

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil diez (2010).

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias jurídicas suscitadas entre **PRODUCCIONES JES LIMITADA** y **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN** profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en los decretos 2279 de 1989 y 4089 de 2007, las leyes 23 de 1991 y 446 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, con lo cual decide el conflicto planteado en la demanda, en la contestación y en las correspondientes réplicas.

CAPÍTULO PRIMERO **ANTECEDENTES**

1. PARTES Y REPRESENTANTES

PARTE CONVOCANTE: La sociedad **PRODUCCIONES JES LIMITADA**. (en lo sucesivo, PRODUCCIONES JES), persona jurídica de derecho privado debidamente constituida, con domicilio principal en Bogotá y legalmente representada por el señor **JULIO SÁNCHEZ VANEGAS**, todo lo cual consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá. La parte convocada fue debidamente representada en el proceso por el doctor **RAMIRO GUZMÁN CASTAÑEDA**.

PARTE CONVOCADA: La **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN** (en lo sucesivo CNTV), persona jurídica de derecho público con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, representada legalmente por **JUAN ANDRÉS CARREÑO CARDONA** y apoderada en este proceso inicialmente por el doctor **CLÍMACO GIRALDO GÓMEZ** y luego por el doctor **CARLOS NARANJO MEZA**.

MINISTERIO PÚBLICO: CLAUDIA LOZZI MORENO y, posteriormente, **CLAUDIA GARZÓN SOLER**, Procuradoras Tercera Judicial Administrativa, fueron las designadas del Ministerio Público para este proceso arbitral.

2. PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso se halla en la cláusula vigésimo tercera del Contrato Concesión de Espacios de Televisión firmado el 24 de noviembre de 1997, del siguiente tenor:

“VIGÉSIMA TERCERA. - COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá, lugar en el cual funcionará y tendrá su sede el Tribunal de acuerdo con las siguientes reglas: a. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes; b. La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá; c. El Tribunal decidirá en derecho. En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad”.

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL, DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

La integración del Tribunal de Arbitraje se desarrolló de la siguiente manera:

La demanda fue presentada junto con todos sus anexos el día 2 de septiembre de 2004 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley 80 de 1993, se dispuso que el Tribunal fuera constituido por tres (3) árbitros y decidiera en derecho. Sin embargo, ante la falta de acuerdo de las partes para la designación, los árbitros CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ y ENRIQUE LAVERDE GUTIERREZ fueron designados por el Juez Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, mediante Oficio N° 3078 de 4 de noviembre de 2008 y, a su turno, la designación del árbitro HERNANDO HERRERA MERCADO fue ratificada expresamente por las partes mediante escrito enviado por el representante legal de la Comisión Nacional de Televisión, doctor Juan Andrés Carreño Cardona, el 18 de marzo de 2009, y a través de manifestación verbal hecha por el representante legal de Producciones JES

Limitada, Julio Sánchez Vanegas, en audiencia que tuvo lugar en la misma fecha. Los árbitros aceptaron su designación en la debida oportunidad.

La audiencia de instalación del Tribunal arbitral se llevó a cabo el 1 de diciembre de 2008. En esta oportunidad, los señores árbitros decidieron nombrar a la doctora CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ Presidente del Tribunal. Mediante auto de la misma fecha el Tribunal decidió: (i) declararse legalmente constituido para dirimir en derecho las controversias surgidas entre PRODUCCIONES JES LIMITADA y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN; (ii) designar al doctor FABRICIO MANTILLA ESPINOSA como secretario; (iii) fijar como sede de funcionamiento y lugar de la Secretaría del Tribunal las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; (iv) admitir la demanda presentada el 2 de septiembre de 2004; (v) ordenar la notificación personal del auto admisorio de la demanda; (vi) correr traslado de la demanda a la convocada por el término de diez (10) días; (vii) reconocer personería jurídica a los doctores SAMUEL RAMIRO GUZMÁN CASTAÑEDA, como apoderado de la convocante, y CLÍMACO GIRALDO GÓMEZ, como apoderado de la convocada, en los términos y condiciones de los poderes aportados al proceso, y (viii) informar al Ministerio Público sobre la instalación del Tribunal.

La demanda se notificó personalmente el 2 de diciembre de 2008 y se corrió traslado para su contestación (Fl. 246 y 247 cuad Principal 1). El escrito de contestación de la demanda fue presentado el 26 de enero de 2009.

El 14 de abril de 2009, el doctor ALBERTO DE JESÚS GUZMÁN, Director (E) y Representante legal de la convocada presentó memorial solicitando la suspensión de la audiencia de conciliación programada para el día 15 de abril de 2009 debido a que el apoderado judicial de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, doctor Clímaco Giraldo Gómez, había manifestado que no continuaría como apoderado en este trámite arbitral. Mediante auto de 15 de abril, el tribunal fijó nueva fecha para la audiencia de conciliación.

El 18 de mayo de 2009, se llevó a cabo audiencia en la cual se reconoció personería jurídica al doctor CARLOS NARANJO FLOREZ, en los términos y condiciones del poder que le fue otorgado por la convocada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil.

Ante el Tribunal habían sido presentadas por la parte convocada solicitudes de nulidad procesal relativas a una indebida conformación del Tribunal por la designación inicial de los árbitros, antes de la ratificación hecha por las partes del nombramiento del doctor Hernando Herrera Mercado.

En esta misma audiencia del 18 de mayo de 2009, encontrándose ya debidamente integrado el Tribunal, habiendo sido nombrados los árbitros conforme a derecho y en aras de evitar cualquier eventual nulidad de las actuaciones realizadas con anterioridad, el Tribunal decidió: (i) confirmar su instalación y la designación de Presidente y Secretario; (ii) declarar la nulidad de las decisiones tomadas a partir del Auto N° 1 de 1 de diciembre de 2008; (iii) admitir la demanda presentada por Producciones Jes Ltda. en contra de la Comisión Nacional de Televisión por reunir los requisitos establecidos en los artículos 75 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; (iv) ordenar, por secretaría, la notificación del presente auto en forma personal al representante legal de la parte convocada o a su apoderado; (v) correr traslado de la demanda y sus anexos a la convocada por el término de diez (10) días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil; (vi) ordenar que, en caso de presentarse excepciones de mérito, su traslado se hará por secretaría por el término legal de cinco (5) días y (vii) fijar nueva fecha para llevar a cabo Audiencia de Conciliación y saneamiento (folios 347 a 351, Cuaderno Principal 1).

El día 1 de junio de 2008, el apoderado de la parte convocada presentó escrito de contestación de la demanda que contenía tanto excepciones previas como excepciones de mérito.

En audiencia de 9 de junio, el Tribunal resolvió: (i) tener por contestada en tiempo la demanda en el trámite de PRODUCCIONES JES LIMITADA y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN y (ii) correr traslado de la totalidad de las excepciones formuladas por la parte convocada en su escrito de contestación de la demanda, por el término de tres (3) días de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, poniendo de presente que de conformidad con el inciso segundo, numeral segundo del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, en el proceso arbitral no proceden las excepciones previas, razón por la cual las excepciones formuladas con tal carácter no serán resueltas de manera anticipada, sin perjuicio

de la decisión que tome el Tribunal respecto de su propia competencia en la oportunidad procesal pertinente (Fl. 375 a 377 Cuad Principal 1).

El 12 de junio de 2009, el apoderado de la convocante presenta escrito en el cual describe el traslado de la contestación de la demanda.

Los días 6 de junio 1 de julio de 2009, se llevó a cabo la audiencia de conciliación. En esta oportunidad, la Presidente expuso a las partes el objeto y alcances de la diligencia y las invitó a solucionar por la vía directa y amigable las diferencias que han dado lugar a la convocatoria de este Tribunal arbitral. Escuchados los planteamientos de las partes, se estableció la imposibilidad de llegar a una solución conciliatoria en esta etapa procesal, se declaró fracasada la conciliación y se procedió a proferir auto que fijó las sumas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, así como de funcionamiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El apoderado de la parte convocada interpuso recurso de reposición contra el auto que fijó las sumas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal con el fin de que se revise la tasa de la que se sirvió el Tribunal para determinar los intereses moratorios. La representante del Ministerio Público coadyuva el recurso interpuesto por la parte convocada.

Mediante auto proferido en audiencia de 2 de julio de 2010, el Tribunal resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte convocada contra el auto de 1 de julio de 2009 y decidió: (i) modificar la liquidación de los honorarios y gastos contenida en auto de 1 de julio de 2009 y (ii) fijar nuevamente las sumas correspondientes por concepto de honorarios de los árbitros y del secretario, gastos de administración y otros gastos (Fl. 411 a 414 Cuad Principal 1)

Las partes pagaron la totalidad de las sumas decretadas en las oportunidades previstas en la ley.

4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

El 26 de agosto de 2009 tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la cual, luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal, mediante auto, asumió competencia para tramitar y decidir el litigio sometido a su conocimiento.

El Tribunal constató que las controversias son susceptibles de ser transigidas, de conformidad con las reglas contenidas en los artículos 2469 y siguientes del Código Civil, pues son inherentes a la esfera patrimonial de las partes en conflicto y, además, se encuentran comprendidas dentro del campo de aplicación de la cláusula compromisoria.

Adicionalmente, precisó que mediante el pacto arbitral celebrado por las partes éstas dotaron de jurisdicción a los árbitros para decidir con efectos de cosa juzgada el litigio que las convoca y que la competencia que deviene de esa atribución de jurisdicción otorgada por ellas y autorizada por la Constitución Política, se refiere, desde el punto de vista objetivo, al ámbito de materias que pueden ser decididas por la jurisdicción arbitral del cual en principio sólo están excluidos aquellos asuntos que no sean transigibles o sobre los cuales las partes no tengan derecho a disponer. La otra limitación al ámbito de competencia del Tribunal arbitral en ejercicio de su función jurisdiccional estaría dada por las partes en el marco del pacto que en tal sentido hayan impuesto.

Al examinar la cláusula compromisoria del Contrato de Concesión de Espacios de Televisión firmado el 24 de noviembre de 1997, el Tribunal encontró que las partes habilitaron a los árbitros para resolver “Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación”, con la única limitación acerca de que “En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad”.

Así las cosas, precisó que las pretensiones de la demanda en el presente caso y las excepciones formuladas en su contestación, se refieren a circunstancias que se encuentran claramente comprendidas dentro del objeto de la cláusula compromisoria que, por voluntad expresa de las partes, le confiere jurisdicción al

Tribunal arbitral para decidir sobre las desavenencias materia del presente proceso y se enmarcan dentro del campo de competencia establecida en la ley y en el pacto que aquéllas celebraron. Las mismas quedaron circunscritas a las contenidas en el escrito de demanda de la convocante, y en el de su contestación presentada por la convocada el 1 de junio de 2009 y los escritos adicionales de las partes a partir de del 18 de marzo de 2009 en que quedó debidamente integrado el Tribunal.

En consecuencia, encontrándose debidamente integrada la *litis* (i) y presentes como partes procesales quienes suscribieron el pacto arbitral, a través de apoderados que cuentan con poder suficiente para comparecer al proceso (ii) y teniendo en cuenta que las diferencias surgidas entre las partes no pudieron ser dirimidas de común acuerdo en la audiencia de conciliación que se llevó a cabo durante los días 16 de junio y 1 de julio de 2009 (iii), el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver los asuntos sustanciales sometidos a su análisis y contenidos en la demanda, la contestación de la demanda y los escritos adicionales presentados por las partes.

En la misma audiencia se profirió auto que decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y en su contestación (Fl. 422 a 429 cuad Principal 1).

El 10 de septiembre de 2009, se llevó a cabo la inspección judicial, con exhibición de documentos e intervención de perito, en las oficinas de la Comisión Nacional de Televisión y se posesionó al señor perito especialista en economía y finanzas EDUARDO JIMÉNEZ RAMÍREZ, designado por el Tribunal con la aquiescencia expresa de las partes.

Los días 11 y 15 de septiembre de 2009 se recibieron todas las declaraciones de parte y los testimonios decretados, a saber de los señores DANIEL CORONELL, JORGE ACOSTA VALLEJO y JUAN ANDRÉS CARREÑO CARDONA. Este último presentó ante el Tribunal, el 18 de septiembre de 2009, escrito contentivo de las respuestas a las preguntas que habían quedado pendientes en su declaración de parte (Fl. 95 a 100 cuad pruebas 3).

El día 7 de diciembre de 2009, el señor perito Eduardo Jiménez Ramírez radicó, en tiempo, ante la Secretaría su dictamen pericial y, el 26 de febrero de 2010, presentó el escrito contentivo de las aclaraciones y complementaciones decretadas por el

Tribunal a solicitud de la parte convocante (Fl. 341 a 380 y 413 a 448 cuad pruebas 4).

Dentro de los documentos aportados al proceso cabe destacar que (i), en inspección judicial con exhibición de documentos e intervención del perito de 10 de septiembre de 2009, la CNTV aportó al Tribunal el Estudio del Instituto SER de investigación de junio de 2000 (Fl. 183 a 236 cuad pruebas 2); (ii) en audiencia de 11 de septiembre de 2009, el Tribunal, de oficio, solicitó a la convocada que aportara el estudio sobre la “Determinación de la tarifa para la concesión del Canal Uno de televisión nacional” de agosto de 2003, elaborado por la Universidad Nacional, mencionado por el testigo Jorge Acosta Vallejo en su declaración, el cual se allegó al expediente el 18 de septiembre de 2009 (Fl. 4 a 30 cuad pruebas 3)¹; (iii) el 1 de octubre de 2009, Asomedios radicó ante la secretaría del Tribunal la información de inversión publicitaria correspondiente a los años 1997 a 2000, solicitada mediante oficio (Fl. 290 a 292 cuad pruebas 3); (iv) el 3 de febrero de 2010, el DNP envió al Tribunal las tasas de crecimiento del PIB entre los años 1997 y 2000, que le habían sido solicitadas mediante oficio (Fl. 40 cuad principal 2); (v) el 17 de noviembre de 2009, fueron allegadas al proceso copias auténticas de los laudos proferidos dentro de los procesos de la Casa Editorial El Tiempo S.A. contra la Comisión Nacional de Televisión –junto con los respectivos dictámenes periciales técnico, financiero y de mercadeo- y de Diego Fernando Londoño (DFL Televisión) contra la Comisión Nacional de Televisión, las cuales habían sido decretadas como pruebas trasladadas (Fl. 1 a 309 cuad pruebas 4) y (vi) el 22 de septiembre de 2009, la Cámara de Representantes aportó copias certificadas de las gacetas de Congreso que le habían sido solicitadas por el Tribunal mediante oficio (Fl. 78 a 94 cuad pruebas 3).

El 1 de febrero de 2010, se llevó a cabo la inspección judicial, con exhibición de documentos e intervención de perito, en las oficinas de RTVC, prueba decretada de oficio mediante auto de 20 de enero de 2010. En esta diligencia, la mencionada entidad allegó al expediente los siguientes documentos: (i) Decreto 3525 de octubre 26 de 2004, (ii) Diario oficial de 27 de octubre de 2006, N° 46434, (iii) Escritura pública N° 3138 de 28 de octubre de 2004 de la Notaría 34 del Círculo de Bogotá y (iv) Decreto 3550 de 28 de octubre de 2004 (Fl. 381 a 412 cuad pruebas 4). Adicionalmente, mediante auto, se ordenó librar oficio al Ministerio de Tecnologías

de la Información y las Comunicaciones para que enviara al Tribunal la siguiente información: i) documentos que permitieran verificar los pagos efectuados por PRODUCCIONES JES a Inravisión por concepto del VTR durante los años 1998, 1999 y 2000 y ii) copia del contrato de dación en pago número 154 de octubre 31 de 2001 celebrado entre Inravisión y la Comisión Nacional de Televisión (Fl. 40 cuad principal 2)

En audiencia que tuvo lugar el 19 de marzo de 2010, el Tribunal declaró cerrada la etapa probatoria del trámite arbitral entre PRODUCCIONES JES LIMITADA y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, después de haber practicado todas las pruebas decretadas en las oportunidades procesales pertinentes (i), de haber corrido traslado de las desgrabaciones de todos los testimonios y declaraciones de parte en los términos del artículo 109 del Código de Procedimiento Civil (ii), de haber realizado todos los trámites relacionados con la contradicción del dictamen pericial y sus aclaraciones y complementaciones (iii). En esta oportunidad, la Presidente manifestó que durante todo el trámite arbitral se cumplieron los presupuestos procesales sin que se advirtiera circunstancia alguna que invalidara lo actuado y que el trámite se desarrolló con plena garantía del debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad procesal de las partes, manifestación que fue ratificada expresamente por los apoderados (Fl. 66 y 67 cuad principal 2).

El 16 de abril de 2010 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión. Los apoderados de las dos partes expusieron oralmente y en forma resumida sus alegaciones y entregaron al Secretario memoriales contentivos de éstas. El Tribunal fijó fecha para audiencia en la cual se profiere el laudo el 16 de junio de 2010 a las 3:00 p.m.

El 28 de abril de 2010, la representante del Ministerio Público radicó ante la Secretaría sus alegatos de conclusión, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 210 del Código Contencioso Administrativo.

¹ El señor Daniel Coronell aportó también al expediente el mismo estudio realizado por la Universidad

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Como las partes no pactaron nada distinto en la cláusula compromisoria, el término inicial de duración del presente proceso es de seis meses, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 103 del Decreto 2651 de 1991.

El término comenzó a correr a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite, cuando quedó en firme el auto que decretó pruebas: el 26 de agosto de 2009. El plazo inicial para fallar vencía entonces el 26 de febrero de 2010. Sin embargo, para calcular el plazo legal de seis meses, hay que tener en cuenta que a solicitud de las partes, el Tribunal decretó mediante autos las siguientes suspensiones del proceso: desde el 23 de septiembre de 2009 hasta el 15 de noviembre de 2009, ambas fechas inclusive. (auto de 15 de septiembre de 2009), desde el día 19 de diciembre de 2009 hasta el 13 de enero de 2010, ambas fechas inclusive (auto de 16 de diciembre de 2009), desde el día 2 de febrero hasta el 16 febrero de 2010, ambas fechas inclusive (auto de 20 de enero de 2010), desde el 23 de febrero de 2010 hasta el 26 de febrero de 2010, ambas fechas inclusive (auto de 22 de febrero de 2010), desde el 20 de marzo 2010 hasta el 15 de abril de 2010, ambas fechas inclusive (auto de 19 de marzo de 2010).

Así las cosas, el término inicial de seis meses debía calcularse tomando en consideración los 126 días de suspensión del proceso; por consiguiente, el término de vencimiento era el día 2 de julio de 2010. Adicionalmente, en audiencia de 16 de junio de 2010, el Tribunal, en ejercicio de la potestad conferida en el inciso 4 del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, y por cuanto se hace necesario para producir el laudo, el Tribunal amplió el término de duración del trámite arbitral hasta el día 15 de julio de 2010.

En este orden de ideas, el laudo se profiere en forma oportuna, dentro del plazo establecido por la ley.

CAPÍTULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones incorporadas en la demanda, textualmente, son:

1. **“Principalmente: A)** Declarar que durante los años 1998, 1999 y 2000, se presentó la ruptura de la ecuación económico-financiera de la relación contractual, y por tanto el desequilibrio económico del Contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 129 de noviembre 24 de 1997, suscrito entre PRODUCCIONES JES LTDA. y LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, por hechos y circunstancias imprevistos, imprevisibles y ajenos para LA DEMANDANTE, que determinaron el desarrollo y ejecución del contrato citado en circunstancias difíciles, diferentes y en todo caso, más onerosas para la DEMANDANTE; desequilibrio que debe ser restablecido según los resultados de este proceso arbitral. **B)** En consecuencia, se ordene el pago a favor de la DEMANDANTE y a cargo de la COMISIÓN, de las cantidades de dinero que por ese concepto resulten probadas o acreditadas en este proceso y se disponga su reajuste o actualización en la forma propuesta o que considere el Tribunal y de conformidad con la Ley 80 de 1993, artículos 4 y 27; Ley 446 de 1998, artículo 16 y, demás normas concordantes y complementarias.
2. **Subsidiariamente: A)** Declarar el incumplimiento de LA COMISIÓN DEMANDADA en relación con el Contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 129 de noviembre 24 de 1997, suscrito entre las partes. **B)** Condenar a la DEMANDADA al pago de los perjuicios causados por este concepto y conforme a las cuantías que se determinen en este proceso, junto con la condena en costas correspondiente.
3. **En todo caso: A)** Declarar que el acto de liquidación contenido en el Acta número 48 del 05 de septiembre de 2002 suscrito por la COMISIÓN y el concesionario DEMANDANTE no incluyó los ajustes, revisiones y reconocimientos a que había lugar, ni los acuerdos, conciliaciones o transacciones de las partes por las diferencias presentadas durante la ejecución del contrato de conformidad con lo pactado en la cláusula vigésima del mismo y con ocasión de la renuncia del CONCESIONARIO a los espacios de televisión por causas imputables a LA COMISIÓN y la situación económica que afectó al sector de la televisión y al país, a fin de que se reparen los perjuicios a LA DEMANDANTE e imputables a la COMISION. **B)** Condenar A LA DEMANDADA al pago de los perjuicios y daños que resulten probados y cuantificados en este proceso por causa de la renuncia citada provocada por DEMANDADA. **C)** Condenar a la DEMANDADA al pago de los perjuicios y daños causados o imputables a LA DEMANDADA a partir de la renuncia del contrato de concesión de espacios de televisión y la liquidación del contrato correspondiente, ordenada por la COMISIÓN. **D)** Condenar a la DEMANDADA al pago de las costas y gastos de este proceso”.

2. HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos argüidos en la demanda son los que se transcriben a continuación:

“Primero: Las partes suscribieron el Contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 129, del 24 de noviembre de 1997 para la utilización y explotación de espacios de televisión en la CADENA UNO, de acuerdo con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el concesionario, que forman parte integral del mismo contrato, junto con seis (6) Otrosíes.

Segundo: La DEMANDANTE cumplió con el Contrato hasta la renuncia del mismo, particularmente con los pagos y contraprestaciones económicas a que estaba obligado

Tercero: LA COMISION, mediante la licitación correspondiente, fijó unilateralmente las tarifas del contrato según sus *“Criterios de Evaluación y Adjudicación”* indicados en el Pliego.

Cuarto: No hay antecedentes sobre la metodología que se usó para calcular las tarifas y, por el contrario, se usaron las tarifas vigentes en 1997 proyectándolas para los años siguientes con base en el IPC, documentos no conocido oportunamente por la DEMANDANTE.

Quinto: Durante los años 1998, 1999 y 2000, inclusive los años siguientes hasta el 2003, término de la concesión, el país ha soportado una grave crisis económica y consecuente recesión con afectación directa en la Inversión Neta en Publicidad que, obvia y dramáticamente se redujo en el sector de la televisión y, por tanto, llevó al desequilibrio o ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato, que debió ejecutarse en circunstancias notoriamente más difíciles y onerosas para el concesionario DEMANDANTE.

Sexto: Las circunstancias expresadas en el hecho quinto anterior provocaron un notorio descenso en la audiencia de televisión, directamente proporcional a la inversión neta publicitaria.

Séptimo: LA COMISIÓN manifestó que las tarifas serían reajustadas teniendo en cuenta el comportamiento del mercado publicitario y otros factores, según lo expresado en la licitación correspondiente.

Octavo: La DEMANDADA no ajustó las tarifas de conformidad con la Ley 182 de 1995 y posteriores, a las que estaba sujeta.

Noveno: La DEMANDADA, teniendo en cuenta las circunstancias expresadas en el hecho quinto, reajustó parcialmente algunas tarifas con la intención de restablecer el desequilibrio económico y rompimiento de la ecuación económica -financiera de los contratos, reajuste que no fue suficiente, conforme se expresa en diferentes actos administrativos expedidos por la

Comisión en los años 1999, 2000 y siguientes, circunstancias que también fueron reconocidas en la Ley 680 de 2001.

Décimo: La Resolución 640 de 1999, expedida por la Comisión, reconoció las circunstancias económicas aludidas en los hechos anteriores y redujo parcialmente algunas tarifas de los contratos de concesión.

Undécimo: La Resolución 1.013 de 1999, expedida por la Comisión, reconociendo las circunstancias económicas ya aludidas, reclasificó los espacios de televisión, como medida de choque frente a la baja significativa del nivel de pauta publicitaria vendida y ante la grave situación económica de la industria de la televisión pública.

Duodécimo: Las ponencias de la Cámara de Representantes que sirvieron de fundamento para la expedición de la Ley 680 de 2001, contenidas en la Gaceta del Congreso No. 258 del 31 de Mayo de 2001 y 278 del 08 de junio del mismo año también reconocieron las circunstancias y crisis económica del sector público de televisión que afectaron la ecuación y equilibrio económico de los contratos de concesión.

Décimo tercero: Las variables de la inversión en publicidad en relación con el crecimiento económico del país fueron analizadas por ASOMEDIOS mediante estudios del Instituto SER de Investigación en los años 1995 y 1996, concluyen que los ingresos dependen de la participación o penetración en la inversión neta publicitaria de televisión, del crecimiento del PIB y de la elasticidad de la inversión neta en publicidad lo que conlleva a reducir o aumentar, según el caso, la inversión neta publicitaria en los años siguientes.

Décimo cuarto: El estudio citado en el hecho anterior, determina que LA DEMANDADA debió disminuir sus tarifas de acuerdo con la inversión neta publicitaria y que, aún con tarifa cero (0), la explotación de los espacios públicos de televisión no resultaba rentable.

Décimo quinto: Los análisis y conclusiones del Instituto SER, citado en los dos hechos anteriores, fueron reconocidos en los laudos arbitrales contra la misma COMISIÓN adelantados por la casa editorial El Tiempo y DFL televisión.

Décimo sexto: LA DEMANDADA adicionalmente, cobró a LA DEMANDANTE los costos por concepto de VTR o tarifa por rodaje, recaudado por INRAVISIÓN durante la vigencia del contrato 129, concepto que luego eliminó de la licitación pública de espacios de televisión para el año 2004 y siguientes, por estar incluido en la tarifa de arrendamiento de los espacios y, en consecuencia, las sumas pagadas por LA DEMANDANTE por concepto de VTR, agravaron aún más el desequilibrio económico del contrato de concesión 129.

Décimo séptimo: A partir del 01 de marzo del año 2000, por Acuerdo 02 de INRAVISIÓN, el cobró del VTR pasó a ser equivalente al 4% de la facturación por concepto de publicidad efectuada por los concesionarios y asumido por éstos directamente.

Décimo octavo: El crecimiento real del PIB, según el DANE, ha sido la siguiente:
Año 1997, 3.43%; año 1998, 0.57%; año 1999, -4.20%; año 2000, 2.92%.

Décimo noveno: Las tarifas previstas en la Licitación 06 de 2003 para las adjudicaciones correspondientes al año 2004, son inferiores a las que regían en diciembre de 2003 a pesar de las insuficientes rebajas hechas por la COMISION en los tres años anteriores y por tanto a las cobradas y pagadas por LA DEMANDANTE en la vigencia del contrato 129, aludido en esta demanda.

Vigésimo: El laudo arbitral de la Casa Editorial El Tiempo contra la Comisión Nacional de Televisión, expresó en uno de sus apartes:

“Para el Tribunal es claro que la caída del INPT tiene las características para ser considerada como causa eficiente del demérito patrimonial cuyo resarcimiento busca la convocante, pues dicha inversión fue el factor primordial para la determinación de la tarifa de la concesión y es, igualmente, el elemento básico para que un canal de televisión logre las metas proyectadas de ventas de pauta publicitaria tal como lo reconocieron los peritos expertos en mercadeo, al señalar, como el primer factor relevante de la demanda de pauta publicitaria, “la capacidad de inversión del anunciante, reflejada en la disponibilidad de dinero para la adquisición de espacios publicitarios durante un periodo determinado.”

Vigésimo primero: Y el laudo arbitral de DFL TELEVISIÓN contra la misma DEMANDADA, expresó:

“No puede pasar por alto el Tribunal, obligado como juez a la aplicación de la Ley y a acudir a la jurisprudencia, como criterio auxiliar, que la primera había obligado a la CNTV a establecer una serie de parámetros y condiciones en relación con las tarifas y que ello por supuesto debía producirse antes del 1° de enero de 1998, fecha prevista legalmente para la señalada entrada en operación de los canales privados, que evidentemente, y ese era el sentido de la Ley, afectarían a los concesionarios . . . “

Vigésimo segundo: El mismo laudo arbitral citado en el hecho anterior expresó que la confianza legítima en la administración permitía al concesionario esperar de la CNTV ajustes en las tarifas por razón de la audiencia potencial, el beneficio de los concesionarios y la competencia de los nuevos canales que, en cuanto no se efectuaron la hacen responsable del daño causado. Por esta razón las tarifas debieron mantenerse o disminuir pero en ningún caso aumentar.

Vigésimo tercero: La red pública de televisión no ha funcionado y no ha operado de manera normal, circunstancia reconocida por la propia DEMANDADA, en la Licitación Pública No. 06 de 2003, según la cual únicamente la garantiza “en al menos un sesenta por ciento (60%) del máximo cubrimiento poblacional posible con su actual capacidad instalada.”

Vigésimo cuarto: El dictamen técnico rendido dentro del proceso arbitral de DFL Televisión contra La Comisión Nacional de Televisión, estableció plenamente el pésimo funcionamiento de la red pública de televisión. Dicho dictamen no fue controvertido por LA DEMANDADA en el proceso citado.

Vigésimo quinto: Las circunstancias expresadas en el hecho quinto de esta demanda y la ineficiencia e inactividad de LA DEMANDADA para solucionarlas, provocaron la renuncia del contrato de concesión conforme se expresa en la Resolución 0844, expedida por La Comisión Nacional de Televisión el 20 de septiembre de 2000.

Vigésimo sexto: Los ingresos de LA DEMANDANTE, provenientes de la pauta publicitaria se vieron gravemente afectados provocando su desestabilización económica y la devolución de los espacios expresada en el hecho anterior, conforme se observan los estados financieros correspondientes a los años 1998, 1999 y 2000 y en contraste con los estados financieros de los años 1995, 1996 y 1997, anteriores a la ejecución del contrato 129, aludido.

Vigésimo séptimo: La liquidación del contrato 129 citado en el hecho primero de la demanda agravó la situación financiera y económica de LA DEMANDANTE que, en cumplimiento de la Resolución 0844 de septiembre 20 de 2000, expedida por la Comisión, debió pagar y avalar las sumas pendientes e intereses correspondientes a favor de la Comisión.

Vigésimo octavo: Para atender los pagos dispuestos por LA COMISION, LA DEMANDANTE, pionera de la televisión en Colombia, debió subastar por valor inferior al comercial sus propios bienes y efectuar daciones en pago, circunstancias que agravaron una vez más la situación económica de LA DEMANDANTE.

Vigésimo noveno: De conformidad con el Pliego de Condiciones LA DEMANDANTE, debió licitar para todas las franjas y someterse a la adjudicación que la Comisión dispusiera unilateralmente

Trigésimo: LA DEMANDANTE no podía renunciar de manera parcial los espacios ya adjudicados tal como lo expresa la propia DEMANDANTE en comunicación del 05 de febrero de 2003 dirigida a todos los concesionarios.

Trigésimo primero: Los concesionarios de televisión pública, incluida LA DEMANDANTE, solicitaron repetidamente a LA COMISION, incluso mediante derechos de petición, que se reajustaran las condiciones y tarifas de los contratos de concesión, tal como consta en los considerandos y motivaciones de las resoluciones expedidas por LA COMISIÓN sobre reajuste de tarifas.

Trigésimo segundo: AUDIOVISUALES, entidad estatal, se vio obligada a administrar la casi totalidad de los espacios de televisión pública que fueron devueltos por los concesionarios por

causa de la crisis económica e imposibilidad de mantener las tarifas impuestas por LA DEMANDADA.

Trigésimo tercero: No obstante la trayectoria y experiencia del concesionario DEMANDANTE, éste fue de los primeros en renunciar a los espacios de televisión pública en el país, lo cual no implica renuncia a la reparación del daño causado por LA DEMANDADA, según lo expresado en la sentencia C-200 de 1998, Corte Constitucional.

Trigésimo cuarto: La presente demanda se intenta con fundamento en la cláusula compromisoria del contrato 129 citado en el hecho primero de este escrito y dentro de los dos años siguientes a la fecha del acta de liquidación del citado contrato.

Trigésimo quinto: El acta de liquidación número 48 del 05 de septiembre de 2002 no tiene el contenido material exigido en el contrato 129 de 1997, es extemporánea, meramente formal y no implica la renuncia a la reparación del daño ni a la convocatoria del tribunal de arbitramento, según lo pactado por las partes en el mismo contrato.

Trigésimo sexto: LA DEMANDADA expidió paz y salvo a favor de Producciones JES, pero LA DEMANDANTE no expidió paz y salvo alguno a favor de LA COMISION NACIONAL DE TELEVISIÓN.

Trigésimo séptimo: Para el restablecimiento del equilibrio económico y el despacho favorable de las pretensiones económicas de esta demanda se propone:

- a) Que el tribunal acoja la tarifa cero (0) indicada por el Instituto SER y en consecuencia, se devuelva a LA DEMANDANTE todo lo pagado a LA COMISIÓN y a INRAVISIÓN por conceptos de tarifas y por VTR, respectivamente, debidamente indexados.
- b) En subsidio, el Tribunal disponga reliquidar todos los pagos efectuados por LA DEMANDANTE a LA DEMANDADA, tomando como tarifa la que estaba vigente en diciembre de 2003 o la que está fijada en la Licitación 06 de 2003 y que corresponda al mes de enero de 2004 y, adicionalmente, se reliquide el pago por concepto de VTR causado por INRAVISIÓN, devolviendo a LA DEMANDANTE los excesos pagados por estos conceptos, debidamente indexados y junto con los intereses de plazo y mora a que haya lugar.
- c) En subsidio de las propuestas anteriores, se aplique la fórmula para restablecer el equilibrio económico que el Tribunal considere en justicia, junto con la indexación y los intereses de plazo y mora a que haya lugar.
- d) En todo caso, que el Tribunal disponga el pago de los perjuicios junto con la indexación y los intereses de plazo y mora a que haya lugar por causa de la liquidación, aval, pago de las sumas pendientes, daciones en pago y demás erogaciones que resulten probadas en este proceso y a que se vio obligada LA DEMANDANTE a partir de la devolución de los espacios y con ocasión de la liquidación del contrato 129 del 24 de noviembre de 1997”.

3. EXCEPCIONES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En su escrito de contestación, la parte convocada acepta algunos hechos, niega otros y formula las siguientes excepciones:

Bajo el título de “Excepciones previas”:

Caducidad de la acción: “Respecto a este tema de la caducidad de la acción, es preciso establecer que en este caso, el acto por medio del cual se liquidó de común acuerdo el contrato se suscribió el día 5 de septiembre de 2002, y la demanda fue admitida por el Despacho en la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, lo cual ocurrió el día 1 de diciembre de 2008, es decir totalmente extemporánea (...)” De lo anterior se desprende que en materia contencioso administrativa, y mas exactamente en lo relacionado con controversias contractuales, la Ley 80 de 1993 en el Capítulo VIII estableció todo lo relacionado con este tema, en donde se plasmaron una serie de características muy particulares que dan cuenta sin lugar a dudas que el trámite arbitral que ha de cumplirse para dirimir conflictos contencioso administrativo, debe seguir lo lineamientos especiales señalados en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de esa naturaleza, y que la caducidad de las acciones relacionadas con contratos estatales es la señalada en el artículo 136 de la normatividad mencionada, adicionado por la ley 589 de 2000, esto es, dos años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento. Y habida consideración que el Acto que atañe al devenir de la acción y por ende su caducidad, lo constituye el Acto de liquidación del contrato y este fue suscrito el día 5 de septiembre de 2002, por lo que la acción frente a la liquidación ocurrió el día 5 de septiembre de 2004.

En consecuencia, es totalmente erróneo y por demás, desconocedor de la normatividad aplicable para este tipo de conflictos por parte de la demandante pretender iniciar el trámite arbitral presentando la demanda pasados seis (6) años desde que se suscribió el acta de liquidación del contrato.

Adicionalmente a esto, cabe mencionar que el contratista ha debido realizar las respectivas salvedades o reservas en el mismo acto de la liquidación, siendo ésta la oportunidad adecuada para hacerlo, pero como en el presente caso no se hizo, ni siquiera tenía la oportunidad para reclamar judicialmente sobre el mencionado acto (...).

Liquidación del contrato y transacción: “Como fundamento para lo anterior, se debe decir que mediante Acta 48 de septiembre 5 de 2002, de mutuo acuerdo, las partes acordaron liquidación del contrato de concesión de espacios de televisión No. 129 de 1997, obligándose la sociedad Producciones JES Ltda a cancelar la suma que aun adeudaba de conformidad con lo estipulado en el acuerdo de pago suscrito con la CNTV el día 14 de febrero de 2002.

Así las cosas, las partes de común acuerdo pactaron un medio eficaz de pago de las obligaciones a cargo de Producciones JES Ltda, dando como resultado el paz y salvo expedido por la CNTV, de fecha 3 de abril de 2003, en el cual manifiesta que Producciones JES Ltda no presenta obligación alguna respecto del contrato de concesión de espacios de televisión No. 129 de 1997, suscrito con la CNTV.

En consecuencia, al haberse efectuado el procedimiento descrito anteriormente, el contrato mencionado se ha extinguido, ya que ninguna de las dos partes tiene obligaciones pendientes respecto del objeto del mismo”.

Falta de competencia: “Respecto a esta situación, se debe anotar que existe falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, ya que si bien en la Cláusula Vigésima Tercera del Contrato No. 129 de 1997, las partes pactaron la cláusula compromisoria para toda controversia o diferencia relativa a este contrato en cuanto a su ejecución y liquidación, es de anotar que al momento de presentarse la demanda, no se encontraba en ejecución el contrato y la etapa de liquidación del mismo, ya se había surtido de mutuo acuerdo, sin dejar constancia en el mencionado acto, inconformidad alguna por parte del demandante, quedando a paz y salvo las partes vinculadas al contrato entre sí.

Por tal motivo, el momento de acudir al arbitramento ya pasó al haberse extinguido el contrato de concesión de espacios de televisión No 129 de 1997.

Bajo el título de “Excepciones de fondo”:

Improcedencia de la solicitud de ruptura de la ecuación financiera en la relación contractual y desequilibrio económico del contrato de concesión de espacios de televisión No. 129 de 1997: “Frente a este aspecto es preciso destacar y manifestar que en ningún momento dentro de la ejecución del contrato de concesión de espacios de televisión No. 129 de 1997, suscrito entre Producciones JES Ltda y la Comisión Nacional de Televisión se presentó la ruptura de la ecuación financiera y por consiguiente tampoco se generó desequilibrio económico del contrato, ya que en el momento en que se presentaron vicisitudes de carácter económico dentro de la relación contractual, se tomaron las medidas conducentes a procurar el cumplimiento del objeto , como lo explicare mas adelante.

(...)

En este sentido, esta ecuación contractual puede verse afectada, o en este caso, como el demandante lo alega, rota, lo cual implicaría un desequilibrio económico del contrato, entendiéndose por este, *“El equilibrio financiero del contrato se fundamenta en la igualdad o equivalencia de las prestaciones que asumen las partes al momento inicial de la relación, equivalencia, que, a no dudarlo puede romperse en contra de la entidad. Como se expresó, las formulas de reajuste benefician a ambas partes; pero no existía ninguna previsión que*

permitiera a la entidad solicitar también el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato a su favor. La Ley 80 de 1993, trajo esta innovación al señalar, no solamente como un derecho de la entidad sino como una obligación, el que deba solicitar su restablecimiento, ante la presencia de hechos que la descompongan.”²

(...)

Respecto a lo anterior, es totalmente claro para la CNTV, que en ningún momento se ha presentado tal desequilibrio económico del contrato, ya que durante la ejecución del mismo se presentaron algunos inconvenientes, para lo cual los concesionarios solicitaron la revisión de algunos aspectos vinculados a la ejecución del contrato, dando como resultado la suscripción de una serie de otrosíes, tendientes a procurar la ejecución y cumplimiento del objeto del contractual.

Es de anotar, que esta solicitud elevada por el concesionario se deriva de la difícil situación económica y la coyuntura presente para la época en el sector de la televisión, situaciones que tuvo muy en cuenta la CNTV para suscribir los mencionados otrosíes, todos tendientes a modificar la forma de pago de la concesión otorgada a Producciones JES Ltda.

De igual forma, la CNTV fue totalmente conciente (sic) de la crisis y recesión económica que afectó al país entre los años 1998 y 2000 y que trajo un gran número de consecuencias financieras para las empresas en general, y el sector de la televisión no fue ajeno a este hecho, y por tal motivo, previa solicitud del concesionario procedió a la suscripción de los mencionados otrosíes (sic) al Contrato No.129 de 1997.

De lo anterior debe quedar claro, que la situación presentada con ocasión de la ejecución del contrato de concesión de espacios de televisión mencionado, no encuadra en ninguna de las causales ya mencionadas de quebrantamiento del equilibrio financiero del contrato estatal, ya que si bien se presentó un hecho ajeno para cualquiera de las partes, se tomaron las medidas que garantizarían la efectividad de los pagos y la forma de hacerlos respecto de lo establecido en el contrato.

Adicionalmente a esto, debe recordarse y tener muy en cuenta que la sociedad Producciones JES Ltda, hizo uso de la Cláusula Vigésima Sexta del contrato de concesión de espacios de televisión No. 129 de 1997, la cual establece:

RENUNCIA. El concesionario tendrá la facultad de renunciar a este contrato y proceder a su terminación anticipada sin que haya lugar a indemnización alguna por este concepto.”

² Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Legis. Primera Edición. 2006. Pág. 219.

Al respecto, es de anotar que mediante comunicación escrita dirigida a la Comisión Nacional de Televisión el 6 de septiembre de 2000, el representante legal de la sociedad Producciones JES Ltda., manifestó que haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 17 de la Ley 335 de 1997, renuncia a la concesión de espacios de televisión de que trata el contrato 129 de 1997.

Adicionalmente a esto, cabe destacar que en sentencia de la Honorable Corte Constitucional C-200 de 1998, se precisó que la ley le otorga a los concesionarios la facultad de renunciar a la concesión, pero tal acto, no constituye una excepción al principio de que debe repararse el daño causado cuando se ha incurrido en alguna de las causales para hacerlo.

En conclusión, a la parte demandante no le asiste razón alguna para manifestar que se ha roto el equilibrio económico del contrato, toda vez que no se presentaron los presupuestos de orden jurídico para que tal fenómeno se presentase, razón por la cual no debe prosperar la pretensión esgrimida por la parte demandante frente a este aspecto”.

