Laudo Arbitral

Diego Fernando Londoño Reyes

v.

Comisión Nacional de Televisión

Agosto 2 de 2002

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin a este litigio y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre Diego Fernando Londoño Reyes, parte convocante, y la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) parte convocada.

El presente laudo se profiere en derecho.

I. CAPÍTULO PRIMERO

Antecedentes del proceso

En Bogotá, el 5 de mayo de 1998 Diego Fernando Londoño (convocante), y la Comisión Nacional de Televisión (Convocada) suscribieron el Contrato de Concesión Nº 155 de 1998 cuyo objeto era la utilización y explotación de los espacios de televisión en el Canal A, descritos en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada por el contratista.

También en Bogotá, el 29 de marzo de 1999 Diego Fernando Londoño y la Comisión Nacional de Televisión suscribieron el Contrato de Concesión Nº 029 de 1999 cuyo objeto era la utilización y explotación de los espacios de televisión en el Canal A, descritos en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada por el contratista.

En las cláusulas vigésima tercera de ambos contratos, que coinciden totalmente en su texto se pactó lo siguiente:

"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."

El 25 de octubre de 2000, con fundamento en la cláusula transcrita, Diego Fernando Londoño Reyes mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento pactado, con el objeto de declarar que la Comisión Nacional de Televisión incumplió los contratos 155 de 1998 y 029 de 1999, que el convocante se vio en imposibilidad de continuar la ejecución de los mismos, por lo cual tuvo que devolver los espacios de televisión que le fueron asignados, que se ordene a la parte convocada a pagar los perjuicios ocasionados a la parte convocante, que se ordene devolver el valor de la tarifa cobrada en exceso, que se ordene pagar al convocante el valor de la utilidad dejada de percibir por el tiempo restante de concesión en que no pudo ejecutar el concesionario, que en el evento de existir saldos a favor de la parte Convocada se ordene la compensación con las sumas que se disponga pagar a título de perjuicios, que se ordene la liquidación de los contratos y que se condene a la parte convocada al pago de las costas y agencias en derecho. En subsidio solicitó que se declare que las tarifas cobradas no reflejan el contenido que la ley obliga y que no corresponden con los niveles de eficiencia exigidos también por la ley, que se establezca el valor real que debió haber cobrado la Comisión Nacional de Televisión y que se efectúe la liquidación de los contratos y se ordene hacer los pagos, devoluciones y compensaciones según el caso.

El 31 de octubre de 2000, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria arbitral y corrió traslado del auto admisorio a la Comisión Nacional de Televisión en los términos del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

La notificación se surtió mediante aviso fijado en los términos del artículo 23 de la Ley 446 de 1998.

El 4 de diciembre de 2000, la Comisión Nacional de Televisión mediante apoderado judicial designado para el efecto presentó escrito de contestación de demanda en el que se opuso a las pretensiones, contestó los hechos y propuso la excepción de falta de competencia.

El 12 de diciembre de 2000, el apoderado de la parte convocante se opuso a la excepción a la que se refiere el numeral anterior.

El 14 de diciembre de 2000, las partes fueron citadas por el Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a la audiencia de conciliación programada para el 10 de enero de 2001, diligencia que por solicitud de las partes se suspendió.

El 21 de febrero de 2001, al no existir acuerdo entre las partes, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá dio por agotada la etapa conciliatoria.

El 4 de abril de 2001, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá acogió el acuerdo de las partes en torno a los árbitros que integrarían el Tribunal.

II. CAPÍTULO SEGUNDO

Síntesis del proceso

A. La demanda

1. Hechos

Los hechos de la demanda obran a folios 3 a 10 del cuaderno principal y se sintetizan de la siguiente manera, conforme al orden en que se plantean:

El 29 de marzo de 1999 Diego Fernando Londoño Reyes y la Comisión Nacional de Televisión suscribieron el contrato 29 de 1999 cuyo objeto era la utilización y explotación de los espacios de televisión en el Canal A descritos en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada por el contratista. El plazo de ejecución del contrato se estipuló en seis (6) años improrrogables y el valor en un mil treinta y nueve millones cuatrocientos ocho mil ciento veinticuatro pesos ($ 1.039.408.124).

El 15 de mayo de 1998 las mismas partes suscribieron el contrato 155 de 1998 cuyo objeto era la utilización y explotación de los espacios de televisión en el Canal A descritos en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada por el contratista. El plazo de ejecución del contrato se estipuló en seis (6) años improrrogables y el valor en cinco mil setecientos noventa y seis millones seiscientos cuarenta y ocho mil seiscientos ochenta y nueve pesos ($ 5.796.648.689).

Según la demanda, a partir del año 1998 hubo un incremento de la competencia en el medio de la televisión, toda vez que iniciaron operaciones quince (15) nuevos canales distribuidos en dos cadenas de operación privada con cubrimiento nacional (RCN y Caracol), nueve (9) canales regionales (Canal Capital, TV Andina, City T.V., Teleantioquia, Telepacífico, Telecaribe, Telecafé, Telemedellín, Teleoriente), un operador por cable (TV Cable), dos operadores satelitales (Direct T.V., SKY), y tres canales nacionales públicos (Canal A, Canal 1 y Señal Colombia).

Después de esta circunstancia, las tarifas fijadas por espacios de televisión no sufrieron modificaciones lo que según el actor generó una “crisis” de los concesionarios de la televisión pública, quienes se vieron obligados a devolver los respectivos espacios.

Agrega el demandante que “el servicio ofrecido por Inravisión, operador público, se ha ido deteriorando a punto tal que la televisión pública no es competitiva con la privada en razón a la ineficiencia del primero” y que en consecuencia, la Comisión Nacional de Televisión “ha incumplido el contrato con ocasión de la prestación ineficiente el operador público no solo por la ausencia de modernización de la entidad sino por los problemas laborales de los operarios de Inravisión”.

Según la demanda, otras circunstancias que afectaron los contratos sub judice fueron por una parte la recesión económica del país que lo ha conducido a “la etapa de estancamiento más drástica de los últimos sesenta (60) años”, y por otra la caída del ingreso promedio de la población.

Apunta el demandante que “El concesionario elevó solicitud a la comisión, en el sentido de que se revisaran algunos aspectos vinculados a las condiciones de ejecución de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, para lo cual solicito (sic) 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 las tendencias que se advierten en el comportamiento de la audiencia de los espacios públicos de televisión”.

El 3 de mayo de 1999 las partes suscribieron el otrosí Nº 1 por medio del cual se modificaron las cláusulas sexta, décima séptima y décima novena de los contratos materia de este proceso.

El primero (1º) de julio de 1999 Diego Fernando Londoño Reyes manifestó a la Comisión Nacional de Televisión la decisión de devolver los espacios adjudicados mediante las licitaciones 003 y 010 de 1998.

Mediante Resolución 1019 del 1º de octubre de 1999, la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión aceptó la renuncia a los espacios de televisión a cargo de Diego Fernando Londoño Reyes, a partir del 1º de noviembre de 1999. A través de la citada resolución se terminaron los contratos números 155 de 1998 y 1019 de 1999 y se ordenó la liquidación final de los mismos.

Diego Fernando Londoño Reyes a través de apoderado interpuso recurso de reposición contra la Resolución anterior, recurso que fue desatado mediante Resolución 1169 de 23 de noviembre de 1999, que confirmó el acto impugnado.

El 27 de junio de 2000, la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión no aceptó el acuerdo de pago propuesto por Diego Fernando Londoño Reyes y ordenó liquidar los contratos.

El 5 de julio de 2000, la Comisión Nacional De Televisión citó a Diego Fernando Londoño Reyes para suscribir las actas de liquidación de los contratos. Según la demanda este último no asistió por estar fuera del país.

2. Pretensiones

El demandante solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“A. Principales

Primera. Que se declare que la Comisión Nacional de Televisión incumplió el contrato 029 de 1999 que sustento con las razones que más adelante se presentan.

Segunda. Que como consecuencia de dicho incumplimiento se declare que mi poderdante se vio imposibilitado de seguir ejecutando el contrato por lo que tuvo que devolver los espacios de televisión que le habían sido asignados.

Tercera. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se ordene pagar los perjuicios ocasionados por tales hechos a mi poderdante. Dichos perjuicios consisten en el menor ingreso real percibido por mi poderdante en la ejecución contractual. El monto correspondiente será el determinado por los peritos al comparar los ingresos que venía percibiendo mi poderdante respecto de los ingresos que realmente recibió y que lo llevaron a la imposibilidad de continuar ejecutando el contrato.

Cuarta. Que como consecuencia de lo anterior se ordene devolver el valor de la tarifa cobrada en exceso respecto

de la tarifa que debió haber sido cobrada de acuerdo con el servicio ofrecido.

Quinta. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se ordene pagar a mi poderdante el valor de la utilidad dejada de percibir por el tiempo restante de concesión de espacios que no pudo ejecutar el concesionario en razón a que se vio obligado a la devolución de los mismos.

Sexta. Que en el evento de existir saldos a favor de la comisión se compensen dichos valores con las sumas que se ordene pagar a título de perjuicios declarándose mi poderdante a paz y salvo por concepto de este contrato.

