TRIBUNAL ARBITRAL

CARACOL TELEVISIÓN S.A.

vs.

AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN

El Tribunal Arbitral integrado por los Árbitros, Edgar Eduardo Cortés Prieto, Felipe Negret Mosquera y Ernesto Villegas Duque, en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales profiere el siguiente:

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 13 de junio de 2018

CAPÍTULO PRIMERO
TRÁMITE ARBITRAL

1. Partes

1.1. Parte convocante

La parte demandante o convocante es **Caracol Televisión S.A.** (en adelante Caracol), sociedad comercial, con domicilio en Bogotá D.C., constituida por Escritura Pública No. 4656 del 28 de agosto de 1969, de la Notaría 4 del Circulo de Bogotá, identificada con el Nit. 860025674-2, representada legalmente por su Presidente, Gonzalo Antonio Córdoba Mallarino, según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra en el expediente.[1]

Como apoderado judicial de Caracol, actúa el doctor Juan Carlos Gómez Jaramillo, a quien se le reconoció personería en Auto No. 1 de 7 de julio de 2017.[2]

---

1 Cuaderno Principal No. 1, - Folios 21 a 29.

2 Ibíd. – Folios 20 y 320. También se reconoció personería a la Dra. María Natalia Castro, quien presentó la demanda y actuó durante el trámite inicial.

1.2. Parte convocada

La parte demandada o convocada es la **Autoridad Nacional de Televisión** (en adelante ANTV), agencia nacional estatal de naturaleza especial, de órden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica creada por la Ley 1507 de 2012, con domicilio en Bogotá D.C., identificada con el Nit. 900517646-2, representada legalmente por su directora Angela María Mora Soto, según consta en la Resolución 0294 de 30 de Abril de 2015, obrante el el expediente.[3]

Como apoderado judicial de la ANTV, actúa el doctor Javier Mauricio Quiñones Vargas, a quien se le reconoció personería en Auto No. 1 de 7 de julio de 2017.[4]

1.3. El Ministerio Público:

Adicionalmente interviene en el proceso, el Ministerio Público, representado por el doctor Juan Carlos Villamil Navarro, Procurador 135 Judicial Administrativo.

2. Pacto Arbitral

La cláusula compromisoria que sirve de fundamento al trámite arbitral es la contenida en la cláusula cuadragésima tercera del Otrosí al Contrato de Concesión 136 de 1997, suscrito entre Caracol y la Comisión Nacional de Televisión (hoy ANTV) el 8 de enero de 2009, cuyo tenor literal es el siguiente:

> "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 funcionará 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 tres (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 Conciliación y Arbitraje 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

---

[3] Ibid. – Folio 433.

[4] Ibíd. – Folios 209 y 320-

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." [5]

3. Demanda (solicitud de convocatoria)

La demanda inicial fue presentada por Caracol ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 30 de junio de 2016, escrito que fue sustituido por el presentado el 5 de julio de 2016.[6]

Además de la parte convocada, fueron notificados de la iniciación del trámite arbitral el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.[7]

4. Nombramiento de los Árbitros e Instalación del Tribunal

La primera reunión de designación de árbitros tuvo lugar el 12 de julio de 2016, reunión en la cual los apoderados de las partes, debidamente facultados, procedieron a la designación de árbitros de común acuerdo[8]; sin embargo, uno de ellos no aceptó la designación y los otros dos se retiraron luego de haber aceptado.[9] Los árbitros Edgar Eduardo Cortés Prieto, Felipe Negret Mosquera y Ernesto Villegas Duque, fueron designados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, previa solicitud conjunta de los apoderados de las partes. Informados sobre su designación, los árbitros aceptaron el cargo y dieron oportuno cumplimiento al deber de revelación previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012. [10]

La audiencia de instalación se llevó a cabo el 7 de julio de 2017, en ella el Tribunal se declaró instalado, eligió como presidente al doctor Edgar Eduardo Cortés Prieto, designó como secretaria a Clara Lucía Uribe Bernate y admitió la demanda presentada por Caracol, entre otros.[11]

---

5 Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 72.
6 Ibíd. – Folios 1 a 19 y 57 a 75.
7 Ibíd. - Folios 44 y 54.
8 Ibíd. – Folios 76 y 77.
9 Ibíd. – Folios 99, 191 y 274.
10 Ibíd. - Folios 120 a 125, 208 a 269 y 281 a 299.
11 Ibíd. – Folios 320 a 323. Acta 1, Autos 1, 2 y 3 de 7 de julio de 2017.

5. Admisión, Notificación, Contestación de la Demanda, Reforma y Traslado de Excepciones

Mediante Auto No. 4 de 3 de agosto de 2017, el Tribunal resolvió dejar sin efectos los Autos 2 y 3 de 7 de julio de 2017, en cuanto éstos se refirieron a la demanda presentada por Caracol el 30 de junio de 2016 y en su lugar, admitió la demanda presentada el 5 de julio de 2016.[12] Esta providencia fue notificada personalmente el 10 de agosto de 2017, a la convocada, al Ministerio Público y a la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado.[13]

La ANTV dió contestación a la demanda mediante escrito de 11 de octubre de 2017. Por secretaría se dió traslado de las excepciones propuestas y durante éste la convocante solicitó nuevas pruebas.

El 14 de noviembre de 2017, antes de la iniciación de la audiencia de conciliación señalada por el Tribunal, Caracol presentó reforma integrada de la demanda, la cual fue admitida por el Tribunal mediante Auto No. 6 de 21 de noviembre de 2017.[14]

La ANTV dió contestación a la reforma de la demanda el 5 de diciembre de 2017. Por secretaría se dió traslado de las excepciones propuestas y durante éste la convocante guardó silencio[15].

6. Audiencia de Conciliación y Fijación de Honorarios por el Tribunal

La audiencia de conciliación se llevó a cabo el 17 de enero de 2018. Una vez verificada la imposibilidad de un acuerdo entre las partes el Tribunal declaró fracasada la etapa correspondiente y procedió al señalamiento de los honorarios y gastos del Tribunal. Caracol consignó la totalidad de las sumas señaladas, dentro de los términos legales.[16]

7. Primera Audiencia de Trámite

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 27 de febrero de 2018, según consta en

---

12 Ibíd. – Folios 358 a 361. Acta 2.

13 Ibíd. – Folio 373. Informe de Notificación.

14 Ibíd. – Folios 402 a 429 y 437 a 439.

15 Ibíd. – Folios 440 a 464.

16 Ibíd. – Folios 468 a 473. Acta 6.

Acta No. 8.[17] En ella el Tribunal se ocupó de los temas que la ley exige como pasa a exponerse.

8. Auto de Pruebas

Mediante Auto No. 13 de 27 de febrero de 2018, el Tribunal decidió sobre las pruebas solicitadas por las partes, decretando todas las documentales solicitadas y aportadas por ambas partes y el informe bajo juramento solicitado por Caracol a cargo del representante administrativo de la ANTV.

9. Etapa Probatoria

Atendiendo el decreto de pruebas antes referido, por secretaría se libró el oficio correspondiente a la ANTV para efectos de que su representante absolviera el cuestionario formulado por la convocante. La respuesta se recibió el 20 de marzo de 2018,[18] cumplido lo cual el Tribunal procedió a declarar cerrada la etapa probatoria, mediante Auto No. 15 de 3 de abril de 2018.[19]

10. Audiencia de Alegatos

La audiencia de alegatos se llevó a cabo el 26 de abril de 2018, según consta en Acta No. 10. En ella los apoderados de las partes presentaron sus alegatos orales y el Ministerio Público expuso su concepto. Al finalizar la audiencia cada uno entregó el escrito correspondiente.

11. Término del Proceso

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite finalizó el 27 de febrero de 2018, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el término de este proceso vence el 27 de agosto de 2018, por tanto el presente Laudo se emite dentro del término legal.

---

17 Cuaderno Principal 2 - Folios 5 a 20.
18 Ibíd. –Folios 24 a 28.
19 Ibíd. – Folio 30-

CAPÍTULO SEGUNDO
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. Pretensiones de Caracol

Las pretensiones de la convocante, según lo expone en la reforma de la demanda, son las siguientes:

> "**Primera:** Que se declare la nulidad de las resoluciones 798 del 22 de junio de 2011, expedida por la hoy liquidada CNTV y 2517 del 11 de diciembre de 2014, expedida por la ANTV.
>
> "**Segunda:** Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la parte demandada a restituir el valor de CUARENTA Y UN MILLONES OCHOCHIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($41.844.439,34 M/CTE), suma de dinero pagada por la sociedad demandante en cumplimiento de las relacionadas resoluciones 798 de 2011 y 2517 de 2014, con la respectiva indexación monetaria 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.
>
> "**Pretensión subsidiaria de la segunda pretensión:**
>
> "**Segunda:** Que se condene a la demandada a restituir la diferencia entre CUARENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($41.844.439,34 M/CTE) y el menor valor de la multa a imponer que resulte probada en el proceso, con la respectiva indexación monetaria hasta la fecha en que se efectúe la devolución del dinero."[20]

2. Excepciones propuestas por la ANTV

La ANTV, propones los siguientes medios de defensa o excepciones:

> "1. Inexistencia de la violación al debido proceso/ De los elementos que debe tener en cuenta la administración para imponer una sanción."

---

[20] Cuaderno Principal No. 1 – Folios 406 y 407.

"2. Inexistencia de violación al principio de legalidad de la sanción/ La imposición de una sanción obedece a criterios objetivos y razonables."

"3. La proporcionalidad en la sanción. La administración impuso una sanción proporcional al hecho imputado."

"4. El valor Actualizado del contrato debe atender al valor histórico pactado mediante aplicación del IPC."

"5. Improcedencia de la aplicación del artículo 52 del CPACA."

"6. Inexistencia de vulneración al derecho de defensa."