Incumplimiento del contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 129 de 1997: “La parte demandante, manifiesta en el escrito de su demanda que la Comisión Nacional de Televisión incumplió el contrato de concesión de espacios de televisión No. 129 de 1997. Situación que dista totalmente de la realidad, ya que la CNTV, en todo momento procuró porque el objeto contractual se cumpliera y realizó los esfuerzos necesarios para que la ejecución del contrato fuese viable.

Adicionalmente a esto, se debe recordar que fue la sociedad Producciones JES Ltda la que renunció al contrato, y el acta de liquidación del contrato estatal se suscribió de mutuo acuerdo el día 5 de septiembre de 2002.

Por tal motivo la pretensión de declarar a la CNTV responsable por incumplimiento del contrato no puede estar llamada a prosperar”.

“Veneri contra factum proprium non valet (sic) (no es lícito a las partes venir contra sus propios actos): Las partes procedieron a la liquidación bilateral la cual fue suscrita sin reparos por el concesionario, ahora no puede pretender desconocer su expresión autonómica de voluntad. Este principio tiene su fundamento en la exigencia de la buena fe en la vida jurídica.

Al respecto lo ha manifestado el H. Consejo de Estado en varias sentencias, respecto a que no es lícito por parte del contratista alegar o atacar su propio acto, cuando consintió en su elaboración y guardó silencio sobre su inconformismo en la relación contractual.

“Del acta de liquidación del contrato 129 de 1997: Respecto de la solicitud de declarar que el acto de liquidación suscrito por la CNTV y el demandante no incluyó los ajustes, revisiones y reconocimientos a que había lugar, ni los acuerdo y conciliaciones o transacciones, es totalmente improcedente y pretende tan sólo desconocer la realidad, debido a que en dicha

Acta No. 48, suscrita el día 5 de septiembre de 2002, se señaló y discriminó puntualmente lo siguiente:

- La suscripción de los otrosíes al contrato con sus respectivas fechas
- La comunicación de Producciones JES Ltda en la cual manifestaba su deseo de renunciar a la concesión del espacio de televisión del día 6 de septiembre de 2000.
- La Resolución 844 del 20 de septiembre de 2000, expedida por la Junta Directiva de la Comisión en donde se acepta la renuncia del concesionario.
- Propuesta por parte de Producciones JES de cancelar lo que adeudaba del contrato por medio de una dación en pago, ya que se habían incumplido dos de las cuotas a las cuales se obligó a pagar una vez renunció a la concesión.
- Tal dación en pago se aceptó por parte de la CNTV, y se recibieron los bienes por el 50% de su del valor del avalúo.
- El 14 de febrero de 2002, se suscribió el contrato de dación en pago entre Producciones JES y la CNTV.
- El 14 de febrero de 2002, se suscribió un acuerdo de pago entre Producciones JES y la CNTV en el cual se acordó el refinanciamiento de las obligaciones derivadas del contrato 129 de 1997, obligándose Producciones JES a pagar la suma de \$103.300.793 en cuotas mensuales de \$7.946.215.

De lo anterior y de los documentos que reposan dentro del proceso (sic.) que el acta de liquidación final, la cual se suscribió de mutuo acuerdo, contiene todos y cada uno de los arreglos y convenios celebrados entre Producciones JES y la CNTV para que se cancelara la deuda que el concesionario contrajo con la CNTV, en virtud de la celebración del contrato No. 129 de 1997.

Por lo anterior, la pretensión señalada no debe prosperar”.

Efectos de la liquidación: “Las partes suscribieron el Acta de liquidación del Contrato el día 5 de septiembre de 2002, que en sus principales apartes reza así:

“PRIMERO. Liquidar por mutuo acuerdo el contrato de concesión de espacios No. 129 de 1997 celebrado entre la COMISION NACIONAL DE TELEVISION Y PRODUCCIONES JES LTDA.

SEGUNDO. La sociedad PRODUCCIONES JES LTDA de conformidad con el estado de cuenta expedido por la División de Inversiones y Tesorería de la Subdirección Administrativa y Financiera con corte al 24 de julio de 2002, se obliga a pagar la suma de \$103.300.793, valor que será cancelado de conformidad con lo estipulado en el acuerdo de pagos suscrito el 14 de febrero de 2002, a razón de cuotas mensuales por valor de \$7.946.215, más los correspondientes intereses generados, cuya tasa equivalente al IPC mas 1.00 puntos.”

Según lo expresado por el Consejo de Estado el acto de liquidación, sin que de él deriven observaciones o reservas expresas en su texto a favor o por el Contratista, constituye un

verdadero paz y salvo entre las partes y por consiguiente la culminación total de la relación comercial. (...)”.

CAPÍTULO TERCERO
PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONSIDERACIONES DEL
TRIBUNAL SOBRE EL FONDO

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los presupuestos procesales para que el Tribunal pueda realizar el estudio de fondo de la controversia se encuentran plenamente reunidos, toda vez que las dos partes, PRODUCCIONES JES LIMITADA y COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, son plenamente capaces (i), sus apoderados cuentan con poder suficiente para comparecer al proceso (ii); la competencia del Tribunal está claramente determinada por el pacto arbitral (iii) y la demanda cumple con las exigencias legales (iv).

Por consiguiente, reunidos todos los presupuestos procesales, y no habiendo causal de nulidad que invalide la actuación, el Tribunal abordará el análisis de fondo de la controversia planteada.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL FONDO

A. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LAS PARTES

Se encuentra acreditado en el expediente que las partes intervinientes en el presente trámite arbitral suscribieron el Contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 129 del 24 de noviembre de 1997.

Esta convención celebrada entre las partes tenía el carácter de *conmutativa*, en el entendido de que la CNTV le permitía a producciones JES la utilización y explotación de espacios de televisión en la CADENA UNO (CLÁUSULA PRIMERA) y PRODUCCIONES JES, a su vez, se comprometió a pagar un precio cuya modalidad de determinación y forma de pago se estableció en la cláusulas QUINTA y SEXTA del contrato de concesión. Cada parte *miró* como equivalente de su prestación aquella

asumida por su contratante³. Adicionalmente, esta convención regulaba una relación económica específica que exigía, necesariamente, que la ejecución de las obligaciones asumidas por las partes se extendiera en el tiempo –*contrato de ejecución sucesiva*–.

Precisado lo anterior, y con el ánimo de desentrañar los alcances de esta relación resulta imprescindible examinar las normas que rigen el sector de las telecomunicaciones y en especial el servicio de televisión, y cómo el Estado concede a los particulares su explotación.

1. Orígenes y evolución de la televisión y de la concesión para la prestación de los servicios de televisión: El servicio público de televisión fue inaugurado en nuestro país el 13 de junio de 1954 por el Presidente de la República, General Gustavo Rojas Pinilla, como un servicio de naturaleza exclusivamente estatal. En virtud pues del Decreto-Ley 3418 de 1954, se dispuso que el Estado fuera el propietario de los canales radioeléctricos que Colombia utilizaba o podría utilizar en el ramo de las telecomunicaciones y, se determinó que el servicio de televisión sería prestado por el Estado. En 1955 se creó la Televisora Nacional y se le encargó el funcionamiento y operación de este servicio, e igualmente se optó por encomendar a una empresa privada la comercialización de los espacios de televisión.

En 1957 se dictó el Estatuto Básico de las Telecomunicaciones, que incluyó como tal el servicio de la televisión. Dicho estatuto reiteró la propiedad estatal de las frecuencias, pero abrió la posibilidad de arrendar espacios para su financiación.

El anterior esquema de prestación exclusiva estatal se mantuvo inalterable hasta mediados de la década de los sesenta, donde una profunda crisis de las finanzas de la televisión obligó a que se permitiera definitivamente el ingreso de particulares con la finalidad de que ellos también realizaran programación y explotación de espacios. A su vez la antigua entidad denominada Televisora Nacional dio paso al Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión), que poseía una Junta Directiva integrada por el Gobierno Nacional, y que tuvo origen en el Decreto 3627 de 1963. En dicha

³ Artículo 1498 del Código Civil: “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*”.

norma se atribuyó a Inravisión la facultad para contratar con los particulares, mediante la modalidad de arrendamiento, los espacios de televisión, con el objeto de generar programas de carácter comercial.

Con posterioridad, a mitad y finales de la década de los ochenta, la Junta Directiva de Inravisión se convirtió en el Consejo Nacional de Televisión, y además de los delegados del Gobierno, tuvieron asiento representantes de la comunidad. En este momento la televisión toma un nuevo impulso a raíz de la creación de los Canales Regionales, la adjudicación de las primeras concesiones para prestar el servicio de televisión por suscripción y el inicio de la distribución de las señales incidentales (antenas parabólicas). En cuanto a la explotación de espacios de televisión por particulares, estos pasaron a ser regulados por el Decreto 222 de 1983, que definió que esta utilización se realizaría mediante contratos de concesión. Dichos contratos, de conformidad con el Estatuto de Contratación, solo podrían celebrarse con nacionales colombianos y se adjudicarían mediante licitación pública, por resolución motivada y teniendo en cuenta los siguientes criterios: la calidad y el contenido de la programación; la capacidad financiera; la capacidad técnica; la experiencia y nivel profesional del licitante y del personal a su servicio, en relación con la naturaleza de los servicios ofrecidos; la capacidad operativa; el cumplimiento de los contratos anteriores y, los estudios instalados y equipos profesionales que el licitante tuviere a su disposición. Igualmente se estableció que la junta directiva de Inravisión sería la encargada de fijar las tarifas para la concesión de espacios y que las mismas debían incluirse en los pliegos de condiciones.

Posteriormente se expidió una nueva regulación de la televisión, la Ley 14 de 1991, que ratificó que la televisión era un servicio público cuya prestación estaba a cargo del Estado a través del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, y de las organizaciones regionales de televisión. Igualmente se dispuso que su explotación se podía contratar en forma temporal con personas naturales o jurídicas. Así las cosas, la prestación del servicio estaría bien a cargo de las entidades estatales prestatarias en forma directa, mediante la programación, emisión y transmisión de canales de carácter educativo y cultural, denominados Canales de Interés Público o mediante la programación, emisión y transmisión de programas en espacios reservados para su gestión directa o por cuenta de otras entidades de derecho público, o bien, sería prestado mediante contratos en régimen de concesión. Asimismo en relación con el régimen de tarifas, se indicó que correspondería a la Junta de Inravisión adoptarlo.

Luego el cambio constitucional de 1991, vino a imprimir importantes modificaciones en cuanto a la prestación del servicio de televisión. Así, la Constitución Política determinó que el espectro electromagnético fuera un bien público inajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado y garantizó la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso, en los términos que fijara la ley, determinando que la intervención estatal en el espectro electromagnético⁴ utilizado para la televisión estaría a cargo de un organismo de derecho público con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio⁵.

Luego, frente al contrato de concesión en general y el contrato de concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones, la Ley 80 de 1993 —Estatuto General de Contratación de la Administración Pública—, estableció en el artículo 33, que: “Los servicios y las actividades de telecomunicaciones serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo

⁴ En la Sentencia C-189 del 19 de abril de 1994, la Corte Constitucional reiteró el carácter del espectro como medio técnico para la prestación de servicios de telecomunicaciones: “La radio, la televisión, la telefonía, la difusión por cable, el telégrafo, el télex, etc., son algunos de los medios que utilizan el espectro electromagnético para enviar y recibir mensajes, y en general toda clase de datos o información. Por tanto también ven limitada su libertad de fundar medios masivos de comunicación, pues al hacer uso del espectro electromagnético, tienen que subordinarse necesariamente a las normas que lo reglamentan”.

⁵ Dictan así los artículos concernientes a la materia contenidos en la Carta:

“Art. 75 – El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.”

“Art. 76 – La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizada para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior.”

“Art. 77 – La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.”

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

Parágrafo. – Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión.” (Subrayado fuera de texto).

con lo dispuesto en el Decreto-Ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen.”

A su vez en el párrafo del citado artículo 33, la Ley 80 dispuso que los servicios de televisión se concederían mediante contrato, de conformidad con las normas legales y las disposiciones especiales sobre la materia, de la siguiente forma: “Los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia”.

En desarrollo del nuevo texto constitucional, se promulgó la Ley 182 de 1995 mediante la cual se creó la Comisión Nacional de Televisión, para el cumplimiento de las siguientes funciones relacionadas con la televisión:

- a. Ejercer la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en la Constitución;
- b. Regular la televisión;
- c. Desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en el servicio de televisión; y,
- d. Ejercer la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión.

Este ordenamiento reiteró que la televisión era un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación correspondía, mediante concesión, a las entidades públicas en ella previstas, a los particulares y a las comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de las Constitución Política, vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales. Dicha norma reputó como operadores del servicio de televisión, a las personas jurídicas públicas o privadas, que con o sin ánimo de lucro, utilizaran directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público de

televisión en cualquiera de sus modalidades, sobre un área determinada, en virtud de un título concedido por ministerio de la ley, por un contrato o una licencia. Igualmente se definieron como operadores del servicio público de televisión las siguientes personas: el Instituto Nacional de Radio y Televisión Inravisión, las organizaciones regionales de televisión, las personas jurídicas autorizadas en virtud de contrato para cubrir las zonas descritas en dicha Ley, las organizaciones comunitarias y personas jurídicas titulares de licencias para cubrir el nivel local, y las personas autorizadas para prestar el servicio de televisión cerrada o por suscripción (art. 35).

Esta ley también definió la concesión en el sector como el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio (art. 46); así mismo, delimitó y desarrolló el régimen de concesiones como único mecanismo de contratación para la prestación del servicio público de televisión y el otorgamiento de espacios o de canales, cualquiera que fuere el nivel territorial que se cubriera o el tipo de servicio que se prestara.

En cuanto se refiere a los contratos de concesión de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública, la Ley 182 determinó que estos seguirían sometidos a las normas contenidas en la Ley 14 de 1991, en cuanto no fueran contrarias a lo previsto en la Ley 182, y su adjudicación correspondería a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión (art. 49). En todo caso, la Ley dispuso la cesión de tales contratos —los cuales habían sido celebrados con INRAVISION— a la Comisión Nacional de Televisión, y de acuerdo con los términos y condiciones de la Ley 14 de 1991 y de conformidad con la reglamentación que se expidiera de acuerdo con dicha ley, determinó que la junta directiva de la comisión procedería a prorrogar y a suscribir los contratos vigentes seis meses antes de su vencimiento y por término igual al que habían sido objeto de adjudicación (art. 50).

Ahora bien, con respecto a lo anterior también es de tener en cuenta que La Ley 182 de 1995 le atribuyó a la Comisión Nacional de Televisión competencias bien relevantes en torno a las concesiones, así:

- a. Reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licitaciones para acceder al servicio (art. 5°, lit. e).
- b. Asignar a los operadores del servicio de televisión las frecuencias que deban utilizar, de conformidad con el título y el plan de uso de las frecuencias aplicables al servicio, e impartir permisos para el montaje o modificación de las redes respectivas y para sus operaciones de prueba y definitivas (art. 5°, lit. f).
- c. Fijar los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total y el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, con base en las estadísticas que publique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, así como también la recuperación de los costos del servicio público de televisión; la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio, así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos, con el fin de cumplir las funciones tendientes a garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio (art. 5°, lit. g).

A su vez, a la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión se le atribuyeron, entre otras, las funciones de:

- a. Fijar las tarifas, tasas y derechos de conformidad con los criterios establecidos en la citada Ley 182 de 95 (art. 12, lit. b).

- b. Asignar las concesiones para la operación del servicio público de televisión, así como adjudicar y celebrar los contratos de concesión de espacios de televisión (art. 12, lit. c).

En resumen, la Ley 182 de 95 estableció las condiciones para la prestación del servicio público de televisión, los requisitos y procedimientos para la celebración de los contratos para su operación y explotación.

Apenas unos pocos meses después de haberse expedido la Ley 182 de 1995, esta fue reformada por la Ley 335 de 1996, norma que introdujo cambios a los contratos de concesión de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública con fines noticiosos, prohibió la prórroga de los que estaban vigentes y amplió el área de cubrimiento para la televisión de operación privada que antes se había previsto fuera de carácter zonal y pasó a ser de carácter nacional, al tiempo que dictó otras disposiciones. A su vez, la Ley 335 de 1996 indicó que el servicio de televisión sería prestado a nivel nacional tanto por canales nacionales de operación pública, como por canales nacionales de operación privada. Ello significaba la habilitación de canales nacionales de operación privada. En consecuencia, la televisión nacional sería entonces de operación pública y de operación privada.

A partir de ese momento, pues, se entiende por canales nacionales de operación privada los operados por concesionarios privados y por canales nacionales de operación pública aquellos cuyas señales eran operadas por Inravisión. En consecuencia, las cadenas Uno y A conformaron la televisión nacional de operación pública, siendo Inravisión su operador (art. 22), y si bien sus espacios se comercializan, ello no implica que se desvirtúe su condición de canales públicos.

2. Naturaleza de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de televisión:

Vale la pena señalar que sobre los contratos de concesión para la prestación del servicio público de televisión, la Corte Constitucional ha anotado⁶:

“En términos generales, para la doctrina la concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es

⁶ Sentencia C-711 de 1996.

responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que este satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente.

(...).

“Para acceder a la operación o explotación del servicio público de televisión, el legislador colombiano optó por la concesión, definida en la misma ley (art. 46) como ‘...el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio público de televisión y a acceder a la operación del espectro electromagnético atinente a dicho servicio’; al efecto previó dos modalidades de concesión: por contrato o por licencia.

(...).

“La diferencia de procedimiento encuentra justificación en la obligación que tiene el Estado de promover y fortalecer los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos que son de su interés y específicamente en la prestación de los servicios públicos, mucho más si se trata de la televisión, el cual por sus características tiene capacidad para incidir en el fortalecimiento mismo de la democracia, en la consolidación de los valores que soportan las diversas culturas que lo conforman y en los elementos que configuran nuestra identidad.”

En complemento de lo anterior, la Sentencia C-350 de 1997, también adujo sobre esta materia lo siguiente:

“Cómo se otorga la concesión de servicios públicos:

“La concesión de un servicio público se otorga, previo un proceso de selección que bien puede ser por invitación para efectuar una contratación directa, o por licitación, a través de la celebración de un contrato administrativo del Estado.

“La concesión implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva la dirección y el control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas”.

“En el caso colombiano, la adjudicación de espacios para la prestación del servicio público de la televisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 182 de 1995, se efectuará a través de contratos de concesión; dice la mencionada norma: “...la televisión es un servicio sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación

corresponderá mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política...”.

“Los sujetos que intervienen en la concesión:

“En cuanto a los sujetos que intervienen en la concesión de servicios públicos, se tiene que ellos son: el concedente, que es quien otorga la concesión, que siempre habrá de ser una persona pública; el concesionario, que es a quien se le otorga la concesión que puede ser una persona privada, pública, natural o jurídica; y los usuarios en cuyo beneficio se otorga la concesión.

“Las relaciones jurídicas que surgen de un contrato de concesión:

“En cuanto a las relaciones jurídicas que surgen de un contrato de concesión de servicio público, se tiene, en primer lugar las que se establecen entre el concesionario y el concedente, a quienes una vez celebrado el contrato, que es un contrato con el Estado, los une un vínculo contractual, por lo que los conflictos que eventualmente surjan deberán resolverse en la jurisdicción contencioso administrativa; en segundo lugar se encuentran las relaciones que se establecen entre el concesionario y el usuario, su regulación depende de si se trata de un servicio público de uso obligatorio o facultativo, si es obligatorio la relación será reglamentaria, si es facultativo en principio la relación será contractual; en tercer lugar están las relaciones que se establecen entre el concesionario y el personal que colabora en la prestación del servicio, las cuales se regulan por el derecho privado, correspondiéndole a la justicia ordinaria dirimir los conflictos que de ellas surjan.

“Naturaleza jurídica del contrato de concesión de servicios públicos:

“El contrato estatal a través del cual se otorga la concesión de un servicio público, como se dijo, es un acto complejo, cuyos términos pueden verse afectados en dos casos: por decisiones de la administración pública dirigidas a la mejora del servicio, o por disposiciones legales o reglamentarias posteriores, adoptadas por motivos de utilidad pública o de interés general, frente a los cuales deberá ceder el interés particular.

“En el primer caso, dado el carácter administrativo de la concesión, “... la administración pública, en ejercicio de sus prerrogativas [tiene la posibilidad de introducir] todas las modificaciones que juzgue menester en la organización o en el funcionamiento del servicio. Las modificaciones que establezca la administración siempre tendrán por base el contrato de concesión de servicio público, cuya naturaleza habilita tales modificaciones. Estas forman parte del contrato, expresan una situación contractual, no legal o reglamentaria. El deber del concesionario de adaptar el servicio a las nuevas necesidades o conveniencias del público, y el correlativo poder de la administración para exigir el cumplimiento de tal deber derivan, directamente, del carácter de contrato administrativo de la concesión de servicio público”.

“Nótese que este tipo de definiciones de la administración, que generan modificaciones a los términos de los contratos de los concesionarios que prestan el servicio, deberán referirse siempre a la prestación del mismo, por eso ellas son de obligatoria aceptación para el contratista, quien tiene la obligación, de carácter contractual, de adaptar sus actividades a las nuevas condiciones impuestas por la administración, las cuales, se presume, se adoptan para optimizar el servicio y por motivos de interés público o bienestar general”.