Séptima. Que se ordene la liquidación del contrato 029 de 1999 incluyendo los reconocimientos a que haya lugar y llevando a cabo las compensaciones en el evento en que existan sumas a cargo de mi poderdante.

Octava. Que se declare que la Comisión Nacional de Televisión incumplió el contrato 155 de 1999 que sustento con las razones que más adelante se presentan.

Novena. Que como consecuencia de dicho incumplimiento se declare que mi poderdante se vio imposibilitado de seguir ejecutando el contrato por lo que tuvo que devolver los espacios de televisión que le habían sido asignados.

Décima. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se ordene pagar los perjuicios ocasionados por tales hechos a mi poderdante. Dichos perjuicios consisten en el menor ingreso real percibido por mi poderdante en la ejecución contractual. El monto correspondiente será el determinado por los peritos al comparar los ingresos que venía percibiendo mi poderdante respecto de los ingresos que realmente recibió y que lo llevaron a la imposibilidad de continuar ejecutando el contrato.

Décimo primera. Que como consecuencia de lo anterior se ordene devolver el valor de la tarifa cobrada en exceso respecto de la tarifa que debió haber sido cobrada de acuerdo con el servicio ofrecido.

Décimo segunda. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se ordene pagar a mi poderdante el valor de la utilidad dejada de percibir por el tiempo restante de concesión de espacios que no pudo ejecutar el concesionario en razón a que se vio obligado a la devolución de los espacios.

Décimo tercera. Que en el evento de existir saldos a favor de la comisión se compensen dichos valores con las sumas que se ordene pagar a título de perjuicios declarándose mi poderdante a paz y salvo por concepto de este contrato.

Décimo cuarta. Que se ordene la liquidación del contrato 155 de 1999 incluyendo los reconocimientos a que haya lugar y llevando a cabo las compensaciones en el evento en que existan sumas a cargo de mi poderdante.

Décimo quinta. Que se condene al demandado al pago de las costas y agencias en derecho que se causen en el presente proceso.

B. Subsidiarias

Primera. Se sirva declarar que las tarifas cobradas no reflejan el contenido que la ley 182 obliga y que adicionalmente no corresponden a los niveles de eficiencia igualmente exigidos por la ley.

Segunda. Que como consecuencia de lo anterior el Honorable Tribunal con fundamento en las pruebas aportadas y las practicadas se sirva establecer el valor real que debió haber cobrado la CNTV conforme a las características del servicio efectivamente prestado así como lo dispuesto en la ley 182 respecto de los parámetros que debe seguir la fijación de la tarifa.

Tercera. Que como consecuencia de lo anterior se lleve a cabo la liquidación de los contratos 029 y 155 teniendo como base los valores que debieron haberse pagado de acuerdo a la tarifa real, ordenándose hacer los pagos, devoluciones y/o compensaciones según el caso”.

B. La contestación de la demanda

El 4 de diciembre de 2000 la Comisión Nacional de Televisión a través de apoderado judicial contestó la demanda en escrito que se sintetiza de la siguiente manera:

1. Respecto de los hechos

La parte convocada aceptó algunos hechos de la demanda, y negó otros.

2. Excepciones

La parte convocada se opuso a todas las pretensiones de la demanda y propuso en su contestación la que denominó "excepción previa de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento".

III. CAPÍTULO TERCERO

Desarrollo del trámite arbitral

A. Instalación

El 30 de mayo de 2001 tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, el cual fue legalmente constituido. Los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron cancelados por las partes en las proporciones que les correspondía.

El 27 de junio de 2001 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, diligencia en la que, entre otras decisiones, el Tribunal asumió competencia mediante auto que se encuentra ejecutoriado y decretó las pruebas del proceso.

B. Pruebas

Mediante Auto de 27 de junio de 2001, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, ordenó de oficio la práctica de otras, pruebas que fueron practicadas en su totalidad, salvo los testimonios de los señores Patricio Wills, Álvaro Arango, Samuel Guzmán, Tulio Ángel y Gabriel Reyes respecto de los cuales los apoderados desistieron con la anuencia del Tribunal.

El 27 de agosto de 2001 se recibieron las declaraciones de Ricardo Lombana Moscoso, Gustavo José Samper Rodríguez, Goering Fernando Barrero Chaves y Luis Guillermo Ángel Correa.

El 28 de agosto de 2001 se recibió la declaración de Carlos Fernández Zafra.

El 29 de agosto de 2001 se recibieron las declaraciones de Luis Ricardo Alarcón Gaviria, Paul Edward Mejía y Carlos Eduardo Mejía Berrío.

El 30 de agosto de 2001 se recibió la declaración de Mauricio Prieto Uribe.

El 6 de septiembre de 2001 el Tribunal designó como peritos a los doctores Carlos José Espinosa López y Alonso Castellanos Rueda, cuyos nombre fueron propuestos de común acuerdo por las partes, para la práctica de la prueba pericial de carácter financiero y contable decretada en el trámite. Los peritos tomaron posesión del cargo el 13 de septiembre de 2001.

El 26 de septiembre de 2001 declaró ante el Tribunal José Manuel Alarcón Villar.

El 1º de noviembre de 2001 el Tribunal designó como peritos a los ingenieros Aldo Buenahora Santos y Bernardo Duque Pineda para la práctica de la prueba pericial de carácter técnico decretada en el trámite. Los peritos tomaron posesión del cargo el 15 de noviembre de 2001.

En esta última fecha el Tribunal corrió traslado del dictamen pericial financiero y contable, y el 28 de noviembre de 2001 decretó aclaraciones, complementaciones y adiciones de oficio y solicitadas por las partes.

También el 28 de noviembre de 2001, se recibió la declaración de Sergio Alfonso Quiroz Plazas.

El 28 de enero de 2002, declaró ante el Tribunal Cecilia Reyes de León y se corrió traslado del documento de

aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial financiero y contable.

El 4 de febrero de 2002 declaró ante el Tribunal Diego Fernando Londoño Reyes.

El 5 de marzo de 2002, el Tribunal corrió traslado del dictamen pericial técnico y el 14 de marzo siguiente decretó aclaraciones, complementaciones y adiciones de oficio y solicitadas por las partes y corrió traslado a la parte convocante de la objeción a la pericia presentada por la parte convocada.

El 3 de abril de 2002, el Tribunal corrió traslado del documento de aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial técnico.

El 10 de abril de 2002, el Tribunal decretó de oficio otras aclaraciones a la pericia técnica, de las cuales a su vez se corrió traslado el 24 de abril de 2002.

El 15 de mayo de 2002, se recibió la declaración de Darío Montenegro Trujillo.

Todos los oficios decretados por el Tribunal fueron remitidos y las correspondientes respuestas se encuentran incorporadas al expediente.

C. Alegatos de conclusión

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas, las partes fueron citadas a la audiencia de alegatos de conclusión que tuvo lugar el 27 de mayo de 2002. En audiencia del 17 de julio de 2002, con la presencia de los apoderados de las partes, el Tribunal aplazó la fecha prevista para proferir el laudo y se fijó para el 2 de agosto de 2002. La decisión se adoptó mediante auto notificado en estrados a los apoderados de las partes, quienes manifestaron su conformidad con el mismo.

Por encontrarse reunidos todos los presupuestos procesales y al estar dentro del término de ley, toda vez que la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 27 de junio de 2001 y el proceso fue suspendido entre el 6 de julio de 2001 y el 26 de agosto de 2001, entre el 14 de septiembre de 2001 y el 25 de septiembre de 2001, entre el 29 de noviembre de 2001 y el 27 de enero de 2002, entre el 1º de mayo de 2002 y el 14 de mayo de 2002, entre el 22 de mayo de 2002 y el 26 de mayo de 2002; por solicitud de las partes se decretó la prórroga del término y con fundamento en el artículo 228 del Decreto 1818 de 1998 se amplió el mismo plazo, el Tribunal procede a pronunciarse sobre el fondo de la controversia planteada.

D. Cuestiones previas

Antes de emprender el análisis de las pretensiones del convocante el Tribunal considera indispensable referirse a algunas materias que por su naturaleza deben despacharse previamente, bien para ser confirmadas, como es el caso de la petición de nulidad absoluta de todo lo actuado presentada por la convocada con fecha 21 de mayo de 2002 y que fundamenta en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo y el numeral 1º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Señala la convocada que se configuraría la causal de falta de jurisdicción que, según su escrito, surge del hecho de que al momento de realizarse la primera audiencia de trámite, ya estaban expedidas y ejecutoriadas resoluciones mediante las cuales: i) se aceptó la renuncia a los contratos —que el convocante presentó con fundamento en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996— y que contienen declaraciones de terminación de los contratos y orden de realizar las liquidaciones respectivas; ii) se establecieron nuevas tarifas y alivios de pago, y iii) se realizaron liquidaciones unilaterales de los contratos.

La convocada manifiesta inclinarse por la tesis de quienes consideran que las funciones del centro de arbitraje son de naturaleza administrativa y que por la misma causa, la jurisdicción corresponde únicamente al Tribunal que avocó su competencia en la primera audiencia de trámite. De la misma manera, que por existir y encontrarse ejecutoriadas las resoluciones de aceptación de la renuncia y las relacionadas con las tarifas, inclusive antes de la convocatoria del tribunal, este carece de jurisdicción y falta de competencia para resolver sobre las materias sometidas a su conocimiento.