3. Posición del Ministerio Público

Durante la Audiencia de Alegatos, el Ministerio Público, representado en este caso por el Procurador 135 Judicial II para asuntos administrativos, expuso su concepto. Luego de adelantar un analisis de la demanda, la contestación y el trámite surtido, se detiene en el analisis puntual de los cargos frente a los actos administrativos para concluir que ninguno de ellos está llamado a prosperar, pues en su criterio, no se logró acreditar con suficiencia y certeza "los elementos sustanciales para declarar la nulidad de las Resoluciones No. 798 de 22 de junio de 2011 expedida por la CNTV y la No. 2517, de 11 diciembre de 2014, expedida por la ANTV...."

4. Hechos que enmarcan la controversia

A continuación se indican, a manera síntesis, los principales hechos y actos jurídicos que enmarcan la controversia:

- La celebración del contrato de concesión No. 136, entre las partes, el 22 de diciembre de 1997 por el término inicial de 10 años y prorrogado por 10 adicionales mediante otrosi No. 4 del 9 de enero de 2.009.
- La no transmisión y emisión tardía de mensajes y espacios institucionales por parte de Caracol, durante los horarios establecidos por la CNTV, en los días 3, 4, 15, 21 y

28 de julio; 5, 11, 21, 22 y 29 de agosto; y 2, 16, 19 y 26 de septiembre, todos de 2008.

- La Resolución 798 de 22 de junio de 2011, mediante la cual la Comisión Nacional de Televisión – CNTV-, impuso una multa a Caracol por valor de $65.258.028,82, por considerar que ésta había infringido los dispuesto en los artículos 1, 2, y 3 de la Resolución 290 de 2002 de la CNTV, modificada por la Resolución 30 de 2008.
- Caracol presentó recurso de reposición oportuno frente a la referida Resolución 798 de 2011.
- La creación de la ANTV, quien ocupó la posición contractual de la CNTV, en virtud de lo dispuesto en la Ley 157 de 2012.
- La Resolución 2517 de 11 de diciembre de 2014 de la ANTV, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por Caracol, disminuyendo el valor de la multa a la suma de $41,844.439,34, como consecuencia de la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de algunas de los hechos cuya ocurrencia se estaba sancionando.
- El Pago de la multa por parte de Caracol.

CAPÍTULO TERCERO
PRESUPUESTOS PROCESALES, POSICIÓNES DE LAS PARTES, Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Presupuestos Procesales

1. 1. La Competencia del Tribunal

Mediante Auto No. 11 resolvió declararse competente para conocer de la demanda arbitral, así como de las excepciones propuestas por la ANTV. La decisión del Tribunal fue recurrida por la ANTV y el recurso fue resuelto de manera negativa, es decir confirmando la decisión, según consta en Auto No. 12 de la misma fecha.

1.2. Capacidad para ser parte

Se encuentra acreditada la existencia y representación legal de la parte convocante Caracol y de la parte convocada ANTV.

1.3. Demanda en forma

La reforma de la demanda presentado el 14 de noviembre de 2017, cumple con los requisitos formales de ley.

2. Posiciones de las partes y consideraciones del Tribunal

En relación con los cargos formulados y que se invocan como fundamento de las pretensiones de la demanda el análisis del Tribunal es el siguiente:

2.1. Análisis del cargo *"Violación del artículo 29 de la Constitución Política"*

2.1.1. Posición de la convocante

La parte convocante considera que con la expedición de los actos administrativos cuya nulidad se pretende, se violó el artículo 29 de la Constitución Política por las siguientes razones:

"1.1. Critica a la Resolución CNTV 798 de 2011"

Se indica en la demanda que la Resolución 798 de 2011, fue notificada en el mes de agosto de ese mismo año y que las conductas que dieron origen a la sanción ocurrieron en el periodo comprendido entre julio y septiembre de 2008. Informa también que la actuación administrativa que culminó en la sanción se inició en el año 2010. Considera la demandante que *"El extenso periodo de inactividad de la entidad contratante frente a la omisión reprochada a su contratista evidencia que tal conducta no tenía relevancia ni mucho menos afectaba al servicio público de televisión..."*.

Manifiesta la demandante que este argumento le fue presentado a la CNTV y que no fue tenido en cuenta, lo cual era requisito de *"..ineludible cumplimiento.."*, según lo ordena el artículo 12, literal h, de la Ley 182 de 1995 y concluye que el siguiente análisis comprueba que la CNTV no cumplió con el mandato imperativo contenido en la citada norma:

"1.1.1. En cuanto a la gravedad de la falta"

Luego de efectuar un análisis sobre los aspectos tenidos en cuenta por la CNTV para la determinación de la gravedad de la falta, la parte demandante concluye que *"...es evidente que, desde el punto de vista cuantitativo, la conducta reprochada no tuvo mayor relevancia, lo cual es un referente para concluir que no fue grave en términos cualitativos ni ameritaba una sanción de multa"*, que una mera infracción no afecta el servicio público de televisión ni constituye un incumplimiento relevante del contrato y *"La CNTV para determinar el*

monto de la sanción debía calificar la gravedad de la conducta, lo cual no sucesión en este caso."

"1.1.2. En cuanto al daño producido"

En este aspecto la parte demandante considera que en la Resolución 798 de 2011, la ANTV, en lugar de establecer el daño producido, se limitó a describir la falta en la que se incurrió. En consecuencia, considera que el acto administrativo sancionatorio adolece del vicio de no haber determinado el daño ni una consecuencia perjudicial.

"1.1.3. En cuanto a la reincidencia"

En este punto la parte demandante manifiesta que no obstante que en la Resolución 798 de 2011, la CNTV reconoció que Caracol, no era reincidente, esa realidad no se tuvo en cuenta para determinar la sanción impuesta.

2.1.2. Posición de la convocada

"1. Inexistencia de violación al debido proceso/De los elementos que debe tener en cuenta la administración para imponer una sanción".

Sostiene la parte demandada que se debe tener en cuenta que el artículo 12, literal h), de la Ley 182/95, establece el régimen de multas en tratándose de contratos de concesión de espacios de televisión y que esta norma señala *que "las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato" y también 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".*

Además, resalta que *"...siendo la televisión el más importante medio de comunicación del país, los concesionarios tienen una responsabilidad en los contenidos que ofrecen y en los horarios en que se transmite, razón que justifica que en determinados momentos de emisión, éstos deban – en acatamiento de disposiciones normativas- emitir mensajes y* espacios *institucionales que son realmente importantes para la nación...",* mensajes que deben llegar a la teleaudiencia en los horarios establecidos, razón por la cual considera inaceptable la posición de la parte demandante de considerar que la omisión en transmitir dichos mensajes o de transmitirlos fuera de los horarios establecidos no tenga relevancia. Y concluye manifestando que para la imposición de la sanción *"...se acudió a parámetros objetivos y razonables para aproximarse al criterio de gravedad".*

"Sobre el daño producido"

La parte convocada, entre otros argumentos, expresa que *"...las cláusulas penales de apremio o multas tienen por propósito impulsar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes del negocio, que cuando se trata de un contrato de naturaleza pública llevan consigo una teleología dirigida a la satisfacción del interés general...."*, y agrega que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12, literal h), de la Ley 182/95, la ANTV, para imponer la sanción, debía tener en cuenta el daño producido y no el perjuicio que se hubiere podido ocasionar. Reitera que la ANTV, para imponer la sanción, determinó objetivamente la transgresión a la normatividad de obligatoria observancia por el contratista, sin que fuera un elemento necesario la determinación de un perjuicio.

Manifiesta la parte convocada que, para determinar la *"gravedad de la falta"*, se consideró: i) en relación con el grado de incumplimiento se evaluó el número de disposiciones legales infringidas y el número de oportunidades en que tuvo ocurrencia la conducta objeto de reproche; ii) en punto del *"daño producido"* se consideró que la demandante afectó el servicio a cargo del Estado en la medida en que desconoció elementos esenciales del derecho de los usuarios a tener información sobre programas ejecutados por las entidades estatales destinados principalmente, entre otros, a temas sobre la unidad familiar, educación, salud y seguridad; y iii) en cuanto a la *"Reincidencia"*, se expresa que la ANTV, para imponer la sanción, sí tuvo en cuenta que se determinó que no existía reincidencia en la conducta de la demandante.

Concluye la parte convocada que, para imponer la sanción, sí se tuvieron en cuenta los criterios exigidos por el artículo 12, literal h), de la Ley 182/95.

2.1.4. Consideraciones del Tribunal

En relación con este cargo el Tribunal considera:

2.1.4.1. La naturaleza jurídica de la multa impuesta

Para efecto del análisis de los cargos que formula la parte convocante en relación con las resoluciones demandadas, es importante tener en cuenta que las multas, de acuerdo con lo establecido por la Ley 80/93 (artículo 4, Núms. 1º y 2o), Ley 1150 de 2007 (artículo 17) y Ley 182/95 (artículo 12, lit. h), tienen un carácter conminatorio o de apremio, para el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, más no un carácter indemnizatorio o resarcitorio.

Sobre este tema, el Consejo de Estado[21], ha manifestado lo siguiente:

"....Como se aprecia, en resumen, el origen e implementación de esta herramienta, desde la perspectiva contractual, se correlaciona y halla su justificación en los eventos en los que una de las partes incurre en incumplimiento de las obligaciones contraídas, al paso que su activación surge como consecuencia de una previsión anticipada y libremente acordada por los contratantes sobre los efectos que pueden extraerse de dicha inobservancia y que, por regla general, conlleva al pago de una suma preestablecida, sin que con esto el incumplido se releve de satisfacer la prestación debida; lo que busca es precisamente inducir a su acatamiento.

