dichos fines y principios, las normas contenidas en la Ley 182 de 1995 y la Ley 335 de 1996, y las demás disposiciones constitucionales, legales y los reglamentos que expida LA COMISION".

En la **cláusula 15**, se pactaron las obligaciones del concesionario, entre las cuales se destacan las siguientes:

"(...).

"8. Acatar las disposiciones constitucionales y legales que amparan los derechos de la familia y de los niños, especialmente las contenidas en el Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).

"(...).

"10. Observar estrictamente los principios constitucionales y los fines del servicio de televisión, especialmente los establecidos en el artículo 2 de la Ley 182 de 1995 y 22 de la Ley 335 de 1996.

"(...)". (Las negrillas no son del texto).

En el mismo sentido, la **cláusula 14 del otrosí** del contrato de concesión, correspondiente a la prórroga del mismo, aunque fue suscrito el 9 de enero de 2009, reforzó la **obligación** del concesionario consistente en cumplir las normas legales y la reglamentación que expida la Comisión respecto del servicio público de televisión, pues le corresponde:

"1./ Observar estrictamente los principios constitucionales y los fines del servicio de televisión, especialmente los establecidos en el artículo 2 de la Ley 182 de 1995, el artículo 22 de la Ley 335 de 1996 y en las demás normas aplicables, así como en las que las modifiquen, adicionen o reglamenten.

"2./ Cumplir con la reglamentación que expida LA COMISIÓN respecto del servicio público de televisión". (Las negrillas no son del texto).

Por su parte, la **cláusula 16** del citado contrato de concesión establece las obligaciones de la Comisión Nacional de Televisión, entre las cuales se destaca la siguiente:

"(...).

"3. Adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión e imponer las sanciones pertinentes conforme las disposiciones legales contenidas en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996 y demás normas concordantes.

"(...)". (Las negrillas no son del texto).

En la **cláusula 18** del contrato de concesión, se consagra otra obligación del concesionario en los siguientes términos:

*"CESIÓN DE ESPACIOS AL GOBIERNO NACIONAL. EL CONCESIONARIO **se obliga a ceder al gobierno nacional espacios de programación para transmitir programas de carácter institucional**, de acuerdo con lo dispuesto en el literal j) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995 y con la reglamentación que expida LA COMISIÓN".* (Las negrillas no son del texto).

De otra parte, la **cláusula 30** del contrato de concesión estableció las siguientes sanciones:

*"**MULTAS.** En caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales que a juicio de **LA COMISION** no ameriten la declaratoria de caducidad, **LA COMISION** podrá imponer multas al concesionario a menos que el contrato, las leyes o los reglamentos señalen una sanción específica diferente para la infracción. Estas multas se impondrán, cada vez que estos eventos tengan ocurrencia, mediante resolución motivada del Director de **LA COMISION**, y serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor del contrato. Las multas impuestas se reportarán al Registro Único de Operadores del servicio público de televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional".*

Una disposición similar se pactó en la **cláusula 35 del contrato integrado** en el otrosí No. 8 del 9 de enero de 2009, a la que agregó lo siguiente: *"Para efectos de la imposición de multas, LA COMISIÓN aplicará el procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo".*

Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que el contrato de concesión previó **expresamente obligaciones** para el concesionario, consistentes en cumplir con los principios constitucionales y los fines del servicio de televisión, así como con la reglamentación que expida la Comisión Nacional de Televisión sobre la misma materia.

Por su parte, el mismo contrato consagró la **facultad** de dicha entidad **para sancionar** a los operadores del servicio **por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias**, relacionadas con el servicio público de televisión. Específicamente, la de **imponer multas** al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales que, a juicio de LA COMISION, no ameriten la declaratoria de caducidad del contrato.

En esas condiciones, el contrato de concesión celebrado entre las partes convocante y convocada constituye una fuente tanto de las obligaciones legales y contractuales del concesionario, como de la facultad sancionatoria de la CNTV (hoy de la ANTV), la cual fue ejercida en el caso que nos ocupa para imponer a RCN la multa cuya legalidad se discute en el presente trámite arbitral.

2.4.1.3. Las pruebas de la desviación de poder, o de una finalidad "distinta" a la prevista en la ley

Los actos administrativos, entre ellos los demandados en el presente trámite arbitral, se encuentran amparados por la “presunción de legalidad”, es decir, que se presumen expedidos de conformidad con la ley (por la autoridad competente y con la plenitud de las formalidades exigidas en ella) hasta que se pruebe lo contrario. Por tanto, quien solicita su nulidad tiene **la carga de demostrar o probar plenamente** el vicio de que adolece y, con mayor razón, si el mismo consiste en la *desviación de poder*, pues deberá revelar la verdadera y oculta finalidad del acto, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En el presente caso, la convocante se limitó a **enunciar** el vicio alegado pero **no presentó ni pidió prueba alguna** para demostrar la supuesta desviación de poder con que la entidad convocada profirió los actos acusados. Esta sería una razón suficiente para desestimar el cargo por parte del Tribunal, pese a lo cual se analiza en este laudo con mayor detenimiento.

En efecto, la convocante **no expresa, ni prueba**, cuál fue la verdadera y oculta finalidad perseguida por la CNTV y por la ANTV para expedir los actos sancionatorios. Por el contrario, **confiesa haber cometido la falta** sancionada por dicha autoridad, tanto en la vía gubernativa, como en el texto de la demanda. En efecto, al sustentar otro cargo de la misma que se analizará más adelante, el relacionado con la supuesta violación del Art. 44 del CPACA.- Exceso en la potestad sancionadora, la parte convocante afirma que la multa que le fue impuesta no fue razonable sino excesiva, pues el objeto de investigación fue solo de 3 meses, lapso en el cual **“solo se infringió la norma unos pocos días, y en la mayoría de los casos con unas diferencias de pocos minutos entre el horario de emisión efectiva y el ordenado por la CNTV (...)”**³⁰. (Las negrillas no son del texto).

A lo anterior se agrega que, en la contestación a la demanda, la ANTV se opuso a la pretensión de restituir lo pagado a título de multa, pues esa entidad estableció que RCN infringió las obligaciones previstas en las mencionadas normas, **al encontrar probado** que el Concesionario **no había emitido 35 mensajes institucionales**, conforme a los planes de emisión, y **emitió 267 mensajes en horarios diferentes** a los que correspondía. Por tanto, la entidad hizo uso de su facultad sancionatoria teniendo en cuenta los criterios establecidos en el art. 12 de la ley 182 de 1995.

Por su parte, las pruebas pedidas por la convocante y practicadas dentro del proceso arbitral, fueron exclusivamente documentales y **ninguna de ellas tiene que ver o pretende demostrar que la entidad convocada haya tenido una finalidad distinta** a la prevista por el Constituyente y el Legislador, para proferir los actos sancionatorios demandados.

Hasta aquí y, como corolario de todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera que le asiste razón a la parte convocada cuando contestó la demanda, y se opuso a la declaratoria de nulidad de los actos demandados, con base en que fueron expedidos **“en cumplimiento de las funciones y competencias legales por la autoridad encargada de ejercer en representación del Estado la titularidad y reserva del servicio público de televisión”**.

En razón de todo lo anteriormente expuesto, este **cargo no prospera**.

³⁰ Página 7 de la “reforma integral a la demanda”.

2.4.2. Violación del artículo 44 del CPACA³¹. - El exceso en el ejercicio de la potestad sancionadora

Posición de la convocante:

Expresa la convocante que la sanción impuesta por los actos cuya nulidad se demanda, violan el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) de conformidad con el cual, los actos discrecionales de la administración deben ser adecuados a los fines de la norma que los autoriza y proporcionales a los hechos correspondientes. Dice que la conducta reprochada es no haber transmitido los mensajes y espacios institucionales o no haberlos emitido en el horario establecido para tal efecto en el plan de emisión de espacios institucionales diseñado por la CNTV y que si se tiene en cuenta que el período objeto de investigación fue de tres meses y que en ese extenso lapso de tiempo sólo se infringió la norma unos pocos días, y en la mayoría de los casos con unas diferencias de pocos minutos entre el horario de emisión efectiva y el ordenado por la CNTV, resulta que la sanción impuesta constituye un exagerado ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración. Por ello, en su sentir, es evidente que no existe ninguna proporción entre la conducta reprochada y la norma expedida por la CNTV y que esta entidad utiliza para sancionar de manera draconiana al concesionario.

Se refiere a pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a la proporcionalidad de la sanción en las sentencias T-254 de 1994 y C-285 de 1997, y sostiene que la falta de aplicación de los criterios establecidos por la Ley 182 de 1995, artículo 12, literal h) constituye una arbitrariedad por parte de la ANTV.

Argumenta que el principio de proporcionalidad constituye un límite a la imposición de sanciones, reduciendo la arbitrariedad y la discrecionalidad que pueda evidenciarse en el ejercicio de la potestad sancionadora, y que la imposición de una multa por \$78.578.101.16 por no haber transmitido mensajes y espacios institucionales en unos pocos días o haberlos transmitido con una diferencia de escasos minutos, constituye una sanción desproporcionada frente a la infracción de la norma. Cita al respecto, la Sentencia del Consejo de Estado del 13 de noviembre de 2008, Rad: 17009, CP: Enrique Gil Botero.

Ahora bien, en su **alegato de conclusión**, la convocante expresa que la injustificada tardanza de la entidad en tomar una decisión frente a los espacios y mensajes institucionales dejados de transmitir oportunamente, evidencia que la conducta reprochada no afectaba el servicio público ni implicaba un incumplimiento relevante de las obligaciones contractuales. En ese orden de ideas, cuando por fin en septiembre de 2011 la CNTV notifica el acto sancionatorio contenido en la Resolución CNTV 1011 de 2011 la multa impuesta resulta desproporcionada, lo cual constituye una clara trasgresión del artículo 36 del CCA. Aduce que, como bien lo ha declarado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad. Expresa que en el presente caso, imponer una multa tan exagerada al borde de que caducara la potestad sancionatoria de la administración, de ninguna manera resulta adecuado normativamente ni proporcional a los hechos que la motivaron.