Los anteriores asuntos se reiteran en los alegatos de conclusión de la convocada que destaca, adicionalmente, que obran en el expediente pruebas que demuestran que al momento de constituirse el Tribunal, el convocante se encontraba en mora de cumplir, lo cual daría lugar a que se declare la prosperidad de excepción de contrato no cumplido consagrada en el artículo 1609 del Código Civil.

1. Falta de competencia del Tribunal por encontrarse ejecutoriadas las decisiones unilaterales de liquidación en la fecha de celebración de la primera audiencia de trámite

Aunque el tema ha sido exhaustivamente tratado por el Tribunal, como que fue objeto de decisión en el auto por medio del cual se asumió competencia para esta litis y en el despacho del consiguiente recurso de reposición contra lo decidido, así como en la providencia por medio de la cual se desató la solicitud de nulidad presentada en forma previa a la audiencia de conciliación y de alegatos, dada la importancia del tema, el Tribunal considera pertinente volver una vez más sobre la cuestión, refrendando su criterio en el sentido de ser competente para definir este conflicto y haberse pactado, una cláusula compromisoria.

La controversia planteada por la parte convocada se inició invocando la producción de actos administrativos por medio de los cuales se liquidan los contratos celebrados con Diego Fernando Londoño, que resolverían las pretensiones propuestas en la solicitud de convocatoria y sobre los cuales, con apoyo en las tesis sentadas por la Corte Constitucional (sentencia de 25 de octubre de 2000) y por el Consejo de Estado (sentencia de 23 de febrero de 2000), reiterando pronunciamientos anteriores, no cabe que un tribunal de arbitramento se pronuncie. Posteriormente, como se colige de lo señalado en el aparte anterior, se amplía hacia otras decisiones contractuales del ente estatal.

El Tribunal señala para el efecto que, cualquiera sea la posición de los suscritos árbitros sobre la materia, lo cierto es que la exequibilidad condicionada que declaró la entidad guardiana de la Carta respecto de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, decisión que tiene fuerza de cosa juzgada, en razón de las especiales funciones asignadas a la Corte Constitucional, excusa de cualquiera consideración sobre el tema y obliga al fallador a atenerse a lo resuelto por la citada corporación.

Así las cosas, el Tribunal que en otras condiciones, tendría alguna duda sobre su competencia, en relación con la fuerza decisoria de los actos de liquidación del contrato y, por ende, sobre los temas resueltos por dicha decisión, hoy encuentra que la misma tiene respaldo en dichos pronunciamientos. No obstante lo anterior, el Tribunal recuerda que en el caso que nos ocupa se presentó una circunstancia bien especial, que permitió a los suscritos árbitros obtener total certeza sobre el punto, y afirmar la voluntad de la institución guardiana de la Carta.

Esta circunstancia deriva del hecho de que el mencionado acto administrativo se produjo luego de que la Comisión Nacional de Televisión, había sido convocada por la parte actora para dirimir las diferencias existentes ante un Tribunal de Arbitramento, en desarrollo de la cláusula compromisoria claramente establecida en los contratos y vencidos los términos legales que para la liquidación se disponen tanto en la Ley 80 de 1993, como en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

En estas circunstancias, habiéndose puesto el problema en manos de los jueces escogidos por las partes, los citados actos administrativos constituyeron una clara maniobra para entorpecer la acción de la justicia y el derecho de acceso a esta, que es de estirpe constitucional (art. 229 de la Carta) y que no puede ser vulnerado por esta clase de conductas.

En últimas, la interpretación de las normas superiores, y las relativas a cualquiera otra parte del ordenamiento jurídico, debe responder al principio de coherencia claramente establecido en el artículo 30 del Código Civil. Este tipo de normas, a pesar de su ubicación en una de las codificaciones vigentes, como lo tiene establecido la doctrina, son de carácter general y miran al correcto entendimiento de todas las reglas jurídicas, no solamente a las de naturaleza civil.

La administración pública, de la misma manera que la ciudadanía, está obligada al respeto de la Carta en su integridad y este respeto implica, no solamente la aceptación de las decisiones tomadas por la guardiana de la Constitución Política, sino también y de manera preponderante la de aquellas reglas de la misma Carta que

establecen derechos fundamentales, como es el de acceso a la administración de justicia.

A la luz de las anteriores consideraciones y no habiendo surgido hechos que ameriten modificar la decisión adoptada en la primera audiencia de trámite, el Tribunal reitera su competencia y en la presente decisión transcribe algunas de las razones constitucionales y legales que ampararon su decisión:

"(...) En efecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en la Sentencia del 31 de julio de 2001 (C.P. Dra. María Helena Giraldo, Exp. 12793), señaló que la Administración puede liquidar unilateralmente los contratos **hasta antes de que se le notifique la admisión de la demanda, en la cual se pretende que el juez de pronuncie sobre la liquidación del contrato,** hecho a partir del cual se le da certeza a la Administración de que el asunto se volvió judicial (principio de publicidad), siempre y cuando dicha notificación se haga dentro del término de prescripción o caducidad, según el caso..." (la negrilla es del Tribunal).

Destaca el Tribunal que respecto de las resoluciones de liquidación unilateral, el apoderado del convocante, mediante memorial calendado el 21 de junio de 2001 dirigido a la entidad Convocada y cuya copia fue remitida a este Tribunal con escrito calendado el 22 de junio del mismo año, manifestó no habérsele hasta ahora citado para notificarle el contenido de las mismas.

Además de las anteriores consideraciones, juzga importante el Tribunal consignar la posición del Consejo de Estado en relación con la naturaleza del acto de liquidación unilateral de los contratos:

"Los poderes exorbitantes de la entidad administrativa contratante o los privilegios de decisión unilateral, (...) miran la correcta ejecución del contrato y se encuentran limitados por este fin. Para ello puede dar órdenes, imponer multas para presionar o impulsar esa ejecución, interpretar cláusulas en cuyo entendimiento existan discrepancia y si estas medidas coercitivas no logran el fin buscado, podrá sustituir el contrato, ejecutándolo directamente o haciéndolo ejecutar por otro y hasta terminarlo, cuando el incumplimiento sea de tal envergadura que haga imposible su ejecución o cause perjuicios a la entidad pública (...). **Dentro de este marco conceptual, la actividad de la administración en la liquidación del contrato no constituiría siquiera un poder exorbitante pues no tiene la finalidad indicada,** pero suele también dársele esa calificación solo por el carácter de unilateral que puede tener cuando aquella procede a adelantarla cuando el contratista no colabora para llevarla a cabo o habiéndolo hecho no aprueba las conclusiones a las que se llega" (C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera. Sent. dic./89) (negrilla fuera de texto).

Esta posición del Tribunal ha sido acogida por el Consejo de Estado —Sala de Consulta y Servicio Civil—, concepto del 25 de abril de 2002, radicación 1417, en el que la Sala al atender una consulta, se refiere y cita apartes del auto proferido en la primera audiencia de trámite. Señala la Sala de Consulta y Servicio Civil:

"Toda esta sorprendente actuación no puede ser interpretada en forma diferente a constituir unas decisiones encaminadas claramente a obstruir el normal funcionamiento del Tribunal de Arbitramento convocado por la parte contratista en desarrollo de un convenio especial y específico celebrado con la Gobernación del departamento del Valle, actuación contraria al deber consagrado en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual:

"Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

Del análisis hasta aquí efectuado por la Sala resulta claro que el Gobernador del departamento del Valle del Cauca no podía en forma unilateral desconocer o dejar sin efecto el acuerdo celebrado entre las partes por cuanto no tiene la potestad legal para deshacer, por su sola voluntad, los acuerdos o convenciones que ha celebrado.

La demanda instaurada contra la cláusula compromisoria y el acta de acuerdo para constituir un Tribunal de Arbitramento, no constituye ni puede serlo una autorización para desconocer lo pactado mientras la justicia contencioso administrativa profiere su fallo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en reciente providencia proferida por la Sala Cuarta de Revisión, T-121 de 2002 de 22 de febrero de 2002, expediente T-505327, expresó:

(...) Si bien al constituir la cláusula compromisoria un acto de acuerdo entre las partes, el cumplimiento de ella ya no es un acto de voluntad sino una obligación contraída en el negocio jurídico. La renuencia constituye un acto arbitrario que viola no solo el contrato sino los principios de la buena fe y la transparencia administrativa (...)"(subraya el Tribunal).

En igual sentido se pronunció el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias entre Diego Fernando Londoño Reyes y la CNTV Nacional de Televisión (Acta Nº 3), en auto de fecha 27 de junio de 2001, oportunidad en la cual hizo las siguientes consideraciones y análisis:

"(...) si de conformidad con la ley y la jurisprudencia, la etapa prearbitral es de naturaleza jurisdiccional, significa que en el momento en que se solicitó la integración del tribunal para conocer de la demanda arbitral que simultáneamente se presentó, se hizo uso del derecho fundamental de acción o de acceso a la administración de justicia para que esta ejerza la función pública de carácter jurisdiccional; una vez admitida la demanda arbitral y notificada a la entidad convocada, se trabó la litis que puso en manos del juez del contrato la decisión definitiva. De conformidad con ello, se tiene que los actos administrativos fueron expedidos cuando ya se había trabado la litis, una vez se había ejercitado el derecho fundamental de acción para acceder a la administración de justicia en los términos de los artículos 116 y 228 de la Constitución Política, motivo por el cual la entidad convocada carecía de competencia para expedirlos (...).