Su falta de correspondencia con una sanción de carácter resarcitorio se explica en la medida en que no persigue obtener una suma o monto para contener o reparar un menoscabo patrimonial de la Administración contratante. Bajo esa óptica, la ocurrencia del perjuicio no constituye un elemento de la esencia de este tipo de sanción, como sí acontece en el evento de la cláusula penal pecuniaria, cuya razón de ser es meramente indemnizatoria.

"Distinto a ello, su propósito se asocia con un fin proteccionista del interés público que involucra la celebración del contrato estatal, en tanto busca la ejecución efectiva de la labor encomendada al contratista, al margen de que su satisfacción oportuna hubiese causado o no daño al ente contratante....". (Subrayas fuera del texto).

La misma Corporación, en sentencia de noviembre 13 de 2008[22], ha diferenciado la finalidad de la multa y de la cláusula penal, en los siguientes términos:

> *"Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común - en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales[23]; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de*

---

21 Sentencia de Feb. 1/18, M.P. Martha Nubia Velasquez Rico; 2009-00082-01 (52549).

22 M.P. Enrique Gil Botero – 1996-02081 (17009)

23 La multa contractual se prevé para el evento en que surgido un incumplimiento parcial o una mora en el cumplimiento de determinadas obligaciones que sean imputables al contratista, la entidad contratante acude a ella para efectos de constreñirlo para lograr el desarrollo del contrato. Al respecto ha señalado el Consejo de Estado: "El Consejo de Estado ha sido claro y reiterativo en cuanto a la finalidad pretendida con la figura jurídica de la multa, al respecto ha sentado, **"Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato.** Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse."[23] (Negrillas fuera del texto) (Sección Tercera. Sentencia de octubre 1 de 1992. Exp. 6631)

perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. En cuanto a esta última institución el Consejo de Estado ha expresado:

"De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista."[24]

Se observa que en la Cláusula 30 del Contrato No. 136 de 1997, las partes pactaron lo siguiente:

"CLÁUSULA 30. – MULTAS. En Caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales que a juicio de LA COMISIÓN no ameriten la declaratoria de caducidad, LA COMISIÓN 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 COMISIÓN y serán proporcionales al incumplimiento de EL 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".

La cláusula transcrita permite confirmar la conclusión de que la multa pactada no tiene el carácter indemnizatorio o resarcitorio, sino conminatorio o de apremio para los casos de incumplimientos contractuales parciales que no ameritaban la declaratoria de caducidad del contrato.

2.1.4.2. En cuanto a la gravedad de la falta

Se encuentra plenamente probado, y la parte demandante expresamente ha reconocido, que los hechos constitutivos del incumplimiento contractual que sirvió de fundamento a la imposición de la multa objeto del presente proceso efectivamente si existió. Es decir, se encuentra plenamente probado que la demandanteCaraco, incurrió en la conducta de no transmisión o emisión tardía de mensajes y espacios institucionales durante los horarios

[24] Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011.

establecidos por la CNTV, en los días 3, 4, 15, 21 y 28 de julio; 5, 11, 21, 22 y 29 de agosto; y 2, 16, 19 y 26 de septiembre, todos de 2008

El Artículo 12, literal h, de la ley 182 de 1995, consagraba, como una de las facultades de la Junta Directiva de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN - CNT (hoy AGENCIA NACIONAL DE TELEVISIÓN - ANTV), la siguiente:

> *"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"*
> (Subrayas fuera del texto).

Por su parte, la Cláusula 30 del Contrato de Concesión No. 1362 de 1997, arriba transcrita, contiene el acuerdo contractual en relación con las multas.

Analizados integralmente el literal h) del artículo 12 de la Ley 182/95, junto con lo dispuesto por la Cláusula 30 del Contrato 1362/97 y con lo consagrado por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, se llega a la conclusión de que ni estas normas ni el contrato exigen, como requisito o presupuesto para la imposición de la multa, un incumplimiento grave por parte del contratista o concesionario. Antes, por el contrario, precisamente lo que consagran las disposiciones en mención es la aplicación de las multas en aquellos casos en que el incumplimiento no es grave, porque para los casos en que si lo fuere, lo que procede es la declaratoria de caducidad del contrato.

En opinión del Tribunal, lo dispuesto en la parte final del literal h) en mención, en punto 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"*, se refiere a la facultad de declaratoria de la caducidad del contrato y no a la de imposición de las multas, por las siguientes razones:

i) El inciso segundo del literal h), se refiere a *"...ambas facultades ..."*, es decir a dos facultades diferentes, una la de la imposición de las multas y la otra, la de la declaratoria de la caducidad del contrato;

ii) Ninguna norma aplicable al tema de multas exige la verificación o prueba del daño causado por el incumplimiento y, como se ha visto antes, el Consejo de Estado ha definido que no es necesaria la existencia de un daño o perjuicio para la aplicación de la multa; y

iii) Tampoco la Ley 80/93 ni la Ley 1150/07, consagran la reincidencia como factor a tener en cuenta para la aplicación de las multas.

No obstante lo anterior, el Tribunal considera que el incumplimiento de la parte demandante sí reviste gravedad, por las siguientes razones:

i) El artículo 1º de la Ley 182/95, consagra que la televisión es un servicio público que *"... vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales"*, y el artículo 2º de la misma norma, define los fines y principios del servicio, con los que *"...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...." ;

ii) La finalidad de los mensajes que no fueron transmitidos o que lo fueron por fuera del horario previsto, es la de informar a los televidentes sobre aspectos de interés público que son importantes porque tienen que ver con la institucionalidad del país, con programas que desarrollan las entidades estatales que interesan a la comunidad en general y con información que incide en los derechos y deberes de los ciudadanos, entre otros.

iii) La transmisión de los mensajes a los que se refieren los actos demandados, no solo constituye una obligación contractual sino además legal, de obligatorio cumplimiento.

2.1.4.3. En cuanto al daño producido

Como ya se ha explicado previamente al analizar la naturaleza jurídica de las multas, ni las normas aplicables sobre este tema, entre estas el artículo 12, lit. h), de la Ley 182/95, artículos 4 y 22 de la Ley 80/93, artículo 4 y el artículo 17 de la Ley 1150/07, ni el contrato suscrito entre las partes, exigen que el incumplimiento contractual y/o legal cause un daño y, menos aún, que éste deba ser probado por la entidad contratante, para justificar la imposición de la sanción. Tampoco la jurisprudencia del Consejo de Estado que se ha transcrito plantea esa exigencia.

No obstante, el Tribunal considera que el incumplimiento a la obligación contractual contenida en la cláusula 15, numerales 8, 9, 10 y 16; y cláusulas 18 y 19 del Contrato No. 136 de 1997; que a su vez implica la violación de las obligaciones consagradas en los artículos 1º, 2º y 3º de la Resolución 290 de 2002, modificada por la Resolución 030 de 2008, expedidas en su momento por la CNTV, en cuanto a las oportunidades y horarios de transmisión de mensajes y espacios institucionales, sí afectan la prestación de un servicio público como es el de televisión a cargo de la sociedad convocante y el derecho de información de los usuarios. El impacto o eventual daño especifico que se puede causar con dicho incumplimiento no será objeto de análisis en este laudo por cuanto, como se ha reiterado, la multa impuesta en las resoluciones objeto del presente proceso no tiene carácter indemnizatorio sino sancionatorio o conminatorio y es procedente su imposición sin consideración al daño o perjuicio que el incumplimiento del concesionario haya o no causado.

2.1.4.4. En cuanto a la reincidencia

En relación con la afirmación de la parte demandante, en el sentido de que la entidad demandada no tuvo en cuenta la no reincidencia para la aplicación de la multa, el Tribunal observa que en el numeral 3º del "Capitulo VI – Determinación de la Sanción", de la Resolución 0281 de 2011, se hizo expresa referencia a la situación de no reincidencia, por lo cual resulta claro que esta circunstancia si fue tenida en cuenta a efecto de la determinación de la sanción.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera y, en consecuencia, se declarará probada la excepción de mérito propuesta por la ANTV, denominada *"Inexistencia de violación al debido proceso/De los elementos que debe tener en cuenta la administración para imponer una sanción"*.

2.2. Análisis del cargo referido a la violación del principio de legalidad de la sanción

2.2.1. Posición de la convocante

En la reforma de la demanda, la convocante adujo que la ANTV violó el principio de legalidad de la sanción, *"al no disponer de una tabla de graduación, conocida por el concesionario con antelación a la imposición de la multa, para la tasación de la misma, conforme con los criterios establecidos en literal* [sic] *h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995."*[25] Por lo tanto, considera que constituye una violación del derecho a la defensa la imposición y tasación de sanciones de multa sin un marco de referencia objetivo que determine los criterios para calificar las multas, sus grados y porcentajes. Descendiendo a los actos administrativos acusados, Caracol arguye que la sola circunstancia de que no se hayan expresado en los actos acusados las razones por las cuales se aplicaron los porcentajes para hallar el valor de la multa, configura una violación a los principios de legalidad, tipicidad y debido proceso, impidiéndole además controvertir el valor de la multa.

2.2.2. Posición de la convocada

En la contestación de la reforma de la demanda, la ANTV opuso la excepción perentoria que denominó *"Inexistencia de violación al principio de legalidad de la sanción / La imposición de una sanción obedece a criterios objetivos y razonables"*. En su sustento, expresó que la imposición de sanciones administrativas no exige necesariamente establecer una tabla de graduación, pues en su tasación operará el criterio discrecional del operador, dentro del marco de los criterios para imposición de las sanciones. En esa medida, expresó que al

[25] Cuaderno Principal 1. – Folio 414. Reforma de la demanda.

ejercitar el *ius puniendi,* el Estado debe tener cierto margen de maniobra y discrecionalidad que le permita evaluar el escenario fáctico de las conductas.

En sus alegatos de conclusión, la ANTV reiteró los argumentos expuestos.