³¹ Corresponde al Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo

Dice que el artículo 52 del CPACA, aparte de regular lo referente a la potestad sancionatoria, se refirió específicamente al asunto de los recursos presentados contra el acto sancionatorio y dispuso que la administración cuenta con un plazo de un año –contado desde su interposición– para resolver los correspondientes recursos. Vencido este plazo sin que se profiera la decisión respectiva, se dan dos consecuencias: La pérdida de competencia por parte de la autoridad administrativa y la decisión a favor del recurrente. En ese orden de ideas, en aplicación del artículo 52 del CPACA, la ANTV para el momento de expedición de la Resolución 1210 de 2013 ya carecía de competencia para decidir, razón por la cual ipso jure, se produce su nulidad. De otra parte, en aplicación de la misma disposición del CPACA, el correspondiente recurso presentado por la convocante se entiende fallado a su favor.

Agrega que si bien es cierto que, de conformidad con el artículo 308 de dicho Código *“sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia”* y que *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”*, en aplicación del principio de favorabilidad debe aplicarse el artículo 52 del CPACA.

Posición de la convocada:

Respecto a la proporcionalidad de la sanción, la entidad demandada señala que la facultad sancionadora de la CNTV, hoy ANTV, el procedimiento seguido para la imposición de la multa y para la tasación de la misma, ha sido suficientemente estudiado, ilustrado y discutido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cita un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que encontró que la Comisión hizo un adecuado razonamiento para imponer la sanción, por lo cual no se evidencia violación del literal h) del artículo 12 de la ley 182 de 1995, máxime, cuando dentro de este proceso el actor no demuestra cuál sería el criterio apropiado para la tasación de la multa.

En este punto, la Convocada llama la atención sobre el literal h) del Artículo 12 de la Ley 182 de 1995, ya transcrito en este laudo, que faculta a la CNTV para imponer sanciones de multa hasta por 500 SMLMV a las comunidades organizadas y de 1.500 SMLMV a los operadores públicos, para afirmar que la sanción que se le impuso al infractor de \$78.972.267,16 (incluidos los intereses de mora), solo representa **171 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2008**, con base en lo cual se pregunta entonces dónde está la desproporcionalidad de la sanción?

En su **alegato de conclusión**, argumenta la convocada que la facultad sancionatoria de la administración, así como la facultad de inspección y vigilancia que tiene la Autoridad de Televisión, están establecidas en la ley, no son caprichosas, pues cada circunstancia que le impone el deber de hacer una investigación está en la ley, y que las resoluciones que se cuestionan tienen fundamento legal en esas disposiciones, esto es en el artículo 5 de la Ley 182 del 95 y artículo 11 de la Ley 1507 del 2012.

En ese sentido, manifiesta que, tanto la ley como las normas reglamentarias establecen como misión de la Autoridad o de la Junta Directiva de la Autoridad sancionar a los operadores del servicio por violación de sus obligaciones

contractuales o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con el servicio público de televisión, luego tienen plena competencia.

Agrega que por un lado, fueron 35 mensajes que se dejaron de emitir y 267 mensajes emitidos en horarios diferentes a los que están establecidos en la norma para hacerlo. Manifiesta que ese incumplimiento no solamente es de las normas a las que se ha hecho referencia, sino que el incumplimiento también deviene del contrato, porque en la cláusula decimocuarta del otrosí correspondiente a la prórroga del mismo se señala con claridad como obligación del concesionario cumplir con la reglamentación que expida la Comisión respecto del servicio público de televisión.

Resalta que no se trata de un hecho insignificante en el universo de horas, pues el artículo 55 de la Ley 182 del 95 establece como obligatorio a los canales nacionales "*dedicar tiempo de programación a temas de interés público*" y señala que la Comisión reglamentará los términos para el cumplimiento de la obligación allí descrita, términos que fueron reglamentados a través del Acuerdo 015, en donde establece la utilización y tiempo de los espacios institucionales del servicio público de televisión, espacios que según el artículo 2 de dicho acuerdo, están destinados a la promoción de la unidad familiar, el civismo, la educación, los derechos humanos y en general orientados a la divulgación de los fines y principios del Estado.

Reitera que no es un hecho insignificante no haberlo emitido en el horario que correspondía. Si la administración ha entendido que un determinado espacio institucional deber ser emitido en determinada hora, es porque encuentra que en esa hora el público, el colectivo que va a recibir el mensaje es apto para la edad o con el horario que así lo establece, luego no es caprichoso; de ahí la necesidad de que la administración debe imponer las sanciones a los operadores cuando incumplen las normas que sobre él se establecen.

Expresa que las leyes 182 del 95 y la 335 del 96 establecen los principios del servicio público de televisión que son también las finalidades del Estado, las de formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana, satisfacer las necesidades 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, general y regional.

Agrega que la convocante sugiere que el acto administrativo tiene un vicio de proporcionalidad de la sanción, pero no demuestra ni siquiera sumariamente cuál hubiese sido el criterio apropiado para tasar la multa, solo permanece la crítica.

Concluye manifestando que en relación con el cargo de incompetencia de la ANTV para resolver el recurso de reposición a la luz del artículo 52 del CPACA, dice que como quiera que en el marco de los alegatos de conclusión, si bien tiene total derecho de hacer una exposición, no puede formular nuevos cargos, máxime cuando se trata de anulación de actos administrativos, so pena de lesionar el derecho de defensa que le asiste también a la Autoridad de Televisión.

Consideraciones del Tribunal:

En primer lugar, se advierte que el Art. 44 del CPACA no era la norma vigente para el momento en que se produjo la actuación administrativa que se impugna y por lo

tanto, no es útil para resolver el asunto; sin embargo, teniendo en cuenta que este precepto reproduce el texto del art. 36 del antiguo CCA, vigente para entonces, el Tribunal se pronunciará sobre el cargo formulado por la demanda, pero referido a esta última disposición.

El artículo 36 del CCA se refiere a los actos discrecionales de la administración. En principio, la facultad sancionadora del Estado no es una facultad discrecional de la administración, ya que toda norma punitiva, penal o administrativa está sujeta al principio de legalidad que supone que la conducta y la sanción deben estar previamente determinadas por la ley. No obstante, en algunos casos las normas en materia de la tasación de la sanción, confieren un relativo poder discrecional al operador jurídico, pero siempre dentro de los límites señalados en la ley.

En el caso de la CNTV, hoy ANTV, el artículo 12 literal h) de la ley 182 de 1995 atribuyó a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión la potestad de:

"h) Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio.

*"Para tales efectos, y en relación con las concesiones originadas en un contrato, la Junta Directiva de la Comisión **decretará las multas pertinentes por las violaciones mencionadas, en aquellos casos en que considere fundadamente que las mismas no merecen la declaratoria de caducidad del contrato.***

"Ambas facultades se considerarán pactadas así no estén expresamente consignadas en el convenio.

"Las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato, y se impondrán mediante resolución motivada.

"Igualmente, la Junta Directiva podrá imponer la sanción de suspensión de la concesión hasta por seis (6) meses o la cancelación definitiva cuando la transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias de la Comisión así lo acrediten. (...)

Para el ejercicio de tal facultad la Junta Directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión". (Las negrillas no son del texto).

De manera que tanto la tipicidad de la infracción (transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio), como la sanción (multas y suspensión o cancelación de la concesión) se encuentran determinadas en la ley, pero en cuanto a la tasación de las multas, la norma adopta una fórmula que en derecho es conocida como concepto jurídico indeterminado, ya que señala que las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato, dejando al juicio de la administración definir cuál es esa justa proporción.

Juan Carlos Cassagne enseña al respecto:³²

"Esa estructura compleja del concepto jurídico indeterminado que debe tener en cuenta el órgano que ejercita la potestad discrecional es básicamente tripartita y se compone de: a) un núcleo fijo o zona de certeza positiva, integrado por elementos precisos: b) un 'halo conceptual' o zona de incertidumbre de menor precisión, es decir, donde reina cierta ambigüedad y, por último, c) una zona de certeza negativa, que excluye totalmente la posibilidad de una solución justa. El ejemplo del justiprecio que se ha utilizado para aplicar a la realidad técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es bien elocuente. Supongamos que se expropia un terreno para hacer una obra pública cuya valuación mínima se calcula en un millón de dólares (el núcleo fijo) pero cuya valuación máxima está en una cifra que supera dicha estimación en un 30 por 100 (aquí aparece la zona de incertidumbre o halo conceptual) aunque nunca podrá superar el máximo valor establecido (es la denominada zona de certeza negativa)".

La tasación de las multas según el literal h) del artículo 12 de la ley 182, tiene un núcleo fijo (el incumplimiento del concesionario y el valor actualizado del contrato) un halo conceptual o zona de incertidumbre, (que sea proporcional) y un zona de certeza negativa (un límite máximo de 500 o 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por una parte, y por otra, que no haya lugar a la declaratoria de caducidad del contrato).

El grado de incumplimiento también cabe dentro del halo conceptual, como quiera que al no tener calificación legal, su valoración queda dentro del campo de la apreciación discrecional del ente sancionador.

El "halo conceptual" de las normas limitan pero no excluyen el control judicial, como quiera que aun cuando el juez no puede sustituir el juicio de la administración para determinar la solución justa, la administración no puede actuar con arbitrariedad y, por lo tanto, corresponde al juez juzgar la razonabilidad de la decisión.

El artículo 36 del CCA dispone:

"En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

Debe examinarse, por tanto, si la sanción impuesta a la convocante (RCN), es adecuada a los fines de la ley 182 de 1995 y si es proporcional a los hechos que le dieron origen.