"Por lo demás, la conducta consistente en proferir actos administrativos con la única finalidad grosera de enervar la solicitud del convocante y de esa manera impedir el ejercicio del derecho fundamental de acción, a juicio de este Tribunal de Arbitramento, constituye una clara vía de hecho (...).

"Finalmente, debe admitirse que la decisión administrativa de liquidar no constituye en estricto sentido una cláusula excepcional o poder exorbitante de la administración y, por lo mismo, su existencia —si ella se da— no le impide al Tribunal actuar, según los términos de la parte resolutiva de la Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000 proferida por la H. Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 sancionada en 1993.

"En efecto, la decisión administrativa de liquidar el contrato no constituye ejercicio de una facultad o poder excepcional o exorbitante de la administración, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia del más alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

"(...) los poderes exorbitantes de la entidad administrativa contratante o los privilegios de decisión unilateral (...) miran la correcta ejecución del contrato y se encuentran limitados por este fin. Para ello puede dar órdenes, imponer multas para presionar o impulsar esa ejecución, interpretar cláusulas en cuyo entendimiento existan discrepancia y si estas medidas coercitivas no logran el fin buscado, podrá sustituir el contrato, ejecutándolo directamente o haciéndolo ejecutar por otro y hasta terminarlo, cuando el incumplimiento sea de tal envergadura que haga imposible su ejecución o cause perjuicios a la entidad pública (...). Dentro de este marco conceptual, la actividad de la administración en la liquidación del contrato no constituiría siquiera un poder exorbitante pues no tiene la finalidad indicada, pero suele también dársele esa calificación solo por el carácter de unilateral que puede tener cuando aquella procede a adelantarla cuando el contratista no colabora para llevarla a cabo o habiéndolo hecho no aprueba las conclusiones a las que se llega" (C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera. Sent. dic./89).

"Por último señala el Tribunal que los hechos señalados, así como las conductas desplegadas, no pueden pasarse por alto, ni entenderlas al margen de las normas constitucionales y legales que regulan la conducta tanto de los funcionarios como de los apoderados que representan los intereses de las entidades estatales y en tal sentido recuerda que los funcionarios públicos se someten y están obligados al cumplimiento de la Constitución y la ley y sus actuaciones a los principios contenidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y al principio de la buena fe contenido en el 83 de la misma, reiterado como deber especial en el artículo 40 numeral 21 del Código Disciplinario Único".

Finalmente, debe la Sala destacar, que la administración departamental había perdido la competencia para realizar la liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017 de 1995, pues la demanda presentada ante juez competente

por el contratista había sido admitida desde el mes de abril de 2001 y, como lo tiene establecido tanto la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[1] como la doctrina de la Sala de Consulta de la corporación(2) , ocurrido este evento la administración pierde la competencia para actuar en orden a liquidar unilateralmente el contrato. De esta forma, aparece con claridad que cuando se expidió el acto de liquidación unilateral por el gobernador del departamento había perdido competencia temporal para pronunciarse sobre el particular. Por lo cual se está en presencia de una de las causales de anulabilidad de los actos administrativos, tal como lo señala el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (resaltamos).

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal confirma lo señalado en Auto de 27 de junio de 2001 consignado en el Acta Nº 3 (fls. 114 a 138 del cdno. ppal. Nº 1) y rechaza, una vez más la excepción de falta de competencia que la convocada presentó con fundamento en actos unilaterales de liquidación que fueron expedidos con posterioridad a la convocatoria del Tribunal.

2. Falta de competencia del Tribunal por encontrarse ejecutoriadas las decisiones “unilaterales” de admisión de la renuncia a los contratos

La renuncia como una forma anticipada de poner fin a los contratos no es materia pacífica en la teoría del negocio jurídico y carece de desarrollos en el campo de la contratación estatal, en la medida en que emerge como un fenómeno contrario al presupuesto general de los poderes de la administración que comporta justamente lo contrario, un derecho del particular contratista, en este caso concesionario, que lo recibe directamente del artículo 17 de la Ley 335 de 1996. Como consecuencia de ello, la consagración de derecho a la renuncia es un derecho subjetivo que el favorecido con su consagración puede ejercer a partir de la simple invocación de la norma o disposición que la otorga, que por la misma razón, constituye la causa justa para terminar el contrato de manera anticipada.

Debe destacarse en esta materia que la Corte Constitucional en una decisión que el Tribunal considera que superó el presupuesto mismo de la norma, interpretó, favoreciendo con ello a los concesionarios, que tal renuncia, al parecer inicialmente dispuesta únicamente para los contratos vigentes al momento de la expedición de la Ley 335 de 1996, sería un derecho del particular inherente a dichos contratos, doctrina que el legislador recoge en la Ley 680 de 2001.

Así las cosas, la renuncia constituye una facultad o derecho de los concesionarios que por la misma razón, no solamente no requiere aceptación de la convocada para derivar en su favor los efectos de la misma, sino que al contrario de lo actuado por esta, constituye un impedimento o prohibición para decidir sobre su procedencia o improcedencia y por lo tanto, una falta de competencia, para adoptar mediante acto administrativo cualquier decisión al respecto, sin perjuicio de lo que ambas partes puedan acordar en relación con plazos o condiciones para hacerla efectiva, la existencia de una aceptación en la que se ordena e impone una fecha de terminación, mutaría su naturaleza en busca de una resiliación, como lo señala la misma Corte Constitucional, en sentencia que el Tribunal transcribe más adelante[3] .

Conviene al respecto señalar que la misma Corte Suprema de Justicia en otra de sus providencias precisa:

“Esta forma de disolución de los contratos constituye, según la doctrina, uno de los casos del fenómeno llamado *resiliación* —o mutuo disenso—, que consiste en el anonadamiento del convenio por el mutuo consenso de las partes. Cuando un contrato ha sido dejado sin efecto por este medio, se dice entonces que ha sido resiliado”[4] .

Así las cosas, el Tribunal considera que no procedía la aceptación de la renuncia y por lo mismo ella no podía comportar una decisión con fuerza de unilateralidad, ni menos aún determinar la fecha en la cual habría de finalizar la relación contractual.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal señalará que el contrato terminó a partir de la fecha en que Diego Fernando Londoño comunicó a la Comisión Nacional de Televisión su renuncia y no en la fecha en que la convocada de manera unilateral decidió que ello habría ocurrido, según se desprende del documento mediante el cual responde la solicitud de continuar programando que Diego Fernando Londoño le presenta el 25 de octubre (fls. 54 a 56 cdno. de pruebas Nº 1).

La parte pertinente de los alegatos de la convocada y de su escrito de solicitud de anulación del proceso, por la misma razón, constituyen por decir lo menos un error de interpretación, según el cual la habilitación para renunciar, otorgada a los concesionarios, comporta a su vez un poder excepcional de la administración para terminar el contrato.

Ante la decisión del concesionario, lo único procedente era convocar al renunciante para cerrar las cuentas contractuales y disponer lo necesario para asumir la responsabilidad que legalmente corresponde a la convocada, asunto que claramente conocía, por haberlo así señalado la Corte Constitucional al precisar el alcance del artículo 17 de la Ley 335 de 1996.

No cabe pues al Tribunal reconocer oficiosamente la excepción de falta de jurisdicción, a partir del supuesto acto administrativo de aceptación de renuncia.

3. Falta de competencia del Tribunal por encontrarse ejecutoriados mediante los cuales se fijaron las "tarifas" de la concesión de espacios de televisión

En su escrito de alegatos, la convocada presenta argumentos encaminados a que el Tribunal declare su falta de competencia, por encontrarse ejecutoriadas las resoluciones mediante las cuales se habrían fijado las tarifas señaladas en el artículo 5º, letra g) de la ley 335 de 1996, reiterando así argumentos consignados en su escrito de solicitud de nulidad de todo lo actuado.

Al respecto el Tribunal señala que de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales quien ejerce funciones de administración de justicia debe sujetarse a la ley.

En efecto, en esta materia conviene considerar de una parte, que el artículo 116 de la Constitución Política consagra respecto de los árbitros funciones de administración de justicia, y de otra que el artículo 230 de la misma Carta señala:

"ART. 230.—Los jueces, en sus providencias, **solo están sometidos al imperio de la ley.**

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial" (negrilla fuera de texto).

Así mismo la Ley 153 de 1887 al respecto ordena:

"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración (L. 153/887, art. 38).

Las anteriores previsiones imponen al Tribunal someter sus decisiones a la ley que de acuerdo con el caso sometido a su consideración deba aplicarse, materia que en el caso presente impone la aplicación de las leyes 14 de 1991, 182 de 1995 y 335 de 1996, en todo aquello que resulte procedente.

De acuerdo con las citadas disposiciones y en especial con el artículo artículo 5º literal g) de la Ley 182 de 1995:

ART. 5º—Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la CNTV:

g) 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.

Al establecerse una tasa o contribución por la adjudicación de la concesión, el valor de la misma será diferido en un plazo de dos (2) años. Una vez otorgada la concesión la Comisión Nacional de Televisión reglamentará el otorgamiento de las garantías.