2.2.3. Consideraciones del Tribunal

El derecho administrativo sancionador se caracteriza por la marcada existencia de normas en blanco que operan no solo en el ámbito de la tipicidad de la falta administrativa, sino también en lo que atañe a la tasación de la sanción. Así, "[l]*as normas en blanco se dan cuando la ley sancionadora describe en forma incompleta los comportamientos infraccionales, o cuando no puntualiza la sanción pertinente sino que simplemente las prevé, por lo general, en una escala ascendente, según la gravedad del ilícito, para enviar luego la operación graduativa al reglamento."*[26]

El carácter abierto de los tipos administrativos y de sus consecuencias jurídicas, encuentra su justificación en el amplio y variado espectro de conductas que por ser contrarias a derecho deben dar lugar al ejercicio del *ius puniendi* de la entidad contratante. A ello se suma la imposibilidad absoluta del legislador –o incluso de las partes– de prever *ex ante* y a nivel de detalle, la totalidad de las infracciones y de las penas o consecuencias jurídicas a imponer[27]. En tal virtud, las normas en blanco también operan como una garantía a favor del contratista o administrado, en la medida que su situación será valorada por la autoridad con cierto margen de apreciación y no al amparo de reglas rígidas o yertas en cuya aplicación concreta pueden resultar desproporcionadas o injustas.

En esa medida, considera el Tribunal que no resultaba exigible en el caso concreto la preexistencia de una *"tabla de graduación"* de la sanción a imponer, como lo sostiene Caracol. En tanto que infracción contractual y administrativa, la facultad sancionadora de la convocada se ejercita a través de típicas normas en blanco o indeterminadas que, como se vio, también pueden proyectar su carácter abierto respecto a la dosificación de la sanción. Ese es el caso de las normas contenidas en el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995, que confieren un amplio margen de apreciación a la autoridad en punto a la dosimetría de la sanción de multa, fijando, en todo caso, los criterios con arreglo a los cuales ha de operar la estimación.

---

[26] JAIME OSSA ARBELÁEZ, *"Derecho administrativo sancionador, una aproximación dogmática"*, 2ª Edición, 2009, Bogotá D.C., Legis, pág. 226.

[27] *"Se precisa siempre un margen de poder discrecional, porque es imposible a la ley prever todas las hipótesis a que su aplicación puede dar lugar."* JAIME VIDAL PERDOMO y CARLOS MOLINA BETANCUR, *"Derecho Administrativo"*, 14ª edición, 2016, Universidad de Medellín y Legis Editores, pág. 616.

Adicionalmente, bajo nuestro ordenamiento constitucional no es posible proyectar –con el mismo rigor– todas las garantías propias del derecho penal al derecho administrativo sancionador[28]. Por consiguiente, si bien en el campo de la dosimetría penal existen unos ámbitos de movilidad regidos por cuadrantes y estrictos criterios de aplicación, en el campo administrativo no es necesario que la autoridad pública tenga especialmente regulado su espacio de movilidad, para pregonar un ejercicio válido de sus competencias sancionatorias. En otras palabras, el hecho que la ANTV no tenga predefinida una escala o tabla de graduación punitiva, no significa que esté ejercitando de manera ilegal la facultad sancionatoria que le confiere la Ley 182 de 1995 y el Contrato de Concesión No. 136 de 1997.

Ahora bien, en cuanto al porcentaje construido por la CNTV y posteriormente por la ANTV para hallar el valor de la multa, el Tribunal considera, a diferencia de lo alegado por Caracol, que dichas autoridades si explicaron las razones de su decisión, tomando para tal efecto los criterios previstos en el literal h) del artículo 12 de la Ley 182.

En esa medida, en la Resolución No. 798 del 22 de junio de 2011, se aprecia que la CNTV tuvo en cuenta los criterios de gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia[29]. Dentro del primer criterio, la CNTV analizó, a su vez, el *"grado de incumplimiento"* (que lo focalizó hacia la cantidad de normas jurídicas y estipulaciones contractuales quebrantadas) y las *"oportunidades en que tuvo ocurrencia la conducta objeto de reproche"*. Al valorar el daño producido, expresó que el concesionario impidió que la teleaudiencia se informara sobre asuntos relacionados con la unidad familiar, salud, educación, seguridad, derechos humanos y funcionamiento institucional de las entidades, amén de haber generado una repercusión considerable por el cubrimiento nacional del concesionario. Y en punto a la reincidencia, la CNTV encontró que no existía registro de sanciones anteriores por la conducta investigada.

---

[28] La Corte Constitucional tiene sólidamente definida su línea jurisprudencial en ese sentido. Por ejemplo, en la Sentencia C-616 de 2002, explicó: *"La Corte también ha resaltado que, en materia sancionatoria administrativa, las garantías del debido proceso no tienen el mismo alcance que en el ámbito penal. Por ello, reiteró que 'La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías –quedando a salvo su núcleo esencial– en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido'"*.

[29] Cuaderno de Pruebas No. 1.- Folio 111.

Por su parte, en la Resolución No. 2517 del 11 de diciembre de 2014, la ANTV realizó una regla de tres simple, planteando que si para 288 infracciones se determinó que la multa correspondía al 0,025% del valor actualizado del Contrato, para 187 faltas el porcentaje sería de 0,016%, lo que equivale a una multa de $41.844.439,34, valor que finalmente se impuso como sanción[30].

El Tribunal debe insistir en la imposibilidad de parametrizar o dotar de ecuaciones matemáticas la labor de tasación punitiva de las multas contractuales. Se trata, como ha quedado dicho, de ejercicios de abstracción y valoración realizados a partir de típicas normas en blanco o discrecionales, eso sí, empleando para tal efecto los criterios previamente definidos por el legislador, como lo hizo la entidad demandada en el *sub judice*.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera. Se declarará probada la excepción de mérito propuesta por la ANTV *"Inexistencia de violación al principio de legalidad de la sanción / La imposición de una sanción obedece a criterios objetivos y razonables"*.

2.3. Análisis del cargo referido a la violación del artículo 44 del CPACA

2.3.1. Posición de la convocante

Al expresar las razones de su inconformidad, Caracol adujo que si se tiene en cuenta que el período objeto de investigación fue de solo tres (3) meses y que en dicho período de tiempo sólo se infringió el Acuerdo 010 de 1997 y las Resoluciones No. 290 de 2002 y 030 de 2008 unos pocos días, la sanción impuesta deviene desproporcionada. Además, expresa que existió un retardo injustificado por parte de la entidad convocada al punto que dejó caducar su facultad para un segmento del período objeto de investigación y que, para el resto, impuso sanción al borde de que operara nuevamente la caducidad. Citó jurisprudencia nacional sobre el principio de proporcionalidad, según la cual es deber de la autoridad administrativa e incluso del juez, realizar un juicio de proporcionalidad frente a la actuación administrativa, juicio que no adelantó la ANTV en el presente caso.

En sus alegatos de conclusión, afirmó que la falta efectivamente se cometió pero, de cara al principio de proporcionalidad, la misma es cuantitativa y cualitativamente irrelevante, si se tienen en cuenta los tiempos de comisión de la falta (2008), apertura de la actuación (febrero de 2010), definición de la actuación (junio de 2011) y resolución del recurso de reposición (diciembre de 2014), circunstancia que revela que la conducta reprochada no

[30] Ibíd.- Folio 134.

afectaba el servicio público ni implicaba un incumplimiento relevante de las obligaciones contractuales.

2.3.2. Posición de la convocada

Al oponerse a este cargo, la ANTV desarrolló la excepción que bautizó *"La proporcionalidad en la sanción. La administración impuso una sanción proporcional al hecho imputado"*, sustentada en el hecho que la pena económica sólo equivalió al 0,016% del valor actualizado del contrato y que obedeció a la aplicación de los criterios de gravedad de la falta, daño producido y reincidencia en su comisión. Citando una sentencia emitida el 12 de noviembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expresó que le correspondía a la ANTV probar objetivamente el incumplimiento de las obligaciones contractuales, carga que atendió y que no fue desvirtuada por Caracol.

En sus alegatos de conclusión, la convocada reiteró sus planteamientos iniciales y, además, citó el Laudo Arbitral del 23 de mayo de 2017 (Caso No. 4554), en el que no se constató una violación al principio de proporcionalidad y, además, se explicó que el único criterio para determinar el grado del incumplimiento del contrato no es el cuantitativo.

2.3.3. Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, se advierte que la convocada centra su cargo en la alegada violación del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma no aplicable a la actuación administrativa objeto de control judicial. En efecto, la referida codificación –y de lo cual se volverá *infra*– sólo se aplica, por voces de su artículo 308, *"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"*, lo cual aconteció el 2 de julio de 2012. En la medida que la investigación que culminó con los actos definitivos aquí demandados inició el 12 de febrero de 2010[31], es evidente que la norma cuya violación pretende sea declarada la Convocante, no es aplicable a la actuación administrativa.

Sin embargo el Tribunal, atendiendo el deber de interpretación de la demanda que le asiste incluso cuando se demanda la nulidad de actos administrativos[32] –actividad que goza de

---

[31] Según Auto No. 007 del 12 de febrero de 2010 expedido por la CNTV, CD de antecedentes administrativos, obrante a folio 149 del Cuaderno de Pruebas 1.