2.4.2.1. La finalidad del artículo 12 literal h) de la ley 182 de 1995

La Constitución Política de 1991 dispuso que el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado (Art.

³² El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa.

75) y 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 (art. 76).

En desarrollo de estos preceptos se expidió la Ley 182 de 1995 mediante la cual, entre otras materias, definió la naturaleza jurídica, técnica y cultural de la televisión, (artículo 1); los fines y principios del servicio, (artículo 2), conformó la Comisión Nacional de Televisión, y señaló su objeto y las funciones que debe cumplir para su desarrollo (art. 4 y 5).

Pues bien, el objeto de la Comisión Nacional de Televisión, CNTV, es *“ejercer, en representación del Estado la titularidad y reserva del servicio público de televisión, dirigir la política de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público de televisión de acuerdo a lo que determine la ley; regular el servicio de televisión, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley.”*

Dentro de las funciones que atribuyó la ley a la CNTV para desarrollar su objeto, le otorgó la facultad de *“e) Reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones, la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos; (art. 5).*

A la Junta Directiva de este organismo, le atribuyó entre otras, la función de *“Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, **a los concesionarios** de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio.”* (Artículo 12 literal h).

La constitucionalidad del literal e) del artículo 5 y del literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995 fue revisada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-726 de 2009, en la cual expresó:

“Con el objeto de cumplir con su función constitucional de dirigir y regular la prestación del servicio de televisión, a la CNTV el legislador le ha reconocido facultades sancionatorias, complementarias de aquellas de inspección, vigilancia y control que legalmente también le competen. Así, de conformidad con lo prescrito por los literales b), d) y n) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995[31], a la CNTV le han sido otorgadas competencias legales que le permiten, entre otras cosas, adelantar actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión, pudiendo, para estos efectos, iniciar

investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión; así mismo, está facultada para exigir la presentación de libros de contabilidad y documentos privados, y como resultado de estas actividades de control, puede imponer las sanciones a que haya lugar [32]; así mismo, está facultada para investigar 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 el régimen para evitar las prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en la ley, o por incurrir en prácticas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades, o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, o a la formación indebida de una posición dominante en el mercado, o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio.[33] También puede 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.[34] De igual manera, el artículo 12 de la Ley 182 de 1995, parcialmente demandado en este proceso, confiere a la Junta Directiva de la CNTV facultades sancionatorias respecto de los operadores del servicio, los concesionarios de espacios de televisión y los contratistas de los canales regionales, por violación de sus obligaciones.

"Así pues, es claro que la ley confiere facultades sancionatorias a la CNTV. Ahora bien, el objeto de este tipo de facultades, radicadas en cabeza de organismos administrativos o de entidades autónomas, de manera general ha sido constitucionalmente justificado por la jurisprudencia. En efecto, sobre el particular la Corte ha hecho ver que la potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de realización de los fines que la Carta atribuye a estas autoridades, pues permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos". [35] En el mismo sentido, ha sostenido que "la potestad administrativa sancionadora de la administración, se traduce normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas. [36] (Se subraya)".

En este contexto, la finalidad de la potestad sancionadora otorgada a la Comisión Nacional de Televisión, hoy ANTV, surge del cumplimiento de su función constitucional de dirigir y regular la prestación del servicio de televisión, servicio público que está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación

audiovisuales, y del cumplimiento del objeto que le señaló la ley, de regular el servicio de televisión, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley.

De manera que, para el Tribunal, no hay duda de que la sanción impuesta que penalizó conductas de la concesionaria que no se ciñeron a la regulación del servicio público que se le dio en concesión, fue adecuada a los fines de la ley que otorgó la facultad sancionadora.

2.4.2.2. La proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa

Corresponde analizar en este punto la causa de la decisión punitiva de la CNTV, y la ANTV, o sea los fundamentos de hecho y de derecho que justifican la decisión.

El contrato de concesión No. 140 suscrito entre la Comisión Nacional de Televisión y el concesionario, en su cláusula 15 numeral 16, impone al concesionario la obligación de cumplir con toda la reglamentación que expida la Comisión Nacional de Televisión, respecto del servicio. En la cláusula 18, el concesionario se obliga a ceder al gobierno nacional espacios de su programación para transmitir programas de carácter institucional de acuerdo con lo dispuesto por el literal j) del artículo 48 de la ley 182 de 1995 y con la reglamentación que expida la Comisión. Y en la Cláusula 30 se estipuló que en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales que a juicio de la Comisión no amerite la declaratoria de caducidad, la Comisión podrá imponer multas al concesionario.

El literal j) del artículo 48 de la ley 182 de 1995 dispone que: *"j) En los contratos de concesión se deberá incluir una cláusula en donde se estipule que el concesionario se obliga a ceder al Gobierno Nacional espacios de su programación para transmitir programas de carácter institucional. La Comisión Nacional de Televisión reglamentará esta materia"*.

Mediante el Acuerdo 015 de 1997, la Junta Directiva de CNTV definió que los Espacios institucionales son aquellos *"reservados por la Comisión Nacional de Televisión para la emisión de programas realizados por entidades del Estado, o cuya producción haya sido contratada por éstas con terceros, con el fin de informar a la ciudadanía acerca del ejercicio propio de sus funciones, y destinados a la promoción de la unidad familiar, el civismo, la educación, los derechos humanos y, en general, orientados a la divulgación de los fines y principios del Estado"*.

La Resolución 1011 del 12 de agosto de 2011, mediante la cual la CNTV impuso la sanción a la demandante, expresa que la *"Junta concluye que la investigación adelantada contra el concesionario RCN TELEVISIÓN S.A., se ajusta al debido proceso administrativo y se soporta en las pruebas obrantes en el expediente y demás documentación allegada, y como quiera que los argumentos del concesionario investigado no desvirtuaron el cargo imputado, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión encuentra probado que el concesionario RCN TELEVISIÓN S.A., no emitió los mensajes y espacios institucionales los días 3, 14, 21 y 28 de octubre de 2008 conforme los planes de emisión de fechas 9 al 30 de septiembre de 2008 y del 8 al 31 de octubre de 2008; los días 6, 10, 19 y 21 de noviembre de*

2008, conforme al plan de emisión del 4 al 28 de noviembre de 2008 y los días 4, 11, 16, 22 y 31 de diciembre 2008, conforme al plan de emisión del 27 de noviembre al 31 de diciembre de 2008 y del 15 de diciembre de 2008 al 9 de enero de 2009, de acuerdo a los informes de la Oficina de Contenidos y Defensoría del Televidente transcritos en precedencia, incurriendo en falta administrativa al no dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 3º de la Resolución 290 de 2002 expedida por la Comisión Nacional de Televisión, modificada por la Resolución 030 de 2008, expedidas por la Comisión Nacional de Televisión que reglamentan el Acuerdo 015 de 1997, incurriendo en 302 faltas administrativas, toda vez que dejó de emitir veintiún (20) –sic- mensajes institucionales y transmitió doscientos sesenta y cinco (268) –sic- en horarios diferentes al señalado para ello en los planes de emisión, elaborados por la CNTV para el efecto (...)”.

La concesionaria no niega la comisión de las faltas, de manera que el Tribunal debe concluir que efectivamente RCN infringió la reglamentación que para la trasmisión de espacios institucionales expidió la CNTV y que, como consecuencia de ello, se infringieron las cláusulas 15, numeral 16, y 18 del contrato de concesión y ello es suficiente para estimar que ésta es la causa para que se hubieran dictado los actos enjuiciados.

En relación con la proporcionalidad, que es objeto del reproche de la demandante, el Tribunal no encuentra que en el proceso se haya probado que el monto de la sanción no guarda proporción con los hechos que le sirvieron de causa, ya que aun cuando la demandante afirma que la sanción impuesta constituye un exagerado ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración, y que en su sentir es evidente que no existe ninguna proporción entre la conducta reprochada y la Resolución expedida por la CNTV, en ningún momento ha razonado el porqué de su apreciación o cuál sería el monto de la multa que merecía su infracción.

En esta dirección, solo sostiene el demandante que el período objeto de investigación fue de tres meses y que en ese extenso lapso de tiempo sólo se infringió la norma unos pocos días, y en la mayoría de los casos con unas diferencias de pocos minutos entre el horario de emisión efectiva y el ordenado por la CNTV, consideración que no es relevante, porque el valor de la multa de conformidad con la ley debía tasarse en forma proporcional *al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato*, y el único criterio para determinar el grado del incumplimiento del contrato no es el cuantitativo, como lo pretende la convocante.

En el **alegato de conclusión** afirma igualmente la demandante, que imponer una multa tan exagerada al borde de que caducara la potestad sancionatoria de la administración, no resulta adecuado normativamente ni proporcional a los hechos que la motivaron, lo cual no puede aceptarse, ya que mientras la potestad sancionatoria no caduque, la administración tiene su competencia intacta para ejercerla.

El grado de incumplimiento del concesionario, es uno de los elementos que no describe la ley, por lo que su valoración queda dentro del campo de la discrecionalidad del ente sancionador.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional justifica esta permisión legislativa en el campo de las sanciones administrativas. En efecto ha señalado:

"La jurisprudencia también ha explicado que los matices con los cuales los principios del derecho penal se aplican al derecho sancionatorio hacen que el de tipicidad no tenga en esta última materia la misma connotación que presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso[44]. Esta diferencia de rigor, como lo ha hecho ver esta Corporación[45], se explica por el hecho de que los tipos penales tienen una estructura autónoma, al paso que los administrativos sancionatorios no. En efecto, al respecto la doctrina del derecho administrativo sancionador señala:

"Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. **Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción.** Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir una reproducción de textos en doble tipografía'.[46]

"La anterior diferencia en la estructura de los tipos penales y los sancionatorios hace que en el derecho sancionador la forma usual de predeterminación legal de las faltas sancionables sea la figura que la doctrina y la jurisprudencia han llamado "**tipos en blanco**", en donde hay una cadena de normas cuya lectura sistemática permite entender cuál es la conducta sancionable y cuál la sanción correspondiente; en efecto, la noción de 'tipo en blanco', en materia sancionatoria, ha sido explicada por la Corte así:

"Por lo tanto la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria.[47] Esta forma de definir la tipicidad a través de normas complementarias, es un método legislativo que ha sido denominado el de las normas en blanco. Estas consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. Sobre los tipos en blanco, la Corte ha dicho esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente. [48]'. [49] (...)³³. (Las negrillas no son del texto).