Los derechos, tasas y tarifas deberán ser fijados por la Comisión Nacional de Televisión, **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.

Lo dispuesto en este literal también deberá tenerse en cuenta para la fijación de cualquier otra tasa, canon o derecho que corresponda a la comisión (negrillas fuera de texto).

Las tasas, cánones o derechos aquí enunciados serán iguales para los operadores que cubran las mismas zonas, áreas, o condiciones equivalentes".

Como se destacará más adelante, la Corte constitucional precisó el alcance del término "tarifa de la concesión" indicando que la misma no corresponde al concepto de tasa, tampoco a la de impuesto o contribución, sino establece de manera general para los concesionarios, el precio contractual, que en el presente caso corresponde al que estos deben pagar por explotar en un horario y tiempo determinados, un espacio en los canales que opera Inravisión.

Por las razones señaladas y, en especial, por estar obligado a aplicar a la controversia contractual las disposiciones legales vigentes al momento de contratar, se confirma que no hay lugar a reconocer tampoco la excepción de falta de competencia por esta causa.

4. Falta de jurisdicción por la naturaleza de las funciones del centro de arbitraje

La convocada además de reiterar su posición en relación con las resoluciones a que ya se ha hecho referencia consigna en sus alegatos que con la expedición de dichas decisiones la jurisdicción correspondería a la ordinaria. Se refiere igualmente, a las posiciones doctrinarias sobre la naturaleza administrativa de las funciones del centro de arbitraje, para señalar que tal naturaleza dejaría en claro que todas las decisiones se habrían adoptado antes de que el Tribunal que es el que tiene jurisdicción asumiera competencia, y por lo tanto, carece ahora de la misma para decidir. La doctrina del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional al respecto y, en especial, las decisiones de estos dos últimos tribunales en relación con estas materias y con las restricciones de jurisdicción y competencia de los tribunales de arbitramento, relevan a este de extenderse sobre el punto y lo llevan a decidir, como en efecto lo hace que rechaza la pretendida excepción.

5. Excepción de contrato no cumplido

Sobre esta excepción, que no fue presentada en la contestación de la demanda y que, por supuesto, no impide el conocimiento de la controversia planteada, el Tribunal resolverá posteriormente en el presente laudo, pues no considera que constituya cuestión previa por decidir.

6. Objeción al dictamen pericial técnico

El 13 de marzo de 2002, la CNTV formuló objeción por error grave al dictamen pericial técnico rendido por los ingenieros Aldo Buenahora y Bernardo Duque, por considerar que *"el peritazgo es en grado sumo un dictamen parcializado a favor del convocante DFL Televisión, falto de lógica, con deducciones o conclusiones que los peritos han adoptado sin la suficiente motivación y fundamentos técnicos... La mayor parte de sus conclusiones y afirmaciones no son lo suficientemente claras y en algunos casos no corresponden a una consecuencia lógica de los pocos fundamentos que exponen. En no pocas de sus conclusiones aparecen razonamientos poco convincentes con conclusiones improbables, producto de valoraciones subjetivas y muy conceptuales...*".

Las razones de la objeción se presentan en puntos fundamentalmente que se resumen así:

Error 1: Sobre la ventajas y desventajas del sistema de emisión de comerciales y programación con que cuenta Inravisión

La CNTV considera error grave la apreciación de los peritos en relación con la desventaja que con su concepto existe en relación con la forma en que Inravisión realiza el transporte de señales y el almacenamiento de la programación. Al respecto señala que al contrario, el formato análogo (Betacam SP) - no solo implica ser una ventaja para el operador público, sino que además no presenta ninguna desventaja para el televidente por razones que consigna en el mismo documento, relativas al respaldo y seguridad de la emisión del programa y a la no implicación de costos.

Error 2: Sobre las ventajas y desventajas comparativas entre los sistemas utilizados por Inravision, Caracol Televisión y RCN Televisión, en lo referente a tecnología

La CNTV hace consistir el error grave en el hecho de que en su opinión, no es válida la de los peritos sobre la ventaja que tendrían los operadores privados por razón de los sistemas que utilizan. Al respecto destacan que si bien sí existen ventajas en relación con el sistema automático (robot) en nada influye en la imagen que recibe el televidente. Así mismo señala que Inravisión adecuó el último piso de sus instalaciones para su nueva emisión y cada uno de sus equipos está ubicado modularmente, y que los peritos omitieron informar que los operadores privados además de tener equipos (betacam) que sirven para emitir programación en formato digital y análogo, lo utilizan frecuentemente.

Error 3: Sobre las ventajas y desventajas del sistema de transporte satelital con que cuenta Inravisión

En este punto hay que destacar que la CNTV señala que existe un error grave que surge del desconocimiento de los peritos en relación con el funcionamiento técnico de la operación de Inravisión, desconocimiento que los lleva a señalar como desventajas la falta de doble receptor satelital, la codificación propietaria del sistema de comprensión en banda C, la existencia de amplificadores de tubo y la posibilidad de pérdida en la calidad de la señal al multiplexarse con otros canales y utilizar comprensión estática.

Al respecto indica que Bogotá representa aproximadamente el 60% del mercado de los canales de televisión, y en esta ciudad la transmisión es análoga sin comprensión y ello hace que no se realice conversión de imagen análogo/digital; igualmente, que la recepción de la señal es netamente análoga y los usuarios debe recibir imagen análoga por la configuración de los televisores, así mismo que un sistema con redundancia y respaldo genera mayores costos y no es un factor negativo frente a la calidad del servicio, afecta la operación, por cuanto, es un proceso que va a favor del usuario y del programador, pues siempre tienen asegurada la emisión de su señal. Además que los amplificadores de tubo fueron cambiados en ejecución del contrato 051 y 053 de 1999 y ahora son usados como respaldo del sistema y no como principal. Por último, que Inravisión sí utiliza el proceso de multiplexación, pero por el hecho de manejar tres canales y cuenta con un sistema de respaldo doble: a) dos bandas (C y Ku) y b) la transmisión vía mircroondas adicional, mientras que RCN tiene un solo sistema sin ningún tipo de respaldo.

Error 4: En relación con la evaluación técnica comparativa entre los tres sistemas de transporte satelital

El error grave en esta materia se hace consistir en la no coincidencia de opiniones sobre las ventajas que según los peritos presenta el sistema de RCN, porque tampoco tiene redundancia, porque los costos operativos de Inravisión no influyen en la imagen que recibe el usuario y por ende no puede ser parámetro a tener en cuenta al momento de evaluar el servicio que presta Inravisión, y porque tanto las señales de los canales privados, como los públicas son comprimidas satelitalmente, los privados utilizan para su transporte el medio satelital, no disponen de sistema microondas y no han solicitado autorización para la utilización de este, mientras que Inravisión si tiene análogo de microondas de mejor calidad. Por último, considera un error grave que los peritos no hayan tenido en cuenta que los satélites aparecieron desde la década pasada por lo que el sistema de microondas era el usado hasta hace poco e Inravisión actualmente lo utiliza, únicamente, como respaldo del satelital, para las estaciones principales excepto para la estación de Manjui.

Error 5: En relación al uso de las bandas C y Ku utilizadas por Inravisión y las utilizadas por Caracol y RCN Televisión y las ventajas y desventajas de los mismos

La CNTV afirma que los peritos sin fundamento técnico, ni estadístico de ninguna naturaleza determinan que el

sistema de banda C utilizado por RCN es mejor que el sistema de las dos bandas C y KU utilizado por Inravisión y que la banda Ku es afectada en mayor medida por las condiciones atmosféricas de la zona mientras que la C, que es la utilizada por RCN para sus enlaces satelitales es más robusta y no ha presentado las interferencias del tipo que se presentó a Inravisión. Señala que estas respuestas son graves y pretenden llevar a error al tribunal, porque las estaciones son satelitales, salvo la estación de Manjui que es microondas con respaldo de satélite; porque RCN y Caracol no disponen de sistema de microondas y porque Inravisión además de la banda C utiliza la Ku y microondas como sistemas de apoyo, por lo que es claro que su procedimiento es más seguro que el de los canales privados y en ningún momento el sistema utilizado genera pérdida de información.

Error 6: La falta de repuesta de los peritos en relación con la capacidad de Inravisión en los sistemas de protección eléctricos

La CNTV considera error grave no haber respondido sobre el tema; e informar que sobre la confiabilidad de los sistemas de protección y soporte eléctrico instalados en la sede principal de Inravisión en Bogotá y en las estaciones de la red de transmisores. Que Inravisión CAN cuenta con: Transferencia manual en media tensión que permite contar con el servicio permanente de energía; dos UPS cada una con capacidad nominal superior a la totalidad de la carga de equipos electrónicos y no lineales conectadas en paralelo en la que cualquiera de las dos puede asumir la carga de la otra; sistema de protección contra descargas atmosféricas; malla de puesta a tierra que proporciona estabilidad en términos de calidad de energía y un alto grado de protección para el personal y los equipos por evacuar rápidamente y sin problemas cualquier corriente de falla a tierra y/o cualquier descarga atmosférica; plantas de emergencia con dispositivos adicionales para brindar energía de calidad a cargas no lineales y transferencia automática de estado sólido de alta velocidad, así como transferencia manual con enclavamientos como respaldo.