[32] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", Sentencia del 3 de agosto de 2017, Exp. 15001-23-31-000-1998-00609-01(37932), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

especial protección constitucional cuando son los árbitros quienes interpretan el régimen jurídico aplicable a contienda–[33], concluye que el cargo de violación se edifica sobre el contenido normativo del derogado Código Contencioso Administrativo, cuyo artículo 36 es sustancialmente idéntico al invocado artículo 44 del Código posterior:

> *"ARTÍCULO 36. 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."*

Precisado lo anterior, conviene señalar, como ciertamente lo afirma Caracol, que la proporcionalidad es un principio rector de toda actuación administrativa que adquiere mayor eficacia jurídica en las de tipo sancionatorio, en tanto que busca racionalizar la actividad de la Administración y de adecuarla a la ponderación, mesura y equilibrio[34]. En su jurisprudencia consolidada –sobre todo de los últimos años–, el Consejo de Estado ha explicado:

> *"[...] el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad."*[35]

En esa medida, el carácter discrecional de una potestad –como la ejercitada por la Convocada en el *sub examine*–, no puede confundirse con arbitrariedad, *"no sólo por las exigencias éticas en el ejercicio de las funciones administrativas, sino porque el derecho ha aceptado como elementos esenciales del acto administrativo la causa y el fin de los mismos, los cuales deben ser legales, de suerte que si se demuestra la ilegalidad de estos elementos el acto administrativo correspondiente también deviene nulo."*[36]

Ahora bien, ¿cuáles son los criterios que ha de tener en cuenta el juez al momento de valorar la decisión frente al principio de proporcionalidad? El artículo 36 del Código Contencioso Administrativo ofrece la respuesta, al disponer que la decisión discrecional

---

[33] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", Sentencia del 1º de marzo de 2018, Exp. 11001-02-26-000-2017-00149-00(60178), C.P. María Adriana Marín.

[34] JAIME OSSA ARBELÁEZ, *"Derecho administrativo sancionador..."* cit., pág. 417.

[35] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Exp. 44001-23-31-000-2010-00031-01(48892), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[36] ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, *"Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, 2ª Edición, 2012, Editorial Legis, Bogotá D.C., pág. 85.

debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido propios del test de ponderación o proporcionalidad[37].

En el caso concreto, tenemos que se cuestiona por la Convocante la aplicación de la medida de multa a un incumplimiento contractual que, en su criterio, es irrelevante cuantitativa y cualitativamente, por la no afectación del servicio público, su falta de gravedad y por la demora en la actuación de la Administración. Por lo tanto, se impone recabar sobre (i) la adecuación de la medida a los fines de la norma que la autoriza y (ii) su proporcionalidad con los hechos que motivaron la investigación.

2.3.3.1. La adecuación de la medida a los fines de la norma que la autoriza

El literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995 y la Cláusula 30 del Contrato de Concesión no establecen explícitamente los fines que se persiguen alcanzar con la imposición de multas. Sin embargo, el literal b) del artículo 5º de la citada Ley asigna a la CNTV, entre otras funciones, la de "*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.*" (Subrayas extratextuales).

Genéricamente, se tiene que el derecho administrativo sancionador "*constituye una expresión de poder jurídico necesario para la regulación de la función administrativa y el cumplimiento de los fines del Estado, en la medida en que resulta ser un complemento de la potestad de mando institucional, contribuyendo en la preservación del orden jurídico*[38]*, al funcionamiento adecuado de la Administración y al cumplimiento de las decisiones administrativas*[39]*.*"[40]

---

37 Sobre el test en comento, la Corte Constitucional tiene desarrollada una prolija jurisprudencia, distinguiendo tres niveles de intensidad en su aplicación (leve, intermedio y estricto). Un ejercicio de aplicación de este método en casos de aplicación de medidas coactivas puede verse, entre otras, en la Sentencia T-653 de 2017.

38 Sentencia C-089 de 2011. Luis Ernesto Vargas Silva.

39 Sentencia C-214 de 1994.

40 Corte Constitucional, Sentencia C-957 de 2014.

En punto a las multas contractuales, existe consenso en que las mismas tienen un fin esencial de apremio al contratista incumplido, conminándolo a adecuar su conducta a las estipulaciones del contrato y a las normas que lo rigen:

> *"[...] la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria [...]."*[41]

Advertido lo anterior, para el Tribunal no existe duda alguna que la sanción de multa impuesta en los actos demandados se adecúa plenamente a los fines aquí referidos, en la medida que es posible identificar que con tales decisiones, se buscó, por una parte, garantizar la adecuada prestación del servicio público de televisión a cargo de Caracol y la preservación del orden jurídico (en especial, el cumplimiento de los reglamentos referidos a los mensajes institucionales, contenidos en el Acuerdo No. 010 de 1997 y las Resoluciones No. 290 de 2002 y 030 de 2008) y, por otra, conminar a la Convocante al cumplimiento pleno de sus deberes contractuales y reglamentarios, previniendo a futuro conductas similares.

En esa medida, no se advierte un desconocimiento del principio de proporcionalidad visto desde la arista de la adecuación de la medida al fin perseguido. Como se ha dicho en este Laudo, la televisión tiene el carácter de servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado[42], circunstancia que habilita plenamente a la Convocada a imponer las sanciones legales y contractuales a los prestadores que infringen sus obligaciones, como aconteció en el *sub judice*. De esta manera, el Tribunal no encuentra acreditada una infracción al principio de proporcionalidad por desconocimiento de los fines legales de la sanción de multa cuya legalidad se debate en este proceso.

2.3.3.2. Análisis de la proporcionalidad con los hechos que motivaron la investigación

No se discute en el proceso la existencia objetiva de un incumplimiento imputable a Caracol, consistente en 187 infracciones[43] por la no transmisión de mensajes institucionales conforme a los planes de emisión de la CNTV o por su transmisión en horarios no

---

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia del 26 de noviembre de 2015, Exp. 25000-23-26-000-2009-01010-01(53877), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

42 Artículo 1º de la Ley 182 de 1995.

43 Inicialmente se impuso sanción por 288 infracciones, pero al descontar 101 faltas cometidas en el período en el cual operó la caducidad de la facultad sancionatoria, la ANTV confirmó la sanción para 187 infracciones en la Resolución No. 2517 del 11 de diciembre de 2014 (folio 134 Cuaderno de Pruebas No. 1).

autorizados. Frente a dicho panorama factual, el Tribunal juzga que la sanción de multa es proporcional a los incumplimientos probados por la Convocada en el curso de la actuación administrativa.

La Convocada tiene a su alcance un amplio espectro de medidas coercitivas a imponer al concesionario por el incumplimiento de los deberes derivados del contrato o de los reglamentos que lo rigen. Entre ellas, se incluyen la multa, la suspensión de la concesión de hasta por seis (6) meses, la cancelación definitiva según el inciso cuarto del literal h) del artículo 12 de la Ley 182[44] e incluso la caducidad contractual[45]. Por consiguiente, la sanción de multa resulta ser la consecuencia jurídica menos gravosa de aquél abanico de medidas que operan por la *"transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias de la Comisión"*, según la norma en comento. En todo caso, quedaba plenamente descartada la sanción de *caducidad,* en la inteligencia que dicha sanción requiere un incumplimiento cualificado y gravoso que afecte sustancialmente la prestación del servicio concesionado.

En esa medida, bajo el régimen sancionatorio aplicable a Caracol, la sanción de multa es la de menor intensidad.

Por otra parte, se aprecia –como quedó visto *supra*– que la imposición de la sanción de multa no requiere la demostración de un incumplimiento grave o superlativo que ocasione una afectación considerable del servicio público, según se infiere de la lectura del literal h) del artículo 12 de la Ley 182.

A su turno, no resultaba admisible para la CNTV y posteriormente la ANTV, acudir a una medida sancionatoria menos gravosa que la multa, en tanto que las normas legales no la contemplan. En ese sentido, imponer una sanción no prevista en la ley aplicable al Contrato, hubiere comportado una lesión del derecho al debido proceso, por desconocer el principio de legalidad de la sanción.

Ahora bien, bajo nuestro régimen constitucional, tampoco resultaba admisible exigir de las autoridades concedentes una actitud omisiva o abstencionista, encaminada a no ejercitar el *ius puniendi* otorgado por la ley y el Contrato. Recuérdese que las autoridades están

---

[44] *"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."*

[45] El inciso segundo del literal h) del artículo 12 establece: "[...] *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."*

instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2º Superior), que los contratistas de las entidades del Estado colaboran en el logro de sus fines y que cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones (artículo 3º de la Ley 80 de 1993) y que es deber de la CNTV asegurar una adecuada prestación del servicio público de televisión (artículo 5º de la Ley 182 de 1995). Bajo esta línea, no es acertado asumir que por virtud del principio de proporcionalidad, el deber de la Convocada era permanecer pasiva frente a la demostrada comisión de 187 infracciones administrativas.

Lo expuesto en precedencia lleva a concluir que el cargo está ineluctablemente llamado a fracasar. Sin embargo, el Tribunal no declarará probada la excepción de mérito que la ANTV intituló *"La proporcionalidad en la sanción. La administración impuso una sanción proporcional al hecho imputado"*, en la medida que la acusación no prosperó por las razones aducidas por dicha entidad, sino por las consideraciones que acaban de realizarse.

2.4. Análisis del cargo denominado: *"Violación del artículo 12, literal h, Ley 182 de 1995, en cuanto al valor actualizado del contrato"*

2.4.1. Posición de la convocante:

La parte convocante manifiesta que *"...la CNTV al ejercer su facultad sancionadora ha debido acatar las normas del debido proceso y atenerse al principio de legalidad. Las multas correspondientes deberán ser proporcionales al incumplimiento del contrato y al valor actualizado del mismo."*

En primer lugar, observa la convocante que, en cuanto al valor actualizado del contrato, la ANTV y la CNTV establecieron, sin ninguna justificación, el monto en cifras diferentes, según la Resolución 798 de 2011, la suma de $261.032.115.299, y de acuerdo a la Resolución 2517 de 2014, la suma de $261.527.745.898, y concluye que existe una clara violación del debido proceso, *"..pues aumenta el valor actualizado del contrato cuando ya no existe ninguna posibilidad de controvertirlo"*.