³³ Sentencia C-726 de 2009.

Y en cuanto a la potestad sancionatoria en materia contractual, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado:

"Ahora bien, en lo que tiene que ver con el alcance del principio de legalidad en materia sancionatoria contractual, es de observarse que el Consejo de Estado ha sentado una jurisprudencia que ahora esta Corporación prohija, en la cual se explican de la siguiente manera los matices de dicho principio en este campo:

"(...) el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil.

"La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el ius puniendi del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad.

"La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma -por ejemplo un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

"Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley -bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa -salvo excepciones[56]-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

"Obsérvese cómo el 'principio de legalidad' -es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple 'tipicidad' de la conducta -es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga".³⁴ (Las negrillas no son del texto).

³⁴ Sentencia C-726 de 2009.

La Resolución 1011 del 12 de agosto de 2011, mediante la cual la CNTV impuso la sanción a la demandante, expresa que para determinar la gravedad de la falta, se consideró el grado de incumplimiento, las oportunidades en que tuvo ocurrencia la conducta reprochada y si existían agravantes o atenuantes de la misma:

"Grado de incumplimiento: *Se evaluó en consideración con el número de disposiciones infringidas, encontrándose que el concesionario con su actuar infringió los artículos 1º 2º y 3º de la Resolución 290 de 2002, modificada por la Resolución 030 de 2008, expedidas por la Comisión Nacional de Televisión que reglamentan el Acuerdo 015 de 1997.*

"Oportunidades en que tuvo ocurrencia la conducta objeto de reproche: *Se tuvo en cuenta que el investigado no emitió 35 mensajes y emitió fuera del horario 267 mensajes.*

"Agravantes o Atenuantes: *No se evidenciaron circunstancias adicionales que lleven a variar el monto de la sanción a imponerse por esta conducta.*

"El daño producido. *Se consideró en atención a que con su comportamiento, el operador investigado afectó el servicio a cargo del Estado, en la medida en que desconoció elementos esenciales establecidos por la ley y los reglamentos para garantizar que la teleaudiencia conozca programas realizados por entidades del Estado o contratados con terceros, con el fin de informar a la ciudadanía acerca del ejercicio propio de sus funciones, y/o destinados a la promoción de la unidad familiar, la educación, los derechos humanos y en general, orientados a la divulgación de los fines y principios del Estado, por medio de la emisión de dichos mensajes y espacios institucionales, los cuales son reservados por la Comisión Nacional de Televisión en procura del cumplimiento de este mandato, estando obligados los prestatarios del servicio de televisión a dedicar un porcentaje de su tiempo a temas de interés público de acuerdo a lo establecido por la normatividad vigente.*

"Así mismo consecuente con lo anterior, se estimó el nivel de cubrimiento territorial del prestatario del servicio, el cual es del nivel nacional -que involucra una mayor cobertura- y por ende de audiencia, lo que involucra una mayor afectación del servicio.

"Reincidencia. *Se observó que el operador no es reincidente, en la medida que no registra imposición de sanciones por la conducta objeto de reproche, que dio origen a la presente investigación". (Las negrillas no son del texto).*

Como ya se expuso, la estimación de la proporcionalidad de la sanción al incumplimiento del concesionario cabe dentro del campo de la discrecionalidad del ente sancionador y el Tribunal no tiene elementos de juicio para determinar que esa apreciación de la Comisión sea exagerada; por el contrario, de la motivación

consignada encuentra que la decisión es plenamente razonable y por lo tanto adecuada a los hechos que le sirvieron de causa.

En este orden de ideas, el cargo de la demanda de violación del artículo 44 del CPACA (artículo 36 del CCA) por exceso en el ejercicio de la potestad sancionadora, **no prospera.**

El Tribunal no se pronunciará sobre la incompetencia de la demandada para resolver el recurso gubernativo interpuesto contra el acto sancionatorio, derivada de la aplicación retroactiva del artículo 52 del CPACA, toda vez que este cargo, formulado en el alegato de conclusión, no hace parte de la demanda y por lo tanto excede el marco de competencia del Tribunal que, como es sabido, se circunscribe a lo consignado en la demanda y su contestación, sin contar con que permitir la adición de los cargos de la demanda en la oportunidad de presentar alegatos, como lo afirma la entidad convocada, lesionaría el derecho de defensa que le asiste a la Autoridad de Televisión.

2.4.3. Violación del Art. 12, lit h) de la Ley 182 de 1995

Posición de la convocante:

Para esta parte, los actos demandados están viciados de nulidad, pues la ANTV violó el artículo 12, literal h) de la ley 182 de 1995 al tasar el monto de la sanción de multa. Lo anterior, por cuanto la CNTV no cumplió con la obligación de establecer cuál es el daño y cuales son los efectos del mismo, simplemente se limitó *"a enunciar la conducta reprochable, como si ella por sí misma constituyera el daño"*. Tomó en cuenta la *"mayor cobertura"* del canal (nacional) para tasar la multa, como si el daño fuera mayor por ese solo hecho.

Aduce que la ANTV no probó la ocurrencia de ningún perjuicio imputable a RCN, pero la determinación del daño es indispensable para la tasación de la sanción, pues el art.12, lit. h) de la Ley 182/95 establece que la sanción deberá tener proporcionalidad directa con el daño producido.

Considera que la ANTV supone que existió un daño inmaterial porque se afectó una colectividad. La entidad debió *"establecer y evaluar el daño"*. Este deber debe estar identificado y determinado. *"Debe ser cierto y generar una afección al titular del bien lesionado traducida en una disminución patrimonial o extra patrimonial desfavorable"*.

Al no haberse probado *"el daño causado con la conducta reprochada, la multa carece de sustento"*. La determinación del daño es esencial para que haya lugar a responsabilidad y para que se pueda imponer una sanción.

Igualmente, en lo concerniente a la falta de determinación y prueba del daño producido, en su **alegato de conclusión**, la parte convocante reiteró el cargo relativo a la imposibilidad de imponer una sanción, si no se ha establecido la existencia del mismo e hizo las siguientes precisiones:

"En cuanto al daño producido.

"En la Resolución 1011 de 2011 la CNTV despacha así la cuestión del daño producido":

"El daño producido. Se consideró en atención a que con su comportamiento, el concesionario afectó el servicio a cargo del Estado, en la medida en que desconoció elementos esenciales establecidos por la Ley y los reglamentos para garantizar que la teleaudiencia conozca programas realizados por entidades del Estado o contratados con terceros, con el fin de informar a la ciudadanía acerca del ejercicio propio de sus funciones, y/o destinados a la promoción de la unidad familiar, la educación, los derechos humanos y en general, orientados a la divulgación de los fines y principios del Estado, por medio de la emisión de dichos mensajes y espacios institucionales los cuales son reservados por la Comisión Nacional de Televisión en procura del cumplimiento de este mandato, estando obligados los prestatarios del servicio de televisión a dedicar un porcentaje de su tiempo a temas de interés público de acuerdo a lo establecido por la normatividad vigente.

"Así mismo consecuente con lo anterior, se estimó el nivel de cubrimiento territorial del prestatario del servicio, el cual es del nivel nacional que involucra una mayor cobertura y por ende de audiencia, lo que involucra una mayor afectación del servicio.

"Como se observa, la CNTV no cumplió en lo absoluto con la obligación de establecer cual es el daño y los efectos del mismo. La entidad se limitó a enunciar la supuesta conducta reprochable, como si ella por sí misma constituyera el daño. La CNTV al imponer la sanción no probó la ocurrencia de ningún perjuicio imputable a la convocante.

"No puede suponerse gratuitamente la existencia de un "daño inmaterial" que afecte a 'una colectividad'. Aun si fuera cierto –que no lo es- que se afectó a la colectividad o al servicio público de televisión, la entidad no estaba exonerada del deber de establecer y evaluar el daño. En este caso, es evidente que la CNTV no probó dicha consecuencia perjudicial, lo cual deja sin fundamento la sanción.

"En acatamiento al artículo 12, literal h, de la Ley 182 de 1995, el daño debe estar plenamente identificado y determinado, no puede ser objeto de suposiciones infundadas y generalizadas. Para que haya lugar a la sanción debe haberse producido efectivamente un daño, es decir, una aminoración o alteración de una situación favorable jurídicamente tutelable".

Posición de la parte convocada:

Al respecto, manifestó que con relación a la proporcionalidad de la sanción, se ha insistido en *"el adecuado razonamiento de la CNTV para la imposición de las sanciones frente a casos similares"* y cita sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y fallos del Consejo de Estado en los que se explica lo anterior.

En su **alegato de conclusión**, la entidad señala que el daño sí se produjo aunque lo considera un daño inmaterial. Así mismo, como lo ha dicho la jurisprudencia, la multa no es un tipo de sanción de naturaleza pecuniaria y no implica la declaración y demostración de perjuicios.

Expresa que en efecto, este es un tipo de sanción que no conlleva la reparación de un daño, luego no se puede analizar a la luz de las normas del derecho civil en materia de daños, sino que es necesario analizarlo desde la óptica de las finalidades del Estado, desde la finalidad del servicio público de televisión.