Para respaldar sus afirmaciones adjuntó un documento elaborado el 12 de marzo de 2002 por el Subdirector técnico operativo de la CNTV. En dicho documento se consigna información en relación con:

— Los centros de emisión (objetivos, funcionamiento del sistema programas, comerciales y emisión):

Este aparte concluye con la siguiente afirmación: “La gran diferencia está, entonces, en las diferentes calidades de programación (técnicas y de contenido) recibidas por Inravisión de las diferentes programadoras, concesionarios de espacios y, resultantes de los recursos de cada uno de ellos; en las estrategias que utilizan los privados para mantener en continua sintonía al televidente y en el conocimiento que estos tienen de las falencias de unión de los concesionarios de espacios”.

— Los sistemas de transporte de señal:

Al respecto indica: “Inravisión... para el transporte de sus señales utiliza dos sistemas satelitales y, adicionalmente, posee como segundo respaldo el sistema de microondas inicial. Todas sus estaciones pueden, entonces, bajar cualquiera o ambas señales satelitales, dependiendo de las condiciones de interferencia (que existe en todas las bandas y no es “privilegio” de Inravisión tenerlas), para ser llevadas al transmisor de cada estación, el cual radiará la señal de televisión a los aparatos receptores de los usuarios” (...) “Las estadísticas a nivel mundial, ya que el cubrimiento satelital es generalizado, es de muy alta confiabilidad y, casi ningún país o red de televisión, se da el costoso placer de poseer sistema satelital de redundancia”.

— El cubrimiento y calidad de la señal:

Teniendo en cuenta que el tema relativo al cubrimiento y calidad de la señal tiene directa relación con la materia sometida a su decisión, el Tribunal destaca los siguientes apartes del citado informe:

“De esta manera la comisión ha suministrado todas las garantías para minimizar las interferencias dentro de las redes, tanto de privados nacionales y locales como de operadores públicos nacionales y regionales.”

(...).

“De acuerdo con lo ordenado en la Ley 182 de 1995 y Ley 335 de 1996, la CNTV asignó frecuencias a Inravisión

manteniendo el uso de las bandas en VHF con un nivel muy superior a los nuevos canales nacionales. El mantener el uso de las antenas que en la actualidad se tenían, da a Inravisión la permanencia del hábito de recepción del televidente.

(...).

“Por medio de la reposición de la red de Inravisión la CNTV con inversiones superiores a los 100.000 millones de pesos se fortalece el servicio para 35 millones de habitante en el país”.

— Los transmisores:

Por haberse traído al Tribunal como prueba todo lo relativo al plan de ajuste adelantado por la CNTV, se considera pertinente transcribir lo siguiente del citado informe:

“...Estos reemisores por cada Cadena, Canal 1, Canal A y Señal Colombia, fueron cambiados por transmisores de similar o mayor potencia, a partir de la intervención del plan de ajuste (contrato 151 de 1998) recibiendo directamente señal satelital, bien sea en banda C o banda Ku. De esta forma, la señal que antes recibían y transmitían se ha mejorado quedando similar a aquella recibida por cualquier estación de alta y media potencia. “Con lo cual, no existe ahora, diferencia entre las señales recibidas satelitalmente por cada una de las estaciones de Inravisión”.

“La comisión adquirió, para Inravisión, 25 transmisores de alta potencia y 30 transmisores de media potencia, para ser utilizados en sus 28 estaciones principales, mediante los contratos antes mencionados, para reemplazar aquellos que por razones de tiempo y funcionamiento habían cumplido su ciclo de vida útil... tanto lo canales privados como los canales públicos, de operación nacional, se basan en las mismas mediciones de sintonía para las tarifas que cobran por sus comerciales...”.

“La CNTV adquirió para Inravisión, en los contratos mencionados, 116 transmisores de baja potencia y 386 transmisores de muy baja potencia para reemplazar todos los sistemas reemisores, con la considerable mejoría de señal en 173 estaciones intervenidas.”

“Todo este esfuerzo significa una mejoría tecnológica muy importante y una capacidad para responder a retos de competitividad comercial. Es necesario aclarar que estas estaciones también cuentan con el sistema de offset de precisión con el fin de evitar al máximo las interferencias”.

(...).

“El número creado de estaciones de Inravisión, 243, es muy alto comparado con las 33 estaciones de RCN y Caracol. La diferencia de cubrimiento poblacional es de aproximadamente 3.000.000 de habitante. **Esto no significa** que la red de Inravisión es una red ineficiente; las 210 estaciones son para aquellas estaciones que cubren poblaciones de baja densidad, no cubierta por los canales privados. El fin fundamental de Inravisión, es concebido desde su inicio como **público y social.** El costo de implementación y sostenimiento de estas estaciones es tan, o quizás más oneroso y complejo que el de aquellas de alta densidad como son de media y alta potencia”.

“**El fin que persiguen los canales privados es netamente comercial,** sin interés por llegar a aquellas poblaciones de baja densidad que no les retribuyen la alta inversión que significa la implementación y sostenibilidad de las pequeñas estaciones”.

Finalmente resulta importante destacar las conclusiones que se contienen en el mencionado informe, por apreciar que el mismo se presentó como prueba para sustentar la objeción.

Centro de emisión

Los sistemas de emisión de los canales públicos y privados poseen el mismo concepto y calidad de señal. Las diferencias operacionales son:

— Inravisión posee emisión de programas desde la cinta que entrega el concesionario como principal y,

simultáneamente, desde disco duro como redundancia;

— Los canales privados no poseen redundancia para la emisión de los programas;

— Inravisión posee almacenamiento principal, el momento de la emisión. De 12,5 horas de comerciales con redundancia e igual calidad de señal, y 136 horas de almacenamiento general, asimilando con estas a las iguales 136 horas el sistema robótico de los privados.

— La inversión para la segunda fase del sistema de emisión como proyecto del fondo para el desarrollo de la TV fue efectuada con un costo de US$ 2.500.000.000 con lo cual se obtuvieron nuevas funcionalidades y redundancias integrando totalmente los comerciales a los servidores de video ya que antes se utilizaba una máquina robótica de Ampex con tecnología obsoleta y de difícil consecución de repuestos.

Además de lo anterior, el Informe se refiere a las inversiones que realizó la CNTV respecto de un sistema de sincronismo para todas las estaciones de los canales públicos y los privados, con el fin de evitar las interferencias de esas estaciones en sus transmisiones de canales adyacentes y cocanales y las realizadas para la optimización técnica de la banda Ku, permitiendo incorporar una redundancia adicional de esta red. Finaliza el Informe con la siguiente afirmación:

“Desde el punto de vista técnico, Inravisión no posee diferencias técnicas que lo pongan en desventaja para la competencia. Esto, teniendo en cuenta que la naturaleza del operador Inravisión es diferente a la operación privada que se encuentra limitada a poblaciones con población mayor a 20.000 habitantes y un plan de expansión que se encuentra en desarrollo.”

6.1. Consideraciones sobre la objeción por error grave

Es materia pacífica en lo que hace a la objeción por error grave del peritaje, que los vicios que pueden conducir a su prosperidad deben ser realmente relevantes y de tal magnitud, que comprometan las conclusiones a las que el mismo llega.

En este sentido es claro, que un dictamen puede presentar defectos e inclusive imprecisiones que si no afectan las conclusiones a las que este llega, no tiene sentido repetir un estudio entero que tendría alta probabilidad de llegar a las mismas conclusiones, entre otras razones porque una nueva pericia se establecería con base en los mismos cuestionarios que fueron presentados a los que rindieron el primero. En este caso, los cuestionarios evidentemente se encaminaron de manera preponderante a establecer calidades de los equipos y a recabar opiniones de dos personas que saben de la materia y que como cualquier otro profesional, pueden señalar fundadamente que en su opinión una cosa es mejor que otra.

Si los vicios que se imputan al dictamen conllevan conclusiones distintas a las que hubieran tenido lugar si el estudio se hubiera realizado correctamente, evidentemente habría sido necesario desechar el primero e ignorar sus conclusiones; no obstante, debe tenerse en cuenta que el peritazgo que en estricto rigor no lo fue, por la imposibilidad de verificar y medir como hubiera sido el ideal, es un elemento probatorio que el tribunal debe valorar en conjunto con las demás pruebas y de manera especial con el estudio del centro de consultoría que con mayor fuerza muestra la realidad de lo atinente a la señal, para aquellos efectos relevantes; no obstante, en ese sentido el Tribunal destaca que la objeción pone en evidencia, que para la CNTV el problema de mayores costos resulta ajeno a la controversia.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, el Tribunal de conformidad con la ley, y con base en un análisis juicioso del sentido que en el presente caso tenía el dictamen pericial solicitado por DFL, concluye que en su mayoría las discrepancias son de aquellas que se formulan por quien está defendiendo la calidad de sus sistemas, hacen referencia básicamente a la calidad de los equipos y a las ventajas o desventajas relacionadas con los mismos y la forma de operarlos. Lamenta sí el Tribunal no haber podido contar con bitácoras que le permitieran establecer la gravedad de esas caídas de señal que en efecto ocurren, por no existir un sistema centralizado de información en Inravisión, que evidentemente persistiría conocer de fuente directa sobre las caídas de la señal.