Ahora bien dicho lo anterior, es de anotar que el Contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 129 del 24 de noviembre de 1997 celebrado entre las partes, posee las siguientes características:

- a. El concedente, es la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, persona de derecho público que de acuerdo con la ley es titular tanto del servicio público como del espectro electromagnético.
- b. El concesionario, PRODUCCIONES JES LTDA., a quien se otorgaron los derechos de explotación económica del servicio en unos determinados espacios, a cambio del pago de un precio determinado.
- c. Las relaciones jurídicas que surgen del contrato de concesión se establecen entre el concedente y el concesionario, a quienes una vez celebrado el contrato, que es un contrato estatal, los une un vínculo contractual, por razón de este vínculo de origen legal.
- d. El objeto contractual es la prestación o explotación económica, del servicio público de televisión de ámbito y cubrimiento nacional, en espacios de uno de los canales nacionales de operación pública, clasificados previamente según el horario de emisión de cada uno, a cambio del pago de un precio variable en los términos de la ley.
- e. El término de duración se pactó inicialmente hasta por seis (6) años contados según las estipulaciones contractuales.
- f. Para el concesionario existen obligaciones de programación en los términos pactados, así como las relativas al pago de las tarifas que el concedente cobra

por el derecho de explotación concedido, montos que corresponden a cánones que mensualmente deben pagarse como precio por la utilización del espacio.

- g. Es un contrato oneroso y conmutativo, por cuanto concedente y concesionario reciben una utilidad, gravándose cada uno en beneficio del otro (C.C., art. 1497); vale decir, cada una de las partes recibe bajo la forma de una dación inmediata o de una promesa para lo porvenir, una ventaja que constituye la contrapartida de lo que ella promete a la otra. El concesionario se obliga a pagar a favor del Estado concedente una prestación económica consistente en una suma determinada de dinero por el derecho de usar el espacio para la explotación de su negocio, y el concedente está obligado a facilitar al concesionario una explotación en condiciones eficientes.

Una vez examinados los aspectos descritos, el presente laudo pasará a examinar otros tópicos de gran importancia para la absolución de la materia debatida.

B. PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA

La pretensión primera principal de la demanda se encuentra formulada en los siguientes términos:

“Principalmente: A) Declarar que durante los años 1998, 1999 y 2000, se presentó la ruptura de la ecuación económico-financiera de la relación contractual, y por tanto el desequilibrio económico del Contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 129 de noviembre 24 de 1997, suscrito entre PRODUCCIONES JES LTDA. y LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, por hechos y circunstancias imprevistos, imprevisibles y ajenos para LA DEMANDANTE, que determinaron el desarrollo y ejecución del contrato citado en circunstancias difíciles, diferentes y en todo caso, más onerosas para la DEMANDANTE; desequilibrio que debe ser restablecido según los resultados de este proceso arbitral. **B)** En consecuencia, se ordene el pago a favor de la DEMANDANTE y a cargo de la COMISIÓN, de las cantidades de dinero que por ese concepto resulten probadas o acreditadas en este proceso y se disponga su reajuste o actualización en la forma propuesta o que considere el Tribunal y de conformidad con la Ley 80 de 1993, artículos 4 y 27; Ley 446 de 1998, artículo 16 y, demás normas concordantes y complementarias.

En forma subsidiaria a esta pretensión, el convocante enunció la siguiente:

Subsidiariamente: A) Declarar el incumplimiento de LA COMISIÓN DEMANDADA en relación con el Contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 129 de noviembre 24 de 1997,

suscrito entre las partes. **B)** Condenar a la DEMANDADA al pago de los perjuicios causados por este concepto y conforme a las cuantías que se determinen en este proceso, junto con la condena en costas correspondiente.

Para referirse a las circunstancias por las cuales alega que se dio el desequilibrio de la ecuación económica del contrato suscrito entre PRODUCCIONES JES LTDA. y la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), el demandante aduce, en resumen, que luego de la adjudicación de los espacios de la Licitación Pública 01 de 1997 y de suscrito el contrato para la Concesión de espacios en la red pública de televisión en los Canales 1 y A, sobrevino una grave crisis económica del país durante los años 1998 a 2000, que se reflejó particularmente en el sector de la televisión con la baja significativa de la Inversión Neta Publicitaria en Televisión (INPT) y la grave situación de la industria de la televisión en Colombia.

Menciona que se presentó un descenso en la audiencia de televisión para los concesionarios de los canales públicos 1 y A, lo que también se reflejó en la reducción proporcional de la inversión neta publicitaria, y alega también el mal funcionamiento de la red pública de televisión que, según dice, no funcionó ni operó de manera normal durante el tiempo en que estuvo vigente el contrato de Concesión de PRODUCCIONES JES.

Expresa el convocante que la CNTV fijaba unilateralmente las tarifas del contrato, las cuales no estaban determinadas de conformidad con la ley 182 de 1995, ni tampoco calculadas técnicamente sino que se venían proyectando desde tiempo atrás por INRAVISION, sólo indexándolas con el IPC. Y que la CNTV no ajustó las tarifas teniendo en cuenta el comportamiento del mercado publicitario y otros factores conforme estaba establecido en el Pliego de la Licitación 001 de 1997.

Afirma también la parte actora que las tarifas de la Licitación 06 de 2003, abierta por la CNTV para las adjudicaciones correspondientes al año 2004, son inferiores a las que rigieron hasta diciembre de 2003, porque para entonces sí se adoptaron criterios técnicos para establecerlas con base en lo dispuesto por la ley 680 de 2001.

Y finalmente, menciona que los concesionarios de la Televisión pública, entre ellos PRODUCCIONES JES, solicitaron repetidamente a la CNTV que se reajustaran las condiciones y tarifas de los contratos y que tomara medidas para evitar la crisis que

afectaba a los programadores de espacios en la red pública, lo cual no se dio o, por lo menos, no de manera suficiente para restablecer el equilibrio financiero del contrato suscrito.

La convocada, por su parte, opone a esta pretensión, dentro del acápite “III. EXCEPCIONES DE FONDO”, lo que denominó “Improcedencia de la solicitud de ruptura de la ecuación financiera en la relación contractual y desequilibrio económico del contrato de concesión de espacios de televisión No.129 de 1997”, lo cual desde el punto de vista procesal no constituye técnicamente una excepción pero es apreciado por el Tribunal como una parte de los argumentos de oposición y medios de defensa de la CNTV.

Dice la convocada que no es cierto que se hubiera presentado el desequilibrio del contrato suscrito con PRODUCCIONES JES, ya que cuando se presentaron vicisitudes de carácter económico, la CNTV tomó las medidas conducentes a procurar el cumplimiento del objeto contractual, lo que dio origen a la suscripción de varios otrosíes.

En la contestación de la demanda la propia convocada expresa que las solicitudes del concesionario para procurar estas medidas, derivaron de “la difícil situación económica y la coyuntura presente para la época en el sector de la televisión, situaciones que tuvo muy en cuenta la CNTV para suscribir los mencionados otrosíes, todos tendientes a modificar la forma de pago de la concesión otorgada a Producciones JES Ltda.”

Reconoce también la convocada que la suscripción de los otrosíes obedeció a que “la CNTV fue totalmente consciente de la crisis y recesión económica que afectó al país entre los años 1998 y 2000 y que trajo un gran número de consecuencias financieras para las empresas en general, y el sector de la televisión no fue ajeno a este hecho”. Pero aduce que ninguna de estas situaciones encuadra en las causales de quebrantamiento del equilibrio financiero del contrato estatal (Fl.370 cuad ppal. 1).

Problema jurídico

Para dilucidar el problema jurídico así planteado, el Tribunal entra a examinar lo que resultó probado en el proceso y a hacer las siguientes consideraciones:

A partir de la expedición de la ley 335 de 1996 por la cual se creó la televisión privada en Colombia, el servicio de televisión pasó a ser prestado a nivel nacional, tanto por los canales nacionales de operación pública como por canales nacionales de operación privada (art. 13 que modificó el art. 56 de la L.182/95).

Significaba lo anterior una gran transformación en la industria de la televisión en Colombia y fue bajo ese escenario que, con posterioridad a dicha ley, la CNTV abrió la Licitación Pública 01 de 1997, para el otorgamiento de las concesiones de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública cadena 1 y canal A.

Conforme a los términos de esta Licitación y previa su adjudicación, PRODUCCIONES JES y la CNTV suscribieron el contrato No.129 el 24 de noviembre de 1997, cuyo objeto fue la entrega a título de concesión para la utilización y explotación de espacios de televisión en la Cadena Uno, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por PRODUCCIONES JES, para un total de 9.5 horas mensuales adjudicadas.

Las tarifas correspondientes al monto o canon que el concesionario debía pagar como contraprestación por el uso de los espacios fueron señaladas por la Comisión Nacional de Televisión, de manera unilateral, en el PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PUBLICA No. 001 DE 1997 (Fl 34 cuad. pruebas 2), y quedaron incorporadas al contrato 129 de 1997 suscrito con PRODUCCIONES JES.

Tales tarifas correspondían a las que habían sido fijadas por INRAVISIÓN desde hacía muchos años y que no habían sido objeto de revisión en forma reciente. Tampoco se conocía la metodología que se hubiera utilizado para calcularlas y simplemente se venían aumentando en forma anual sin cuestionar sus bases o su justificación. Así quedó constatado en el estudio del INSTITUTO SER DE INVESTIGACION, presentado a la CNTV en junio de 2000, sobre “MODELOS PARA

LA DEFINICIÓN DE TARIFAS DE LOS CONCESIONARIOS DE LOS CANALES PUBLICOS (1 y A)” (Fl.183 y ss. cuad. pruebas 2). A este documento se referirá en adelante el Tribunal como “estudio SER”.

Dentro de los componentes de la tarifa estaba el correspondiente a los costos de operación e inversión de INRAVISION, lo cual significaba que el concesionario asumía, entre otros, los costos de una operación que según el mismo estudio era ineficiente y muy difícil de calcular.

De esta manera, no sólo se desconocía el sustento técnico de las tarifas fijadas a los concesionarios de la red pública, sino que, tampoco, se habría advertido al establecerlas que el panorama de la televisión nacional se vería alterado con el ingreso de otros canales, como los canales privados y los canales regionales junto con la televisión por cable.

Los efectos de tales circunstancias vendrían a reflejarse, particularmente, en la disminución de los ingresos de pauta publicitaria para los concesionarios de la red pública, puesto que el mismo mercado tendría que ser repartido entre más programadores de televisión.

El estudio SER acoge, a su turno, los siguientes conceptos del realizado en agosto 30 de 1999 por la firma Inversiones e Ingeniería Financiera S. en C., estudio que había sido contratado por la CNTV para la “REVISIÓN DEL VALOR DE LA CONCESIÓN DE ESPACIOS EN LOS CANALES PÚBLICOS DE TELEVISIÓN Y DEL VALOR DE LAS LICENCIAS PARA LOS CANALES PRIVADOS”:

- *“Aparentemente el tamaño del mercado no daría cabida para cuatro canales a no ser que alguno se dedicara a mercados diferentes”*
- *“Si pierden mercado por debajo del 25% (los privados) su negocio deja de ser rentable”*
- *“Igualmente les pasaría a los Canales 1 y A si llegan a tener menos del 25% del mercado”* (Fl. 185 cuad pruebas 2).

Del estudio SER son igualmente relevantes los conceptos allí contenidos acerca de que la tarifa debía permitir la recuperación de costos e inversión del prestador del servicio, quien, **“bajo un esquema de tarifas justas** debe lograr utilidades y crecimiento”. (Resaltado no es del texto)

Varias circunstancias más quedaron establecidas en dicho estudio:

Para determinar la tarifa de los concesionarios de la televisión pública, la CNTV debió tener en cuenta, entre otros elementos, pero de manera principal, la inversión neta publicitaria en televisión (INPT), que es la fuente de ingresos que utiliza el concesionario para cubrir sus costos y obtener rentabilidad, la cual debió compartir principalmente con los canales privados una vez entraron éstos a operar.

La oferta de espacios creció desmesuradamente por efecto del ingreso de los nuevos canales, no así la Inversión en Publicidad Neta (IPN) y mucho menos el “rating o reach” como se denomina a la audiencia. El problema básico que enfrentaban los canales 1 y A es que la IPN se orienta a aquellos programas que tienen un mayor “rating” y con la disminución de audiencia disminuye también la participación en la IPN, pues los anunciantes invierten en el sitio que les genera mayor penetración.

En la gráfica del folio 195 del citado estudio se observa claramente el liderazgo que asumieron los canales privados RCN y CARACOL en el período entre enero-1999 y mayo-2000 “a costa de los canales públicos, 1 y A” y que estos dos últimos, en conjunto, tienen a mayo del 2000 una participación de sólo 27%.

La conclusión del estudio SER en este punto es que “La reducción de participación de los concesionarios de televisión pública, canales 1 y A, los ha llevado a un estado de postración financiera demasiado complejo. De 59% de audiencia en Enero de 1999 han reducido a 28.5 en mayo de 2000” y es muy claro que la Inversión Publicitaria Neta es directamente proporcional a la participación o audiencia de cada canal. (F1 224 cuad pruebas 2)

Las anteriores consideraciones llevaron al INSTITUTO SER DE INVESTIGACION a expresar que “El Estado, CNTV, podría reconocer que hubo un error en la adjudicación de los canales privados, pues como sugiere Inversiones e Ingeniería Financiera, no parece haber cupo para cuatro.”

Funciones y deberes de la CNTV

Para esclarecer este punto encuentra relevante el Tribunal entrar a examinar las funciones y deberes de la CNTV.

De conformidad con el literal g) del artículo 5 de la ley 182 de 1995, para la fijación de tarifas a los concesionarios la CNTV debía tener en cuenta, además de lo concerniente con la recuperación de los costos del servicio público de televisión, la cobertura geográfica, la población total y el ingreso *per cápita* en el área de cubrimiento, lo relativo a la participación de la Comisión Nacional de Televisión en los beneficios que estén en capacidad de obtener los concesionarios de los espacios públicos de competencia, la existencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente del mencionado servicio.

A su turno, conforme con lo dispuesto por el artículo 17 de la ley 335 de 1996, la CNTV debía garantizar la “real y efectiva igualdad de condiciones para los concesionarios y los operadores del servicio público de televisión en los distintos niveles de cubrimiento territorial, en cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y el acceso al espectro electromagnético”.

Correspondía a la CNTV determinar las condiciones, requisitos, mecanismos y procedimientos que deberán cumplir los aspirantes a ser concesionarios de los espacios de televisión, teniendo en cuenta para ello **criterios que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de televisión** y que eviten las prácticas monopolísticas, así como el aprovechamiento indebido de posiciones dominantes en el mercado (Par. del art.17 Ley 335/96).

Con base en el art. 24 de la ley 335 de 1996 que modificó el artículo 22 de la ley 182 de 1995, la CNTV debía definir y clasificar el servicio en razón de su nivel de cubrimiento territorial, para la Televisión nacional de operación pública, o sea aquella operada por INRAVISIÓN o el ente público pertinente, como para la Televisión nacional de operación privada.

Obsérvese que el contrato 129 celebrado entre la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN Y PRODUCCIONES JES LTDA. fue suscrito el 24 de noviembre de 1997, esto es, luego de expedida la ley 335/96 que creó la televisión privada en el país. Y que entre las consideraciones bajo las cuales se celebró el contrato, se encuentran:

“1. Que de conformidad con el artículo 4 de la ley 182 de 1995 corresponde a la Comisión Nacional de Televisión ejercer en representación del Estado la titularidad y reserva del servicio público de televisión (...) e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de **garantizar (...) la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio** y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley”.

(...)

“3. Que de conformidad con el literal e) del artículo 5 de la ley 182 de 1995, en concordancia con el artículo 10 de la ley 335 de 1996 corresponde a la Comisión Nacional de Televisión, en desarrollo de su objeto entre otros, **reglamentar el otorgamiento de los contratos de concesión** de espacios de televisión así como los requisitos de las licitaciones y contratos para acceder al servicio.”

(...)

“5. Que mediante el Acuerdo No, 020 de junio 5 de 1997 la Comisión Nacional de Televisión **reglamentó las condiciones, mecanismos y procedimientos de las licitaciones públicas** para el otorgamiento de las concesiones de Espacios de Televisión en los Canales Nacionales de Operación Pública.” (resaltados no son del texto)

La Resolución 673 de 1997 de la CNTV fijó las tarifas para la concesión y espacios de televisión, a partir del 1º de enero hasta el 31 de diciembre de 1998 (Fl. 129 cuad. pruebas 2), tal como habían sido establecidas desde el Pliego de Condiciones de la Licitación 001 de 1997.

Al propio tiempo, estaba previsto en el Pliego y quedó estipulado en el contrato 129 de 1997 que “En todo caso la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión teniendo en cuenta el comportamiento del mercado publicitario, por votación calificada de sus miembros podrá efectuar los ajustes con base en otros factores” (Folio 35 cuaderno de pruebas 2).

Encuentra el Tribunal, conforme quedó verificado en el estudio SER, que en la fijación de las tarifas a los concesionarios de la red pública no se tuvo en cuenta el nuevo entorno bajo el cual se ejecutarían los contratos, con respecto a que el mismo mercado pasaría a ser compartido con los nuevos canales que entraron en operación, y una contundente conclusión del estudio SER es que “solo con tarifas negativas se lograría restituir la rentabilidad de los concesionarios” (Fl. 187v, cuad pruebas 2)

Pero también quedó en evidencia que sólo hasta que comenzó la crisis financiera de los concesionarios, entre los años 1998 y 2000, empezaron a cuestionarse las tarifas y es igualmente evidente que si bien la CNTV no las había establecido de manera técnica ni conforme a lo que le ordenaba la ley, era completamente previsible para el

concesionario que, especialmente por la entrada de los canales privados, tanto la audiencia como los ingresos por venta de publicidad se verían impactados. Y era suya, por tanto, la carga de haber estimado y conjurado tal riesgo en su operación empresarial.

Recuérdese que para la fecha de suscripción del contrato de PRODUCCIONES JES, ya se encontraba habilitada la operación de los nuevos canales y abierta la Licitación pública para la concesión de los espacios a los privados, la cual fue adjudicada a RCN y a Caracol.

En palabras del estudio SER:

“...cuando los concesionarios de espacios uno y A participaron en la licitación de espacios, tenían el conocimiento de que se avecinaba la “apertura” en televisión con el ingreso de canales privados, tal como ocurrió la apertura en el resto de negocios del país, que vieron una competencia adicional a la cual no se habían enfrentado antes; es decir, la lucha por conseguir la pauta era una lucha previamente anunciada.”

En efecto, éstas y otras circunstancias fueron previstas por PRODUCCIONES JES. En el informe del Representante Legal a los socios, en marzo 24 de 1998, se menciona que la empresa presentó una difícil situación económica en el año 97 y que se vería aún más desmejorada en adelante pues en la licitación adjudicada por la CNTV para el período 1998/2002, pasaron de 14.5 horas de programación a 9.5 horas con solamente 1.5 en horario triple A “lo que hará mucho más difícil la situación a partir de 1998” , y que no le habían quedado adjudicados a PRODUCCIONES JES los programas que “hubieran podido sostener la gran diferencia en la programación adjudicada”.

También se expresa en el informe que a partir del mes de junio de 1998 entrarían al aire los canales privados de televisión junto con los canales regionales, situación que haría más difícil la comercialización de la pauta publicitaria en términos de oferta y demanda, “por lo cual era previsible que se rebajaran las ventas en relación con el año de 1997, en cerca de un 35% de acuerdo a las proyecciones del mercado.” (Fl. 69 y 70 cuad. pruebas 1)

No se trató, pues, en estos casos, de situaciones imprevistas ni imprevisibles para el Concesionario, situaciones que éste pueda invocar como causales de desequilibrio económico del contrato para pretender su restablecimiento a cargo de la CNTV.

Así las cosas, la reducción de los ingresos por venta de la pauta publicitaria de un año a otro, mientras estuvo vigente el contrato, y la baja del *rating* como consecuencia del ingreso de los nuevos canales, así como las demás condiciones en que PRODUCCIONES JES habría de ejecutar el contrato en los términos de la Licitación que le fue adjudicada, eran riesgos del concesionario que debió avizorar, como en efecto lo hizo, y por los que no puede reclamar compensación alguna.

Sin embargo, ésta no fue la única razón para el alegado desequilibrio económico de los contratos con los concesionarios de espacios de la red pública de televisión y en particular el celebrado con PRODUCCIONES JES.

Conforme quedó verificado en el estudio SER, la pauta publicitaria se comporta en la misma forma que el crecimiento económico del país, medido por la variación del Producto Interno Bruto (PIB) y ésta, a su turno, se presentó de manera anormal, extraordinaria, para los años 1998, 1999 y 2000 que correspondieron, precisamente, al período de ejecución del contrato 129 de 1997.

Por todas estas circunstancias PRODUCCIONES JES, al igual que otros concesionarios de la red pública de televisión, solicitaron a la CNTV reajustar las tarifas por el uso de los espacios y tomar medidas en consideración a la situación del sector de la televisión en particular.

Solicitudes de los concesionarios a la CNTV

El 6 de julio de 1999 los concesionarios elevaron un derecho de petición solicitando la aplicación del artículo 5 de la ley 182 de 1995 para la fijación de las tarifas de concesión en las programadoras UNO y A y la aplicación de lo establecido en los Pliegos de Condiciones 001/97 y 003/98.

Solicitaron la reducción de las tarifas en un 35% y el desempeño de la economía durante 1998 y lo corrido del año.