Consideraciones del Tribunal:

La ley 182 de 1995, como ya se ha expresado a lo largo del presente Laudo, adscribió a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en su artículo 12 literal h) la siguiente función:

*"h) **Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión relacionadas con el servicio.***

*"Para tales efectos, y **en relación con las concesiones originadas en un contrato, la Junta Directiva de la Comisión decretará las multas pertinentes por las violaciones mencionadas, en aquellos casos en que considere fundadamente que las mismas no merecen la declaratoria de caducidad del contrato. Ambas facultades se considerarán pactadas así no estén expresamente consignadas en el convenio**".*

"(...).

"Para el ejercicio de tal facultad la Junta Directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión". (Las negrillas no son del texto).

De igual forma, la ley 1507 de 2012, por medio de la cual se creó la Autoridad Nacional de Televisión, determinó en su artículo 3º, que a esta autoridad le corresponde ejercer dentro de sus funciones: *"e) Sancionar cuando haya lugar a quienes violen con la prestación del servicio público de televisión".*

Así mismo, en la cláusula 30 del contrato de concesión, ya transcrita en este laudo, se hizo referencia expresa a la prerrogativa de la Comisión para imponer multas, en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales que no ameritaran la declaratoria de caducidad, mediante resolución motivada del Director de la Comisión.

En el presente asunto, la parte convocante reclamó, como se ha señalado tanto en la demanda como en el alegato de conclusión, que la parte convocada no acreditó el daño causado.

Cabe reiterar que, conforme lo establece la ley 182 de 1995, a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión le corresponde sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio.

Para el Tribunal resulta evidente que, al configurarse una violación de las obligaciones contractuales o legales y reglamentarias o las establecidas por la misma Comisión, es dable la aplicación de la sanción, mediante resolución motivada, en proporción al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato.

Empero, a juicio de este Tribunal, la imposición de la sanción por el incumplimiento de obligaciones contractuales, que da lugar a aplicar legalmente la multa, **no está ligada a la demostración de un daño**, como lo pretende la parte demandante, ya que lo que dispone la ley en referencia para los efectos de aplicar la sanción, es que exista una infracción *“por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio”*, razón por la cual se concluye que para adoptar las medidas sancionatorias, **no es requisito sine qua non**, por parte de la autoridad, **demostrar o probar el daño**, cuando se encuentra acreditada la vulneración de las normas jurídicas con el incumplimiento de las obligaciones mencionadas, que generan la imposición de la multa.

Para este Tribunal, en razón de las consideraciones anteriores, de conformidad con las disposiciones legales ya mencionadas y la veracidad en el incumplimiento de las obligaciones, **no se requería de la demostración de la existencia de un daño**, más aún, cuando el objeto del ejercicio de la potestad sancionatoria **no es obtener propiamente una reparación**, como lo aduce el convocante, sino más bien imponer la sanción al estar acreditada la violación de las normas mencionadas y transcritas en el presente Laudo.

Visto en otro sentido, al no haberse cumplido con la obligación contraída en el contrato a que se ha hecho referencia, como se encuentra acreditado, ello por sí solo determina la existencia de un daño, cuya demostración **no constituye un presupuesto o exigencia previa, para aplicar la sanción** por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, razón por la cual se concluye, que el cargo esgrimido en este acápite **no está llamado a prosperar**, dado que la sanción impuesta se encuentra debidamente fundada, con base en lo dispuesto en el artículo 12 literal h) de la ley 182 de 1995.

No sobra agregar que, en el mismo sentido, se pronunció el Laudo Arbitral de fecha 3 de abril del 2017, que puso fin al proceso arbitral entre la sociedad **CARACOL TELEVISION S.A.**, como parte convocante y la **AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION**, como parte convocada, al referirse al cargo similar al aquí enunciado, en los siguientes términos:

“Así las cosas la imposición de una sanción no requiere que se acredite la existencia de un daño, sino una infracción, y el daño es relevante para determinar el monto de la misma. Lo anterior se confirma si además se advierte que la ley impone también tomar en consideración la reincidencia. Si la tesis del demandante fuera cierta, en el sentido que debía acreditarse un daño, había que concluir que así como no podría imponerse una sanción si no se acreditó el daño, igualmente no podría imponerse si no hay reincidencia.

“A juicio del Tribunal ello no es lo que dispone la Ley que claramente vincula la imposición de la sanción a la existencia de una infracción, y tampoco concuerda con las reglas que se aplican en esta materia, pues normalmente el

derecho sancionador no toma como presupuesto para la sanción que existe una reincidencia. La reincidencia sirve en algunos casos para agravar la sanción. (Ver en ese sentido la sentencia C-062/05 de la Corte Constitucional).

"(...).

"Para el Tribunal es claro que no difundir mensajes institucionales o no hacerlo en la forma prevista, afecta el objetivo que con ellos se persigue a la luz de los fines que persigue la televisión y por ello se produce un daño.

"En ese sentido se puede señalar que si la obligación del concesionario era transmitir un mensaje institucional, es claro que lo que se buscaba con dicha conducta, esto es, que el público recibiera dicho mensaje, no se cumplió, lo que a juicio del Tribunal acredita el daño. Asimismo, el hecho de que el mensaje institucional no se hubiera transmitido en el horario establecido, implica una de las dos cosas, o que la totalidad de sus destinatarios no lo recibió, o que no lo recibió el público a que estaba destinado. Todo lo anterior constituye un daño desde la perspectiva de los fines del servicio de televisión". (Las negrillas no son del texto).

Por las razones expuestas, se reitera que el cargo **no prospera**.

2.4.4. Vulneración del derecho al debido proceso

La demanda sustenta el cargo de violación del derecho al debido proceso, en dos hechos: (i) La falta de determinación de la dosimetría para calcular el monto de la sanción y (ii) La práctica de pruebas en la vía gubernativa.

2.4.4.1. La falta de determinación de la dosimetría para calcular el monto de la sanción

Posición de la parte convocante:

Sostiene la demanda que en la Resolución 1011 de 2011 la CNTV no determinó, respecto de todas y cada una de las conductas reprochadas, los criterios para aplicar la sanción específica impuesta; simplemente determinó a su arbitrio el valor de la sanción.

A diferencia de otros casos adelantados por la misma entidad, la CNTV se limitó a manifestar que la sanción correspondía al 0.03% del valor actualizado del contrato, sin explicar qué porcentaje le asignaba a cada una de las normas supuestamente vulneradas, a cada una de las conductas reprochadas o al grado de afectación del servicio.

Dice que posteriormente, en la Resolución 1210 de 2013, mediante la cual se resolvió el recurso interpuesto por RCN, la ANTV cambió el método para determinar el porcentaje de la sanción impuesta, acudiendo a unos criterios completamente nuevos y diferentes a los expuestos en la Resolución 1011 de 2011 para llevar a cabo la dosimetría de la sanción, criterios que además, no encuentran justificación alguna, pues la ANTV los enuncia sin justificar su aplicación.

Agrega que en los eventos de imposición de multas, para el ejercicio del derecho de defensa resulta trascendental controvertir el valor de la sanción, lo cual no fue posible en este caso, por lo cual la ANTV violó abiertamente el derecho de defensa del convocante porque no solo impidió conocer la dosimetría utilizada para determinar el valor de la sanción, sino que además, en la resolución que confirmó la multa impuesta, cambió los criterios de la dosimetría de la sanción.

En los **alegatos de conclusión**, la convocante afirma que para determinar la gravedad de la falta en la Resolución 1011 de 2011 la CNTV plantea dos consideraciones: (i) Número de normas infringidas y (ii) El número de oportunidades en que tuvo ocurrencia la conducta objeto de reproche. Lo primero resulta irrelevante pues se trata de una misma conducta de omisión; en cuanto a lo segundo, advierte que la entidad no examinó la significancia de la conducta sancionada, lo cual era indispensable para determinar la gravedad de la falta. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que en el período comprendido entre octubre y diciembre de 2008, trascurrieron casi noventa días y se emitieron alrededor de 3.500 programas.

Frente al universo de mensajes y espacios institucionales que la convocante ha debido emitir en el mencionado período, apenas 35 no se emitieron y 267 se emitieron en un horario diferente. De esta forma, es evidente que la conducta reprochada desde el punto de vista cuantitativo no tuvo mayor relevancia, lo cual es un referente para concluir que no fue grave en términos cualitativos.

Esta ausencia de gravedad se confirma con la injustificada demora -tanto de la CNTV como de la ANTV- para adelantar el correspondiente procedimiento administrativo y expedir los actos administrativos.

Posición de la convocada:

Argumenta que, en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 12 de la Ley 182 de 1995, como son "*la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia*", determinó la sanción a imponer consistente en multa por valor de SETENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CIENTO UN PESOS CON DIECISÉIS CENTAVOS (\$78.578.101.16) MCTE.

Afirma que, como puede observarse, la investigación administrativa que concluyó con los actos administrativos anteriormente referidos, mediante los cuales se sancionó al Concesionario con la imposición de una multa, se adelantó dentro de los parámetros que la Ley establece, con las garantías propias del debido proceso, garantizando el derecho de defensa y contradicción, como quiera que el concesionario presentó los respectivos descargos, e interpuso recurso de reposición contra la decisión primigenia, sin que se advierta en su trámite irregularidad o desconocimiento de procedimiento, derecho o reconocimiento alguno que pueda invalidar lo actuado y mucho menos, anular los actos administrativos demandados.

Ahora bien, las leyes 182 de 1995 y la 335 de 1996 establecen como fines y principios del servicio público de televisión, formar, educar, informar veraz y objetivamente, y recrear de manera sana. Con el cumplimiento de los mismos, 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.