De otra parte se destaca que las discusiones o confrontaciones sobre el plan de ajuste, en efecto no pueden ser consideradas en la medida en que solamente en fecha reciente se culminaron las actividades del mismo y los beneficios que de ello haya podido derivar el concesionario, dejan por ello de ser trascendentes.

Por último resalta sí, que la información verbal entregada a los peritos por funcionarios de Inravisión, cuyos cargos corresponden a los del vicepresidente técnico y el jefe de la red de Inravisión, si bien no inciden en la decisión que debe adoptar el Tribunal es, por decir lo menos, preocupante, en un ambiente de competencia[(5)], en el que la CNTV es titular del servicio y como entidad estatal tiene la responsabilidad de hacer rentables tan cuantiosas inversiones.

Con fundamento en las anteriores consideraciones y a partir de la evaluación probatoria que de todas las aportadas ha realizado el Tribunal, anticipa que en la parte resolutiva declarará la no prosperidad de la citada objeción.

IV. CAPÍTULO CUARTO

Consideraciones del tribunal

El Tribunal ha realizado un análisis completo de la legislación relativa al servicio de televisión, ha considerado todo lo atinente a la calidad de las partes; la naturaleza de la relación jurídica vinculante entre la CNTV y ha realizado una cuidadosa revisión tanto del material probatorio como de la forma en que se adelantó la instrucción del proceso. Al respecto encuentra que los extremos personales de la litis estuvieron debidamente conformados y representados; igualmente, que no hay defecto alguno en los presupuestos procesales, ni causal de nulidad alguna que pudiera obligar al Tribunal a retrotraer lo actuado, en la medida en que tanto la excepción de falta de competencia presentada con la contestación de la demanda, como la de falta de jurisdicción y la excepción de contrato no cumplido que se aducen en los alegatos de conclusión, carecen de fundamento según se precisa en el capítulo relativo a las consideraciones previas.

Como consecuencia de lo anterior, entrará a consignar sus consideraciones a partir de las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia, que igualmente analizará con el auxilio de la jurisprudencia constitucional pertinente, para analizar cada pretensión a la luz de un examen crítico de las pruebas.

A. Naturaleza jurídica, contenido y alcance de las relaciones existentes entre los concesionarios de televisión y el estado concedente

El estudio de fondo del tema *sub examine* reviste una especial complejidad por su carácter técnico y jurídico, razón por la cual, se estima necesario en primer lugar, precisar la naturaleza, contenido y alcance del acuerdo de voluntades contenido en los denominados contrato Nº 155 suscrito el 15 de mayo de 1998 y Nº 29 suscrito el 29 de marzo de 1999 y celebrados entre Diego Fernando Londoño Reyes y/o DFL Televisión y la CNTV, que fueron modificados mediante “otrosís” respecto de los cuales se precisará más adelante.

Ello significa que el Tribunal debe analizar si en el presente caso existen o no contratos; si corresponden a contratos estatales de concesión para la explotación económica de un servicio público, si se trata de contratos de concesión de servicio público típicos; cuáles serían o son sus elementos esenciales y su naturaleza y, en general, las características que es viable predicar jurídicamente de los mismos. De igual manera, si tales contratos comportan concesión para el uso del espectro radioeléctrico.

Para tal efecto, teniendo en cuenta las normas que en Colombia regulan tanto las telecomunicaciones en general, como la televisión en particular, y el alcance que de unas y otras ha hecho la jurisprudencia constitucional, se analizará la televisión con el fin de determinar si ella constituye o no un monopolio, una actividad económica reservada por el Estado o un servicio público prestado por este —directa o indirectamente—, o por los particulares, mediante concesión, permiso o autorización, al tiempo que se analizará, igualmente, el espectro radioeléctrico como bien del Estado y lo relativo a la habilitación para su uso por parte **de los operadores** del servicio público de televisión, también mediante concesión, licencia o permiso.

1. La televisión: De una actividad económica reservada por el Estado a un servicio público a cargo del Estado y prestado por este —directa o indirectamente—. La concesión como modalidad para su explotación o prestación

Las comunicaciones y luego las telecomunicaciones, fueron en primer lugar actividades económicas reservadas como estratégicas del Estado, aunque económicamente se dio una explicación distinta[6]. En consecuencia, echando mano a la teoría clásica del servicio público, que indicaba que la razón del Estado se fundamentaba precisamente en la prestación de los servicios públicos, con el objeto de satisfacer las necesidades colectivas, el Estado decidió reservárselos. Por ello, en un primer momento la Ley 198 de 1936 estableció que las telecomunicaciones solamente podían prestarse por el Estado o por las personas naturales o jurídicas con quienes él contratara su prestación, al tiempo que la Ley 6ª de 1943, autorizó al Gobierno para nacionalizar los servicios de telecomunicaciones.

En lo que se refiere de manera concreta a la televisión, su regulación tuvo origen en 1954, cuando el Gobierno del Presidente Gustavo Rojas Pinilla la introdujo al país como una dependencia de la oficina de información y prensa de la Presidencia de la República, aunque el Presidente había pedido que fuera creada como un servicio adscrito al Ministerio de Comunicaciones o al Ministerio de Educación.

1.1. El régimen contenido en los decretos 3418 de 1954 y 3627 de 1963

Con el Decreto-Ley 3418 de 1954 se regularon todos los servicios del sector de comunicaciones; se dispuso que el Estado era el propietario de los canales radioeléctricos que Colombia utilizaba o podría utilizar en el ramo de las telecomunicaciones; se definieron las telecomunicaciones; se determinó que las telecomunicaciones serían un servicio público que el Estado prestaría directamente, pero que el Gobierno podría conceder su explotación, reservándose el control de su funcionamiento; finalmente, se precisó que el servicio de televisión sería prestado por el Estado.

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 y la posibilidad de arrendar espacios para sus financiaciones; a partir de ese momento se perfiló un sistema mixto de prestación para la televisión colombiana.

Con fundamento en lo anterior, a partir de 1959, el Gobierno Nacional inició la comercialización de la televisión mediante la celebración de contratos especiales **de explotación** con personas naturales y empresas particulares.

En 1963, mediante el Decreto 3627, se creó el Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, al que se atribuyó 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.

En 1972[7] se inició lo que hoy se conoce como la revolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones, estimulada por la proporción cada vez más alta de la potencia de los componentes con respecto a su precio, por el crecimiento de las comunicaciones digitales y por el rápido descenso de los costos de transmisión a través de diversos medios[8]. Esta convergencia echó por tierra la visión tradicional de las telecomunicaciones como un monopolio natural: ahora es posible la competencia entre los diferentes segmentos e incluso dentro de cada uno de ellos. De la misma manera, ante el fracaso de los monopolios estatales de la comunicación y gracias al significativo avance de la ciencia y la tecnología, los países en desarrollo consideraron la posibilidad de la prestación mediante esquemas privados o mixtos, pero en todo caso, competitivos. Así las cosas, aunque el sector público sigue controlando el núcleo del sistema, hoy existe un enorme margen de maniobra para la participación privada o mixta en la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

A partir de ese momento, se incentivaron no solamente el uso eficaz de las tecnologías de la información, sino se trabajó hacia la implantación de las medidas que garantizan la competencia como un derecho de todos; de la misma manera, se trabajó en la expedición de regulaciones adecuadas relacionadas con la prestación y los prestadores, la inspección, la vigilancia y el control adecuado de estos, con el fin de dejar librados a la iniciativa privada el suministro de la infraestructura y la prestación de los servicios en el ámbito de las comunicaciones, así como la ampliación y promoción del uso de las nuevas tecnologías[9]. En este orden de ideas se tuvo claro que el acceso a los servicios aumenta en los mercados en los que impera la competencia y de la misma manera, que el incremento del acceso se produce de manera más rápida cuando el Estado alienta la intervención de nuevos proveedores. Este enfoque también ha acompañado el desarrollo del servicio de la televisión.

1.2. Los contratos de concesión de espacios de televisión regulados por el Decreto 222 de 1983

Después de un largo período en que el legislador nada dispuso en relación con el servicio de televisión se expidió el Decreto-Ley 222 de 1983 que en sus artículos 202 a 207 definió que la utilización de espacios de televisión por los particulares en los canales de operación pública se realizaría mediante contratos de concesión.

Tales contratos de concesión de espacios de televisión tendrían por objeto principal realizar la siguiente cláusula de finalidad prevista expresamente en la ley:

"Las transmisiones de televisión tienen por objeto difundir la verdad y elevar el nivel cultural y la salud de la población, preservar y enaltecer las tradiciones nacionales; favorecer la cohesión social y la paz nacional, la democracia y la cooperación internacional".

En consecuencia, debían ejecutarse de conformidad con las reglamentaciones que establecía el Ministerio de Comunicaciones, la programación y los horarios que fijaba la junta directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión.

El Estatuto de Contratación dispuso que los contratos de concesión de espacios de televisión 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. En relación con la duración se ordenó que sería de cuatro años y en ningún caso podrían ser prorrogados. Se determinó que la junta directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, sería la encargada de fijar las tarifas para la concesión de espacios y que las mismas debían incluirse en los pliegos de condiciones.