Expresaron que la base de las tarifas del año 1999 correspondía a la del año 1998, tarifas que eran únicamente aplicables a ese año según lo establecido en los pliegos 001 de 1997 y 003 de 1998 y que se incrementaron en el año 99 en un 16.7% (con el IPC del 98) sin atender, como prevé la ley, que la Junta Directiva de la CNTV

debía tener en cuenta el comportamiento de la publicidad. Se referían, en efecto, a que por Resolución 0115 de 1999, la CNTV había reajustado las tarifas en el porcentaje del IPC certificado por el DANE (Fl.130 cuad. pruebas 2)

A este derecho de petición la CNTV respondió el 21 de julio de 1999 diciendo que:

“en el día de hoy se acordó la realización de un estudio de evaluación por parte de la CNTV, que permita contar con un diagnóstico real de la situación económica de los concesionarios de espacios de televisión... Estos análisis y estudios, en los que se tendrán en cuenta los documentos por ustedes aportados, nos permitirán contar con elementos de juicio para evaluar las alternativas de solución que permitan estudiar sus peticiones. Estimamos que estos proyectos se ejecutarán en un plazo no mayor de mes y medio” (Fl. 421 cuaderno de pruebas 2)

De nuevo, el 5 de mayo de 2000, en respuesta a una comunicación de los gerentes de Canal 1 y Canal A dirigida a la CNTV el 21 de marzo de 2000, la CNTV anuncia:

“..que en la actualidad la Comisión Nacional de Televisión se encuentra en proceso de suscripción y legalización del contrato cuyo objetivo es un estudio que determine la clasificación y los valores de las tarifas que debe cobrar la Comisión Nacional de Televisión a las empresas concesionarias de espacios de televisión de los canales nacionales de operación pública (Canal A y Canal 1) por concepto de la utilización y explotación de espacios de televisión en dichas cadenas, ésta solicitud se resolverá una vez la CNTV cuente con este estudio en la medida en que el mismo es fundamental para tomar una decisión” (Fl. 435 cuaderno de pruebas 2)

Y fueron los propios concesionarios, entre ellos PRODUCCIONES JES, quienes el 18 de julio de 2000 le anuncian a la CNTV que han contratado con una de las firmas de mayor experiencia la preparación de una propuesta de fórmula tarifaria para presentarla como aporte de los concesionarios a la solución definitiva en la regulación de las tarifas. (FL. 436 cuad. pruebas 2)

Para entonces las tarifas que se cobraban a los concesionarios eran las fijadas por Resolución 673 de 1997, correspondientes a las previstas en el Pliego de condiciones de la Licitación 001 de 1997 y aplicables a partir del 1° de enero hasta el 31 de diciembre de 1998. (F.129 cuad. pruebas 2)

Estas tarifas fueron incrementadas mediante Resolución 0115 de 16 de febrero de 1999, para el período entre el 1° de enero hasta el 31 de diciembre de 1999, con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor del año anterior (fol.130 cuad pruebas 2).

Con posterioridad a esta última, la CNTV expidió las siguientes Resoluciones:

Resolución 0640 de 3 de mayo de 1999:

“Por la cual la CNTV aceptó “suspender transitoriamente la tarifa diferencial existente entre los programas de producción nacional y los programas de producción extranjera” **para superar los efectos adversos que la actual coyuntura ha generado en los beneficios que la concesión puede derivar a los concesionarios**”. La expidió en consideración a la solicitud de los concesionarios de adoptar medidas en relación con el régimen tarifario aplicable, teniendo en cuenta que, **como consecuencia de la adversa coyuntura por la que atraviesa la economía colombiana, se ha producido una significativa reducción en la venta de pautas publicitarias** y los consiguientes efectos en resultados operacionales de los concesionarios, lo cual pone en peligro la subsistencia de la televisión pública en Colombia”. (Fl 131 cuad pruebas 2) (Resaltado no es del texto)

Resolución 1012 de 30 septiembre de 1999:

“Por la cual se prorrogó la Resolución 640 hasta el 31 de marzo de 2000. Entre las consideraciones para hacerlo se expresa:

Que según los resultados del estudio que la CNTV contrató con la sociedad Inversiones e Ingeniería Financiera S en C, con el objeto de adelantar la estimación de los efectos que el comportamiento económico podía tener en el desempeño del negocio de los concesionarios para la operación y explotación de los canales nacionales de operación pública, se determinó que “a) entre junio de 1998 y junio de 1999 los resultados de los concesionarios se han deteriorado en forma importante. b) Las razones del deterioro, además de la situación de la economía del país, se presentan por desproporción entre las tarifas por espacio por franjas y los ingresos asignados por el mercado de las franjas; la demora en reaccionar a la situación actual; falta de estrategia respecto al bajo nivel productivo en programación y en administración; la defensa del mercado con incremento en costo de producción no ha dado resultado y no la podrán soportar por mucho tiempo.”

Que de conformidad con el estudio realizado por el Instituto Ser de investigación, se refleja la difícil situación debido a la reducción de la inversión publicitaria en el sector de la televisión y consecuentemente en la participación por franjas;

Que el Senado y la Cámara de Representantes del Congreso de la República con proposiciones números 006 y 005 de 1999, citaron los días 23 y 8 de septiembre del mismo año, respectivamente, a los Miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, con el fin que se explicara, entre otros, que medidas está adoptando esta Entidad, para garantizar la prestación continua del servicio público de televisión teniendo en cuenta la difícil situación económica que esta afrontando la industria de la televisión, en especial los concesionarios de espacios de los canales de operación pública”. (Fl.134 cuad de pruebas 2)

Resolución 1013 de 30 de septiembre de 1999:

“Por la cual se establece en forma transitoria, hasta el 29 de febrero de 2000, una nueva clasificación de los espacios según su horario y franja de audiencia potencial. Entre sus consideraciones, además de las expresadas en la Resolución 1012, consta:

“Que el estudio objeto del contrato anteriormente mencionado (*con Inversiones e Ingeniería Financiera S en C*), arrojó entre otros, el siguiente resultado:

- a) El rating por persona en los canales comerciales de operación pública ha tenido una baja significativa entre junio de 1998 y junio de 1999.
- b) Entre junio de 1998 y junio de 1999 los resultados financieros de los concesionarios se han deteriorado en forma importante.

“Que se hace **necesario adoptar medidas de choque frente a la grave situación de crisis económica con el fin de salvaguardar la continuidad en la prestación del servicio público de televisión.**” (Fl.136v cuaderno pruebas 2) (Resaltado no es del texto)

Resolución 0130 de 29 febrero de 2000:

“Por la cual se prorroga la Resolución 1013/99 hasta el 30 de junio de 2000. Entre las consideraciones que hizo la CNTV, el Tribunal resalta las siguientes:

“Que la Comisión Nacional de Televisión, solicitó el 20 de octubre de 1999 a la Superintendencia de Sociedades su colaboración para realizar un seguimiento económico a las sociedades comerciales concesionarios de espacios de televisión, con el fin que presenten planes de recuperación, si a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta la **grave situación de crisis por la que atraviesa la industria de la televisión**, las peticiones realizadas por los mencionados concesionarios a esta Entidad, y a estudios contratados por este Organismo, a efectos de garantizar su viabilidad económica y evitar eventuales procesos concursales.

“Que por Oficio 100-12614 radicado en este Organismo con el número 61936 del 12 de febrero del 2000, el Superintendente de Sociedades informó que en razón a las características encontradas, consideró pertinente incluir en un proceso de seguimiento económico y financiero a los concesionarios. De igual forma que del estudio realizado a 21 de los 23 concesionarios, se puede concluir que:

- a) Los ingresos operacionales disminuyeron entre un periodo y otro -a 31 de diciembre de 1998 y 30 de septiembre de 1999- en un 25% (\$48.100 millones), mientras los costos tan solo disminuyeron en un 2.8% (\$2.189 millones). Enfrentar esta situación conllevó a un aumento en los pasivos (16%) y en el endeudamiento de 9 de las empresas, hasta alcanzar un porcentaje del 60% para el conjunto de sociedades.
- b) En la comparación de otras cifras se reflejan variaciones significativas tales como en los resultados brutos, operacionales y netos, inferiores en el último periodo, en porcentajes del orden del 41%, 119% y 201% respectivamente.
- c) Una pérdida final cercana a los \$11.000 millones, para el conjunto de las empresas durante los primeros nueve meses del año 1999, confirman la tendencia decreciente observada en la comparación realizada con el periodo de 1998.
- d) La rotación de cartera es de 1.6 veces, o de 168 días para el recaudo, lo que es bastante lento.
- e) **De continuar la tendencia decreciente de sus resultados, muy pocas podrán subsistir en el medio, en el corto plazo.**

“Que por escrito radicado en esta Entidad el 18 de febrero del 2000 con el número 62343, los representantes designados por el Canal Uno y el Canal A para elevar la petición, informaron que las empresas programadoras de televisión de dichos canales, continúan atravesando una grave situación económica; que el comportamiento comparativo de los meses de enero de 1999 y enero del 2000, denota un deterioro sustancial de las ventas, tendencia ésta que llevará irremediamente a la quiebra de la empresas en el caso de que se incrementen los costos de emisión que cobra la CNTV; que en consecuencia, solicitan la prórroga de las medidas adoptadas por esta Entidad del año pasado, máxime si se tiene en cuenta que dichas medidas tienen plazos perentorios.

“Que (...) se determinó que **continúan los motivos que dieron origen a la Resolución 1013 del 30 de septiembre de 1999** por lo cual es necesario prorrogar la vigencia de la mencionada Resolución por un término que se juzga razonable **para superar los efectos adversos que la actual coyuntura ha generado en los concesionarios y de esta forma garantizar la prestación del servicio público de televisión**, el pluralismo informativo, la competencia y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación”. (Resaltado no es del texto)

Resolución 144 de 9 de marzo de 2000:

“Por la cual se prorroga la vigencia de la Resolución 0640 de 3 de mayo de 1999 y se subroga la Resolución 1012 de 30 septiembre de 1999”. (Fl.158 y 159 cuad. pruebas 2)

Resolución 0553 de 28 junio de 2000:

“Por la cual “luego de evaluar el alcance de las medidas adoptadas” en las resoluciones anteriores, decidió prorrogar el efecto de las mismas hasta el 15 de agosto de 2000 “(Fl.139 cuad. de pruebas 2)

Resolución 0724 de 18 de agosto de 2000:

“Por la cual se adopta hasta el **15 de septiembre de 2000** la unificación de las tarifas contenida en la resolución 0640 de 1.999, **fecha para la cual, de conformidad con el estudio técnico contratado, deberá haberse expedido el nuevo régimen tarifario** al que se someterán los concesionarios de espacios de televisión. (Fl.143 y 144 cuad. pruebas 2) (Resaltado no es del texto)

Esta Resolución se expidió en consideración, entre otras razones, al derecho de petición elevado por los concesionarios de espacios públicos de televisión de tomar las medidas necesarias para garantizar la viabilidad de los canales nacionales”.

Resolución 0725 de 18 de agosto 2000:

“Por la cual, con las mismas consideraciones de la anterior, la CNTV resolvió mantener la clasificación de la Resolución 1013/99 hasta el 15 de septiembre de 2000”.

Resoluciones 0822 y 0823 de septiembre 15 de 2000:

“Por las cuales se prorrogó la clasificación de las Resoluciones 725 y 724 respectivamente, hasta el 31 de diciembre de 2000 “o hasta que la Junta Directiva de la Comisión adopte una decisión contraria” (Fl.147 a 150 cuad. de pruebas 2)

En armonía con las Resoluciones expedidas, la CNTV suscribió, a su turno, varios otrosíes con PRODUCCIONES JES, a los cuales pasa a referirse el Tribunal.

Otrosíes al contrato No. 129 de 1997

En lo que atañe al Contrato de concesión 129 de 1997 celebrado con PRODUCCIONES JES, las partes suscribieron varios otrosíes, de los que se destaca lo siguiente:

Respecto del **otrosí No.1** del 3 de mayo de 1999, las consideraciones que allí se expresan fueron las relativas a la solicitud de los concesionarios de que “se revisaran algunos aspectos vinculados a las condiciones de ejecución de los contratos de concesión”; que solicitaron que “se tuviera especialmente en cuenta la actual coyuntura que registra el sector de televisión, en cuanto a la situación del mercado, que ha registrado una baja significativa del nivel de pautas publicitarias vendidas, así como también las tendencias que se advierten en el comportamiento de la audiencia de los espacios públicos de televisión” y que los concesionarios presentaron a consideración de la Comisión los documentos que soportaban sus peticiones (Cláusula segunda).

En este otrosí No.1 se modificaron la forma de pago, las cláusulas relativas a la caducidad del contrato y multas en caso de mora o de incumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario.

La modificación consistió en que el concesionario debía presentar a la Comisión un documento con la autoliquidación de los conceptos causados en el mes anterior de conformidad con la clasificación de los espacios, tarifas vigentes y la modalidad de producción, indicando el valor a pagar resultante de la mencionada autoliquidación.

Con las mismas consideraciones, fueron suscritos además los siguientes otrosíes al contrato:

Otrosí No.2 del 27 de octubre de 1999, **Otrosí No.3** del 3 de abril del 2000, **Otrosí No.4** de 30 de junio del 2000, **Otrosí No. 5**, de 18 de agosto de 2000 y **otrosí No.6** (sin fecha) en los cuales, de nuevo, se modificaron los plazos para el pago de las tarifas y los descuentos ofrecidos al concesionario.

En el último de los otrosíes citados, se expresa que la CNTV “decidió adoptar las medidas procedentes para aliviar la crisis que afecta al sector, de conformidad con las facultades que la ley le otorga, hasta el 15 de septiembre del año 2000, fecha en la cual deberá haberse adoptado el régimen tarifario definitivo al que deberán someterse los concesionarios de espacios públicos de televisión” y

que “se revaluó la procedencia de prorrogar la forma de pago transitoria de las tarifas por concepto de los espacios de televisión, habiéndose adoptado como determinación la prórroga de las mismas hasta el 31 de diciembre del año 2001.” (resaltado no es del texto)

Para el período en que estuvo vigente el contrato con PRODUCCIONES JES, las tarifas quedaron establecidas y reajustadas de la siguiente manera:

ESPACIOS	Resolución 673 de 1997	Resolución 115 de 1999	Resolución 640 de 1999
	Tarifas de 1 de enero a 31 de diciembre 1998	Tarifas de 1 de enero a 2 de mayo de 1999	Tarifas de 3 de mayo a 31 de Octubre de 1999
AAA Nacional	\$ 2.632.168	\$ 3.071.740	\$ 3.071.740
AAA Extranjero	\$ 3.988.279	\$ 4.654.322	\$ 3.071.740
AA Nacional	\$ 2.335.069	\$ 2.725.026	\$ 2.725.026
AA Extranjero	\$ 3.539.880	\$ 4.131.040	\$ 2.725.026
A Nacional	\$ 2.016.705	\$ 2.353.495	\$ 2.353.495
A Extranjero	\$ 2.989.114	\$ 3.488.296	\$ 2.353.495
BB Nacional	\$ 1.407.738	\$ 1.642.830	\$ 1.642.830
BB Extranjero	\$ 2.000.571	\$ 2.334.666	\$ 1.642.830
B Nacional	\$ 808.321	\$ 943.311	\$ 943.311
B Extranjero	\$ 1.103.360	\$ 1.287.621	\$ 943.311
C Nacional	\$ 602.930	\$ 703.619	\$ 703.619
C Extranjero	\$ 904.395	\$ 1.055.429	\$ 703.619
D Nacional	\$ 516.798	\$ 603.103	\$ 603.103
D Extranjero	\$ 645.997	\$ 753.878	\$ 603.103

Finalmente, con posterioridad a la terminación del contrato de PRODUCCIONES JES por su renuncia a la concesión, fue expedida la Ley 680 de 2001 por la cual se reformaron las Leyes 14 de 1991, 182 de 1995 y 335 de 1996.

En lo relativo a los contratos con los concesionarios en los canales nacionales de operación pública y a las tarifas por el uso de los espacios, el artículo 6° de esta ley autorizó a la CNTV para que dentro de los tres (3) meses siguientes a su vigencia - agosto de 2001- “revise, modifique y reestructure los actuales contratos con los operadores privados, con los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, así como con los contratistas de otras modalidades del servicio público de televisión en materia de rebaja de

tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión.”

A su turno, para efectos de la reestructuración de las tarifas, el párrafo de este artículo derogó el literal g) del artículo 5° de la ley 182 de 1995 y dispuso que la CNTV deberá tener en cuenta los cambios ocurridos, tanto en la oferta como en la demanda de pauta publicitaria en televisión.

Renuncia a la Concesión

El artículo 17 de la Ley 335 de 1996 establece:

“(…) Los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes, tendrán la facultad de renunciar a la concesión que les ha sido otorgada y proceder a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por este concepto. Los espacios respectivos serán adjudicados mediante licitación pública que abrirá la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los tres (3) meses siguientes a dichas renunciaciones, si se dieran.”

Esta facultad quedó igualmente estipulada en el contrato 129 de 1997 suscrito entre la CNTV y PRODUCCIONES JES en la cláusula VIGESIMA SEXTA.- RENUNCIA, bajo cuyos términos

“El concesionario tendrá la facultad de renunciar a este contrato y proceder a su terminación anticipada sin que haya lugar a indemnización alguna por este concepto.”
(Fl.13 cuad. pruebas 1)

Mediante comunicación de fecha 5 de septiembre de 2000 (Fl.443 cuad. pruebas 2), el representante legal de PRODUCCIONES JES manifestó a la Junta Directiva de la CNTV que hacía uso de dicha facultad y renunciaba a la concesión, lo cual fue aceptado por Resolución 0844 de 20 de septiembre de 2000 de la Comisión Nacional de Televisión y se dio por terminado el contrato 129 de 1997 a partir de la ejecutoria de dicha Resolución. (Fl. 184 cuad. pruebas 1)

Como motivos de la renuncia el representante legal de PRODUCCIONES JES alude a múltiples razones, entre las que destacó:

Las normas legales que dieron vida jurídica a los canales privados Consagraron condiciones más favorables para los nuevos canales, lo cual implicó una desventaja para los canales Uno y A, a quienes les fueron adjudicados los contratos sólo por seis (6) años frente a diez (10) años prorrogables de los contratos con los privados, pues, según expresó, un término de 6 años no prorrogable no permitía al concesionario realizar más inversiones para poder competir, ni conseguir vinculación nueva de capital nacional o extranjero.

Las adjudicaciones de los espacios en la red pública de televisión fueron incoherentes y sin criterio comercial al fragmentar las franjas y establecer una programación vertical en lugar de la programación horizontal de un mismo horario a lo largo de la semana. Esto impidió, según aduce el representante, que cada concesionario individualmente compitiera en igualdad de condiciones con los demás.

Los cambios de frecuencia de los canales Uno y A, efectuados por la CNTV en conjunto con INRAVISION, hicieron que se perdiera una audiencia que PRODUCCIONES JES tenía cautiva desde hacía más de 40 años.

Los apagones y fallas técnicas en la emisión influyeron en que la audiencia se trasladara a los canales privados, a pesar de que es una obligación legal de la CNTV la de mantener, actualizar y proporcionar una óptima señal, obligación ésta que, según dijo, no se cumplió.

Se queja el representante que PRODUCCIONES JES fue objeto de persecución del Gobierno anterior a la Licitación, lo que hizo que se le adjudicaran los espacios desmejorando notoriamente sus condiciones, sin atender a la estructura y experiencia profesional de esa empresa.

Y manifiesta finalmente que se mantuvo por casi tres años en la ejecución del contrato, esperando que se diera la reducción de tarifas lo cual no se produjo hasta entonces y pide aceptar la renuncia a la concesión por parte de PRODUCCIONES JES a partir del 14 de septiembre de 2000.

Medidas adoptadas por la CNTV

Discute el convocante, por una parte, que la CNTV debió tomar medidas frente al comportamiento de las tarifas en atención a la crisis y a la necesidad de ajustarlas ante el comportamiento negativo del PIB y de la INPT. Y expresa que la Comisión sólo se limitó a modificar las fechas y formas de pago pero no procedió a modificar las tarifas, no obstante reconocer la difícil situación económica.

Dice que debió analizar, adicionalmente, el comportamiento de las franjas o espacios concedidos a PRODUCCIONES JES en relación con el mercado de la pauta publicitaria y el estado de las redes y sus equipos por cuyas deficiencias también le había formulado quejas a la Comisión.

Finalmente, el convocante se duele de la falta de actividad de la CNTV frente al ingreso de los canales privados, a efectos de mantener las condiciones de competencia en particular con los concesionarios de la red pública.

La convocada, por su parte, alega que la CNTV procuró en todo momento que el objeto contractual se cumpliera y realizó los esfuerzos necesarios para que la ejecución del contrato fuera viable, para cuyo efecto suscribió los otrosíes.

El Tribunal observa que algunos de los hechos puestos de presente por la convocante aluden a incumplimiento de la CNTV de sus deberes legales, tanto los relativos a la forma de establecer las tarifas a los concesionarios, en particular a PRODUCCIONES JES, como los de garantizar los medios técnicos y económicos para el uso del espacio de televisión en condiciones óptimas de eficiencia y de competencia en igualdad de circunstancias con los otros concesionarios, así como los previstos en la ley 80 de 1993 respecto de adoptar, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para el restablecimiento de la ecuación contractual que se hubiera alterado por dicha causa.

Prescribe, en efecto, el artículo 4° de la ley 80 de 1993 sobre los derechos y deberes de las entidades estatales:

ARTÍCULO 4°. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.

Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

“(…) 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

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.

“9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.”

En los contratos administrativos la responsabilidad de la entidad estatal puede generarse por inejecución de sus obligaciones contractuales, de acuerdo con la teoría general del contrato, pero también puede surgir del incumplimiento de deberes legales, entre ellos, como prescribe esta norma, los de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones **técnicas, económicas y financieras** existentes en el momento de proponer o de contratar, según el caso.

Así las cosas, cuando quiera que en el curso del contrato se alteren sus condiciones por razón de la prestación y continuidad del servicio público que el Estado debe garantizar, la entidad estatal contratante está llamada a restablecer la equivalencia de las prestaciones recíprocas de una convención conmutativa.

La imposición de estos deberes a la administración está en función de dos conceptos: de una parte, la entidad estatal está obligada a ejecutar la obra o prestar el servicio público, porque en ello está involucrado el interés general, y debe garantizar su continuidad y eficiencia. De otra parte, el deber de restablecer la equivalencia de las prestaciones es la contrapartida a la potestad excepcional que la

administración puede ejercer sobre el contrato, pudiendo incluso variar sus condiciones (*ius variandi*)⁷.

La finalidad es, a su vez, la garantía del patrimonio del contratista⁸ quien, si bien es cierto que está obligado a ejecutar la prestación a pesar de que se torne más oneroso su cumplimiento, porque es suyo también el deber de colaborar a los fines estatales, tiene derecho a que la administración le mantenga las condiciones bajo las cuales contrató⁹.

En el presente caso, la CNTV expidió varias Resoluciones en atención a las solicitudes de los concesionarios, entre ellos PRODUCCIONES JES, para superar la crisis que, como consecuencia de la adversa coyuntura económica por la que atravesaba el país, se había producido una significativa reducción en las ventas de pautas publicitarias por parte de los concesionarios; se mantenía la tendencia decreciente de sus resultados lo que hacía prever que no podrían subsistir en el medio debido a la grave crisis que en consecuencia se había producido en el sector.

En armonía con dichos actos, la CNTV suscribió los otrosíes al contrato 129 de 1997 celebrado con PRODUCCIONES JES.

En cuanto a las tarifas, las fijadas para el primer año de ejecución del contrato, entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1998, fueron incrementadas a partir del

⁷ “La posibilidad ofrecida a la administración de adaptar las condiciones contractuales a las necesidades del servicios genera, como contrapartida, su responsabilidad frente al contratista”. BENAVIDES, José Luis. *El Contrato Estatal*. Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 119.

⁸ Para algunos doctrinantes, el fundamento de la teoría de la equivalencia económica del contrato administrativo reside en los principios de garantía del patrimonio de los particulares, consagrado en los artículos 2°, 58 y 90 de la Constitución Política, y en los de reciprocidad de prestaciones y de buena fe. Así, ESCOBAR, GIL Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Editorial LEGIS.1999, pág. 425 y ss. Este autor, a su turno, se refiere a la doctrina argentina que reconoce el fundamento de esta responsabilidad del Estado en los artículos 16 y 17 de la Constitución de ese país, sobre garantía de la propiedad privada: MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. T.III. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot. DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Edit. Ciudad Argentina, 1996. ESCOLA, Héctor. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Vol.I. Parte General. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1977.

⁹ Bercaitz, M.A. pág. 442 *Teoría general de los contratos administrativos*. 2ª edición. Buenos Aires, Edit. Roque Depalma.

GOMEZ RODADO, D. La responsabilidad en la actividad contractual del Estado. *Contratos Administrativos*. Nuevo Régimen Legal. Bogotá, Biblioteca Cámara de Comercio de Bogotá, 1983, pág.155.

1º de enero de 1999 pero luego se mantuvieron estables hasta septiembre de 2000, fecha ésta de renuncia a la concesión y terminación anticipada del contrato de PRODUCCIONES JES.

En adición a estas medidas la CNTV ordenó la realización de estudios con el objeto de evaluar y obtener un diagnóstico de la situación económica de los concesionarios de espacios de televisión y adoptar bases técnicas para la clasificación y reestructuración de las tarifas, en particular las que se debían cobrar a las empresas concesionarias de espacios de televisión de los canales nacionales de operación pública (Canal A y Canal 1). Obran en el expediente los estudios del INSTITUTO SER DE INVESTIGACION, citado varias veces en este Laudo y de la Universidad Nacional (Fl. 4 a 30 cuad. pruebas 3), elaborado este último en agosto de 2003, esto es, con posterioridad a la renuncia del concesionario y terminación del contrato. También se hace mención al efectuado el 30 de agosto de 1999 por Inversiones e Ingeniería Financiera S. en C., al cual se refiere tanto el estudio SER como la Resolución 1013 de 1999 de la CNTV.

Y, finalmente, se expidió la ley 680 de 2001 que ordenó a la CNTV tener en cuenta los cambios ocurridos tanto en la oferta como en la demanda de pauta publicitaria para televisión y autorizó en consecuencia la revisión de los contratos con los concesionarios, la reestructuración y rebaja de las tarifas, la adición compensatoria del plazo de los contratos y otras medidas conducentes a la normal prestación del servicio público de televisión.

Pero es evidente que estas medidas no resultaron suficientes ni oportunas para PRODUCCIONES JES, quien renunció a la concesión en septiembre de 2000, aduciendo el grave deterioro patrimonial que estaba sufriendo, dadas las gravosas condiciones de ejecución del contrato que para entonces no habían sido aún modificadas.

Estos hechos y su comprobación apuntan, sin duda, a dar por demostrada la pretensión de incumplimiento de la parte convocada, la que ha sido planteada al Tribunal con carácter subsidiario, esto es, **condicionada a que no prospere la pretensión primera principal de la demanda relativa a declarar la ruptura de la ecuación económico-financiera de la relación contractual**, “por hechos y circunstancias imprevistos, imprevisibles y ajenos para LA DEMANDANTE, que determinaron el

desarrollo y ejecución del contrato citado en circunstancias difíciles, diferentes y en todo caso, más onerosas para la DEMANDANTE, desequilibrio que debe ser restablecido según los resultados de este proceso arbitral”. (Fl.002 cuad. ppal 1)

Por esta razón, se decidirá en primer lugar si se encuentran probados los supuestos de hecho de la pretensión principal, porque de ello dependerá que el Tribunal proceda o no a decidir sobre la pretensión de incumplimiento subsidiariamente planteada.

Desequilibrio del contrato

El Tribunal examinará, entonces, si se presentaron situaciones imprevistas, que no le fueran imputables a PRODUCCIONES JES y que produjeran un desequilibrio económico del contrato celebrado con la CNTV, que deba serle restablecido.

En tal evento, el marco normativo aplicable corresponde al previsto en el numeral 1° del artículo 5° de la ley 80 de 1993, que es del siguiente tenor:

ARTICULO 5°. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3° de esta ley, los contratistas:

1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. (...)

Consagra esta norma el principio al que indistintamente se refiere la jurisprudencia colombiana como restablecimiento de la “ecuación financiera del contrato” o del “equilibrio contractual”, con la precisión que la primera hace relación a la economía del contrato, la remuneración del contratista y su intangibilidad, y la segunda a mantener la equivalencia de las prestaciones de los contratos sinalagmáticos.

Por su parte, el principio está enunciado en el artículo 27, en los siguientes términos:

ARTICULO 27. DE LA ECUACION CONTRACTUAL.

En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

Con fundamento en las normas transcritas, la ecuación económica del contrato prevista en el momento de contratar puede verse alterada por situaciones imprevistas y externas a las partes que, sin hacer imposible su ejecución, generen una grave variación en las condiciones del contrato haciendo más gravosa su ejecución.

Para su restablecimiento, debe tratarse, en primer lugar, de un **hecho ajeno a las partes**. El desequilibrio financiero del contrato como la alteración de sus condiciones de ejecución no deben ser imputables a la conducta del contratista ni de la administración. Debe tratarse de eventos por completo externos a las partes, por lo que la culpa, los errores de comportamiento previos o presentes en la ejecución del contrato no tendrían esa virtualidad y no podrían, en consecuencia, generar el reconocimiento del derecho a la compensación de sus efectos en la economía del contrato.

Debe ser un **hecho imprevisto e imprevisible en el momento de contratar**. Se trata de una aplicación de la teoría de la imprevisión aunque en derecho administrativo ésta adopta particularidades propias de los contratos celebrados por la administración, en aras de garantizar la ejecución de los fines de la contratación estatal y la continuidad en la prestación del servicio en lo cual se encuentra implícito el interés general¹⁰.

¹⁰ PÉQUIGNOT. *Théorie générale du contrat administratif*, p.502 citado en BENAVIDES, Jose Luis. *El contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia, 2001. p.394 “Cuando circunstancias

Consagra el artículo 5° de la ley 80 de 1993, que lo previsto en esta norma, vale decir el derecho del contratista a que se le restablezca la ecuación económica del contrato y el deber correlativo de la administración, se encaminan a la consecución de los fines de la contratación estatal de que trata el artículo 3° de la misma ley, conforme al cual:

“ARTICULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

A su vez, en la interpretación de estas normas sobre contratos estatales y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos “se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta misma ley” y los mandatos de la buena fe y la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos, tal como lo establece el artículo 28 de la ley 80 de 1993.¹¹

Es por esto que en la contratación estatal la prestación del servicio público y el interés general que le es propio, justifican incluso la alteración de las condiciones del contrato por la propia administración contratante. Pero el contratista que, a su vez, tiene el deber de colaborar a la consecución de tales fines, no por hacerlo debe

imprevistas al momento de la celebración del contrato generan un grave trastorno a su economía, y la gravedad de la alteración así provocada, sin hacer imposible la ejecución del contrato, la hace difícil y onerosa más allá de lo que las partes habían podido prever razonablemente, y cuando el déficit de la operación sobrepasa los límites del álea normal a la carga de todo contratista, adoptando un carácter anormal y excepcional, el contratista de la administración tiene el derecho a pedir a ésta que venga en su ayuda, que comparta con él el álea extraordinario...”

¹¹ **ARTICULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES.** En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

dejar de recibir la compensación por la mayor onerosidad que ello le signifique. Es también por esta razón que la administración resulta responsable por eventos que no son atribuibles a su conducta, como es el caso de las situaciones imprevistas que, no siendo imputables a ninguna de las partes, dan derecho al contratista a una compensación.

Con tales fundamentos la noción del restablecimiento del equilibrio contractual, como la teoría de la imprevisión que le da origen, se aplican de manera particular en el derecho administrativo, con nociones propias y diversas a la de la revisión del contrato autorizada en el derecho privado en el artículo 868 del Código de Comercio.

Debe tratarse también de un **hecho anormal, extraordinario**.¹² Debe ser un evento que exceda el *álea* normal inherente a todo contrato, que sobrepase de manera excepcional los riesgos propios de la ejecución de la obra o servicio de que se trate.

Esta condición excluye todo aquello que sea un riesgo que el contratista haya asumido expresamente en el contrato o que hubiera debido asumir en condiciones normales.

Situaciones imprevistas

Bajo el marco legal y conceptual que acaba de referirse, el Tribunal encuentra que, en el presente caso, de las circunstancias que se presentaron en la ejecución del contrato con PRODUCCIONES JES no todas pueden calificarse como imprevistas, externas a las partes y de carácter extraordinario, y en tal virtud no generan el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico que solicita.

No lo son, en efecto, como ya se advirtió, las consecuencias de no haber previsto, habiendo debido hacerlo, los efectos del ingreso de los canales privados en las ventas de pauta publicitaria y en la reducción en la audiencia.

Tampoco lo serían las que hubieran producido un desequilibrio financiero pero que le fueran imputables al concesionario, como habrían sido, eventualmente, las

¹² La jurisprudencia francesa ha exigido incluso que se genere un trastorno grave de la economía del contrato: Min. D'État chargé de la Défense nationale c/ Sté Entreprise Campenon-Bernard et autres, Lebon, p.143 y otros, citado por BENAVIDES, ob. cit. pág. 388.

deficiencias o mala calidad de la programación y aquellas que, en general, se originaran en una inadecuada gestión de la empresa.

Adicionalmente, el convocante alegó como factores de desequilibrio contractual el pago hecho a la CNTV durante la vigencia del contrato por concepto del VTR o tarifa por rodaje de comerciales, que cobraba INRAVISION, y que, según dijo, pasó a ser asumido directamente por los concesionarios a partir del 1° de marzo de 2000 mediante Acuerdo 002 de INRAVISION.

De las declaraciones rendidas con respecto a este tema específico, se pudo establecer que inicialmente el valor del VTR que cobraba INRAVISION era trasladado al anunciante¹³ y luego fue establecido como un porcentaje equivalente al 4% de la facturación por publicidad que el concesionario debía asumir directamente, lo cual generó un factor adicional de desigualdad frente a los canales privados puesto éstos no facturaban por ese servicio, cobro que fue eliminado después por considerarse que estaba incluido dentro de la tarifa que se pagaba a la CNTV¹⁴.

Respecto de este tema el Tribunal encuentra que en ningún caso se habría tratado de una situación que pueda ser alegada como factor de desequilibrio contractual.

¹³ INTERROGATORIO DE INTERROGATORIO DE JUAN ANDRÉS CARREÑO (Fl. 315 y 316, Cuad. pruebas 4):

“Lo que ocurrió en ese momento hacía el año 2000, 2001, es que con la entrada de los canales privados ese cobro se vuelve un cobro muy discutido por los concesionarios, porque los canales privados cuando entran a operar toman la decisión de no volver a cobrar ese servicio y aquí tengo que hacer un paréntesis; ese era un cobro que realizaba INRAVISION al concesionario y el concesionario se lo trasladaba al anunciante, ahí había una cadena y cuando entran los canales privados que por una decisión autónoma toman la decisión de no volver a cobrar ese servicio y por tanto quitarle esa carga al anunciante, se generó un problema para los concesionarios del canal 1 y del canal A, porque ellos en la práctica tenían que pagar ese servicio y los anunciantes ya no estaban dispuestos a pagarlo, porque RCN y Caracol no se los estaba cobrando.”

¹⁴ **INTERROGATORIO DE JORGE ACOSTA VALLEJO (FOLIO 339v, cuad. pruebas 4):**

“Y allí hubo otro punto importante que vale la pena mencionar y es el cobro de los VTR's, yo no se si ustedes tengan claro el VTR era una figura, cuando solamente existían 2 canales, mediante el cual al anunciante se le trasladaba un costo por el uso de las máquinas para rodar sus comerciales porque eso se hacía desde los estudios de Inravisión, con la llegada de los canales privados ellos adoptaron un mecanismo sencillo, no le volvemos a cobrar VTR al anunciante, nosotros vamos a pagar el desgaste de estas máquinas, entonces nos enfrentamos a una desigualdad evidente y la Comisión, más bien Inravisión que era el que cobraba el VTR modificó el cobro y lo convirtió en una variable sobre el porcentaje de los ingresos que terminó pagándola obviamente cada uno de los concesionarios, entonces esos 3 factores se corrigieron para el nuevo contrato y por eso decidimos nosotros presentarnos”.

Los pagos hechos con anterioridad a la expedición del mencionado Acuerdo no se configuran como tal pues no se trató de mayores costos originados en una situación imprevista¹⁵, y en cuanto al cobro de INRAVISIÓN sobre la facturación de los concesionarios a partir del Acuerdo 002 de 2000, no se encuentra siquiera acreditada la existencia de ese acto que debió ser aportado por el convocante por no ser un acto administrativo de contenido general.

Tampoco quedó demostrada suma alguna por tales conceptos. En el escrito de COMPLEMENTACIÓN AL DICTAMEN PERICIAL (FOLIOS 424 a 426, Cuaderno de pruebas 4), respuesta al numeral B del dictamen pericial de diciembre 7 de 2009 (pág. 13) se mencionó lo siguiente:

*“Del análisis de la información entregada por Producciones Jes Ltda, se observó que **los soportes no distinguen los valores pagados por concepto de VTR, asumidas directamente por Producciones Jes Ltda.**”*

¹⁵ **INTERROGATORIO DE JUAN ANDRÉS CARREÑO (Fl. 315 y 316, Cuad. pruebas 4):**

“Digamos que los llamados servicios de BTR era un servicio; si la pregunta se refiere a ese 4% al pago del servicio de los BTR, no tengo la certeza, pero me imagino que se refiere a eso la pregunta. Tiene origen en una obligación establecida para los concesionarios de espacios en los canales públicos, desde mucho antes de la vigencia de esos contratos, es decir, era una práctica usual en el sector de la televisión que además del pago correspondiente por la concesión del espacio respectivo, el pago de la tarifa, los concesionarios tuvieran que pagar lo que se denominaban servicios de BTR, esos servicios de BTR tuvieron origen en un cobro que hacía antes de la vigencia de estos contratos y antes de la existencia de la Comisión Nacional de Televisión, un cobro que realizaba en su momento el Instituto de Radio y Televisión – INRAVISION a los concesionarios, y era básicamente un cobro que se efectuaba para codificar los comerciales de Televisión, si los concesionarios llevaban los comerciales de la pauta que ellos habían vendido que correspondían a sus espacios y INRAVISION tenía unas tarifas que cobraban para incorporar, grabar esos cassettes o esos comerciales en sus equipos, en sus propios equipos, y poder hacer la emisión de los respectivos comerciales en los espacios que se le han asignado a cada uno de los concesionarios, eso era una costumbre, no me acuerdo desde cuando; pero fue un cobro que se realizó desde mucho antes y que sí tengo presente que desde el año 1992 lo venía haciendo el Instituto de Radio y Televisión, respecto de los contratos que adjudicaba el Instituto de Radio y Televisión- INRAVISIÓN, como después de la creación de la comisión, esas concepciones las empezó a realizar la Comisión Nacional de Televisión, se le quitó a INRAVISION; digamos, lo que sucedió fue que se mantuvo el concepto que venía y que tenía origen en los antiguos contratos que tenían los concesionarios con el Instituto de Radio y Televisión- INRAVISION.

Y de otra parte, en la comunicación remitida por la doctora Claudia Acevedo Mejía – Jefe Oficina Asesora Jurídica- del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, consta lo siguiente:

*“ 1. De acuerdo a la base de datos de los archivos físicos del Instituto Nacional de Radio y Televisión – Inravisión (hoy liquidado), los cuales fueron transferidos al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a través del Acta de Liquidación de Inravisión en Liquidación, en donde se establece que **“Artículo Tercero, literal B. Obligaciones, numeral 6. Recibir, conservar, custodiar y administrar los archivos de la entidad liquidada,...”** no fue posible encontrar evidencia y/o soportes de los pagos efectuados por Producciones Jes Ltda. por concepto de VTR durante las vigencias 1998, 1999 y 2000” (El subrayado no es del texto)*

La ausencia de prueba sobre este tema releva al Tribunal de hacer consideraciones adicionales, en particular la de determinar lo planteado por el convocante en su alegato acerca de si la expedición del mencionado Acuerdo habría configurado una situación imprevista o un hecho del príncipe y sus efectos sobre el contrato.

Recesión económica

En adición a las anteriores circunstancias, el Tribunal observa que durante los años en que estuvo vigente el contrato de PRODUCCIONES JES, en particular en el año 1999, se presentó una fuerte recesión económica del país, circunstancia que por ser un hecho notorio no requiere ser probado (art.177 C.P.C.) pero que se encuentra, en todo caso, demostrado y reconocido en el proceso.

Encuentra también el Tribunal, según quedó verificado en el estudio SER, que para el concesionario **“la fuente para el pago de las tarifas la constituye la Inversión Neta Publicitaria, cifra que crece a un ritmo muy similar al ritmo de crecimiento del país.** Los operadores de los canales públicos y privados derivan la mayor parte de sus ingresos de esta fuente.” (Fl. 185 cuad pruebas 2).

Y ocurrió que los espacios publicitarios resultaron mayores que la demanda potencial, debido a la situación económica que afectaba a las empresas reducía sensiblemente los montos para invertir en publicidad televisiva. (Fl.185 cuad. pruebas 2)

Ciertamente, durante los años 1998, 1999 y 2000 se presentó una recesión económica sin precedentes en Colombia, con la caída del PIB a niveles negativos, circunstancia que no había ocurrido, por lo menos, desde hacía 30 años.

Según fue certificado por el Departamento Nacional de Planeación en la comunicación del 29 de enero de 2010 dirigida a este Tribunal y que obra en el expediente (Fl 40 cuad. pruebas 2), las siguientes fueron los índices de variación del PIB para el período en que estuvo vigente el contrato entre la CNTV y PRODUCCIONES JES:

1997: 3.43%
1998: 0.57%
1999: -4.20%
2000: 2.92%

Para una mayor visualización y análisis de este tema, se reseña a continuación el índice de variación del PIB real desde 1966:

1966	5,24
1967	4,13
1968	5,93
1969	6,10
1970	6,21
1971	5,96
1972	7,67
1973	6,72
1974	5,75
1975	2,32
1976	4,73
1977	4,16
1978	8,47
1979	5,38
1980	4,09
1981	2,28
1982	0,95
1983	1,57

1984	3,35
1985	3,11
1986	5,82
1987	5,37
1988	4,06
1989	3,41
1990	3,93
1991	2,37
1992	4,35
1993	5,71
1994	5,15
1995	5,20
1996	2,06
1997	3,43
1998	0,57
1999	-4,20
2000	2,92
2001	2,18
2002	2,46
2003	4,61
2004	4,66
2005	5,72

De otro lado, los cuadros del estudio SER muestran una proyección de tendencia decreciente al corto plazo de la Inversión Publicitaria Neta para el período 1994-1999 y esta se comparó con el comportamiento del PIB para establecer que existía una relación directa (Fl.193v cuad. pruebas 2).