En este contexto, la norma busca la protección de estos principios y fines. Adicionalmente, el Artículo 53 de la referida Ley 182, protege el derecho de los televidentes, al facultar al Ente Regulador para establecer prohibiciones para aquellas conductas en que incurran las personas que atenten contra estos derechos, al tiempo que dispone que la violación de las normas acarreará sanciones a los infractores o a quienes hayan resultado beneficiarios reales de tales infracciones. De ahí que cuando se establezca la vulneración de las normas que protegen los derechos de los televidentes, el Ente regulador tiene la obligación de adoptar las medidas pertinentes.

Igualmente, señala que la televisión es el medio de comunicación por excelencia, que puede afectar y determinar la vida diaria del ciudadano televidente. Al respecto, cita la sentencia C- 350 de 1997 sobre la importancia del poder de penetración de la televisión y cómo afecta la vida diaria de los individuos.

En su **alegato de conclusión**, la entidad demandada aduce que la conducta consistente en no emitir una serie de espacios institucionales de la importancia de la que se ha mencionado, frente a los 78 millones que se le impusieron como multa, ésta resulta desproporcionada para el concesionario. De otra parte, alega que es cierto que el acto administrativo no se refirió a la reincidencia, la imposición de multas con ocasión de infracción a normas de emisión de estos espacios institucionales sí tuvo lugar, como se expresó en la contestación de la demanda, cuando se mencionaron otras Resoluciones que tienen como fuente exactamente la misma situación.

“Con ello quiero señalar entonces que el análisis de la gravedad de la conducta no implica entonces llegar al límite de señalar, hacer expreso las mismas circunstancias que le confieren las funciones constitucionales y legales para imponer la sanción como lo estoy haciendo acá, el acto en sí mismo lo tiene. En relación con el daño producido, sugiere la convocante y se pregunta qué daño le produce al Estado que no se haya emitido o que se haya emitido en horarios diferentes y sí, en mi argumentación anterior, para señalar que el daño sí está ahí y que es un daño inmaterial si se quiere decir, pero que por las circunstancias que lo rodean, debo señalar, como lo ha dicho la jurisprudencia, que la multa no es un tipo de sanción de naturaleza pecuniaria y no implica la declaración y demostración de perjuicios.

“Este es un tipo de sanción que no conlleva la reparación de un daño, luego no se puede analizar la constitución de un daño producido a la luz de lo que implica la legislación del derecho civil en materia de daños, va mucho más allá, aquí necesita analizarse desde la óptica de las finalidades del Estado, desde la finalidad del servicio público de televisión, por retórico que suene, porque de lo contrario entonces la Constitución no nos sirve. En relación con la dosimetría, que es otro de los cargos que se analizan, la resolución que se cuestiona o que se censura vía demanda arbitral se fundamenta en el literal H del artículo 12 de la Ley 182 del año 95 para la imposición de la sanción, que por su parte le permite a la Comisión o la Autoridad de Televisión imponer las sanciones de multa hasta por 500 salarios a comunidades organizadas y 1.500 salarios a operadores públicos.

"Si se tiene en cuenta el monto, esos montos a salarios mínimos con lo que fue la multa impuesta, lo pregunto nuevamente, es desproporcionada la sanción, el procedimiento para determinar el valor actualizado del contrato se encuentra soportado en la medida en que obra prueba documental y que fue adjuntada con la contestación de la demanda en un memorando interno 15272 de diciembre de 2008, en donde se reflejan las variaciones de índices de precios al consumidor, lo que le permitió a la administración traer a valor presente el valor del contrato, lo que estaba en el contrato, para lograr determinar la sanción. Ello viola de manera alguna el debido proceso del concesionario, no lo creo".

Consideraciones del tribunal:

El debido proceso en las actuaciones judiciales y administrativas es un imperativo constitucional (artículo 29 constitucional), pero su aplicación en el derecho punitivo administrativo no tiene la misma connotación que en el derecho penal. En jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional se han precisado tales diferencias, que hacen que en el derecho administrativo sancionatorio se hable de la flexibilidad del principio de legalidad y de la tipicidad, tanto en la descripción de las faltas como en la determinación de las sanciones.

En sentencia C-242 de 2010, la Corte expresa que en materia de sanciones, basta para que se cumpla el requisito de legalidad, que se establezca la sanción a imponer o los criterios para determinarla:

*"3.1.3. En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas. Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular. Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. **Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) 'los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada'; (ii) 'las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta'; (iii) 'la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad'.**"³⁵ (Destaca el Tribunal).*

Igualmente en la Sentencia C-564/00, mediante la cual se revisó la constitucionalidad del artículo 3 del Decreto 1746 "Por medio del cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento cambiario a seguir por la Superintendencia de

³⁵ Sentencia C-242 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo, consideración jurídica No. 3.1.3., usando como intertexto las sentencias C-564 de 2000, C-406 de 2004, C-343 de 2006, C-1011 de 2008

*Control de Cambios”, y dispone que “Las personas naturales y jurídicas que no sean intermediarios del mercado cambiario, que infrinjan el régimen cambiario, serán sancionados con la imposición de multa a favor del Tesoro Nacional **hasta del 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada.** “La multa se graduará atendiendo las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción”, la Corte expresa:*

*“La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso. Por tanto, debe responder a criterios que aseguren los derechos de los administrados. **En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal -reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto.** Igualmente, ha de ser **razonable y proporcional**, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición.*

“En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable como garantía del principio de legalidad.

*“Sin embargo, el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. **Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto.** (...).*

“5.5.3. Establece el artículo 3, en la parte que se demanda, que comprobada la infracción cambiaria, se impondrán multas hasta del 200% del monto de la infracción, multa que, en cada caso, se graduará atendiendo las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción.

“Señala el Ministerio Público que el legislador extraordinario desconoció el principio de legalidad por la forma como tipificó la sanción administrativa en la norma acusada, al no señalar en ella los parámetros objetivos para la aplicación de ésta, dejando al arbitrio de la administración su determinación, violando, además, principios como el de la seguridad jurídica.

*"Considera la Sala, a diferencia de lo que opina el representante del Ministerio Pública, que el legislador extraordinario, al señalar en la norma acusada que la administración, para graduar las multas por infracción al régimen de cambios, debe atender a **las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción**, está circunscribiendo y limitando la facultad que tiene el funcionario administrativo para la imposición de ésta, recortando su discrecionalidad, **toda vez que la administración, al momento de concretar la sanción, debe explicar el porqué de ésta, señalando expresamente qué circunstancias tuvo en cuenta para su tasación y las pruebas que la fundamentan. Circunstancias que si bien no aparecen expresamente reseñadas en la norma acusada, se entiende que hacen referencia a aspectos tales como el monto de la operación cambiaria, y a circunstancias de modo, tiempo, lugar en que se ejecutó la misma, etc. Sin que su precisa determinación en el texto de la norma, desconozca principio alguno del debido proceso**". (Las negrillas no son del texto).*

Se infiere por tanto que, según el máximo tribunal de control de constitucionalidad, la norma que señala la sanción debe determinarla o por lo menos establecer los criterios para su determinación, que debe ser razonable y proporcional, y que es deber de la administración explicar qué circunstancias la llevaron a la graduación de la sanción y las pruebas que la fundamentan.

En el caso sub judice, la demandante cuestiona que la CNTV al imponer la sanción no determinó, respecto de todas y cada una de las conductas reprochadas, los criterios para aplicar la sanción específica impuesta; simplemente determinó a su arbitrio el valor de la misma, lo cual afectó su derecho de defensa.

Agrega que posteriormente, la ANTV cambió el método de determinación de la sanción acudiendo a otros criterios y que ésta actuación de la administración afectó su derecho a la defensa.

En primer lugar, el Tribunal advierte que los criterios que debe tener en cuenta la autoridad de televisión para la graduación de la sanción contractual son los dispuestos por el literal h) del artículo 12 de la ley 182 de 1995.

El inciso final de ese precepto dispone:

"Para el ejercicio de tal facultad la Junta Directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión".

Examinada la Resolución sancionatoria la 1011 del 12 de agosto de 2011, encuentra el Tribunal que la CNTV, al contrario de lo sostenido por la demandante, en forma expresa explicó cuáles fueron los criterios que tuvo para la dosificación de la sanción.

La explicación de la Comisión no solamente fue expresa, sino seria y detallada. Si bien no señala qué porcentaje le asigna a cada una de las normas supuestamente vulneradas, sí se refiere a cada uno de los criterios estipulados por la ley. En cuanto a la gravedad de la falta, toma en cuenta el grado de incumplimiento, la oportunidad en que ocurrió la infracción y que no había agravantes ni atenuantes.

Respecto al daño producido, considera la afectación del servicio en la medida en que se privó a la ciudadanía de información relevante en materia de unidad familiar, educación, derechos humanos y de la divulgación de los fines y principios del Estado y estima el nivel de cubrimiento nacional que en su sentir origina una mayor afectación del servicio; por último se refiere al tercer criterio, la reincidencia, para señalar que el infractor no era reincidente.

La demandante tenía, por tanto, elementos para refutar la argumentación de la Comisión y ejercer su derecho de defensa como lo hizo al interponer el recurso de reposición.

La resolución N° 1210 de 2013, mediante la cual la ANTV resolvió el recurso de reposición presentado por la demandante, ofreció una explicación más sobre cómo se llegó al porcentaje que determinó la multa. La resolución describe el proceso que se siguió para llegar al total del 0.03% del valor actualizado del contrato, señalando el peso que tuvo cada una de las infracciones; y el peso que se le dio a la cobertura nacional del canal, todo en desarrollo del criterio de la gravedad de la falta.

De manera que no tiene razón la demandante al expresar que la ANTV cambió el método de determinación de la sanción acudiendo a otros criterios. En el acto administrativo se expresó:

"La sanción impuesta obedeció a los siguientes criterios:

"Por emitir 267 espacios y mensajes fuera del horario se impuso el 0.015 del valor del contrato, porcentaje que se aplica a quienes se encuentran en un rango de incumplimiento de 200 a 299 de oportunidades.

