

<Este documento fue sometido a proceso mecánico de convertidor de PDF

a RTF. Puede contener errores en su conversión>

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 11 de marzo de 2020

Radicación:

Actor:

Demandado

Referencia:

25000-23-36-000-2007-00572-01 (43348)

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A. E.S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales.

TEMAS: CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN - Concepto de Ingresos Brutos.

Síntesis del Caso: EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho para que se declarara la nulidad de las Resoluciones mediante las cuales la Comisión Nacional de Televisión había reajustado el valor de compensaciones por la explotación del servicio de televisión por suscripción causadas entre el 1 de enero de 1999 y el 30 de septiembre de 2003 y ordenó el pago de intereses moratorios.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Comisión Nacional de Televisión - CNTV- contra la Sentencia de 10 de agosto de 2001, proferida por la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones - 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1 La demanda y su trámite de primera instancia - 1.2 Recurso de apelación y trámite de segunda instancia.

La demanda y su trámite de primera instancia

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

1. El 12 de octubre de 2007¹, mediante apoderado judicial, E.P.M. Telecomunicaciones S.A. E.S.P (EPM), mediante apoderado judicial, presentó demanda, en ejercicio de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

“1)Que se declare la nulidad de la Resolución 358 del 26 de abril de 2006 expedida por la Comisión Nacional de Televisión, por medio de la cual se ajustan unas autoliquidaciones del Contrato de Concesión No. 206 de 1999 y se ordena su pago, consistente en las siguientes sumas: UN MIL CIENTO NUEVE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.109.794.273,00), por concepto del reajuste de las autoliquidaciones de compensación presentadas por el concesionario, correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero de 1999 al 30 de septiembre de 2003; UN MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.575.999.516,00), por concepto de intereses moratorios causados durante el período 1° de enero de 1999 al 31 de enero de 2006, conforme a la factura No. 15532, expedida por la CNTV.”

Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0367 del 10 de mayo de

2007 expedida por la Comisión Nacional de Televisión, mediante la cual se resuelven unos recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 358 de 26 de abril de 2006.

Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos impugnados y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Comisión Nacional de Televisión, gestionar devolución a EPM

TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. de la suma de TRES MIL SETENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.071.994.420), cancelados a favor de la Comisión Nacional de Televisión, en cumplimiento de los actos administrativos que se demandan, discriminados así:

La suma de Mil Ciento Nueve Millones Setecientos Noventa y Cuatro Mil Doscientos Setenta y Tres Pesos (\$1.109.794.273,00) equivalentes al reajuste de las autoliquidaciones de compensación presentadas por el concesionario, correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero de 1999 al 30 de septiembre de 2003, cancelados a la CNTV el 5 de septiembre de 2007.

La suma de Mil novecientos Nueve Millones Trescientos Dieciocho Mil Ochocientos

Cuarenta y Dos Mil Pesos (\$1.909.318.842) correspondientes a los

¹ Folios 1 a 38 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Página 2 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

intereses moratorios desde el primero de enero de 1999 hasta el 30 de junio de 2007, cancelados a la CNTV el 5 de septiembre de 2007, y

La suma Cincuenta y dos Millones ochocientos ochenta y un mil trescientos cinco pesos (\$52.881.305), correspondientes a los intereses moratorios desde el 1 de julio de 2007 al 11 de septiembre del mismo año, cancelados a la CNTV el 11 de septiembre de 2007.”

. Que se condene a la Comisión Nacional de Televisión, a ordenar la devolución de la suma anterior, con la debida corrección monetaria a fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda colombiana, por el tiempo transcurrido desde el 5 y 11 de septiembre de 2007, fechas en las cuales se consignaron a nombre de la CNTV los valores mencionados en el numeral anterior, hasta la fecha en que se haga efectiva la devolución de dichas sumas.

SUBSIDIARIAS:

Que se inaplique el cobro del reajuste de las autoliquidaciones de compensación presentadas por el concesionario, correspondientes al

período comprendido entre el 1° de enero de 1999 al 30 de septiembre de

2003 y los intereses moratorios cobrados hasta el 11 de septiembre de 2007,

por cuanto la compensación fue liquidada conforme a la normatividad vigente expedida por la Comisión Nacional de Televisión.

Que por lo tanto, se desestime el pago del reajuste de las autoliquidaciones de compensación, correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero de 1999 al 30 de septiembre de 2003 y los intereses moratorios impuestos desde el 1° de enero de 1999 hasta el 5 y 11 de septiembre de 2007, y se ordene la devolución de los dineros cancelados por estos conceptos, debidamente actualizados.

Que en caso que el Honorable Tribunal considere conforme a derecho el reajuste de la compensación realizado por la CNTV con base en la Auditoría de la firma Javh McGregor,

se solicita ordenar la devolución de Mil novecientos Nueve Millones Trescientos Dieciocho Mil Ochocientos Cuarenta y Dos Pesos (\$1.909.318.842,00) cancelados por concepto de intereses moratorios, liquidados entre el 1 de enero de 1999 y el 29 de junio de 2007, puesto que la Resolución 367 de 2007, por la cual se resuelven unos recursos, quedó ejecutoriada el 22 de junio de 2007, y confirió cinco (5) días hábiles para realizar el pago, los cuales vencieron el 29 de junio de 2007, fecha en la cual la reliquidación de la compensación fue una deuda cierta, expresa y exigible; en consecuencia el concesionario sólo habría incurrido en mora del 30 de junio de 2007 al 5 de septiembre, fecha en que se hizo el pago ordenado por las Resoluciones 358 de 2006 y 367 de 2007.

PRETENSIONES CONJUNTAS:

Página 3 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

Que a la Sentencia se le de cumplimiento dentro del termino establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y en el caso de que así no se hiciese, se condene a la demandada a pagar durante los seis (6) seis meses siguientes a ejecutoria de la sentencia los intereses comerciales y después de este término los intereses moratorios comerciales.

Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada”

En la demanda la parte actora narró, en síntesis, los siguientes hechos relevantes:

1) El 20 de diciembre de 1999, EPM y la CNTV suscribieron el contrato de concesión No. 206 de 1999 (El Contrato de Concesión, o El Contrato); negocio jurídico que tenía por objeto la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción en los Departamentos de Antioquia, Caldas, Cauca, Chocó, Nariño, Quindío, Risaralda y Valle del Cauca.

2) El plazo de ejecución se pactó en diez años, contados a partir de la fecha en que EPM comenzara a facturar por concepto de la prestación del servicio, prorrogable por otro período de 10 años, en los términos de la cláusula tercera del contrato.

3) “EPM TELEVISIÓN LTDA fue absorbida por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. [...]. En razón de este proceso de absorción, se acordó en el Otrosí N° 1 del 2 de julio de 2002 al Contrato de Concesión N° 206 de 1999 que para todos los efectos legales, la razón social del Concesionario sería EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.”

4) Mediante escritura pública 2183 de 23 de junio de 2006 de la Notaría 26 del Circulo Notarial de Medellín se protocolizó la escisión de la Unidad Estratégica de Negocios de Telecomunicaciones de las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y se constituyó la sociedad EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., teniendo como socios iniciales al Municipio de Medellín, el Instituto Tecnológico Metropolitano, las Empresas Varias de Medellín, el Instituto de Deporte y Recreación y la Empresa de Desarrollo Urbano.

5) De conformidad con el Otrosí N° 3 de 14 de diciembre de 2006 al Contrato de Concesión, las partes acordaron que “para todos los efectos

Página 4 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

legales se [tendría] como concesionario del servicio de televisión” a la sociedad EPM TELCO.

6) La cláusula séptima de El Contrato estableció el pago de una compensación a cargo de la parte demandante y en favor de la CNTV, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Acuerdo 14 de 1997 de la CNTV, la que se liquidaría de la siguiente manera: [...]“el diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio, en la forma en que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente período de causación por la tarifa de suscripción cobrada al usuario...” (subraya original)

7) En el artículo 36 del Acuerdo 14 de 1997, por el cual se reglamentó hasta noviembre de 2006 el servicio de televisión por suscripción, se estableció la tasa y la forma de pago de la compensación, disposición que fue modificada posteriormente por los Acuerdos 3 de 2001, 2 de 2004 y 3 de 2005.