De esta manera, la recesión económica que afectaba a todos los sectores económicos del país se vio reflejada en el sector de la televisión en una menor Inversión Publicitaria Neta en Televisión, con su consecuente impacto sobre la operación empresarial de los concesionarios.

El Tribunal hace una primera precisión acerca de que la modificación del entorno macroeconómico del país bajo el cual se celebre un contrato, respecto del que

sobrevenga una vez se halle en ejecución, no es, por sí sola, un elemento que constituya causa de desequilibrio contractual que obligue a su restablecimiento.

Para tener esa virtualidad debe ser, como ya se indicó, una situación no sólo imprevista sino imprevisible, no imputable a la conducta de los contratantes y que exceda el *álea* normal del contrato.

Y observa el Tribunal que efectivamente no era ni podía ser razonablemente previsible para PRODUCCIONES JES, como no lo fue ni siquiera para el gobierno ni para los especialistas¹⁶, que se presentaría una recesión económica en Colombia de la magnitud de la que ocurrió.

Ocurrió así, de manera totalmente inesperada, que el comportamiento de la economía colombiana que en 1997 había crecido en 3.43%, pasó a 0,57% en 1998 y a decrecer a valores negativos de -4.20% en 1999.

Lo razonablemente previsible, para el momento de suscripción del contrato entre PRODUCCIONES JES y la CNTV, era que el crecimiento de la economía colombiana se mantendría al menos en el índice de variación de ese año (3.43%), inferior incluso al promedio de los últimos 30 años (3.90%).

Sucedió en cambio que el comportamiento de la economía pasó, de un año a otro, sin que se hubiera presentado nada que lo hiciera previsible, a una baja recesiva de magnitudes insospechadas y el índice de variación del PIB real pasó, como se anotó, al 0.57 % para el primer año de ejecución del contrato y al -4.20% para el segundo.

¹⁶ “Al presentar el programa macroeconómico para 1998 el ministro de Hacienda, Antonio José Urdinola y la directora del Departamento Nacional de Planeación, Cecilia López Montaña, afirmaron que la economía crecerá 4,5 por ciento, más de un punto del crecimiento de 1997 que será del 3,2 por ciento y el doble del registrado en 1996.” Publicación eltiempo.com, Sección Economía, Fecha de publicación: 19 de diciembre de 1997.

“Planeación Nacional realiza ejercicios periódicos de proyección de la economía. Portafolio presenta el último, con la idea que los lectores tengan una idea de lo que puede ser nuestra economía en los próximos años. **“Sencillamente, el crecimiento del PIB estará entre un cuatro a cinco por ciento, tasa similar al promedio de los últimos 20 años”.** Fecha de publicación 24 de noviembre de 1997.

Es claro para el Tribunal que se trató entonces de una situación imprevista e imprevisible, completamente externa a las partes y que evidentemente excedió los riesgos inherentes a la normal ejecución del contrato de concesión de PRODUCCIONES JES que es objeto de estudio, condiciones todas que encuadran en la previsión del numeral 1° del artículo 5° de la ley 80 de 1993.

Conforme con esta misma disposición, en tal caso el concesionario tiene derecho a que la entidad estatal demandada “le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida”, para determinar lo cual se pasa a examinar si se encuentran demostrados los efectos de esa situación en la economía del contrato y su cuantía.

Restablecimiento a punto de no pérdida

El numeral 1 del artículo 5° de la ley 80 de 1993, restringe al restablecimiento de la ecuación financiera a un “punto de no pérdida” los reconocimientos económicos al contratista.

La norma es absolutamente clara y revela nítidamente la intención del legislador, expresada en la exposición de motivos del proyecto de ley, de recoger en un texto legal la jurisprudencia del Consejo de Estado, sustentada a su turno en el derecho francés a partir de la célebre sentencia del 30 de marzo de 1919 (*arrêt Gaz de Bordeaux*), conforme a la cual **el restablecimiento de la ecuación financiera no tiene naturaleza indemnizatoria o reparatoria**. Su función es proporcionarle una compensación al contratista para que supere la situación crítica que le haya sobrevenido por causas totalmente externas a él y que le haya hecho más gravoso perseverar en el contrato.¹⁷

Conforme al texto de la norma, en los eventos de situaciones imprevistas, no imputables al contratista, que hayan alterado la ecuación financiera del contrato, su derecho no se extiende al reconocimiento integral de perjuicios. Se trata, solamente, de compensar al contratista colocándolo en punto de equilibrio, mas no de reconocerle la utilidad o beneficio que esperaba obtener del contrato.

¹⁷ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. Novena Edición, traducción. Caracas 1984 p.140

Sólo habría lugar a indemnización de perjuicios en los casos de responsabilidad con culpa de la administración, como sería el incumplimiento contractual de la entidad estatal, o por una conducta antijurídica suya que cause perjuicios al contratista, eventos en los cuales sí tendría derecho a la indemnización integral, esto es al reconocimiento de “la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista” (art.50 ley 80/93), pero que son hipótesis completamente distintas de la que ha encontrada configurada el Tribunal.

Para determinar la compensación a que tiene derecho el convocante para restablecer la ecuación del contrato a punto de no pérdida, se toman los estados de resultados de los años 1998, 1999 y 2000 de PRODUCCIONES JES, que aparecen certificados por el Representante Legal y el Contador y dictaminados por el Revisor Fiscal. (Fl. 42 a 178 cuad pruebas 1)

De estos se toman para el análisis los correspondientes a la cuenta “Ingresos por actividades de radio y televisión- Comerciales”, esto es, los valores correspondientes a los montos obtenidos por ventas de la pauta publicitaria.

No se consideran los ingresos distintos de dicho concepto por cuanto se trata de establecer únicamente los efectos de la recesión económica en la inversión neta publicitaria que, como quedó establecido, tuvieron un comportamiento similar.

Se verifica, al propio tiempo, que los ingresos por actividades de radio y televisión-comerciales, representaba la principal fuente de ingresos en relación con los Ingresos operacionales percibidos por la entidad, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro No. 1

Concepto	1998	Porc(%)	1999	Porc(%)	2000	Porc(%)
Ingresos por actividades de radio y televisión-comerciales	11.804.527. 381	95,10%	4.590.08 5.297	96,41%	2.090.03 4.983	75,36%
total Ingresos operacionales	12.412.981. 019	100,00%	4.760.97 7.936	100,00%	2.773.43 0.420	100,00%

A su turno, tampoco se consideran para el análisis los costos y gastos no operacionales, que corresponderían a la gestión empresarial pero que no son efecto de los eventos que ha reconocido el Tribunal.

Por tal razón, se toman en consideración únicamente los costos y gastos operacionales que tienen relación directa con la generación de los ingresos operacionales a los cuales están asociados.

En el siguiente cuadro se muestra el peso o porcentaje que tienen los costos y gastos operacionales en relación con el ingreso operacional:

Cuadro No. 2

Concepto	1998	Porc(%)	1999	Porc(%)	2000	Porc(%)
Ingresos por actividades de radio y televisión-comerciales	11.804.527.381	95,10%	4.590.085.297	96,41%	2.090.034.983	75,36%
total Ingresos operacionales	12.412.981.019	100,00%	4.760.977.936	100,00%	2.773.430.420	100,00%
Costos de producción	0	0,00%	5.027.680.725	105,60%	3.116.310.201	112,36%
Gastos operacionales de ventas	1.725.781.704	13,90%	682.571.606	14,34%	198.603.889	7,16%
Gastos operacionales de administración	10.352.845.836	83,40%	1.157.224.330	24,31%	796.334.701	28,71%
Utilidad (pérdida) Operacional	334.353.479	2,69%	(2.106.498.725)	-44,25%	(1.337.818.371)	-48,24%

A continuación se establece la proporción de los costos y gastos operacionales que le corresponde a los ingresos por actividades de radio y televisión – comerciales, de la siguiente manera:

Año 1998:

$$\text{Fórmula} = \frac{\text{Ingreso por comerciales} \times \% \text{ de costo o gasto}}{100\%}$$

Proporción del gasto operacional de ventas:

$$\frac{11.804.527.381 \quad \times \quad 13,90\%}{100\%}$$

Resultado = \$ 1.641.188.151,9

Proporción del gasto operacional de administración:

$$\frac{11.804.527.381 \quad \times \quad 83,40\%}{100\%}$$

Resultado = \$ 9.845.374.930,9

Al aplicar la anterior fórmula a los ingresos, costos y gastos operacionales de los años 1998, 1999 y 2000 se genera el siguiente resultado:

Cuadro 3

Concepto	1998	Porc(%))	1999	Porc(%))	2000	Porc(%)
Ingresos por actividades de radio y televisión-comerciales	11.804.527.381	100,00 %	4.590.085.297	100,00 %	2.090.034.983	100,00%
Costos de producción	0	0,00%	4.847.214.939	105,60 %	2.348.426.444	112,36%
Gastos operacionales de ventas	1.641.188.152	13,90%	658.071.080	14,34%	149.666.302	7,16%
Gastos operacionales de administración	9.845.374.931	83,40%	1.115.686.410	24,31%	600.111.462	28,71%
Utilidad (pérdida) Operacional	317.964.298	2,69%	(2.030.887.132)	44,25 %	(1.008.169.225)	-48,24%

Con fundamento en los conceptos que quedaron expuestos sobre el alcance del restablecimiento del equilibrio de la ecuación financiera del contrato a que tiene derecho el convocante, el punto de no pérdida corresponde a la recuperación por parte del contratista de los costos y gastos operacionales que sobrepasaron los ingresos operacionales por concepto de la pauta publicitaria (Ingresos por actividades de radio y televisión- Comerciales), en los casos en que se produjo.

Teniendo en cuenta que los años que generaron pérdida fueron 1999 y 2000, para tales años se debe restablecer la ecuación financiera llevando los resultados a punto de equilibrio, es decir, sin ganancia ni pérdida para el concesionario, según se ilustra en el siguiente cuadro:

Cuadro No. 4

Concepto	1999	2000
Ingresos por actividades de radio y televisión-comerciales	4.590.085.297	2.090.034.983
Costos de producción	4.847.214.939	2.348.426.444
Gastos operacionales de ventas	658.071.080	149.666.302
Gastos operacionales de administración	1.115.686.410	600.111.462
Pérdida operacional	(2.030.887.132)	(1.008.169.225)
Costos y gastos por recuperar	2.030.887.132	1.008.169.225
Punto de no pérdida	0	0

En consecuencia, el total de los costos y gastos operacionales que se deben reconocer como compensación para restablecer el equilibrio de la ecuación contractual a un estado de no pérdida es de **\$2.030.887.132** del año 1999 y de **\$1.008.169.225** del año 2000.

Estas cantidades se actualizan con la variación del Índice de Precios al Consumidor a la fecha del presente laudo, para efectos de mantener constante su valor, con el siguiente resultado:

- La cantidad de \$2.030.887.132.00 actualizada con IPC desde el año 1999 hasta la fecha del laudo (junio de 2010) arroja el valor de **\$3.846.194.747.00.**
- La cantidad de \$1.008.169.225.00 actualizada con IPC desde el año 2000 hasta la fecha del laudo (junio de 2010) arroja el valor de **\$1.750.168.670.00.**

Por todo lo hasta aquí expuesto, el Tribunal declarará que prospera la primera pretensión principal de la demanda y se condenará en consecuencia a la Comisión Nacional de Televisión al pago de la suma que ha quedado establecida para el restablecimiento del desequilibrio contractual presentado en la ejecución del contrato 129 de 1997 celebrado con PRODUCCIONES JES LTDA.

Por las mismas razones, en la parte resolutive del laudo, se declarará que carecen de fundamento los argumentos de defensa que la parte convocada enunció, en el acápite “III, EXCEPCIONES DE FONDO, 1.- IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE RUPTURA DE LA ECUACIÓN FINANCIERA EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL Y DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE TELEVISIÓN NÚMERO 129 DE 1997”.

C. PRETENSION SUBSIDIARIA A LA PRETENSION PRIMERA CONTENIDA EN LOS NUMERALES 2.A) Y 2.B) DE LA DEMANDA

Habiendo encontrado que prospera la pretensión primera principal de la demanda, no procede decidir la que con carácter subsidiario a ésta fue formulada por el convocante, ni la pedida como consecuencia de la misma, relativa al pago de los perjuicios demandados por el incumplimiento de la convocada, y así se declarará en la parte resolutive del laudo.

D. PRETENSÓN ENUNCIADA EN EL NUMERAL 3. A) DE LA DEMANDA

El convocante formula esta pretensión en los siguientes términos:

3. En todo caso: A) Declarar que el acto de liquidación contenido en el Acta número 48 del 05 de septiembre de 2002 suscrito por la COMISIÓN y el concesionario DEMANDANTE no incluyó los ajustes, revisiones y reconocimientos a que había lugar, ni los acuerdos, conciliaciones o transacciones de las partes por las diferencias presentadas durante la ejecución del contrato de conformidad con lo pactado en la cláusula vigésima del mismo y con ocasión de la renuncia del CONCESIONARIO a los espacios de televisión por causas imputables a LA COMISIÓN y la situación económica que afectó al sector de la televisión y al país, a fin de que se reparen los perjuicios a LA DEMANDANTE e imputables a la COMISION.

En torno a la reclamación que incumbe a esta pretensión, es decir, la reparación de perjuicios por causas imputables a la CNTV y a la situación económica que afectó al sector de la televisión, es de anotar que en el momento del análisis de las pretensiones precedentes, concretamente al estudiar la procedencia de la pretensión principal, se declaró que se presentó la ruptura de la ecuación económico-financiera de la relación contractual y por tanto el desequilibrio económico del Contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 129 de noviembre 24 de 1997, suscrito entre PRODUCCIONES JES y la CNTV, por hechos y circunstancias imprevistos, imprevisibles y ajenos a la demandante y de conformidad con ello se procedió a su

debido restablecimiento, llevando al concesionario, como ahí se dijo. a punto de no pérdida tal como establece la ley.

Evidentemente, dicho concepto, por las razones antes expuestas, no admite la posibilidad de condenar al pago adicional de perjuicios derivados de otras circunstancias contractuales. Por dicha razón, no cabe cosa distinta en este acápite que reiterar esas consideraciones. Mucho más en el caso de la pretensión en examen, toda vez que el demandante alude su justificación a "la situación económica que afectó al sector de la televisión y al país", y esas fueron precisamente las causas por las cuales anteriormente el Tribunal despachó de manera favorable la primera pretensión, no resultando procedente hacer reconocimientos adicionales sobre el particular.

De otra parte, encuentra el Tribunal que el acto de liquidación del Contrato No.129 de 1997, contenido en el Acta 48 de 5 de septiembre de 2002, comprendió el acuerdo de las partes sobre el monto de las obligaciones de pago de la concesión que se encontraban pendientes en esa fecha a cargo de PRODUCCIONES JES y la manera como serían pagadas. (Fl.210 cuad. pruebas 1)

En el acta consta el balance de ejecución del contrato con las cuotas pagadas hasta ese momento por el concesionario y las que se encontraban aún sin cancelar, por la cantidad de \$103.300.793, correspondiente al saldo pendiente en desarrollo del contrato de dación en pago parcial que había celebrado PRODUCCIONES JES el 14 de febrero de 2002 con la CNTV y el acuerdo al que llegaron las partes respecto del plazo y forma de pago de esa cantidad.

Así lo hace notar el apoderado de la parte convocada en sus argumentos de defensa relativos a la liquidación del contrato, expresados en el acápite que denominó Excepciones de Fondo.

Pero el acto de liquidación no comprendió, efectivamente, los reclamos del concesionario relativos al desequilibrio financiero del contrato en su ejecución ni los que se hubieren originado eventualmente por su renuncia a la concesión a la que, según alegó después, se vio forzado.

Ciertamente, el concesionario no hizo constar en el acta de liquidación reserva alguna respecto de las pretensiones o reclamos que pudiera hacer derivar de la ruptura de la ecuación financiera ni invocó perjuicio alguno por ello. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, la circunstancia de que el concesionario no los hubiera formulado en ese momento, o que no quedaran comprendidos dentro de la liquidación, no obsta para que el concesionario pueda demandar después por ellos como en efecto hizo ante esta sede arbitral.

Entre otras razones porque, distinto del ajuste de cuentas del contrato y de la valoración de saldos a favor o a cargo de las partes por las obligaciones pendientes de pago, la liquidación no comprende, ni debe comprender, la estimación o liquidación de perjuicios derivados de un pretendido desequilibrio contractual, los que sólo pueden ser establecidos de manera judicial o arbitral, previa declaración de la causa que les dé origen y una vez establecido el derecho del contratista a su reconocimiento.

El acto de liquidación tampoco comprendió los alegados perjuicios del concesionario con ocasión de su renuncia a la concesión o a partir de ella, porque no hizo constar salvedad alguna a ese respecto.

La liquidación del contrato hecha de manera bilateral es un acto de naturaleza contractual, en el cual se plasman las manifestaciones de voluntad de las partes respecto del balance final de las obligaciones pecuniarias que hayan quedado pendientes por razón de la ejecución del contrato. Pero no es, en modo alguno, el acto en el que se deba determinar el cumplimiento o no de las demás prestaciones del contrato, o los efectos por las vicisitudes que se hayan presentado durante su vigencia como serían los perjuicios por un eventual desequilibrio de la ecuación contractual¹⁸.

Lo anterior no implica que el acto de liquidación así realizado y el acta respectiva carezcan del contenido material previsto en el contrato y en la ley o resulten ser un acto meramente formal. Conforme con el artículo 60 de la ley 80 de 1993, en el acta

¹⁸ En sentido contrario parece estar orientada la opinión de La representante del Ministerio Público (Fl. 129 a 132 cuad principal 2).

“constarán los acuerdos, conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”.

En el presente caso, el acto de liquidación del contrato 129 de 1997 celebrado entre la CNTV y PRODUCCIONES JES, y el acta No.48 de 5 de septiembre de 2005 que lo contiene, expresa, como se dijo, lo que las partes acordaron respecto de las obligaciones que en el momento de la liquidación se encontraban pendientes de pago a cargo de PRODUCCIONES JES, según el balance correspondiente y el plazo y forma de pago, todo lo cual fue aceptado sin reserva alguna por el concesionario.

Que en dicho acto quedaran establecidas obligaciones a cargo de una sola de las partes no lo convierte en unilateral, como alega el convocante. La condición de bilateral se predica, en este caso, del consentimiento mutuo que hayan hecho ambas partes respecto de las obligaciones que allí quedaron contenidas y no de que sólo quedaran comprendidas las que estuvieran a cargo de una de ellas.

No se trató, pues, de un acto unilateral ni tampoco de una conducta antijurídica de la administración por el hecho de no haber comprendido en el acto de liquidación los reconocimientos a que eventualmente hubiera tenido derecho el concesionario, menos aún si para entonces éste no los reclamó, siendo que se trataba de la liquidación hecha de común acuerdo por ambas partes.

Por su naturaleza contractual, los acuerdos a que lleguen las partes en el acto de liquidación y el acta en donde consten, así como las conciliaciones que celebren sobre los saldos pendientes, su forma de pago y demás, al igual que la transacción que le ponga fin a las obligaciones y todo lo que corresponda a sus manifestaciones de voluntad, tienen efectos vinculantes para ellas y no pueden ser impugnados después, salvo que se invoque la concurrencia de un vicio del consentimiento que los haga inválidos.

Si tales acuerdos o manifestaciones debieron ser diferentes y se vio forzado a aceptarlos, según dice el convocante, o si pretende derivar perjuicio de la forma como quedaron estipulados o de las condiciones en que después fueron cumplidos, tendría que haber sido previamente impugnada su validez, pero tal acción no sólo no fue sometida a decisión de este Tribunal, sino que, además, sus supuestos de hecho no se demostraron durante el proceso.

En cuanto a la oportunidad en que fue suscrita el acta que puso fin a la liquidación del contrato 129 de 1997, ésta no se dio dentro de los 4 meses siguientes a su terminación, previstos en el contrato para ese efecto, sin embargo, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado:

“Es viable realizar la liquidación de común acuerdo, del contrato que la requiera, aún vencido el término previsto en la ley al efecto o al pactado, a condición de que la entidad contratante no haya perdido su competencia”, esto es, que se haga dentro del término de caducidad (Concepto 1365 de 31 de octubre de 2001, M.P. Flavio A. Rodríguez)

Para concluir, encuentra el Tribunal que el acto de liquidación del contrato 129 de 1997 y el acta No.48 de 5 de septiembre en la cual consta, contiene los acuerdos que las partes hicieron respecto de las obligaciones allí contenidas, en los términos previstos por la ley y a las mismas se circunscribe el acta de liquidación sin que ello signifique que por no haber quedado comprendidos los reclamos relativos a la ruptura de la ecuación financiera del contrato y sus efectos, la liquidación resulte aparente o deficiente, como tampoco implica que tales reclamos no pudieran hacerse valer en sede judicial o arbitral, como en efecto ocurrió y como había sido reconocido por las partes en el contrato de dación en pago de 20 de febrero de 2003, bajo cuyos términos:

“CLAUSULA DECIMA CUARTA: El presente acuerdo de dación en pago se circunscribe a la cancelación de las obligaciones pendientes de pago correspondiente a las tarifas de los espacios concesionados a **PRODUCCIONES JES LTDA** y al acuerdo de pagos suscrito con **LA COMISION** el 14 de febrero de 2002, de acuerdo con la liquidación efectuada por **LA COMISION**, con sus correspondientes intereses corrientes y moratorios. En ningún caso este acuerdo se refiere, modifica, vulnera o constituye reconocimiento a las pretensiones, al reestablecimiento (sic.) del equilibrio económico durante la ejecución del Contrato No. 129 de 1997 que eventualmente pudieran presentarse por **PRODUCCIONES JES LTDA** en Tribunal de Arbitramento que cualquiera de las partes convoque.” (Fl.458 cuad. pruebas 2)

Por último, al despachar la pretensión primera principal se precisó que la indemnización de perjuicios a cargo de la administración sólo procede en las hipótesis de responsabilidad con culpa de la entidad estatal, por incumplimiento de las prestaciones contractuales a su cargo o por una conducta antijurídica suya en los casos del artículo 50 de la ley 80 de 1993. No constituyó, en este caso, una

conducta antijurídica de la administración el hecho de no haber incluido en el acto de liquidación reconocimientos a que eventualmente hubiera tenido derecho el concesionario para el restablecimiento del contrato, menos aún si para entonces éste no los reclamó, pues se trataba de una liquidación hecha de común acuerdo por las partes y no de un acto exclusivamente suyo.