"Por no emitir 35 mensajes y espacios se impuso el 0.01 % de valor del contrato, porcentaje que se aplica a quienes se encuentran en un rango de incumplimiento de 25 a 49 oportunidades.

"Adicionalmente se impuso el 0.05% por la cobertura del canal.

"Lo anterior, para un total equivalente al 0.03% del valor actualizado del contrato de Concesión No. 140 de 1997, al mes de octubre de 2008, que asciende a la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL NOVECIENTOS VEINTISIETE MILLONES TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (\$261.927.003.880) M/CTE., según información suministrada por la Subdirección Administrativa y Financiera de la CNTV, conforme consta en memorando de fecha 23 de diciembre de 2008 radicado IE15272.

"Se consideró que la falta cometida por el concesionario revestía gravedad toda vez que el mismo infringió sin explicación atendible, la reglamentación vigente que garantiza que la teleaudiencia se mantenga informada acerca de los programas desarrollados y ejecutados por las entidades estatales en el ejercicio propio de sus funciones, destinados principalmente a la promoción de los temas de unidad familiar, educación, salud, seguridad, derechos humanos orientados además a la divulgación de los fines y principios del Estado para lo cual el concesionario está obligado a dedicar un porcentaje de su tiempo a temas de interés público, en este caso para la emisión de mensajes y espacios institucionales reservados por la entidad en procura del cumplimiento del

mandato, consideraciones que se observan en el acápite VI de la resolución recurrida, dedicado a la 'determinación de la sanción'.

La concesionaria igualmente critica la apreciación de la Administración argumentando que, desde el punto de vista cuantitativo, no tuvo mayor relevancia, lo cual es un referente para concluir que no fue grave en dichos términos.

A juicio del Tribunal, lo alegado por la demandante no enerva las consideraciones de la Comisión sobre la gravedad de la falta, toda vez que se limita a hacer una comparación cuantitativa entre el universo de mensajes y espacios institucionales que la convocante ha debido emitir en el período auditado y los que no se emitieron o se emitieron en horario diferente, sin entrar a analizar la trascendencia de la transgresión sobre la cual se pronunció la Comisión, destacando que las normas infringidas garantizan el derecho de información de la teleaudiencia acerca de programas destinados principalmente a la divulgación de temas de unidad familiar, educación, salud, seguridad y derechos humanos, consideraciones que el Tribunal encuentra razonables porque, como lo ha expresado la Corte Constitucional, la información es un rasgo de la democracia participativa:³⁶

"Un rasgo distintivo de la persona es la capacidad de juzgar sobre su entorno. Para ello necesita estar informada sobre la realidad que la circunda, es decir, tener, por lo menos, el conocimiento suficiente para juzgar y participar en los asuntos públicos. Hoy esto es más claro, si se tiene en cuenta que Colombia vive la democracia participativa. Con razón John Stuart Mill señaló que la democracia no se limita al sistema de elecciones libres, sino que requiere participación, discusión, reflexión permanente sobre los asuntos públicos, y para ello es necesaria la información. Además, no puede haber un libre desarrollo de la personalidad, que es social por naturaleza, si se desconoce el derecho a la información que se les debe a los asociados".

En estas condiciones, el cargo de vulneración del derecho al debido proceso por la falta de determinación de la dosimetría para calcular el monto de la sanción **no prospera**.

2.4.4.2. La práctica de pruebas en la vía gubernativa

Posición de la convocante:

Expresa la demandante que, para determinar la sanción la CNTV, debe aplicar el artículo 12, literal h) de la Ley 182 de 1995. Conforme al inciso tercero del referido artículo, *"Las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato, y se impondrán mediante resolución motivada."*

De este modo, para controvertir el monto de la sanción y la forma en que se determinó el porcentaje y su dosificación, era necesario un dictamen pericial, prueba que fue negada por la ANTV en la Resolución 1210 de 2013, sin expresar las razones para ello.

³⁶ Sentencia C-488 de 1993

Afirma que la prueba solicitada en sede administrativa era conducente y pertinente. En la reglamentación del servicio no existe ninguna definición del concepto **valor actualizado del contrato**. La Dirección Administrativa y Financiera de la CNTV no puede arbitrariamente determinar ese concepto mediante la simple aplicación del IPC. En aplicación de los artículos 28 y 29 del Código Civil la cuestión debía ser dilucidada por un experto en materia contable y financiera.

Un principio elemental del debido proceso, dice, es el de que el sancionado tiene derecho a controvertir, tanto el motivo de la sanción, como el quantum de la pena. Aún bajo el supuesto de que la pena contenida en un acto administrativo tenga fundamento, se debe proscribir cualquier riesgo de arbitrariedad en el monto de la sanción, tal como sucedió en el presente caso. La CNTV para sancionar desconoció ese principio elemental y se inventó a su antojo un valor de contrato que carece de fundamento.

La decisión de no practicar pruebas en la vía gubernativa, evidentemente viola el debido proceso, lo cual necesariamente conduce a la nulidad del acto administrativo.

En su **alegato de conclusión**, afirma la convocante que en la Resolución 1210 de 2013 que resolvió el recurso de reposición, la ANTV negó de plano las pruebas solicitadas por la convocante sin considerar que de conformidad con la sentencia T-505 de 2000 de la Corte Constitucional –proferida en un caso referente a la potestad sancionadora de la CNTV- **“deben practicarse las pruebas conducentes y pertinentes que pida el recurrente, si le quiere garantizar, con base en la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.P.), un efectivo y real derecho de defensa.”** Las pruebas solicitadas por la convocante estaban encaminadas, una a discutir el quantum de la multa y la otra a desvirtuar la gravedad de la conducta materia de reproche. Al efecto, recordó que de conformidad con la sentencia de tutela citada arriba, **“se estima inconstitucional la exclusión de la oportunidad de practicar pruebas que puedan mejorar la posición de aquel ante la autoridad administrativa.”**

Posición de la convocada:

Dice la convocada en relación con la prueba solicitada al interponer el recurso de reposición, que en la Resolución N° 1210 de 2013 la Administración explicó las razones por las cuales no la decretó, bajo el entendido de que los recursos deben resolverse de plano y que la solicitud de pruebas sólo es posible cuando se trate de un recurso de apelación, según las voces del artículo 56 del CCA.

Cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera del 3 de diciembre de 2015, Rad 42327, que señala que la prueba judicial se encuentra circunscrita a la satisfacción de determinados estadios o filtros demarcados por las regulaciones procedimentales.

Agrega que la prueba pericial solicitada en el recurso de reposición, consistía en la designación de un perito contador para contestar preguntas relacionadas con la definición contable del “valor actualizado del contrato”, criterios para establecer el valor actualizado del contrato, y establecer cuál era ese valor.

Que en el expediente quedó demostrado documentalmente el ejercicio matemático financiero realizado por la CNTV para establecer el valor actualizado del contrato,

como lo fue el cuadro que para el efecto elaboró la Subdirección Administrativa y Financiera de la CNTV, que refleja las variaciones del índice de precios al consumidor y que permitieron traer a valor presente el precio del contrato. La fórmula para actualizar un valor o ajustarlo con el índice de precios al consumidor, es de aplicación rutinaria por los operadores "*judiciales en los términos del Artículo 178 del C.C.A., y no requieren de la intervención de un perito*".

Consecuente con lo anterior, además de las razones expuestas por la administración para desestimar la solicitud de la prueba, la misma resultaba ineficaz, versaba sobre hechos notoriamente impertinentes y resultaba manifiestamente superflua, toda vez que ninguno de los interrogantes propuestos para el perito requerían de conocimientos científicos, artísticos o prácticos, en consideración a que un simple ejercicio matemático aplicando al valor inicial del contrato el IPC, permitía como se encuentra demostrado, conocer el valor actualizado del mismo.

En su **alegato de conclusión** dice la demandada que, en efecto, el concesionario solicitó una prueba pericial en el recurso de reposición que interpuso contra la decisión inicial de sanción, pero que la administración acudió a la ley para rechazar de plano la petición, porque se trataba de un recurso de reposición. Así mismo, tuvo en cuenta que la entidad ya había hecho el cálculo del valor presente del contrato con el memorando referido. Es decir, consideró que no era necesario practicar otra prueba que buscara la misma finalidad.

Y, por último, con respecto a la sentencia de tutela que se refería a un caso similar, manifestó que los fallos de tutela solamente tienen efectos inter partes, sin desconocer que existen algunos precedentes. Consideró que en este caso no estaba obligada a acatarla y, el hecho de no haberlo hecho, no implica que haya violado el debido proceso de la parte convocante.

Consideraciones del tribunal:

De la lectura de la Resolución N° 1210 de 2013, mediante la cual la ANTV resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la resolución sancionatoria se evidencia que, a contrario de lo expuesto por la demandante, la CNTV sí motivó la negativa a decretar la prueba pericial solicitada. En efecto, se lee en la citada resolución:

"Frente a las pruebas solicitadas, el Despacho considera lo siguiente:

"El artículo 56 del Código Contencioso Administrativo estableció lo siguiente:

"ARTICULO 56. OPORTUNIDAD. Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

"Así las cosas, este Despacho considera que la ley ha sido clara al establecer que los recursos de reposición y de apelación deben resolverse de plano y que frente a la oportunidad de la práctica de pruebas, solo es posible cuando se trata del recurso de apelación, o, como lo dice la norma, cuando el funcionario que ha de resolver el recurso considere necesario decretarlas de oficio".

Ahora bien, ciertamente el artículo 56 del CCA, para entonces vigente, dispuso la resolución de plano del recurso de reposición procedente en la llamada vía gubernativa, de manera que ningún reproche puede hacerse a la ANTV por haber negado la prueba pericial solicitada en el recurso, con base en lo dispuesto por la ley.