8) El 9 de diciembre de 2003 la CNTV suscribió el contrato de auditoría 96 de 2003 con la firma JAVH MC GREGOR LTDA (JAVH MC GREGOR), para la realización de la auditoría integral, financiera, administrativa y de plataforma tecnológica de los contratos de concesión del servicio

público de televisión por suscripción y satelital, con el propósito de verificar el cumplimiento de los términos estipulados en los mismos.

9) El 18 de marzo de 2004, JAVH MC GREGOR presentó informe “en el cual al parecer indicó la forma como se realizan las liquidaciones efectuadas por los concesionarios para el pago de las compensaciones.”

10) En dicho documento se señaló que la parte actora “durante el período comprendido entre enero de 1999 y septiembre de 2003, no había[n] incluido la totalidad de los ingresos brutos base de la liquidación de la compensación, tal y como lo [establecían] las disposiciones reglamentarias y contractuales, pues consideró erradamente que debieron

Página 5 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

incluir ingresos como conexiones, traslados, cable, publicidad, adiciones, cuotas mensuales y devoluciones.”

11) El 4 de enero de 2005 la CNTV, mediante Auto 17, abrió investigación en contra de la demandante.

12) Sin haber concluido la investigación, el 31 de enero de 2006, la CNTV liquidó la compensación, incluidos intereses moratorios, por considerar que EPM “había incumplido lo establecido en los acuerdos y el contrato y como consecuencia de dicha liquidación le envió la factura 15532 en la que consignaba como pago insoluto de la reliquidación de compensación, la suma de \$1.109.794.273,00 y, por concepto de intereses moratorios causados entre el 1 de enero de 1999 y el 31 de enero de 2006, la suma de \$1.575.999.516,00, para un total de \$2.685.793.789,00.”

13) EPM, mediante comunicación con radicado 2006ER2812 de 9 de marzo de 2006, devolvió a la CNTV la factura 15532, argumentando que no tenía obligación legal ni contractual de pagar las sumas allí cobradas.

14) El 26 de abril de 2006 la CNTV, mediante Resolución No 358, ordenó a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. el pago de las siguientes sumas,

dentro de los 5 días siguientes a la fecha de su ejecutoria: “[...]

\$1.109.794.273,00, por concepto del reajuste de las autoliquidaciones de compensación presentadas por el concesionario, correspondiente al período comprendido del 1° de enero de 1999 al 30 de septiembre de 2003; y Mil Quinientos Dieciséis Pesos Moneda Corriente (\$1.575.999.516,00) por concepto de intereses moratorios causados durante el período comprendido del 1° de enero de 1999 y el 31 de enero de 2006’.

15) La CNTV ordenó que, si al vencimiento del plazo no se había realizado el pago, “se entendería que mediante dicho acto administrativo se harían efectivas las garantías de cumplimiento expedidas por la PREVISORA S.A. y Compañía Aseguradora de Fianzas CONFIANZA', hasta el monto del valor asegurado.”

Página 6 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

16) Luego de notificada la Resolución 358 de 2006 a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y a las aseguradoras, la primera interpuso recurso de reposición, solicitando que se revocara en su totalidad, bajo el argumento de que los “otros ingresos diferentes a la suma que [pagaba] periódicamente el suscriptor para recibir permanentemente el servicio, no deberían contabilizarse para la liquidación de la compensación, como se [presentaba] con aquéllos que se [causaban] en forma ocasional a solicitud del cliente (extensiones, traslados, reconexiones) y no [hacían] parte por tanto de la "suma determinada de dinero pagada en forma periódica".

17) El 10 de mayo de 2007, mediante Resolución 367, la CNTV resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte actora, en el sentido de confirmar la Resolución 358 de 26 de abril de 2006.

18) Luego de notificar la Resolución 367 a EPM y a las aseguradoras, la CNTV, mediante

comunicación con radicado N° 2007EE9723 01², requirió a EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. el pago inmediato del saldo en mora, por valor, al 30 de junio de 2007, de (\$3.019'113.115,00).

19) El 5 de septiembre de 2007, EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. canceló a la CNTV, la suma de (\$3.019'113.115,00), por concepto del reajuste de las autoliquidaciones de compensación presentadas por el concesionario y por concepto de intereses moratorios, causados entre el 1 de enero de 1999 y el 30 de junio de 2007.

20) La CNTV requirió un pago adicional por (\$52'881.305,00), por concepto de intereses moratorios correspondientes al período del 1 de julio de 2007 al 5 de septiembre de 2007, los cuales fueron pagados por el concesionario el 11 de septiembre de 2007, con lo cual el valor total pagado ascendió a la suma de (\$3.071 '994.420,00).

Como concepto de violación³, la parte actora sostuvo que las Resoluciones demandadas violaron el Artículo 36 del Acuerdo 14 de 1997

² Folio 268, Cuaderno de pruebas de contestación de la demanda, Anexo 1.

³ Folios 19 a 33 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Página 7 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

de la CNTV; el artículo 2 del Acuerdo 3 de 2001; el artículo 7 del Contrato de Concesión 206 de 1999; el artículo 45 de La Ley 182 de 1995; el parágrafo 2 del artículo 8 de la Ley 335 de 1996; los artículos 4, 29, 58, 83 209 y 230 de la Constitución de 1991; el Libro 4° y los títulos 12 y 14 del Código Civil y el libro 4 ° del Código de Comercio.

De conformidad con la interpretación que debería tener el artículo 7 del Acuerdo 14 de 1997, la tarifa sobre la cual debía calcularse la compensación correspondía, exclusivamente, a la suma que ordinariamente pagaba el usuario por la recepción de las señales de televisión. La parte demandante consideró que los servicios asociados, tales como, instalaciones, extensiones,

reconexiones, traslados, cambios de suscriptor, entre otros, no obedecían a pagos que se realizaran en forma periódica ni se originaban en la recepción permanente del servicio y por lo tanto, constituían la remuneración por otros bienes o servicios, los cuales incluso eran prestados por terceros que no debían pagar ninguna compensación.

Frente al cobro de intereses moratorios, la parte actora consideró que no eran viables, bajo el supuesto de que la CNTV le informó al concesionario acerca del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, 7 años y 4 meses después de que éste ocurriera. La CNTV exigió el pago de intereses moratorios desde enero de 1999, pese a que el referido incumplimiento no fue puesto de presente sino desde la expedición de las resoluciones demandadas.

Finalmente, solicitó la aplicación del principio de favorabilidad, en el entendido de que la interpretación de las normas aplicadas al caso en concreto no resultaba ser clara y, por ende, sostuvo, debían interpretarse en favor del deudor.

Página 8 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

Mediante Auto de 30 de enero de 2008⁴, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, admitió la demanda.

El 8 de abril de 2008, la CNTV contestó la demanda⁵. Se opuso a la prosperidad de sus pretensiones, pues, en su sentir, carecían de fundamento. Admitió algunos hechos y, en relación con otros, manifestó que no eran ciertos o que se atenía a lo que resultara probado.

Afirmó que, con ocasión de una auditoría realizada a las compensaciones liquidadas por el concesionario, se pudo establecer la omisión de algunos ingresos en la base de cálculo de las autoliquidaciones, en el periodo comprendido entre enero de 1999 y septiembre de 2003.

Para la CNTV la expresión "ingresos brutos" debía entenderse de conformidad con el sentido que tiene para efectos contables o afines. Por consiguiente, en lo que toca con los conceptos aplicables a la liquidación de la compensación, serían aquellos valores que percibía el operador por la prestación del servicio de televisión por suscripción y por la

prestación de servicios que eran inherentes a aquel.