Por las razones expuestas, se declarará que prospera parcialmente la pretensión contenida en el numeral 3.A) de la demanda.

E. PRETENSIONES DE LOS NUMERALES 3.B) y 3.C) DE LA DEMANDA

El Tribunal analizará conjuntamente estas dos pretensiones, en la medida en que ambas se refieren a la solicitud de perjuicios con ocasión de la renuncia de PRODUCCIONES JES a la concesión y a partir de la misma, y de los que pudieran derivar de la liquidación del contrato correspondiente.

Estas pretensiones están enunciadas en los siguientes términos:

“3. En todo caso: (...) B) Condenar A LA DEMANDADA al pago de los perjuicios y daños que resulten probados y cuantificados en este proceso por causa de la renuncia citada provocada por DEMANDADA. **C)** Condenar a la DEMANDADA al pago de los perjuicios y daños causados o imputables a LA DEMANDADA a partir de la renuncia del contrato de concesión de espacios de televisión y la liquidación del contrato correspondiente, ordenada por la COMISIÓN. **D)** Condenar a la DEMANDADA al pago de las costas y gastos de este proceso”.

Empieza por precisar el Tribunal que, siendo consecuenciales los perjuicios que se invocan en estos numerales, faltaría la demostración y declaración de la causa que los hubiera originado.

Así, en el caso de la liquidación bilateral del contrato, mal podrían derivarse perjuicios de un acto lícito, realizado de mutuo acuerdo por las partes, cuya validez no ha sido impugnada ni discutida. Lo propio habría que decir de los acuerdos que siguieron a la renuncia y terminación anticipada del contrato por parte del concesionario.

Aun en la hipótesis en que se considerara que se trata de una pretensión autónoma de perjuicios, ésta no sería procedente por la siguiente razón. En el entender del

convocante, los daños sufridos consistirían en el pago que tuvo que hacer a favor de la CNTV, con ocasión de la renuncia y terminación anticipada del contrato, por las obligaciones que quedaron insolutas en ese momento, en las garantías que debió otorgar, en los intereses que se causaron y en el hecho de haber entregado en pago sus bienes por valor inferior al comercial.

Es importante precisar que no puede calificarse como perjuicios el pago hecho por el deudor en cumplimiento de sus obligaciones contractuales válidas que no hubieren sido objeto de discusión. Si el concesionario tenía algún reparo respecto de las condiciones aceptadas para cumplir con sus obligaciones, como serían las modalidades y valor de los bienes dados en pago, era necesario que hubiera impugnado la validez de los actos que le dieron origen, a saber los contratos de dación en pago y los acuerdos que celebró sobre el particular, o el acta de liquidación, según el caso, por la existencia de error, de fuerza o de dolo en su celebración. Pero una pretensión en tal sentido no fue formulada ante este Tribunal y en consecuencia resulta por completo ajena a su decisión, además de que no se encontraría demostrada.

Y, en todo caso, no quedó acreditada en forma alguna la existencia de pagos realizados a la CNTV distintos de aquellos aceptados por PRODUCCIONES JES.

En consideraciones precedentes de este laudo, se precisó que la pretensión referida al incumplimiento de la CNTV y la solicitud de los perjuicios derivados de aquél, fue formulada en la demanda con carácter meramente subsidiario y que por cuanto prosperó la pretensión principal se dispuso el restablecimiento de la ecuación contractual con el alcance que establece la ley, esto es a punto de no pérdida.

En cuanto a las pretensiones de condena de perjuicios que se solicitan en estos numerales 3B) y 3C) de la demanda, al Tribunal no le ha sido impetrada la previa declaratoria de la causa que los hubiese originado y, en todo caso, no encuentra que se hayan configurado como tales ni que se hallen demostrados en manera alguna.

Por las razones antes expuestas, se declarará en la parte resolutive del Laudo que no prosperan las pretensiones de los numerales 3.B) y 3.C) de la demanda.

F. EXCEPCIONES BAJO EL TITULO DE “EXCEPCIONES PREVIAS”

Con ocasión del traslado a la convocante de la totalidad de las excepciones que formuló la parte convocada, tanto de las que denominó “**II. EXCEPCIONES PREVIAS**” como las enunciadas en el título de “**III. EXCEPCIONES DE FONDO**”, se advirtió que de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo, numeral segundo del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, en el proceso arbitral no proceden excepciones previas, razón por la cual no fueron resueltas de manera anticipada aquellas propuestas con esa denominación. Precisado lo anterior el Tribunal procede a resolver sobre su fundamento y demostración.

1. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Aduce la demandada como fundamento de esta excepción lo siguiente:

"Respecto a este tema de la caducidad de la acción, es preciso establecer que en este caso, el acto por medio del cual se liquidó de común acuerdo el contrato se suscribió el día 5 de septiembre de 2002, y la demanda fue admitida por el Despacho en la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, lo cual ocurrió el día 1 de diciembre de 2008, es decir totalmente extemporánea...".

Para ahondar en su argumento la convocada expone que de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad será de dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. Y añade que en consonancia con esta disposición, en los contratos que requieran liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, la caducidad se presenta a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta.

En primera instancia el Tribunal comparte el criterio de que ese es el contenido de las normas citadas, no obstante, es evidente que la consideración que lleva a la convocada a colegir que la demanda es extemporánea parte de un indudable equívoco.

Es claro que el término de caducidad corre a partir de la fecha en la cual se liquidó de común acuerdo el contrato, es decir la del 5 de septiembre de 2002, lo cual le imponía al concesionario la obligación de presentar su demanda antes de que

transcurrieran los dos años luego de firmada el acta respectiva, tal y como efectivamente aconteció en este caso, ya que la demanda fue radicada el 4 de septiembre de 2004.

El error de apreciación en el que incurre la convocante consiste en que parte de la base de que el término de caducidad sólo se interrumpe con el auto admisorio de la demanda y no con su presentación.

Para respaldar la anterior afirmación basta con observar el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que determina que “la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad”.

En armonía con esta norma, el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 45 de la ley 446 de 1998, dispone que:

Art. 143 **Inadmisión y Rechazo de la Demanda.** Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpe los términos para la caducidad de la acción.

No obstante, si la demanda se presenta dentro del término de caducidad, el ponente, por auto susceptible de reposición, expondrá los defectos simplemente formales para que el demandante los corrija en un plazo de cinco 5 días. Si así no lo hiciera, se rechazará la demanda.”

De otro lado, para fundar esta también esta excepción la demanda expresó:

"Adicionalmente a esto, cabe mencionar que el contratista ha debido realizar las respectivas salvedades o reservas en el mismo acto de la liquidación, siendo ésta la oportunidad adecuada para hacerlo, pero como en el presente caso no se hizo, ni siquiera tenía la oportunidad para reclamar judicialmente sobre el mencionado acto.”

Al respecto simplemente vale la pena mencionar que no puede ahora la convocada desconocer un acto contractual que ella misma suscribió y en el que precisamente convino la posibilidad de que el concesionario pudiera elevar reclamaciones en torno al restablecimiento del equilibrio económico.

Como ya se expresó en otro aparte de este Laudo, en el contrato de dación en pago celebrado entre las partes el 20 de febrero de 2.003, se admitió la posibilidad de que

PRODUCCIONES JES pudiera formular pretensiones en la instancia arbitral, con lo que se ratifica que existió manifestación expresa y conocida por la CNTV, de que el concesionario se reservaba la posibilidad de demandar el "restablecimiento del equilibrio económico del contrato", conforme a la cláusula décimo cuarta de dicho convenio. A las consideraciones expuestas sobre este particular, cuando decidió la pretensión 3.A de la demanda, se remite el Tribunal¹⁹.

Son pues incuestionables las razones para colegir que no resulta fundada ni demostrada esta excepción y así habrá de resolverse en el Laudo.

2. LIQUIDACION DEL CONTRATO Y TRANSACCIÓN

Con relación a esta excepción la demandada argumenta que en virtud del Acta 48 de septiembre 5 de 2002, celebrada de mutuo acuerdo, las partes acordaron la liquidación del contrato de concesión de espacios de televisión No. 129 de 1997, y "pactaron un medio eficaz de pago de las obligaciones a cargo de Producciones JES Ltda, dando como resultado el paz y salvo expedido por la CNTV, de fecha 3 de abril de 2003, en el cual manifiesta que Producciones JES Ltda no presenta obligación alguna respecto del contrato de concesión de espacios de televisión No. 129 de 1997, suscrito con la CNTV. En consecuencia, al haberse efectuado el procedimiento descrito anteriormente, el contrato mencionado se ha extinguido, ya que ninguna de las dos partes tiene obligaciones pendientes respecto del objeto del mismo."

Al respecto el Tribunal pasa a señalar que es inapropiado, como se supone, atribuir el efecto de que el acta de liquidación hubiese tenido la virtualidad de imposibilitar la formulación de reclamaciones, porque independientemente de lo dicho por la convocada y como ya se ha reiterado, en el contrato de dación en pago celebrado entre las partes el 20 de febrero de 2.003, se admitió la posibilidad de que el concesionario pudiera reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en la instancia arbitral.

En cuanto al punto de la transacción, es claro que ella solo tendría efectos respecto de las obligaciones a que hizo referencia el acta de liquidación, no así, por la expresa

¹⁹ En igual sentido se encuentra el concepto rendido por la representante del Ministerio Público (Fl. 125 cuad principal 2).

y aludida voluntad de las partes, respecto de las materias objeto de reclamación por desequilibrio económico planteadas ante este Tribunal, frente a las cuales resulta por completo improcedente esta excepción y así habrá de declararse en la parte resolutive del Laudo.

3. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Como ya se precisó en la Primera Audiencia de Trámite (Fl. 423 a 425 cuad principal 1), la cláusula vigesimotercera del Contrato de Concesión de Espacios de Televisión de 24 de noviembre de 1997 consagra expresamente “Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación”, con la única limitación acerca de que “En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad”.

Resulta desconcertante el argumento de la parte convocada según el cual el Tribunal carece de competencia para decidir sobre las controversias contractuales por encontrarse ya liquidado el contrato. Significaría lo anterior que la competencia del Tribunal estaría supeditada a que aquél se encuentre vigente y aún no hubiere sido liquidado. Esto constituye un verdadero contrasentido.

En efecto, la afirmación de la CNTV no solamente desconoce el principio según el cual “La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte” (art. 118, Decreto 1818 de 1998), sino que, además, va en total contravía con lo dispuesto expresamente y de común acuerdo por las partes en el pacto arbitral.

Así las cosas, las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas en su contestación, se refieren a circunstancias que se encuentran claramente comprendidas dentro del campo de competencia establecido en la ley y en el pacto que las partes mismas celebraron. Por tales razones, esta excepción no está llamada a prosperar.

G. EXCEPCIONES DE FONDO

El Tribunal advierte que las denominadas excepciones de fondo que la parte convocada opone bajo este acápite, no constituyen técnicamente excepciones sino argumentos y medios de defensa contrarios a los que aduce el convocante como fundamento de sus pretensiones. Con ese alcance el Tribunal pasa a decidir sobre su razonabilidad y demostración.

1. IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE RUPTURA DE LA ECUACIÓN FINANCIERA EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL Y DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIOS DE TELEVISIÓN NO. 129 DE 1997

Los argumentos de defensa planteados por la convocada fueron examinados por el Tribunal al resolver la primera pretensión principal de la demanda, relativa a la ruptura del equilibrio contractual y su restablecimiento, los cuales, por las razones que allí fueron expuestas, encontró infundados y sin demostración y así lo declarará en la parte resolutive del laudo.

2. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIOS DE TELEVISIÓN No. 129 DE 1997

A los argumentos expuestos por la convocada en este aparte, se refirió el Tribunal al despachar la pretensión subsidiaria a la primera pretensión principal de la demanda, relativa al incumplimiento del contrato de concesión por parte de la convocada. Por cuanto, como se expresó, el Tribunal encontró que prospera la pretensión principal, no resultó procedente decidir la subsidiaria y resultan infundados, en consecuencia, los medios de defensa que la convocada opone a esa pretensión. Así habrá de declararse en la parte resolutive del laudo.

3. EXCEPCIÓN "*VENERI CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET* (sic)" (No es lícito a las partes venir contra sus propios actos)".

La parte convocada sustenta esta excepción en su escrito de contestación de la demanda, manifestando que como las partes procedieron a la liquidación bilateral sin que el concesionario hubiere efectuado reparos, ahora no puede pretender

desconocer su expresión autonómica de voluntad. En tal sentido arguye que "no es lícito por parte del contratista alegar o atacar su propio acto, cuando consintió en su elaboración y guardó silencio sobre su inconformismo en la relación contractual".

En primera instancia el Tribunal pasa a analizar la configuración jurídica de la institución jurídica que envuelve la excepción alegada, esto es, la que la doctrina ha denominado "teoría de los actos propios", íntimamente vinculada con el principio de la buena fe contractual que proscribe el "*venire contra factum proprium*", en virtud de la cual no es dable admitir ninguna conducta, que aunque lícita, sea contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior desplegado por el sujeto.

Se trata de mantener coherencia en todos los actos previos y posteriores al contrato, de manera tal que ninguna de las partes se vea sorprendida por cambios de conducta de alguna de ellas que vayan en contravía de sus actuaciones y manifestaciones anteriores.

"(...) El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el "venire contra factum proprium", según el cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, (...) (Sentencia T-475/92: M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.)"

También ha manifestado la Corte Constitucional sobre la materia:

"La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la CONFIANZA, SEGURIDAD Y CREDIBILIDAD QUE OTORGA LA PALABRA DADA. (...) La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la NEGACIÓN DE LOS PROPIOS ACTOS (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias. No es posible reducir la infracción de la buena fe a casos tipificados legalmente. De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la ley y le dan su real significado, (...)"

En adición a lo anterior, mediante la Sentencia T-411 de 2002, la Corte Constitucional, refiriéndose a la teoría en análisis, señaló tres condiciones necesarias para la aplicación del acto propio:

"Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no

pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

Al respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

- a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz.*
- b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción-atentatorio de la buena fe existente entre ambas conductas.*
- c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.”*

Asentada dicha figura en la presente decisión arbitral, resulta pertinente indagar si la convocante obró en contravía de este principio, lo que desde luego conllevaría a declarar procedente dicha excepción. Al efecto es pertinente examinar si con relación a su comportamiento contractual y en torno al fenecimiento contractual la programadora guardó silencio o si se reservó la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para reclamar.

Pues bien, la prueba escrita adjuntada al expediente no corrobora el dicho de la demandada, ya que como tuvo ocasión de observarse precedentemente en el contrato de Dación en Pago de Febrero 20 de 2.003, se admitió la posibilidad de que JES pudiera reclamar sus pretensiones ante tribunales de arbitramento, con lo que está acreditado que existió manifestación expresa y conocida por la CNTV de que el concesionario se reservaba la posibilidad de demandar.

En efecto, el contratista estimó que tenía derecho a reconocimientos y así lo consignó mediante acto celebrado y suscrito por las partes, con lo cual se rompe el hilo de conexidad entre los requisitos que exige la jurisprudencia constitucional antes vista, para que se declare la existencia de este fenómeno. Ciertamente, la conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz no resulta incoherente con el ejercicio de una facultad en este caso litigiosa, debido a la inexistencia de contradicción entre ambas conductas.

Aún más, la convocada no puede argumentar verse sorprendida porque, de hecho, consta en el documento antes citado y obrante en el expediente, la firma de su representante legal, sin que el mismo haya sido tachado de falsedad, con lo cual ya era concedora de la posibilidad de formulación de eventuales reclamaciones por

parte del concesionario, tal y como efectivamente ocurrió con la formulación de la demanda arbitral que resuelve este Tribunal.

Es evidente, entonces, que esta excepción no está llamada a prosperar toda vez que no concurren los requisitos que tiene acreditada la doctrina y la jurisprudencia para la institución jurídica de los actos propios y su correlativo "*venire contra factum proprium*" y así habrá de declararlo el Tribunal.

4. DEL ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO 129 DE 1997 Y SUS EFECTOS

Los medios de defensa que la convocada invoca relativos a la liquidación del contrato y sus efectos, ya fueron examinados al resolver las pretensiones de la demanda en que se determinó el alcance y contenido del acta de liquidación encontrando que la pretensión formulada en el numeral 3. A) prospera parcialmente. Por las mismas razones expuestas para despachar la pretensión, se declarará que resultan parcialmente fundados los argumentos expuestos por la convocada invocados bajo esta excepción.

H. LA CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Para el Tribunal, las partes en el presente proceso han actuado de conformidad con los parámetros de la lealtad procesal, cada una en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en los parágrafos 2º y 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993²⁰ en consonancia con el artículo 171 del Código Contencioso

²⁰ El artículo 75 de la Ley 80 de 1993, disciplina: "Artículo 75. Del juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa. Parágrafo. 1º. Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurren personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias. Parágrafo 2º. En caso de condena en procesos originados en controversia contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales. Parágrafo 3º. En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las

Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998²¹, tal como han sido interpretados y aplicados por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera desde la Sentencia de 18 de febrero de 1999²², al estar condicionada la condena en costas a una actuación temeraria o abusiva, el Tribunal, se abstendrá de imponerlas.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre **PRODUCCIONES JES LIMITADA** y **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRMERO: Declarar que prospera la pretensión primera principal de la demanda relativa a la ruptura de la ecuación económico-financiera de la relación contractual y, por tanto, el desequilibrio económico del Contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 129 de noviembre 24 de 1997, suscrito entre PRODUCCIONES JES LTDA. y la COMISION NACIONAL DE TELEVISIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del parágrafo anterior” (Énfasis del Tribunal). (comparencia de una de sus partes y la ineludible limitación del pacto arbitral).

²¹ El Artículo 171 Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, preceptúa: Artículo 55. Condena en costas. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, quedará así: “Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999, Ponente, Ricardo Hoyos Duque, Expediente 10.775, anotando “En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”.

SEGUNDO: Condenar, como consecuencia de la declaración anterior, a la COMISION NACIONAL DE TELEVISIÓN al pago de la suma de CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$5.596.363.417), a favor de PRODUCCIONES JES LTDA., a título de restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato No. 129 de 24 de noviembre de 1997.

TERCERO: Declarar que, como consecuencia de haber encontrado que prospera la pretensión primera principal de la demanda, no proceden las pretensiones de los numerales 2.A) y 2.B) formuladas con carácter subsidiario a aquélla.

CUARTO: Declarar que prospera parcialmente la pretensión formulada en el numeral 3.A) de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: Declarar que no prospera la pretensión 3.B) de la demanda, relativa a la indemnización de perjuicios solicitada, por las razones expresadas en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: Declarar que no prospera la pretensión 3.C) de la demanda, relativa a la indemnización de perjuicios solicitada, por las razones expresadas en la parte motiva de esta decisión.

SÉPTIMO: Declarar no probadas las excepciones denominadas “Caducidad de la acción”, “Liquidación del contrato y transacción” y “Falta de competencia” propuestas por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN.

OCTAVO: Declarar infundadas las denominadas “excepciones de fondo” de la COMISION NACIONAL DE TELEVISIÓN, enunciadas como “Improcedencia de la solicitud de ruptura de la ecuación financiera en la relación contractual y desequilibrio económico del contrato de concesión de espacios de televisión No.129 de 1997”; “Incumplimiento del contrato de concesión de espacios de televisión No. 129 de 1997”; “*Veneri contra Factum proprium non valet* (sic)”; y “Efectos del acta de liquidación”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

NOVENO: Declarar que prospera parcialmente la “excepción de fondo” denominada “Del acta de liquidación del contrato 129 de 1997”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta laudo.

DÉCIMO: Entregar, una vez ejecutoriado el presente Laudo, a cada uno de los árbitros y al secretario el cincuenta por ciento restante de sus honorarios, y **rendir** cuenta, por la Presidente, de las sumas entregadas por las partes para gastos del Tribunal.

DÉCIMO PRIMERO: Protocolizar el presente laudo en una Notaría del Círculo de Bogotá, una vez terminada la actuación, efecto para el cual se previene a las partes sobre su obligación de cubrir por mitades lo que faltare, si la suma decretada y recibida para esos efectos resultare insuficiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ

Presidente

HERNANDO HERRERA MERCADO

Árbitro

ENRIQUE LAVERDE GUTIERREZ

Árbitro

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA

Secretario