En segundo lugar, sostiene la convocante que la ANTV desconoce la realidad contable y financiera al momento de fijar el valor actualizado del contrato, porque *"...si un contrato de concesión tiene un valor para la explotación durante 10 años, ese mismo contrato no puede tener el mismo valor cuando solo quedan 5 años, o menos para su culminación, pues el*

tiempo que se tiene para su aprovechamiento y usufructo es menor y por ende la concesión vale menos, pierde valor económico con el paso del tiempo ...", y hacer referencia a la diferencia de tratamiento entre un caso análogo en el que la ANTV estableció que para enero del año 2009, año en que se prorrogó el contrato de concesión, el valor actualizado del contrato era de $147.436.000.0000, mientras que para el presente caso el valor actualizado del contrato, para julio de 2008 fue de $261.032.115.299.

Un tercer aspecto que observa la parte convocante, como fundamento de la pretensión de declaratoria de la nulidad de las resoluciones demandadas, por violación del debido proceso, es el que no se haya manifestado en estas *"...la razón por la cual se determinó el valor actualizado del contrato.."* y cuando, además, se utilizan valores diferentes del valor actualizado del contrato para la imposición de la sanción.

2.4.2. Posición de la convocada

En su defensa, la parte convocada manifiesta que, de acuerdo con jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa, la actualización del valor del contrato no es otra cosa que traer a valor presente el valor histórico pactado, para lo cual debe, necesariamente acudirse a factores como el Índice del Precio del Consumidor.

Para sustentar su posición, transcribe apartes de las resoluciones demandadas, referidos al criterio aplicado para la actualización del valor del contrato, y agrega que si la convocante considera que fue objeto de trato desigual, según sus propias palabras *"... ha debido entonces, justificar que la aplicación del factor IPC fue inadecuado para llegar la conclusión que motivó el establecimiento del valor del contrato en el acto demandado, de cara a una metodología diferente en el acto que aporta."*

Argumenta en favor de la actuación de la ANTV, como ajustada a la ley, que eventualmente, si la única razón jurídica para cuestionar el valor del contrato es justamente que el IPC no se aplicó correctamente o que se acudió a otra vía para calcularlo, pero que, en todo caso, ese debió ser un hecho cuya carga probatoria le correspondía al demandante.

Ahora bien, expresa la convocada que, si fuera cierto que en el acto administrativo del año 2011, la entidad estableció como valor del contrato una suma muy diferente a la que se consideró en el acto censurado, en la demanda no se hace ningún razonamiento dirigido a denunciar un trato diferencial, para lo cual ha debido analizar todas las circunstancias fácticas y jurídicas que le hubiesen conducido a probar tal situación. Aún más, señala que el texto de la demanda adolece de realizar cualquier test de igualdad que, en todo caso, tampoco le fue solicitado al Tribunal.

2.4.3. Consideraciones del Tribunal

En relación con el presente cargo el Tribunal observa que el artículo 12, literal h), de la Ley 182 de 1995, dispone: *"...Las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato, y se impondrán mediante resolución motivada".*

En punto de los criterios definidos por las normas legales para la actualización del valor de los contratos se deben tener en cuenta los siguientes:

El artículo 4º, Núm. 8º, de la Ley 80 de 1993, que consagra:

> *"Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado".*

Por su parte el artículo 1º del Decreto Reglamentario 679 de 1994, establece:

> *"Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior".*

En la Cláusula Séptima del Contrato se pactó:

> *"VALOR DE LA CONCESIÓN. Para todos los efectos el valor de la concesión es la suma de CIENTO DIEZ Y SIETE MIL MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS ($117.973.850.000) moneda corriente".*

Considera el Tribunal que las normas transcritas contienen criterios para la actualización del valor de los contratos, que si bien, en principio, están referidas al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato e intereses, resultan también pertinentes para el caso de la aplicación de las multas como la impuesta a la sociedad convocante.

No obstante que el Tribunal encuentra ajustado a la ley el criterio de actualización utilizado por la parte convocada para calcular el monto de la multa, observa que, efectivamente, como lo manifestó la parte convocante en la demanda y en su alegato de conclusión, existe una diferencia no justificada entre el valor actualizado del contrato de $261.032.115.299,

que se tiene como base para la liquidación de la multa en la Resolución 798 de 2011, y el valor de $261.527.745.898, que para ese mismo efecto aparece en la Resolución 2517 de 2014, y se considera no justificada porque si en ambos casos se utilizó el mismo criterio de actualización con base en el IPC y tomando como referencia las mismas fechas, diciembre de 1997 para el IPC inicial, y julio de 2008 para el IPC actual, el resultado debió ser el mismo para las dos resoluciones es decir la suma actualizada de valor del contrato de $261.032.115.299.

Revisado el expediente no se encuentra prueba alguna que justifique el valor de $261.527.745.898, y por el contrario, entre otras, la certificación juramentada enviada por la representante legal de ANTV, acompañada de la certificación expedida por la Coordinadora Administrativa y Financiera de esa entidad, sobre el criterio y fórmula utilizados para la actualización del contrato, permite demostrar, por simple operación matemática, que el valor que se debió tener en cuenta en la Resolución 2517 de 2014, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la convocante, era el inicial de $261.032.115.299.

En consecuencia, aplicado al valor actualizado del contrato de $261.032.115.299, el porcentaje del 0.016%, establecido en la Resolución 2517 de 2014, se concluye que el valor correcto de la multa es de $41.765.138.44, y no el de $41.844.439,34, que se determinó en la Resolución 2547 de 2014. La diferencia entre una y otra cifra es de $79.300,91, suma esta que deberá ser reconocida en favor de la parte convocante.

Encuentra entonces el Tribunal, que están demostrados los siguientes hechos alegados por la parte convocante: primero, que existe una variación no justificada del valor actualizado del contrato, tomado como base para la liquidación de la multa, en la Resolución 798 de 2011 ($261.032.115.299), y el que se tuvo en cuenta en la Resolución 2517 de 2014 (261.527.745.898), al momento de resolver el recurso de reposición; y segundo, que la misma parte convocante, frente a la variación injustificada del valor, que se produjo en el acto administrativo por medio del cual se le resuelve el recurso de reposición interpuesto, quedaba sin posibilidad legal de controvertir, en la vía gubernativa, el incremento de valor que se presentó.

Con fundamento en lo expuesto, concluye el Tribunal que se desconoció el derecho de defensa y al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y que, en consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984)[46], se deberá declarar la nulidad de la Resolución 2517

[46] Causales similares a las consagradas por el artículo 137 del CPACA

de 2014, en forma parcial, es decir, única y exclusivamente, en lo que tiene que ver con el valor de la multa. En este sentido, también se deberá declarar que la excepción de *"Inexistencia de vulneración al derecho de defensa"*, se encuentra probada, salvo en lo que tiene que ver con el valor actualizado del contrato que se tomó como base para la liquidación de la multa en la citada Resolución 2517 de 2014.

2.5. Análisis del cargo denominado: *"Nulidad por falta de competencia. Aplicación del principio de favorabilidad".*

2.5.1. Posición de la convocante

La parte convocante hace un análisis de los tiempos que se tomó la ANTV para adelantar la actuación administrativa que culminó con la Resolución 798 de 2011 y para resolver el recurso de reposición contra ese acto administrativo, y concluye que la tardanza injustificada en dichas actuaciones, demuestran que no hubo daño y que no se afectó el servicio público de televisión ni se produjo un incumplimiento relevante de las obligaciones contractuales.

Adicionalmente, la parte convocante hace un comparativo entre lo dispuesto por el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo (CCA – Decreto 01 de 1.984) y el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA – Ley 1437 de 2011), normas estas que regulan el término de caducidad de la facultad sancionatoria de las entidades estatales y solicita que, en virtud del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, se debe aplicar, en su caso, el artículo 52 del CPACA, lo cual tiene como consecuencia que a la fecha de la expedición de la Resolución 2517 de 2014, la ANTV carecía de competencia para decidir, razón por la cual se produjo *ipso jure,* la nulidad de ese acto administrativo.

Como soporte adicional de su posición, la parte convocante invocó el pronunciamiento del Consejo de Estado contenido en la sentencia de 3 de mayo de 2016 (Rad. 2000-00468-00, Sala Plena, C.P. William Hernandez Gomez).

2.5.2. Posición de la convocada

En relación con este cargo, la parte convocada propuso la excepción denominada *"Improcedencia de la aplicación del artículo 52 del CPACA"*, la cual sustentó con los siguientes argumentos:

El artículo 308 del CPACA, establece que los procedimientos y actuaciones administrativas ya iniciadas a la fecha en que entró en vigencia la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el 2 de julio de 2012, continuarán su trámite con el régimen jurídico anterior.

El artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, estableció que *"...los recursos interpuestos y los términos que hubieren comenzado a correr, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron y empezaron a correr los términos..."*.

Concluye la parte convocada citando el laudo arbitral de 3 de abril de 2017 (Exp. 4334 – acumulado con el 4336), en el que se analizó el mismo cargo y excepción objeto de estudio.

2.5.3. Consideraciones del Tribunal

Consta en el expediente que las conductas sancionadas en los actos administrativos objeto del presente proceso ocurrieron los durante los meses de agosto y septiembre de 2008, que la Resolución 798 fue expedida por la CNTV el día 22 de junio de 2011 y que Caracol interpuso el recurso de reposición contra ese acto administrativo el día 5 de agosto de ese mismo año.

La Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), entró en vigencia el día 2 de julio de 2012, por expresa disposición contenida en su artículo 308, norma esta que en su inciso final expresamente consagró 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"*, previsión esta que guarda concordancia con el principio de aplicación de las normas sobre sustanciación y ritualidad de los procesos, consagrado por el artículo 624 del Código General del Proceso, que establece:

> *"Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:*
>
> *"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*
>
> *Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos,*

se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".

La Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-619 de 2001 (M.P. Marco Fernando Monroy Cabra), se ha pronunciado sobre el tema en los siguientes términos:

"Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso.

Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme.