Sostuvo que no existía duda de la irregularidad en que incurrió el concesionario, al calcular incorrectamente el valor de la concesión que debía pagar a la CNTV, de donde surgió la diferencia aludida en los actos demandados, que ascendía a la cantidad de \$1.109.794.273 y sobre la cual se liquidaron intereses moratorios por valor de \$1.575. 999.516, para un total de \$ 2.685.793.789.

En relación con los intereses moratorios liquidados, sostuvo que se causaron como consecuencia del no pago de lo adeudado y que por el solo hecho de la mora en el pago de las obligaciones se hacían exigibles, de acuerdo con la cláusula 8ª del Contrato, por lo que no podía entenderse, como lo afirmaba el actor, que se estuviera aplicando en forma retroactiva normatividad alguna.

⁴ Folio 139 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁵ Folios 144 a 227 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Página 9 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

Propuso como excepción el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la CNTV y solicitó el reconocimiento oficioso de aquellas que se encontraran probadas.

Agotada la etapa probatoria, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante Auto de 19 de marzo de 2010⁶, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

Las dos partes presentaron alegatos^{7 8}, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación.

El Agente del Ministerio Público emitió concepto⁹, en el que consideró que, de las definiciones de “suscriptor” y “suscripción”, se podía inferir que ambas figuras se relacionaban con el recibo de la señal y con el pago

periódico de la misma, razón por la cual de la multiplicación del “número de suscriptores” por la “tarifa de suscripción”, debían excluirse conceptos ajenos al recibo de la señal, como ocurría con la venta de equipos, de revistas o de activos fijos del concesionario.

Conforme con esa interpretación, encontró que las resoluciones atacadas se equivocaron al calcular la compensación con base en la totalidad de los ingresos brutos del concesionario y, por consiguiente, solicitó acceder a la nulidad de los actos administrativos demandados.

El 10 de agosto de 2011 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió Sentencia mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

Para arribar a su decisión, el Tribunal, en primer lugar, analizó la naturaleza de los actos administrativos de carácter general dictados por la CNTV, a partir de lo cual concluyó que ésta tenía una facultad

⁶ Folio 258 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁷ Folios 259 a 285 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁸ Folios 286 a 318 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁹ Folios 320 a 350 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Página 10 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

reglamentaria [que debía ser respetada por los otros reguladores, a saber, el Congreso y el Presidente], derivada de la Constitución Política, en relación con el uso e intervención del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión.

Frente al cargo de anulación por “falsa motivación” de los actos administrativos demandados, [asociada a la interpretación que la CNTV dio al concepto de ingreso bruto], el a quo consideró, a partir de las

definiciones de suscripción, afiliación y suscripción, “que los servicios de reconexión, desconexiones, decodificadores, derivaciones, traslados, etc. no [estaban] incluidos dentro del valor de la suscripción, en tanto [generaban] un costo adicional y la tarifa por suscripción, en los términos de la norma en cita, [era] una suma determinada de dinero que el suscriptor [pagaba] periódicamente”.

De manera consecuente con ese entendimiento, el Tribunal estimó que (se transcribe):

“antes de la expedición del Acuerdo 003 de 2005, [la CNTV] no podía incluir dentro del concepto de ingresos brutos los servicios que incluyó con los actos administrativos demandados, primero, porque la obligación del administrado [debía] estar claramente definida, lo cual como se vio en el presente asunto resulta bastante controvertible, y, segundo, puesto que la interpretación que propone la accionante resulta admisible para calcular los ingresos brutos a los que nos hemos referido de manera insistente, puesto que en los términos de las normas de la CNTV, vigentes a la fecha de los hechos, y el contrato de concesión, tales ingresos eran el resultado de multiplicar el número de suscriptores durante el período de causación por la tarifa de suscripción, sin que dentro de ésta última se encontraran incluidos los servicios a los que refirió la CNTV en los actos administrativos demandados.”

El Tribunal ordenó la devolución al concesionario de la suma de \$ 3.071.994.420 pagados en cumplimiento de la resolución impugnada, actualizados a la fecha de la sentencia.

1.2 Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

Página 11 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

En escrito de 25 de agosto de 2011, el apoderado de la parte demandada interpuso y sustentó recurso de apelación en contra de la Sentencia de primera instancia, con el fin de que se revocara y, en su lugar, se denegaran las súplicas de la demanda.^{10 11}

El recurrente consideró que la decisión de primera instancia debió analizar el concepto de ingreso bruto a la luz de las disposiciones existentes en el ámbito contable, financiero y tributario y debió tener en cuenta las razones que llevaron a la CNTV a ordenar el pago de las diferencias que se detectaron en las autoliquidaciones presentadas y y pagadas por el Concesionario¹¹

En el sentir del apelante debía tenerse en cuenta, para el correcto entendimiento de la expresión "ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de televisión por suscripción", que los operadores del servicio de televisión por suscripción generalmente prestan otros servicios de telecomunicaciones, como es el caso de internet y telefonía, razón por la cual la exclusividad buscaba separar de la base de liquidación los ingresos provenientes de esos otros servicios.

En las condiciones anotadas, para el recurrente la base gravable sobre la cual el concesionario debía realizar el pago de la compensación estaba conformada por el valor total de lo facturado al usuario, lo que involucraba la totalidad de lo recibido por concepto del servicio de televisión

prestado.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante Auto de 10 de febrero de 2012¹², concedió el recurso de apelación presentado por la parte demandada.

Mediante Auto de 16 de mayo de 2012¹³, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

¹⁰ Folios 364 a 391 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹¹ Folio 364, cuaderno del Consejo de Estado.

¹² Folios 410 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Folios 414 y 415 del cuaderno del Consejo de Estado.

Página 12 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Por medio de Auto de 26 de abril de 2013¹⁴, se corrió traslado a las partes y al Ministerio público para alegar de conclusión.

En escrito de 14 de mayo de 2013¹⁵, el apoderado de la parte demandada presentó alegato de conclusión, en el que reafirmó los argumentos planteados en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

En escrito de 17 de mayo de 2013¹⁶, el apoderado de la parte demandante presentó alegato de conclusión, en el sentido de reiterar su posición interpretativa frente al concepto de ingresos aplicable a la liquidación de la compensación.

El Ministerio Público guardó silencio.

Mediante Auto de 22 de enero de 2019¹⁷, esta Corporación declaró fundado el impedimento manifestado por el consejero Ramiro Pazos Guerrero para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la Sentencia de 10 de agosto de 2011.

1. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Presupuestos procesales - 2.2. Hechos probados - 2.3. Caso concreto - 2.4.

Sobre la condena en costas

Presupuestos procesales

El presente asunto es de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los términos del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y 82 del Código Contencioso Administrativo, en tanto la controversia se suscitó en virtud de un contrato estatal, característica que deriva de la

¹⁴ Folio 594 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ Folios 455 a 496 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁶ Folios 497 a 505 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁷ Folios 597 y 598 del cuaderno del Consejo de Estado.

Página 13 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

intervención en éste de una de las entidades públicas¹⁸ a las que se refiere el artículo 2 del Estatuto de Contratación.

El Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo.

56. En lo que respecta a la procedencia de la acción instaurada, en relación con la pretensión de nulidad de las Resoluciones acusadas, mediante las cuales se ordenó el pago de las sumas correspondientes a la autoliquidación de la compensación prevista en el contrato de concesión No. 206 de 1999, no cabe duda de su naturaleza de actos administrativos.¹⁹ La acción contractual es la conducente, ya que tales actos administrativos fueron producidos con ocasión de la ejecución de un contrato de concesión²⁰.

57. Se observa, además, que la actora presentó la demanda en la oportunidad legal prevista para el efecto, dado que las resoluciones impugnadas quedaron en firme el 21 de junio de 2007, una vez fue notificada la decisión confirmatoria a la parte actora, mientras la demanda se presentó el 12 de octubre de 2007.

58. En lo que respecta a la legitimación activa en la causa, E.P.M. Telecomunicaciones S.A. E.S.P (EPM TELCO), acudió al proceso en su calidad de concesionario dentro del contrato 206 de 1999.