Adicionalmente y, en aras de determinar si con ello **se afectó la posición de la demandante**, encuentra el Tribunal que la prueba pericial no era procedente, toda vez que no pretendía "*verificar hechos que interesen al proceso*" (art. 233 C.P.C.), sino que el perito dilucidara un punto de derecho: la interpretación del vocablo "*valor actualizado del contrato*" utilizado por el legislador en el literal h) del artículo 12 de la ley 182 de 1995.

La prueba presentaba el siguiente cuestionario al perito contador:

"Cuál es la definición contable del "valor actualizado del contrato" de conformidad con los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia?"

"Cuáles son los criterios que, de conformidad con los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, se deben tener en cuenta para establecer el valor actualizado del contrato de concesión número 140 de 1997, para la operación y explotación de un canal nacional de operación privada, celebrado entre la CNTV y RCN TELEVISION S. A.?"

"De conformidad con los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, cuál es valor actualizado del mencionado contrato 140 de 1997 a diciembre de 2008?"

"De conformidad con los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, cuál es valor actualizado del contrato de concesión No. 140 de 1997 teniendo en cuenta los Laudos Arbitrales proferidos en contra de la CNTV y a favor de RCN TELEVISION S. A. y en virtud de los cuales se disminuyó el valor de la concesión?"

Como puede apreciarse del cuestionario propuesto, la concesionaria se proponía definir un punto que es de derecho, o sea cuál es el significado que debe darse a los vocablos utilizados por el legislador "*valor actualizado del contrato*", al prescribir que "*Las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato*".

Lo que se le pedía al perito era determinar el valor actualizado del contrato desde el punto de vista contable, lo cual, lejos de la comprobación de un hecho, lo que pretendía era sustentar la pretensión del concesionario de disminuir el valor que tomó la CNTV como referencia para la determinación de la multa.

La prueba resultaba por tanto impertinente.

El Consejo de Estado respecto a la impertinencia de las pruebas ha precisado:³⁷

³⁷ Sentencia Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B de julio veintitrés (23) de dos mil nueve (2009).Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00460-02(0071-09)

"Existe diferencia entre los conceptos de conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de que, con la comparación que se haga se pueda saber si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de este medio probatorio. La pertinencia es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso."³⁸

"Es decir, que la conducencia es la aptitud legal del medio probatorio para probar el hecho que se investiga, y que requiere de dos requisitos esenciales, que son: que el medio probatorio respectivo este autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley; y que ese medio probatorio solicitado no esté, prohibido en particular para el hecho que con él se pretende probar. En tanto que la pertinencia se refiera a que el medio probatorio guarde relación con los hechos que se pretenden demostrar. (...).

"En criterio de la Sala la prueba pericial solicitada es inconducente, toda vez que el demandado pretende con ella establecer el monto de las posibles condenas en su contra cuando el peritaje ha sido consagrado como medio probatorio para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos y no como un mecanismo para establecer el valor de una presunta condena.

"Aunado a lo anterior, el decreto de la prueba solicitada también resulta impertinente toda vez que no guarda una relación directa con lo que es objeto de la litis, pues lo que se debate es el porcentaje de la pensión del demandado, de conformidad con las normas aplicables y para calcular su monto no es procedente decretar el dictamen pericial por tratarse de un punto de derecho. En todo caso lo requerido se puede calcular y fijar con operaciones matemáticas básicas que se efectúan con base en las fórmulas y orientación indicadas en la jurisprudencia".
(Las negrillas no son del texto).

Cabe anotar que la convocante pretende la nulidad de los actos administrativos de la convocada por no haberse decretado la prueba pericial, pero esta prueba no fue solicitada en la demanda, por lo cual se puede inferir que en realidad no es una prueba que considere importante para el éxito de sus pretensiones.

Las consideraciones precedentes, llevan al Tribunal a **desestimar el cargo** de vulneración del debido proceso.

2.4.5. Principio de legalidad

La convocante manifiesta que el artículo 29 de la Constitución Política plasma el elemento esencial del régimen sancionador colombiano, en virtud del cual el objeto de valoración del derecho sancionatorio son las conductas de los actores. Trae a colación una sentencia de la Corte Constitucional, SU-1010 de 2008, en la que define el principio de legalidad.

³⁸ Manual de Derecho Probatorio pág-27, Jairo Parra Quijano – Ediciones Librería El Profesional – Bogotá.

Concluye la convocante expresando que no es posible imponer una sanción sin establecer la existencia cierta e indiscutible de un daño, tal y como lo establece el artículo 12 literal h de la Ley 182 de 1995.

Posición de la convocada:

Al respecto, la parte convocada manifestó que con la expedición de los actos administrativos que fueron demandados, no se violó el artículo 12, literal h de la ley 182 de 1995, ni el artículo 44 del CPACA, ni el derecho de defensa y por lo tanto, no se afectó el principio de legalidad.

Consideraciones del Tribunal:

Invoca la demandante el artículo 29 de la Constitución Política, que dispone que "(...) *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)*", para señalar que, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, la legalidad del derecho sancionador impone la necesidad de que *"exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y que ésta contenga una descripción precisa de la acción u omisión objeto de reproche y de la sanción que ha de imponerse."* Concluye que en consecuencia, *"no es posible imponer una sanción sin establecer la existencia cierta e indiscutible de un daño, como anteriormente se expuso, pues se recuerda que la Ley 182 de 1995, en su artículo 12, literal h), establece que "Para el ejercicio de tal facultad la Junta Directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión; (...)"*

Ya el Tribunal al desarrollar los cargos de *"Violación del artículo 44 del CPACA"* y de *"Violación del debido proceso"* analizó, de cara a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los matices que diferencian el derecho sancionatorio administrativo del derecho penal respecto al principio de legalidad, en cuanto a la tipicidad de la falta y la determinación de la sanción, toda vez que los tipos sancionadores administrativos no son autónomos sino que se remiten a otras normas en las que se formulan órdenes o prohibiciones, cuyo incumplimiento comporta la infracción.

En la determinación de la sanción es por ello constitucionalmente válido no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas, sino establecer clasificaciones más o menos generales, señalando los criterios que deben ser atendidos por los funcionarios encargados de aplicar la sanción.

Este es el caso del literal h) del artículo 12 de la ley 182 de 1995, que autoriza a la CNTV para imponer multas a los concesionarios **por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio, y establece que, para el ejercicio de tal facultad, la Junta Directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión.**

Frente a esta realidad, debe analizarse el cuestionamiento de la concesionaria sobre la existencia cierta e indiscutible de un daño. A este respecto, el Tribunal se pronunció ya en los siguientes términos:

*"A juicio de este Tribunal, la imposición de la sanción por el incumplimiento de obligaciones contractuales, que da lugar a aplicar legalmente la multa, **no está ligada a la demostración de un daño**, como lo pretende la parte demandante, ya que lo que dispone la ley en referencia para los efectos de aplicar la sanción, es que exista una infracción 'por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio', razón por la cual se concluye que para adoptar las medidas sancionatorias, **no es requisito sine qua non**, por parte de la autoridad, **demostrar o probar el daño**, cuando se encuentra acreditada la vulneración de las normas jurídicas con respecto a las obligaciones mencionadas, que generan la imposición de la multa, a causa del incumplimiento de estas obligaciones".*

En estas condiciones, el cargo formulado bajo el epígrafe "Del Principio de legalidad" **no prospera.**

3. COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, liquidación y ejecución se regirán por el Código de Procedimiento Civil"*.

Por su parte, el Código General del Proceso dispone en su artículo 365 que en los procesos *"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso"*. Por lo anterior, habida cuenta del resultado del presente proceso se debe condenar en costas a la parte Convocante.

Las costas son las que a continuación se liquidan, a lo cual se descontará el 50% ya pagado por la convocante:

Honorarios de los Árbitros (incluido IVA)	\$8.931.763
Secretario (incluido IVA)	\$1.488.626
Gastos Administrativos (incluido IVA)	\$1.488.626
Protocolización y otros cargos	\$500.000
Total	\$12.409.016
50%	\$6.204.508

Agencias en Derecho:

El Tribunal fija como valor de las agencias en derecho, tomando como parámetro la tarifa señalada para un árbitro, la suma de \$2.566.598, obrando dentro los límites del numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso.

En consecuencia, las costas que la Convocante debe pagarle a la Convocada, incluidas las agencias en derecho, ascienden a la suma de ocho millones setecientos setenta y un mil ciento seis pesos (\$8.771.106).

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Otros Gastos", se ordenará su devolución si a ello hubiere lugar.

Por último, el Tribunal, de conformidad con el artículo 280 del Código General del Proceso, constató que la conducta procesal de las partes a lo largo del proceso, fue ajustada a derecho y atendió los postulados inherentes a los principios de buena fe y probidad, por lo que no deduce ningún indicio en contra de ellas.

4. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral convocado por **RCN TELEVISIÓN S.A. CONTRA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN-ANTV-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **no probadas las excepciones** formuladas por la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN-ANTV-.

SEGUNDO: **Denegar las pretensiones** de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: **Condenar en costas** a RCN TELEVISIÓN S.A., quien deberá pagar a LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN - ANTV la suma de ocho millones setecientos setenta y un mil ciento seis pesos (\$8.771.106), de conformidad con la liquidación efectuada en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Declarar **causado el saldo final** de los honorarios de los árbitros y de la secretaria del Tribunal, y ordenar su pago.

QUINTO: Disponer que la Presidente del Tribunal **rinda cuentas** a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que correspondan de la partida de "Otros" que sea o no sea utilizada.

SEXTO: Ordenar que por Secretaría se **expidan copias auténticas** de este Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes y al Ministerio Público, y copia simple para el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

SÉPTIMO: Disponer que en firme esta providencia, se **archive el expediente** en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ
Presidente

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Árbitro

HERNANDO HERRERA VERGARA
Ábitro

JEANNETTE NAMÉN BAQUERO
Secretaria