En este sentido, a manera de norma general aplicable al tránsito de las leyes rituales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, antes mencionado, prescribe lo siguiente: "Las leyes concernientes a la sustanciación y rituales de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieron iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Subrayado nuestro.

En concordancia con lo anterior, el artículo 38 de la misma Ley, referente al tránsito de las leyes que regulan relaciones contractuales, indica que todo contrato se rige por las leyes vigentes al momento de su celebración. No obstante, se exceptúa de esta regla "las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resulten del contrato". Y con la misma orientación, en materia procesal civil, el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil establece: "En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la

> *ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior."* (Subrayado nuestro).

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2016[47], en relación con el principio de favorabilidad en materia de la potestad sancionatoria de la administración pública, expresó:

> *"e.- Entre las citadas garantías mínimas que integran el debido proceso se encuentra el principio de favorabilidad, en virtud del cual una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. La Corte Constitucional se refirió al concepto y alcance del principio de favorabilidad en materia disciplinaria e hizo las siguientes consideraciones que, mutatis mutandi, son aplicables también respecto de otras manifestaciones del derecho punitivo estatal:*
>
> ***"En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica nullum crimen, nulla poena sine lege, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta que dispone: "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa" (artículo 29, C.P.).*** *El claro mandato que se incluye en la carta señala que, por regla general, la norma aplicable en un caso determinado es aquella que se encuentra vigente al momento de la comisión del hecho imputado, lo que en otros términos significa que los efectos de la norma jurídica no son retroactivos.*
>
> *[...]*
>
> *Ahora bien, el principio del que se viene hablando, aquél que prescribe que la ley aplicable a una situación fáctica es la vigente al momento de su acaecimiento, tiene como fin primordial la protección del principio de la seguridad jurídica, pilar fundamental del orden público. No obstante,* ***la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.***
>
> ***La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido,***

[47] Sección Primera, M.P. Guillermo Vargas Ayala – Rad. 2013-00070101.

regularían los mismos hechos. *El artículo 29 de la Constitución Política ha consagrado dicho principio en los siguientes términos "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".*

Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se mantiene el principio general de la aplicación inmediata. Así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional, uno de cuyos fallos se cita a continuación: "...la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, ***salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua.*** *Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal" (Sentencia C-619 de 2001)"*[48] *(Negrillas ajenas al texto original).*

La facultad sancionatoria en relación con las conductas objeto del presente proceso, fue ejercida por la CNTV (ahora ANTV), el día 22 de junio de 2011, dentro del término de los 3 años previsto por el artículo 38 del CCA, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos y de la expedición de la Resolución 798.

El recurso de reposición contra la citada Resolución 798 de 2011, fue presentado por Caracol el día 5 de agosto de 2011, bajo la vigencia del CCA., fecha a partir de la cual comenzó a correr el término para resolver ese recurso, por lo cual resulta aplicable lo previsto en el artículo 308 del CPACA, en concordancia con el artículo 624 del CGP, en el sentido de que el procedimiento sancionatorio que nos ocupa se debe regir por lo dispuesto en el artículo 38 del CCA, que se encontraba vigente al momento de la imposición de la multa por parte de la CNTV (ANTV), como a la fecha de la interposición del recurso de

[48] Sentencia C-181 de 2002.

reposición presentado por Caracol, y también vigente al momento en que se inició el término para resolver el recurso de reposición interpuesto.

También observa el Tribunal que La norma respecto de la cual se pide aplicar el principio de favorabilidad (artículo 52 CPACA) es una de carácter procesal. Es decir, no es una norma sustantiva que, por ejemplo, deje de tipificar el incumplimiento como una falta administrativa o que le imponga una sanción menos gravosa que la multa, como para pensar en la aplicación del principio de favorabilidad. Se trata únicamente de una norma procesal de exclusiva aplicación a nuevos procesos. Además, tiene que ver con la competencia *ratione temporis* de la Administración, razón por la cual no se la puede sorprender con cambios que no le resultan aplicables, y que generarían inseguridad jurídica y afectación del interés público.

Con fundamento en los hechos y normas analizadas el Tribunal concluye que no prospera el cargo objeto de estudio y que se encuentra probada la excepción denominada por la parte convocada: *"Improcedencia de la aplicación del artículo 52 del CPACA".*

2.6. Análisis del cargo denominado: *"Nulidad por violación del derecho de defensa. La ausencia de práctica de pruebas en la vía gubernativa.*

2.6.1. Posición de la convocante

Manifiesta la parte convocante que en la resolución No. 2157 de 2014, por medio de la cual la ANTV resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 798 de 2011, no se hizo pronunciamiento alguno acerca de las pruebas por ella solicitadas.

Considera la convocante que el dictamen pericial solicitado y no decretado por ANTV era necesario para controvertir el monto de la sanción y la forma como se determinó el porcentaje y su dosificación, y que el dictamen solicitado era conducente y pertinente, por cuanto en la normatividad no existe una definición del concepto de *"...valor actualizado del contrato"* y concluye que *"La decisión de no practicar pruebas en la vía gubernativa viola el debido proceso, lo cual necesariamente conduce a la nulidad del acto administrativo".*

2.6.2. Posición de la convocada

En relación con este cargo manifiesta la parte convocada que la ANTV *"...ya había fijado el valor del contrato en función de la variable IPC"*, por lo cual resultaba innecesario decretar un dictamen pericial con esa finalidad, y plantea que así se hubiera decretado el dictamen pericial para determinar el valor actualizado del contrato, no se habría podido llegar a conclusión diferente sobre el criterio aplicado.

La parte convocante transcribe un aparte del laudo de 3 de abril de 2017 (Exp. 4334) y concluye que no se violó el debido proceso del demandante.

2.6.3. Consideraciones del Tribunal

En relación con el presente cargo, el Tribunal observa que el artículo 12, literal h), de la Ley 182 de 1995, dispone: *"...Las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato, y se impondrán mediante resolución motivada".*

En relación con los criterios definidos por las normas legales para la actualización del valor de los contratos se deben tener en cuenta los siguientes:

El artículo 4º, Núm. 8º, de a Ley 80 de 1993, que consagra:

> *"Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado".*

Por su parte el artículo 1º del Decreto Reglamentario 679 de 1994, establece:

> *"Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior".*

Y en la Cláusula Séptima del Contrato se pactó: *"VALOR DE LA CONCESIÓN. Para todos los efectos el valor de la concesión es la suma de CIENTO DIEZ Y SIETE MIL MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS ($117.973.850.000) moneda corriente".*

Reitera el Tribunal lo expresado al analizar el cargo de la demanda denominado *"Violación del artículo 12, literal h, Ley 182 de 1995, en cuanto al valor del contrato",* en el sentido de

considerar que las normas[49] transcritas en ese acápite, contienen criterios para la actualización del valor de los contratos, que si bien, en principio, están referidas al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato e intereses, resultan pertinentes para el caso de la imposición de multas como la aplicada a la sociedad convocante. En consecuencia, resultaba inconducente como prueba, un dictamen pericial como el solicitado por la convocante, para la determinación del criterio a aplicar para la actualización del valor del contrato a efecto de la imposición de la multa.

Por lo expuesto, el cargo no prospera y se considera probada la excepción de *"Inexistencia de vulneración al derecho de defensa"*, propuesta por la parte convocada.

2.7. Cuestión previa expuesta por Caracol denominada: *"..el recto ejercicio de la potestad sancionatoria y su indispensable adecuación a la libertad de información".*

2.7.1. Posición de la convocante

Manifiesta la parte demandante que el artículo 90 de la ley 1474 de 2011 prevé severos efectos en caso de que un contratista sea sujeto de multas, como la inhabilidad para contratar con el Estado, por lo cual *"...la potestad sancionatoria del Estado debe estar sometida a los más estrictos parámetros de observancia del debido proceso..."*. Y considera que esta exigencia debe ser aún más rigurosa en un caso como este, en el que se involucra directamente el ejercicio del derecho fundamental de información consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política.

2.7.2. Posición de la convocada

Expresa la parte demandada que el derecho de información no debe ser considerado desde el punto de vista del contratista sino del televidente y que su conducta de no haber transmitido los mensajes institucionales o haberlo hecho fuera de los horarios establecidos constituye una *"...verdadera afrenta al derecho de información del televidente..."*.

Considera adicionalmente que, por esa razón, la sanción por el incumplimiento a esas obligaciones es meramente objetiva y solo basta la verificación de la vulneración de la norma, respetando el debido proceso y concluye que la ANTV ha ejercido la potestad sancionatoria adecuadamente.

2.7.3. Consideraciones del Tribunal

[49] Ley 80/93, artículo 4º, Núm. 8 y D.R. 679/94, artículo 1º.

Juzga el Tribunal que, en tratándose de un servicio público reglado, la televisión está sujeta al sistema de controles administrativos y contractuales definidos tanto en la ley como en el contrato. Por esta razón, el ejercicio de las facultades sancionatorias, hecho de manera razonable y legal, no comporta, como erradamente lo afirma la Convocante, una afectación de la libertad de información. El Tribunal no encuentra que el proceder de la entonces CNTV y posteriormente de la ANTV, resulte lesivo del derecho fundamental a la libertad de información de que son titulares los ciudadanos y, de manera especial, los medios masivos de comunicación, como quiera que se limitó a verificar la existencia de unas infracciones a los reglamentos que rigen el servicio público en cuestión y, en consecuencia, a imponer las sanciones que estimó procedentes, sin que en ningún caso se haya privado a la Convocante de la posibilidad de informar, de transmitir los contenidos o, incluso, de adoptar prácticas de censura o suspensiones temporales o definitivas.

3. Sobre la conducta de las Partes

El artículo 280 del C.G.P. –referente al contenido de las sentencias– establece en la frase final del inciso primero que: *"El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella."*

En consecuencia, atendiendo la citada disposición el Tribunal pone de presente que a todo lo largo del proceso, las partes y sus respectivos apoderados obraron con apego a la ética y a las prácticas de buena conducta procesal, motivo por el cual no cabe censura o reproche alguno, y menos la deducción de indicios en su contra.