¹⁸ Por disposición del artículo 76 de la Constitución Política, la Comisión Nacional de

Televisión -hoy en liquidación- fue un “organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.”

¹⁹ De conformidad con el párrafo del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, “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.”

²⁰ De conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Página 14 de 37

Radicación:

Actor:

Demandado

Referencia:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Tiene legitimación pasiva en la causa por sustitución procesal²¹, de acuerdo con la competencia que le fue transferida mediante las leyes 1507 de 2012²² y 1978 de 2019²³, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por haber sido la Comisión Nacional de Televisión la entidad pública contratante y demandada en este proceso.

Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los elementos probatorios aportados por las partes en las oportunidades legales, que acreditan lo siguiente:

Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 3 de 1999, convocada por la CNTV²⁴, en el que se especificó en los siguientes términos el valor de la compensación (se transcribe):

“4.2.1 Del valor de la compensación por explotación. De conformidad con el Artículo 36 del Acuerdo 014 de 1997, el concesionario deberá pagar directamente a la Comisión Nacional

de Televisión como compensación por la explotación del servicio de televisión por suscripción, el 10% del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación de este servicio, en la forma que resulte de multiplicar el número de suscriptores durante el correspondiente período de causación de la tarifa de suscripción cobrada al usuario.

Así mismo deberá cancelar el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos

²¹ De conformidad con el artículo 60 del Código de procedimiento Civil, (modificado por el Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Num. 22), “Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.”

²² De conformidad con el artículo 14 de la Ley 1507 de 2012, la función de otorgamiento de concesiones que tenía la CNTV fue transferida a la ANTV. Por otra parte, el artículo 22 de la misma Ley dispuso una transferencia supletiva a favor de la ANTV, de todas las funciones de la CNTV que no hubieran sido objeto de mención expresa en la referida Ley. Por su parte, el artículo 21 de la Ley 1507 de 2012 dispuso que, por Ministerio de la ley, las entidades públicas a las que se transfieren las funciones de la Comisión Nacional de Televisión la sustituirán en la posición contractual de los contratos distintos a los que se hayan celebrado para la atención de gastos de funcionamiento y en la posición que esta ocupe en los procesos judiciales en curso, en que esta participe en cualquier calidad.

²³ Ley 1978 de 2019, “Artículo 43. Liquidación de contratos y cesión de la posición contractual, judicial y administrativa. [...] el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones sustituirá a la ANTV en los contratos de concesión suscritos por esta. [...] De la misma manera, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de acuerdo con las competencias que se transfieren por medio de la presente ley, sustituirán a la Autoridad Nacional de Televisión en la posición que esta ocupare en los procesos judiciales en curso, incluyendo arbitramentos en que participen en cualquier calidad.”

²⁴ Folios 4 a 137 del cuaderno de pruebas 3

Página 15 de 37

Radicación:

Actor:

Demandado

Referencia:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

mensuales, percibidos por concepto de pauta publicitaria. [.]”

En relación con la forma de pago, se estableció que el concesionario debía acompañar una certificación suscrita por el representante legal y el contador público o revisor fiscal, “certificando los ingresos brutos recibidos durante el trimestre en cuestión por el cobro de la suscripción mensual (discriminando tarifas y número de usuarios) y la pauta si es el caso”.

El Contrato²⁵, que tuvo por objeto la concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción, en la zona occidente, compuesta por los departamentos de Antioquia, Caldas, Cauca, Chocó, Nariño, Quindío, Risaralda y Valle del Cauca, en cuyas cláusulas 7 y 8 se pactó el valor de la compensación por la explotación de la concesión, en los mismos términos previstos en los pliegos.

El Otrosí 1²⁶ al Contrato, sin fecha, mediante el cual se reconoció como concesionario a EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P., luego de la fusión en la que EPM Televisión Limitada fue absorbida por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

El Otrosí 3²⁷ al Contrato, de 14 de diciembre de 2006, mediante el cual se reconoció como concesionario a EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (EPM TELCO S.A. E.S.P.), sociedad a la que EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P. trasladó, luego de su escisión, la porción patrimonial correspondiente a la prestación del servicio de televisión por suscripción.

El Otrosí 4²⁸ al Contrato, de 18 de abril de 2007, mediante el cual, entre otras determinaciones, se prorrogó por un período de diez años, a partir del 21 de diciembre de 2009, y se eliminó la cláusula compromisoria.

²⁵ Folios 1 a 16 del cuaderno de pruebas 3.

²⁶ Folios 17 a 19 del cuaderno de pruebas 3

²⁷ Folios 25 a 28 del cuaderno de pruebas 3.

²⁸ Folios 29 a 37 del cuaderno de pruebas 3.

Página 16 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Los siguientes Informes de ingresos y/o reporte de compensaciones por pagar, en los cuales se omitió discriminar número de usuarios y tarifa, con base en los cuales la CNTV emitió la correspondiente factura periódica de cobro de la compensación:

1999		
Informe de Ingresos	Valor de ingreso y/o compensación	Folio(*)
Enero	42.048.434	236
Febrero	47.268.901	236
Marzo	524.335.948	221
Abril	524.738.364	
Mayo	508.942.098	216
Junio	570.069.471	
Julio	62.962.867	224
Agosto	68.790.493	225
Septiembre	1.535.317.973	225
Octubre		
Noviembre	80.727.207	231
Diciembre	81.173.314	233
2.000		
Informe de Ingresos	Valor de ingreso y/o compensación	Folio(*)
Enero	81.526.102	243
Febrero	83.796.030	245
Marzo	84.594.407	250
Abril	87.549.512	252
Mayo	87.726.414	255
Junio	87.954.861	257
Julio		
Agosto	96.673.736	259
Septiembre	112.997.802	261
Octubre	125.045.463	263
Noviembre		
Diciembre	158.395.085/ 159.656.361	265 267

(*) Todos del cuaderno de pruebas 3.

Certificaciones de ingresos en los cuales se discriminó una tarifa única por zona, número de usuarios, base de cálculo de ingresos facturados en el mes y porcentaje de compensación [Se excluye del cuadro el dato de compensación por pauta].

2.001		
Mes	Compensación %	Folio(*)
Enero	143.017.175	10 276
Febrero	169.858.859	277
Marzo		
Abril		

Página 17 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Mayo	183.815.344	10	279
Junio	198.043.986	10	281
Julio			
Agosto	213.513.128	10	287
Agosto	41.155.613	3	289
Septiembre	59.728.876	3	290
Octubre	153.968.842	7,5	291
Noviembre	155.593.980	7,5	292
Diciembre	168.736.825	7,5	294

(*) Todos del cuaderno de pruebas 3.

Las siguientes certificaciones y/o autoliquidaciones, en las cuales se discriminó tarifa única, número de usuarios, base de cálculo de ingresos facturados en el mes y compensación:

2.002		
Autoliquidación	Valor de ingreso y/o compensación	Folio*
Enero		
Febrero		
Marzo		
Abril		
Mayo		
Junio		
Julio		
Agosto		
Agosto		
Septiembre		
Octubre		
Noviembre		
Diciembre	246.978.602	319

2.003		
Autoliquidación	Valor de ingreso y/o compensación	Folio*
Enero	248.606.319	318
Febrero	254.082.853	317
Marzo	264.625.372	313
Abril	223.641.303	313
Mayo	195.512.522	311
Junio	302.655.506	303
Julio	366.461.226	308
Agosto	118.521.601	299
Agosto	71.112.962	303
Septiembre	129.007.406	297
Octubre	131.409.483	296
Noviembre		
Diciembre		

(*) Todos del cuaderno de pruebas 3.

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

Reposa en el expediente el informe de auditoría integral realizado por JAVH MC GREGOR²⁹ a EPM, que tuvo como propósito auditar y verificar si las liquidaciones efectuadas por los concesionarios como pago por las concesiones y compensaciones a favor de la CNTV habían sido efectuadas correctamente desde el punto de vista contable y financiero y si estaban de acuerdo con el contrato celebrado.

El trabajo implicó el examen de los registros contables y estados financieros de los años 1999 a 2003, con el fin de validar los saldos de las distintas cuentas que conformaban el ciclo de ingresos del concesionario, en lo referente a valuación, existencia y clasificación.

Estableció la diferencia entre los conceptos y valores de los ingresos brutos reportados en la liquidación de la compensación remitida a la CNTV y la información de los registros contables llevados por el concesionario y verificó la información real sobre los suscriptores y las tarifas vigentes en los períodos auditados (desde 2.000 hasta septiembre de 2003), de tal forma que se pudiera establecer la tarifa aplicada y los ingresos que ellas generaban.

Determinó la manera de registrar correctamente los descuentos, devoluciones, cortesías, ingresos por reconexión, ingresos recibidos de terceros, y otros ingresos que se consideraron constitutivos de base para liquidar la compensación;

Solicitó a los concesionarios la conciliación del ingreso bruto depurado para efectos de los reportes con el ingreso incluido en las declaraciones bimestrales de IVA, las declaraciones de industria y comercio y la declaración anual de renta y complementarios.

El 28 de septiembre de 2004 la CNTV informó a EPM los resultados del proceso de auditoría, de acuerdo con los cuales requirió el pago de la suma

²⁹ Folios 15 a 329 del cuaderno de pruebas de la contestación de la demanda, Anexo 2.

Página 19 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

de (\$1.109,794.273) por concepto de diferencias por cancelar por compensación, con cargo a las vigencias 1999 - 2003.³⁰

El 19 de octubre de 2004 EPM respondió a la comunicación anterior, en el sentido de “[rechazar] cada uno de los requerimientos de pago propuestos en la comunicación, puesto que no [adeudaba] valor alguno por concepto de la liquidación de compensaciones correspondientes a los años 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003.”³¹

Como fundamento del rechazo presentó su interpretación de las normas

que soportan el cálculo de la compensación, conforme a la cual “el legislador [habría] circunscrito el servicio de televisión a las operaciones inherentes a la recepción, transmisión y distribución de señales de audio y video, sin considerar como integrantes del mismo, conceptos de ingresos tales como instalaciones, afiliaciones, traslados, extensiones, reconexiones, entre otros, que [podían] ser asumidos por un tercero no concesionario del servicio..[...].”

Adicionalmente, agregó que no estaban claros los resultados aritméticos consignados en los cuadros de reliquidación realizados por la firma auditora y que su entendimiento del monto de la compensación se había reflejado en las autoliquidaciones presentadas, que habían sido

objeto de “aceptación tácita” por parte de la CNTV.

Fue allegada al expediente copia de la Resolución 358 de 26 de abril de 2006³² de la CNTV, por la cual se ajustaron unas autoliquidaciones del contrato No. 206 de 1999 y se ordenó el pago, dentro del término de 5 días siguientes a su ejecutoria, de la suma de (\$1.109.794.273,00) por concepto de ajuste, y de la suma de (\$1.575.999.516,00), por concepto de intereses de mora causados del 1 de enero de 1999 hasta el 31 de enero de 2006, para un total de \$2.685.793.789,00.

³⁰ Folios 215 a 217, cuaderno de pruebas 3.

³¹ Folios 218 a 222 del cuaderno de pruebas 3.

³² Folios 103 a 111 del cuaderno de pruebas 3.

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

Obra en el expediente copia de la factura 15532 del 31 de enero de 2006³³, mediante la cual la CNTV “[consignó] como saldo insoluto de la reliquidación de la compensación del período comprendido entre el 1 de enero de 1999 y el 30 de septiembre de 2003 [.]” las sumas indicadas en el párrafo anterior. También se anexó la comunicación mediante la cual EPM devolvió esta factura³⁴, pues involucraba el cobro de una deuda no reconocida por la concesionaria.

Copia del recurso de reposición³⁵ interpuesto por EPM y por la Compañía de Seguros La Previsora en contra de la Resolución 358 del 26 de abril de 2006. Manifestó el recurrente, como motivo de inconformidad, la improcedencia del cobro de una deuda que, en su sentir, no era clara, expresa ni exigible, de acuerdo con su propia interpretación de la ley aplicable.

Agregó EPM en su defensa que se había producido la novación tácita de la cláusula 7 del Contrato de Concesión 206 de 1997, puesto que, desde 1998, época de su incursión en el sector, su manera de liquidar la compensación había sido aprobada por la CNTV, como lo demostraba la falta de requerimientos o reclamaciones al respecto, o en su defecto un “decaimiento de la función administrativa”, por no haber orientado la entidad concedente sus esfuerzos para recaudar en forma completa y oportuna la compensación y no haber efectuado los “requerimientos para constituir en mora a los concesionarios” y “arrogarse la facultad de guardar silencio sobre una deuda pendiente, durante un período de más de 7 años”.

Mediante Resolución 367 de 10 de mayo de 2007 la CNTV resolvió el recurso de reposición interpuesto por EPM, en el sentido de confirmar en todas sus partes la resolución impugnada. El fundamento central de la decisión giró en torno al concepto de ingreso bruto, que en la interpretación de la CNTV equivalía a la totalidad de los ingresos provenientes de la prestación del servicio.

³³ Folio 155, cuaderno de pruebas de la contestación de la demanda, Anexo 1.

³⁴ Folio 216, cuaderno de pruebas de la contestación de la demanda, Anexo 1.

³⁵ Folio 239 a 245, cuaderno de pruebas 3.

Página 21 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Al expediente fue incorporado el comprobante de consignación del cheque 546193^{36 37}, mediante el cual EPM acreditó el pago a la CNTV, el 5 de septiembre de 2007, de la cantidad de \$ 3.019.113.115 por concepto del reajuste de las autoliquidaciones correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero de 1999 al 30 de septiembre de 2003, más intereses moratorios causados entre el 1 de enero de 1999 y el 30 de junio de 2007.

También obra en el expediente copia de la solicitud de transferencia a la CNTV de la suma de \$52.88.305,37, por concepto de intereses moratorios causados entre el 1 de julio de 2007 y el 5 de septiembre de 2007, para un valor total pagado de (\$3.071.994.420,00).

Caso concreto

En consideración a los hechos probados, la Sala deberá ocuparse de los dos aspectos respecto de los cuales la demandada concretó su inconformidad. Por el primero de ellos será necesario determinar si la decisión de primera instancia debió analizar el concepto de ingreso bruto a la luz de las disposiciones existentes en el ámbito contable, financiero y tributario. Por el segundo, deberá establecer si los resultados de la auditoría practicada por la firma JAHV McGREGOR LTDA constituían fundamento legítimo del pago de las diferencias que esta encontró en las autoliquidaciones presentadas por el concesionario.

La Sala desarrollará el estudio de la impugnación mediante el análisis de las siguientes cuestiones: 2.3.1) antecedentes legales del servicio público de Televisión por Suscripción; 2.3.2) antecedentes del contrato de concesión del servicio de televisión por suscripción y de su contraprestación; 2.3.3) estipulaciones relevantes del contrato 206 de 1999; 2.3.4) el concepto de ingreso bruto aplicable a la liquidación de la compensación del contrato de concesión 206 de 1999; 2.3.5) las liquidaciones efectuadas por las partes para establecer el valor de la compensación; 2.3.6) si los resultados de la

³⁶ Folio 270, Cuaderno de contestación de la demanda, Anexo 1

³⁷ Folio 270, Cuaderno de contestación de la demanda, Anexo 1

Página 22 de 37

Radicación:**Actor:**

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

auditoría practicada por la firma JAHV MCGREGOR LTDA constituían fundamento legítimo del pago de las diferencias que esta encontró en las autoliquidaciones presentadas por el concesionario. Establecido lo anterior, 2.3.7) la Sala adoptará la conclusión que corresponda.