4. Costas del Proceso y Agencias en Derecho

Concluida la evaluación de la controversia materia de este Arbitraje, procede el Tribunal a ocuparse del tema relacionado con las costas y agencias en derecho, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 365[50] y 366 del C.G.P.[51]

Teniendo en consideración que, las pretensiones de la demanda habrán de prosperar de manera parcial se estima que procede una condena en costas a cargo de Caracol en proporción del 80%.

En cuanto a las costas, habrá de tenerse en cuenta que Caracol consignó la totalidad de las sumas señaladas mediante Auto No. 9 de 17 de enero de 2018 y no consta en el proceso que la ANTV haya reembolsado a Caracol lo pagado por ella.

En materia de *agencias en derecho*, el Tribunal acudirá a un criterio de *racionabilidad*, toda vez que, como se expresó no advierte tacha en la conducta procesal de las partes o de sus apoderados, quienes, por el contrario, actuaron a lo largo del proceso con todo profesionalismo en la defensa de los intereses de su respectivas representadas. Por ello, se fijará como valor de éstas, un suma similar a la de los honorarios de un árbitro, esto es, la suma de un millón trescientos sesenta mil pesos ($1.360.000,oo).

Con fundamento en lo anterior, Caracol será condenada al pago del ochenta por ciento (80%) de costas conforme a la liquidación que aparece a continuación:

Concepto	Valor ($)
Honorarios de los Árbitros y de la Secretaria	
-- Honorarios de los tres Árbitros	4.080.000
-- I.V.A.	775.200
-- Honorarios de la Secretaria	680.000
-- I.V.A.	129.200
Total Honorarios Árbitros & Secretaria + I.V.A.	**5.664.400**

[50] "En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la **parte vencida** en el proceso (...)." (Énfasis añadido).

[51] "La liquidación [de costas] incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, **y las agencias en derecho que fije el** magistrado sustanciador o el juez aunque se litigue sin apoderado." (Énfasis añadido).

Concepto	Valor ($)
Gastos de Administración - Centro de Arbitraje	680.000
I.V.A.	129.200
Gastos del Proceso	500.000
Total Honorarios y Gastos	**6.973.600**
Monto pagado por la ANTV	0
80% a cargo de Caracol y a favor de la ANTV (A)	**5.578.880**
Agencias en Derecho	
Agencias en Derecho fijadas por el Tribunal	1.360.000
80% a cargo de Caracol y a favor de ANTV (B)	**1.088.000**
Total a cargo de Caracol y a favor de la ANTV (A + B)	**6.666.880**

Advierte el Tribunal que en el evento que la ANTV hubiese reembolsado a Caracol la suma de honorarios y gastos de administración que fue pagada por su cuenta, se deberá tener en cuenta ese pago para efecto de la compensación de saldos a que haya lugar.

Finalmente, en caso de existir un sobrante de la partida de "Gastos del proceso", este se reintegrará a Caracol en proporción del 20% y a la ANTV en proporción del 80%.

CAPÍTULO CUARTO
PARTE RESOLUTIVA

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones propuestas por la parte convocada Autoridad Nacional de Televisión – ANTV, denominadas: *"1. Inexistencia de la violación al debido proceso/ De los elementos que debe tener en cuenta la administración para imponer una sanción"; "2. Inexistencia de violación al principio de legalidad de la sanción/ La imposición de una sanción obedece a criterios objetivos y razonables."; "3. La proporcionalidad en la sanción. La administración impuso una sanción proporcional al hecho imputado."; "5. Improcedencia de la aplicación del artículo 52 del CPACA."; y "6. Inexistencia de vulneración al derecho de defensa."*

SEGUNDO: Declarar **no** probada la excepción de mérito propuesta por la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV, denominada *"4. El valor Actualizado del contrato debe atender al valor histórico pactado mediante aplicación del IPC"*, únicamente en lo que tiene que ver con la cifra correspondiente al valor actualizado del contrato, que se tomó como base para la liquidación de la multa en la Resolución No. 517 de 11 de diciembre de 2014 y, consecuencialmente en lo que corresponde al monto de la misma, por las razones expuestas en el presente Laudo.

TERCERO: Declarar la nulidad parcial del artículo primero de la Resolución No. 2517 del 11 de diciembre de 2014, expedida por la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV, en lo que corresponde con el monto de la multa impuesta, por las razones expuestas en el presente Laudo. En consecuencia, prospera de manera parcial la primera pretensión principal de la reforma de la demanda.

CUARTO: Condenar a la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV a restituir a favor de Caracol Televisión S.A., la suma de SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS ($79.300,91), *correspondiente* a la diferencia entre el valor de la multa efectivamente impuesta y el valor de la multa definitiva, valor que deberá ser indexado desde el día 5 de febrero de 2015, fecha del pago del pago de la multa por parte de Caracol Televisión S.A., hasta la fecha en que la ANTV efectúe la restitución. En consecuencia, prospera la segunda pretensión subsidiaria de la reforma de la demanda.

QUINTO: Condenar a Caracol Televisión S.A. al pago de las costas del proceso y agencias en derecho, en los valores y proporciones indicadas en la parte considerativa del presente Laudo.

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la reforma de la demanda presentada por Caracol Televisión S.A.

SÉPTIMO: Ordenar la devolución a las partes, de las sumas no utilizadas de la partida "Gastos del proceso", si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos prevista en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012.

OCTAVO: Ordenar que por secretaría se envíe copia de este laudo a la Procuraduría General de la Nación, por intermedio del Señor Procurador 135 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá, quien actuó en este proceso.

NOVENO: Ordenar que por secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes.

DÉCIMO: Remitir el expediente al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que proceda al archivo del mismo de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

El presente laudo queda notificado en estrados

EDGAR EDUARDO CORTÉS PRIETO

Presidente

FELIPE NEGRET MOSQUERA
Árbitro

ERNESTO VILLEGAS DUQUE
Árbitro

CLARA LUCÍA URIBE BERNATE

Secretaria

Índice Laudo Arbitral Caracol vs. ANTV

CAPÍTULO PRIMERO
TRÁMITE ARBITRAL

1.Partes 1.1. Parte convocante 1.2. Parte convocada 1.3. El Ministerio Público:	1 2 2 2
2.Pacto Arbitral	2
3.Demanda (solicitud de convocatoria)	3
4.Nombramiento de los Árbitros e Instalación del Tribunal	3
5.Admisión, Notificación, Contestación de la Demanda, Reforma y Traslado de Excepciones.	4
6.Audiencia de Conciliación y Fijación de Honorarios por el Tribunal	4
7.Primera Audiencia de Trámite	4
8. Auto de Pruebas	5
9. Etapa Probatoria	5
10. Audiencia de Alegatos	5
11. Término del Proceso	5

CAPÍTULO SEGUNDO
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.Pretensiones de Caracol	6
2.Excepciones propuestas por la ANTV	6
3.Posición del Ministerio Público	7
3.Hechos que enmarcan la controversia:	7

CAPÍTULO TERCERO
PRESUPUESTOS PROCESALES, POSICIÓNES DE LAS PARTES, Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Presupuestos Procesales 1.1. La Competencia del Tribunal 1.2. Capacidad para ser parte 1.3. Demanda en forma	8
2. Posiciones de las partes y consideraciones del Tribunal	9
2.1. Análisis del cargo *"Violación del artículo 29 de la Constitución Política* 2.1.1. Posición de la convocante 2.1.2. Posición de la convocada 2.1.4. Consideraciones del Tribunal 2.1.4.1. La naturaleza jurídica de la multa impuesta 2.1.4.2. En cuanto a la gravedad de la falta 2.1.4.3. En cuanto al daño producido 2.1.4.4. En cuanto a la reincidencia	9 9 10 11 11 13 16 16
2.2. Análisis del cargo referido a la violación del principio de legalidad de la sanción 2.2.1. Posición de la convocante	17

	2.2.2. Posición de la convocada	17
	2.2.3. Consideraciones del Tribunal	17 18
	2.3. Análisis del cargo referido a la violación del artículo 44 del CPACA 2.3.1. Posición de la convocante 2.3.2. Posición de la convocada 2.3.3. Consideraciones del Tribunal 2.3.3.1. La adecuación de la medida a los fines de la norma que la autoriza 2.3.3.2. Análisis de la proporcionalidad con los hechos que motivaron la investigación	 20 20 21 21 23 24
	2.4. Análisis del cargo denominado *"Violación del artículo 12, literal h, Ley 182 de 1995, en cuanto al valor actualizado del contrato"* 2.4.1. Posición de la convocante: 2.4.2. Posición de la convocada 2.4.3. Consideraciones del Tribunal	 26 26 27 28
	2.5. Análisis del cargo denominado: *"Nulidad por falta de competencia. Aplicación del principio de favorabilidad".* 2.5.1. Posición de la convocante 2.5.2. Posición de la convocada 2.5.3. Consideraciones del Tribunal	 30 30 30 31
	2.6. Análisis del cargo denominado: "Nulidad por violación del derecho de defensa. La ausencia de práctica de pruebas en la vía gubernativa. 2.6.1. Posición de la convocante 2.6.2. Posición de la convocada 2.6.3. Consideraciones del Tribunal	 35 35 35 36
	2.7. Cuestión previa expuesta por Caracol denominada: "..el recto ejercicio de la potestad sancionatoria y su indispensable adecuación a la libertad de información". 2.7.1. Posición de la convocante 2.7.2. Posición de la convocada 2.7.3. Consideraciones del Tribunal	 37 37 37 37
3. Sobre la Conducta de las partes		38
4. Costas del Proceso y Agencias en Derecho		38

CAPÍTULO CUARTO
PARTE RESOLUTIVA