1. Antecedentes legales del Servicio Público de Televisión por Suscripción

Dentro de los antecedentes normativos que resultan de importancia para la integración del contrato con la regulación vigente para la época de su celebración³⁸, merecen citarse las siguientes:

Con arreglo a la Ley 72 de 1989³⁹ y al Decreto-ley 1900 de 1990, las telecomunicaciones fueron legalmente definidas como un servicio público que el Estado prestaría directamente o, a través de concesiones, reservándose, en todo caso, la facultad de control. La citada Ley estableció que las concesiones podrían otorgarse por medio de contratos o, en virtud de licencias, y darían lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que estableciera el Ministerio de Comunicaciones o el Instituto Nacional de Radio y Televisión, así como las organizaciones regionales de Televisión, en su caso.

En relación con el servicio de televisión, en 1991 se expidió la Ley 14, la cual se refirió al régimen de los contratos de concesión para la prestación del servicio por parte de entidades públicas, privadas o mixtas, tanto en la elaboración de programas, como en la emisión y distribución de señales de televisión, vínculos jurídicos que debían celebrarse con arreglo a las disposiciones de la contratación pública, reservándose el Estado la “función de emisión y transmisión de las señales de televisión, así como el control posterior de la programación que originan los particulares en virtud de la concesión.”

³⁹ Ley 72 de 1989, “por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de

los servicios”.

Página 23 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Posteriormente, la Ley 182 de enero 20 de 1995, conocida como la Ley de Televisión, conformó la Comisión Nacional de Televisión y se refirió a los distintos títulos que habilitan la operación de las frecuencias en el espectro electromagnético: 1) la ley, caso en el cual el derecho de acceso se obtenía directamente por ministerio de una disposición legal; 2) el contrato, evento en el cual el derecho deriva de un contrato de concesión y 3) la licencia, hipótesis en la cual el título habilitante se constituye mediante un acto de autorización del Estado.

El contrato de concesión de servicios públicos, en general, fue definido en la Ley 80 de 1993⁴⁰, cuyo artículo 33 dispuso que “los servicios y las actividades de telecomunicación” serían prestados mediante concesión o licencia y que los “servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales sobre la materia.”

La Ley de Televisión definió la concesión y la operación del servicio, en los siguientes términos:

“Artículo 35.–Operadores del servicio de televisión. Se entiende por operador la persona jurídica pública o privada, con o sin ánimo de lucro, que utiliza directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público de televisión en cualesquiera de sus modalidades, sobre un área determinada, en virtud de un título concedido por ministerio de la ley, por un contrato o por una licencia.

Para los efectos de la presente ley son operadores del servicio público de televisión las siguientes personas: el Instituto Nacional de Radio y Televisión al que hace referencia la presente ley, las organizaciones regionales de televisión, actualmente constituidas y las que se constituyan en los términos de la presente ley, las personas jurídicas autorizadas en virtud de contrato para cubrir las zonas que más adelante se describen, las organizaciones comunitarias y

⁴⁰ Ley 80 de 1993, artículo 32 -4 “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien

destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Página 24 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

personas jurídicas titulares de licencias para cubrir el nivel local, y las personas autorizadas para prestar el servicio de televisión cerrada o por suscripción.

(...)

Artículo. 46.– Definición. La concesión es el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio.”

De esta manera la Ley 182 de 1995 se erigió en norma especial y posterior a la Ley 80 de 1993, por lo cual siempre estuvo llamada a regir de manera preferente los contratos de concesión en los aspectos específicamente contemplados en ella.

2. Antecedentes del contrato de concesión del servicio de televisión por suscripción y de su contraprestación

La celebración de contratos con particulares para la prestación del servicio de televisión por suscripción fue autorizada mediante el artículo 51 de la Ley 42 de 1985, en los siguientes términos:

“El Ministerio de Comunicaciones queda expresamente facultado para dictar las normas

tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción, bien sea prestado por cable o por cualquier otro sistema. En consecuencia, podrá celebrar contratos con particulares para la prestación de este servicio [.]”

El artículo 20.b de la Ley 182 de 1995 definió la televisión por suscripción de la siguiente manera:

“b) Televisión por suscripción: es aquella en la que la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción.”

La Ley 335 de 1996 modificó parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995. Su artículo 8 creó las distintas zonas para la prestación del servicio de televisión y dispuso que la Comisión Nacional de Televisión

“reglamentará las condiciones de los contratos que deban prorrogarse, los requisitos de las licitaciones y nuevos contratos que deban suscribirse”.

Página 25 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

En materia de prestación del servicio de televisión por suscripción en concurrencia con otros servicios de telecomunicaciones, el artículo 9 dispuso lo siguiente:

"Las personas públicas o privadas que sean licenciatarios de los servicios de valor agregado y telemáticos, y que se encuentren en consecuencia autorizados para prestar legalmente servicios de telecomunicaciones, podrán operar, en concurrencia, el servicio de la televisión por cable, a través del procedimiento de licitación pública por la Comisión Nacional de Televisión, sujetándose a las normas previstas en la presente ley, y deberán cancelar adicionalmente las tasas y tarifas que fije la Comisión para los operadores de televisión por suscripción por cable.”

La contraprestación a cargo de los concesionarios por la explotación del servicio de televisión por suscripción tuvo diversas regulaciones desde su concepción hasta la fecha de celebración del contrato en estudio.

El esquema de compensación liquidado sobre un porcentaje de los ingresos provenientes de la prestación del servicio, equivalente al resultado de multiplicar abonados por valores pagados por los usuarios, se remonta al Decreto 666 de 1985, reglamentario de la prestación del servicio de televisión por suscripción, cuyo artículo 11 disponía:

“Los Contratistas Programadores pagarán una compensación al Ministerio de

Comunicaciones -Fondo de Comunicaciones que será del 10% del total de los ingresos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio de Televisión por Suscripción, en forma que resulte de multiplicar el número de abonados durante el período de causación por la tarifa mensual, la cual no podrá desagregarse para ningún efecto. Cada tres meses enviarán un relación detallada de los ingresos percibidos en el período, certificada por un Contador Público, y pagarán la suma a que se refiere este artículo dentro de los quince (15) días siguientes al trimestre de su causación.”

La Ley 14 de 1991⁴¹ eliminó el componente de tarifa por número de usuarios al disponer en su artículo 49 que, en los contratos que tuvieran por objeto la prestación del servicio de televisión por suscripción:

**“se establecerá la obligación a cargo de los concesionarios de pagar,
como compensación por la utilización y explotación de los canales**

⁴¹ Cuya vigencia se prolongó hasta el 25 de julio de 2019, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley 1978 de 2019.

Página 26 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

radioeléctricos del Estado, el diez por ciento (10%) del total de los ingresos provenientes exclusivamente de la operación del servicio de televisión por suscripción, sin perjuicio del canon de concesión, fijado

por el Ministerio de Comunicaciones.[.]”.

Posteriormente, el Acuerdo CNTV 14 de 1997, relativo al servicio de Tv por suscripción, regresó al esquema de combinar en la fórmula de compensación ingresos brutos con tarifa por número de suscriptores.

1. Estipulaciones relevantes del contrato 206 de 1999

El esquema de compensación previsto en el contrato 206 de 1999 fue el siguiente:

“CLÁUSULA 7. PAGO DE LA COMPENSACION. EL CONCESIONARIO, de conformidad con el Artículo 36 del Acuerdo No 014 de 1997⁴², deberá pagar

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

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

CLÁUSULA 8. FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN. EL CONCESIONARIO

pagará la compensación de que trata la cláusula anterior a nombre de la

COMISIÓN, en la siguiente forma:

“A partir del inicio y explotación del servicio de televisión por suscripción correspondiente al primer trimestre del año 2000, de los ingresos causados entre el 1° de enero y el 31 de marzo, dicho pago se efectuará antes o el día 15 de mayo; entre el [...] (1°) de abril y el [...] (30) de junio, dicho pago se

⁴² El Consejo de Estado, mediante Sentencia de 19 de noviembre de 2012, radicado 11001032600020050005600 (31648), anuló el inciso primero del artículo 36 del Acuerdo 14 de 1997. Sin embargo, se advirtió que la decisión no surtiría efectos sobre los contratos de concesión que hubieran sido suscritos por la CNTV antes de la ejecutoria de la sentencia, por tratarse de situaciones concretas y particulares ya definidas. El precepto disponía:

“Artículo 36° Pago de Compensación. El concesionario pagará directamente a la Comisión

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

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

En el evento de comprobarse alguna inconsistencia en el número de suscriptores declarado, el concesionario se hará acreedor a la caducidad del respectivo contrato.”

Página 27 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

efectuará antes o el día [...] (15) de agosto; entre el [...] (1º) de julio y el [...] (30) de septiembre, dicho pago se realizará antes o el día [...] (15) de noviembre y entre el [...] (1º) de octubre y el [...] y uno (31) de diciembre, dicho pago se efectuará antes o el día [...] (15) de febrero del año 2001 y así sucesivamente hasta el término de duración de la concesión.

“El pago deberá estar acompañado por una certificación suscrita por el representante legal y el contador o el Revisor Fiscal, según sea el caso, certificando los ingresos brutos recibidos durante el trimestre en cuestión por el cobro de suscripción mensual (discriminando tarifas y número de usuarios) y la pauta si es del caso.

“En caso de que el concesionario incumpla las fechas de pago antes

señaladas, deberá cancelar intereses de mora, correspondientes al doble del interés bancario corriente, sin que exceda la tasa máxima permitida por la Ley.

Así mismo, deberá informar mensualmente, dentro de los quince primeros días calendario del mes siguiente, el valor de las compensaciones a favor de la entidad, causadas en el mes anterior debidamente certificadas.

En el evento en que la certificación e informe de que trata el presente numeral no se alleguen a la Comisión dentro de los términos previstos, el CONCESIONARIO se hará acreedor a las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento.”

[.]

“CLÁUSULA 12.- OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. En desarrollo del presente contrato, EL CONCESIONARIO se obliga a:

[.]

“11. Enviar a LA COMISIÓN una certificación trimestral suscrita por el

representante legal y el contador o revisor fiscal, según el caso, del total de los ingresos brutos mensuales provenientes exclusivamente de la prestación del servicio. Así mismo

deberá informar mensualmente a la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los quince (15) primeros días calendario del mes siguiente, el valor de las compensaciones a favor de la Entidad, causadas en el mes anterior debidamente certificadas”

Las estipulaciones transcritas son idénticas a las estipulaciones 4.2.1 (del valor de la compensación por explotación) y 4.2.2 (forma de pago de la compensación) de los pliegos de la licitación pública 3 de 1999⁴³, convocada por la CNTV para el otorgamiento de contratos de concesión y explotación del servicio de televisión de suscripción, con ocasión de la cual fue adjudicado el contrato que se ventila en el presente proceso.

⁴³ Cfr: Folio 19 y 20 del cuaderno de pruebas de la contestación de la demanda, Anexo 1. Página 28 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

1. Consideraciones sobre el concepto de ingreso bruto aplicable a la liquidación de la compensación del contrato 206 de 1999

Los ingresos representan flujos de entrada de recursos en forma de incrementos del activo o de disminuciones del pasivo, o una combinación de ambos, que generan incrementos en el patrimonio, devengados por la venta de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de otras actividades realizadas durante un período, que no se originan en aportes de capital.⁴⁴

Corresponden a la suma total de todos los ingresos recibidos durante un periodo de tiempo determinado, que no están afectados ni disminuidos por ningún concepto, por ejemplo devoluciones, descuentos, deducciones, costos, pérdidas, etc.⁴⁵

El plan único de cuentas para los comerciantes contenido en el Decreto 2650 de 1993, aplicable a la situación que se examina, pues comprende un “[c]atálogo de cuentas y la descripción y dinámica para la aplicación de las mismas, [que] deben observarse en el registro contable de todas las operaciones o transacciones económicas⁴⁶, señala que en la cuenta 4.41.4145 (Transporte, almacenamiento e ingresos operacionales en comunicaciones) ha de registrarse “ el valor de los ingresos obtenidos por el ente económico en las actividades relacionadas con el [...]

servicio de [...] telecomunicaciones [...] percibidos durante el ejercicio”, cuyos créditos corresponde al “ [...]valor de los ingresos en la prestación del servicio de telecomunicaciones.”⁴⁷

⁴⁴ Artículo 38, Decreto 2649 de 1993.

⁴⁵ Ver: Consejo Técnico de Contaduría, Concepto 134 de Octubre 10 de 1997, disponible

en:

[91346848cd9e](#)

⁴⁶ Decreto 2650 de 1993, artículo 2.

⁴⁷ Decreto 2650 de 1993, por el cual se modifica el Plan Único de Cuentas para los comerciantes, cuenta 4.41.4145.

Página 29 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

Para el correcto entendimiento de la expresión ingresos brutos

“provenientes exclusivamente del servicio de televisión por suscripción”,

utilizada en la estipulación séptima del contrato de concesión 206 de 1999, es pertinente anotar que la TV por suscripción, para época iba de la mano, “empaquetada”, con la prestación de otros servicios (por ejemplo, voz y datos). Esta realidad fue reconocida desde la Ley 335 de 1996, en cuyo artículo 21 se estableció que, cuando a través del servicio de televisión satelital (DBS) “se presten otros servicios de telecomunicaciones”, [subrayas agregadas] se requerirá de autorización previa del Ministerio de Telecomunicaciones”, en cuyo caso “siempre causará el pago de las tasas, tarifas y derechos que señale la Comisión Nacional de Televisión [..]”.

La posibilidad de que se prestaran otros servicios en concurrencia con el de televisión por suscripción fue expresamente prevista en el contrato que dio origen a la controversia, si se tiene

en cuenta la estipulación 1.1.1. de los pliegos de la licitación pública 3 de 1999, que permitió la participación de licenciarios de servicios de valor agregado⁴⁸ y telemático⁴⁹:

“1.1.1 Licenciarios de los servicios de valor agregado y telemático.

Igualmente podrán participar las personas jurídicas públicas y privadas, que sean Licenciarias de los servicios de valor agregado y telemático, que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión en la modalidad del servicio de televisión por suscripción, y en consecuencia autorizados para prestar legalmente servicios de telecomunicaciones, a efectos de que, si son adjudicatarios de esta licitación, puedan operar en concurrencia, el servicio de la televisión por suscripción, sujetándose a las normas previstas sobre la materia y a la cancelación adicional de las tasas y tarifas que fije la Comisión para los operadores de televisión por suscripción.”⁵⁰

⁴⁸ Los servicios de valor agregado son aquellos que proporcionan capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones. Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico. (Cfr: Artículo 31 de la ley 1900 de 1990)

⁴⁹ Los servicios telemáticos son aquellos que permiten el intercambio de información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos. Forman parte de éstos, entre otros, los de telefax, publifax, teletex, videotex y datafax. (Cfr: Artículo 28 de la ley 1900 de 1990)

⁵⁰ Folio 5, Cuaderno de pruebas anexo a la contestación de la demanda.

Página 30 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

La circunstancia de que se haya previsto la posibilidad de que se prestaran varios servicios empaquetados conduce a la Sala a interpretar la cláusula 7 del contrato en el sentido de excluir de la base de cálculo de la compensación los ingresos provenientes de otros servicios diferentes a la televisión por suscripción, pero que se prestan “empaquetados” con aquella, como sería el caso de los servicios telemáticos y de valor agregado.

El concepto de ingreso bruto también conduce a excluir de la base de liquidación los ingresos provenientes de fuentes distintas a la prestación del servicio, como sería el caso de la venta de

activos u otros ingresos no operacionales,⁵¹ entre ellos los financieros y los provenientes de arrendamientos.

Se podría concluir que existen elementos normativos que induzcan a pensar que la noción ingreso bruto comprende las actividades conexas a la prestación del servicio de televisión por suscripción. No obstante, esta idea debe analizarse, frente al caso concreto, teniendo en cuenta la forma como las partes desarrollan sus compromisos, como reflejo de la manera como ellas, durante este desarrollo, entendieron dichos compromisos y sus alcances. De esta análisis se ocupará la Sala enseguida.

1. Las liquidaciones efectuadas por las partes para establecer el valor de la compensación

Según puede apreciarse en las certificaciones de ingresos correspondientes al año 1999 y 2000, referenciadas en el párrafo 67, el concesionario omitió discriminar número de usuarios y tarifa, limitándose a especificar el valor de ingreso y/o compensación que, en su sentir, debía

cancelar. Para los años 2001 a 2003, se reportó una “tarifa única” (ver

párrafos 68 y 69), que correspondía a una elaboración propia del concesionario para efectos del cálculo de la compensación, que excluía el valor de los llamados servicios adicionales.

⁵¹ Ver a folio 77 del cuaderno de pruebas 3, el anexo 4 del pliego de licitaciones de la licitación pública 003 de 1999.

Página 31 de 37

Radicación:

Actor:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

Demandado

Referencia:

Durante todo el período de autoliquidaciones referenciados, la CNTV liquidó la compensación con base en los reportes presentados por el operador, sin que exista constancia en el proceso de que las hubiera objetado.

Pese a lo anterior, las liquidaciones efectuadas de esta manera fueron objeto de una

auditoría que consistió en “[establecer] la diferencia entre los conceptos y valores de los ingresos brutos reportados en la liquidación de la compensación remitida a la CNTV y la información de los registros contables llevados por el concesionario, al igual que con la información real establecida por la auditoría en función de los suscriptores y las tarifas vigentes en los períodos auditados (desde el año 2000 hasta septiembre de 2003).”⁵²

Como resultado de la auditoría la CNTV expidió las resoluciones por medio de las cuales reajustó las liquidaciones hechas por el concesionario, en las cuales se le conminó a pagar los servicios adicionales o complementarios que fueron excluidos de la base de liquidación reportada por éste.

Corresponde a la Sala establecer si los resultados de la auditoría practicada por la firma JAHV McGREGOR LTDA constituían fundamento legítimo del pago de las diferencias que esta encontró en las autoliquidaciones presentadas por el concesionario, para lo cual se apoyará en la doctrina de los actos propios, cuyas directrices expondrá a continuación.

2.3.6 ¿Constituían los resultados de la auditoría practicada por la firma JAHV McGREGOR LTDA fundamento legítimo de la orden de pagar las diferencias que esta encontró en las autoliquidaciones presentadas por el concesionario?

El artículo 1622 del Código Civil preceptúa que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por la aplicación práctica que de las mismas

⁵² Folio 30, Cuaderno de pruebas de contestación de la demanda, anexo 2.

Página 32 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

hayan hecho los convencionistas, o uno de ellos, con aprobación de la otra parte. La regla está fundada en la buena fe e impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, que evita la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente.

El principio sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior desplegado por la misma persona y actúa como medio de defensa contra el accionar incoherente, de tal forma que si alguien actúa de tal manera que su conducta aparenta que no reclamará un derecho, no puede luego hacer valer ese derecho contra quien confió en tal apariencia. Se protege así la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende desconocer.

Los siguientes elementos se consideran configurativos de la doctrina: 1) una situación jurídica pre-existente; 2) una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro; 3) una pretensión contradictoria con esa conducta, atribuible al mismo sujeto.

Todos los anteriores presupuestos confluyen en el presente asunto. En este orden de ideas la Sala concluye que la reliquidación del canon de la concesión adelantada por la CNTV resulta contraria a la buena fe, toda vez que transgrede el deber de corrección que ella impone, razón por la que confirmará la sentencia apelada.

Toda vez que la Sentencia de primera instancia ordenó la devolución a EPM de la suma de \$3.604.090.442, la Sala actualizará el valor a reintegrar, para lo cual se utilizará la fórmula: $V_a = V_h (I_{\text{final}} / I_{\text{inicial}})$, en donde: V_a corresponde al valor actualizado; V_h es el valor histórico (el valor fijado en la sentencia de primera instancia); I_{final} es el índice de la variación de precios correspondiente al último reporte conocido a la fecha de la

Página 33 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

presente providencia (febrero de 2020); I_{inicial} corresponde al índice de la variación de precios de agosto de 2011, fecha de la sentencia.

Despejada la fórmula, se obtienen los siguientes valores:

	Indice inicial	Indice final	Cap. Actualizado
Cap histórico	Agosto de 2011	Febrero de 2020	
3.604.090.442,00	75,39	104,94	5.016.756.214,13

En consecuencia, se ordenará la devolución de un valor total de \$ 5.016.756.214,13

Sobre la condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar en costas pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo requeridos.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de 10 de agosto de 2011, proferida por la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que reintegre a E.P.M. Telecomunicaciones S.A. E.S.P (EPM TELCO), o quien haga sus veces, la suma de cinco mil dieciséis millones setecientos cincuenta y seis mil doscientos catorce pesos con trece

Página 34 de 37

Radicación:

Actor:

Demandado

Referencia:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

centavos (\$5.016.756.214,13), en los términos de la parte considerativa de esta Sentencia.

TERCERO: por Secretaría, una vez ejecutoriado este proveído, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO: Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ ALBERTO MONTAÑA PLATA

Página 35 de 37

Radicación: 25000-23-26-000-2007-00572-01

Actor: E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Demandado: Comisión Nacional de Televisión - CNTV Referencia: Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C.,

de marzo de 2020

Radicación: No. Interno: Actor:

Demandado

Referencia:

25000-23-36-000-2007-00572-01

43.348

E.P.M Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A. E.S.P.
Comisión Nacional de Televisión -CNTV
Contractual (Decreto 1 de 1984)

Temas: Renuncia poder/ se tiene por terminado

La abogada Amelia Catalina Ramírez Yepes, apoderada de la parte demandante, renunció al poder a ella conferido⁵³. El despacho aceptará la renuncia, en cuanto dicho acto procesal reúne los requisitos legales⁵⁴.

El despacho, como consecuencia de las consideraciones expuestas,

RESUELVE

PRIMERO: TENER por terminado el poder conferido a la abogada Amelia Catalina Ramírez Yepes, una vez transcurridos 5 días contados a partir de la notificación por estado de esta providencia y de que se haga saber de

⁵³ Folio 652 del cuaderno principal.

⁵⁴ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil se aceptará renuncia, pero el poder solo se entenderá terminado 5 días después de la notificación de este Auto y de que se haga saber al poderdante por telegrama dirigido a la dirección denunciada

para recibir notificaciones personales o conforme lo indica el artículo 320 de esa normativa. Conviene aclarar que, el Código de Procedimiento Civil es el régimen procesal de integración residual aplicado por los despachos de la Sección Tercera a los procesos que se rigen por el Código Contencioso Administrativo. Véanse, entre otros, auto de 28 de enero de 2015. No. Interno: 44.655. MP: Guillermo Sánchez Luque; auto de 30 de agosto de 2017, No. Interno: 55.065. MP: Danilo Rojas Betancourth; auto de 12 de febrero de 2019. No. Interno: 59.029. MP: Ramiro Pazos Guerrero. Todo ello, en desarrollo de lo dispuesto en el Auto de Unificación de 25 de Junio de 2014. No. Interno: 49.299.

Página 36 de 37

Radicación:

Actor:

Demandado

Referencia:

25000-23-26-000-2007-00572-01

E.P.M. Telecomunicaciones E.S.P - Telco S.A.

E .S.P.

Comisión Nacional de Televisión - CNTV

Acción de controversias contractuales

(Decreto 1 de 1984)

Confirma

la renuncia al poderdante, de conformidad con el artículo 69 del Código Procedimiento Civil.

SEGUNDO: Por Secretaría de la Sección Tercera, COMUNICAR a la parte demandante - UNE EPM Comunicaciones S.A., sobre la renuncia presentada por la abogada Amelia Catalina Ramírez Yepes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA

AP

Página 37 de 37



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



MINTIC