1.3. La regulación de la televisión contenida en la Ley 42 de 1985

En 1985, con motivo de las sugerencias de la Comisión Mac Bridge, se expidió la Ley 42, mediante la cual se reiteró que todos los canales radioeléctricos que Colombia utilizaba o pudiera utilizar en el ramo de las telecomunicaciones serían de propiedad exclusiva del Estado, al que correspondía la prestación del servicio público de televisión.

Se dispuso la transformación de Inravisión como un ente asociativo, con el propósito de conformar un organismo dotado de una estructura idónea, especializada y autónoma, a través de la cual se administraría y desarrollaría el servicio público de televisión, de tal forma que las políticas y decisiones adoptadas obedecieran a criterios de la más alta objetividad, profesionalismo e imparcialidad, en consonancia con los derechos y requerimientos de la teleaudiencia en general. En tal virtud, la ley determinó que a la nueva entidad, así organizada, le correspondería desarrollar las políticas y planes generales del servicio público de televisión, directamente o por medio de contratos de concesión de espacios celebrados con particulares, de acuerdo con las leyes, reservándose el control de su funcionamiento, en desarrollo de lo cual quedó facultado para, entre otras funciones:

— Conceder contractualmente a personas naturales o jurídicas espacios en cadenas comerciales de televisión, mediante el procedimiento general de licitación pública, con las modalidades y excepciones previstas en la citada ley y en las normas concordantes.

— En lo que hace a la dirección, la Ley 42 de 1985 estableció que en lo sucesivo estaría a cargo del Consejo Nacional de Televisión, del cual harían parte representantes del Gobierno —los cuales no tendrían una mayoría decisoria—, del Congreso de la República, de los gremios y sectores vinculados directamente a la actividad de televisión, y representantes de la comunidad. Dicho Consejo Nacional de Televisión como nueva autoridad rectora de la televisión colombiana, tendría, entre otras, las funciones de adjudicar los espacios de televisión, con el lleno de los requisitos legales; establecer el régimen de clasificación de los espacios de televisión, horarios y franjas de programación; establecer las modalidades y los porcentajes de la programación, según los géneros y la proporción entre los programas nacionales y extranjeros; señalar el número máximo y mínimo de horas semanales a contratar con los posibles concesionarios; velar por la calidad de los servicios de televisión y autorizar los cambios de

programación; establecer los criterios generales con arreglo a los cuales podría autorizarse la adjudicación de espacios de televisión a empresas concesionarias y aprobar el régimen de tarifas que sometiera a su consideración la junta administradora.

Dos fueron pues los propósitos fundamentales que inspiraron la reforma de Inravisión que fue el organismo hasta ese momento rector de la televisión colombiana: primero, garantizar que ningún interés político, económico o de otra especie, influyera y tratara de sacar ventaja soterrada de esa tecnología y, segundo, conformar un sistema de televisión que, hallándose bajo el control del Estado y no de los gobiernos, permitiera una participación amplia y pluralista de los diversos sectores de opinión, estamentos, gremios y organismos que integraban lo que entonces se denominaba en forma genérica como comunidad nacional, con el fin de proveer la mejor prestación de los servicios de televisión y tutelar debidamente el interés general y los derechos de los televidentes[(10)].

Como puede observarse, la Ley 42 de 1985, mantuvo el criterio de consolidar un sistema mixto de televisión: Por una parte, se reafirmó el carácter de servicio público de la televisión; se reafirmó que las bandas de frecuencia a través de las cuales se transmite la imagen son elementos constitutivos de la misma noción de territorio, sin el cual no sería posible la existencia de ondas portadoras de la visión. Por las mismas razones se indicó que los canales radioeléctricos eran de “propiedad” única y exclusiva del Estado, y por lo tanto un bien público, fuera del comercio.

La Ley 42 de 1985 conservó el sistema de concesión para que los particulares prestaran el servicio, previa la adjudicación y celebración de contratos de concesión de espacios de televisión, mediante el procedimiento de licitación pública, en la que además de las reglas contenidas en el Decreto-Ley 222 de 1983, se observarían las condiciones que en la misma ley se determinaron.

Sobre la necesidad de estas precisiones, la historia de la expedición de esta ley registra lo siguiente:

“... olvidar en un estatuto de prestación de un servicio público, no ya el tema de la selección objetiva de los contratistas a través de reglas especiales que buscan alejar del procedimiento de escogencia la arbitrariedad de quien selecciona, que se contempla en estas adiciones, **sino las cláusulas del contrato de explotación de espacios,** sería desconocer que se está frente a una contratación de derecho público, ante un contrato administrativo, en el cual la administración debe gozar de la potestad pública que se le ha atribuido por ser Estado.

Es necesario recalcar que la administración gozará de los privilegios de la contratación administrativa, de estipular la caducidad, las multas, la cláusula penal pecuniaria, la interpretación, la modificación y la terminación unilaterales, como sucede en los demás contratos que tanto la Ley 19 de 1982 como el Decreto-Ley 222 de 1983 denominan administrativos”[(11)] (negrilla fuera de texto).

1.4. El régimen general de las telecomunicaciones en la Ley 72 de 1989 y los decretos 1900, 1901, 1902 y 1903 de 1991 y su alcance según la jurisprudencia constitucional

En 1989 los cambios tecnológicos forzaron otros cambios jurídicos, por esa razón, en pleno auge de la internacionalización de la economía y la apertura de las fronteras, la Ley 72 definió nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios. En dichas disposiciones se atribuyó al Ministerio de Comunicaciones la facultad de adoptar la política general del sector, así como el ejercicio de las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios de dicho sector, entre otros, los servicios de telecomunicaciones, los servicios informáticos y de telemática, los servicios especializados de telecomunicaciones o servicios de valor agregado y los servicios postales.

La Ley 72 de 1989 incorporó, precisiones: respecto del concepto de telecomunicaciones determinó que los canales radioeléctricos y demás medios de transmisión que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de las telecomunicaciones son propiedad exclusiva del Estado; reiteró que las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado presta directamente o a través de concesiones, reservándose en todo caso, la facultad de control y vigilancia. Que las concesiones podrían otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo dispusiera el Gobierno, y darían lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fijara el Ministerio de Comunicaciones, a excepción de las que correspondiera fijar a Inravisión y a las organizaciones regionales de

televisión. Señaló que el establecimiento, explotación, y uso en el país, de redes, sistemas y servicios de telecomunicaciones nacionales e internacionales, así como su ampliación, modificación y renovación, requerirían de la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones; señaló que cualquier servicio de telecomunicaciones que operara sin previa autorización del Gobierno sería considerado clandestino; confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de ocho (8) meses, para expedir decretos con fuerza ley destinados, entre otros, a fijar las funciones que, en atención a los adelantos tecnológicos en el sector de las telecomunicaciones, debería ejercer el Ministerio de Comunicaciones y establecer la estructura administrativa de este con el objeto de que se cumplieran las funciones asignadas como entidad encargada de la planeación, regulación y control de todos los servicios del sector de comunicaciones.

En ejercicio de tales facultades, el Gobierno expidió los decretos 1900, 1901, 1902 y 1903 de 1991, a través de los cuales se adoptó la política general del sector de las telecomunicaciones en Colombia, se establecieron los parámetros dentro de los cuales debía desarrollarse esta actividad y sus servicios e igualmente, se fijaron las funciones y estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones y de otras entidades públicas vinculadas a ese ministerio.

El Decreto Extraordinario 1900 de 1990, algunas de cuyas disposiciones se encuentran vigentes y otras han sido derogadas por normas posteriores, en especial las relativas a los denominados servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, dispuso sobre el ordenamiento general de las telecomunicaciones y las potestades del Estado en relación con su planeación, regulación y control, de la misma manera estableció el régimen de derechos y deberes de los operadores y de los usuarios.

Dicho decreto giró alrededor de cuatro importantes definiciones que servirían de eje temático del nuevo ordenamiento jurídico: la definición de las telecomunicaciones, las entidades prestatarias del servicio, la naturaleza de este y de la red de telecomunicaciones incluido el espectro electromagnético.

En esta regulación se incorporaron definiciones tales como las de: telecomunicación, como toda transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos (art. 2º). Operador lo serían las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, responsables de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley (art. 2º). El espectro electromagnético, se definió como bien de dominio público, inajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control correspondería al Ministerio de Comunicaciones (art. 18); de la misma manera se precisó que las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, pero se indicó que la prestación podría llevarse a cabo en forma directa, por conducto de sus entidades públicas tanto del orden nacional como territorial, o de manera indirecta, mediante el otorgamiento de concesiones a personas naturales o jurídicas privadas (arts. 2º, 4º y 18), de modo tal que se promoviera la eficiencia, la libre iniciativa, la competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena del derecho al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones (art. 13). El Gobierno Nacional sería el responsable de promover la cobertura nacional de los servicios de telecomunicaciones y su modernización (art. 6º). Así las cosas, de acuerdo con el Decreto 1900 de 1990, los particulares concesionarios serían colaboradores del Estado en la prestación de servicio público a su cargo.

Se incorporaron definiciones en relación con la red de telecomunicaciones del Estado respecto de la cual se precisó que correspondía al conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos concretos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público y se señaló que harían parte de la red los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes lógicos, y la parte del espectro electromagnético asignado para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones; se precisó igualmente, que tal noción comprendía, además, aquellas redes cuya instalación, uso y explotación se autorizaran a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones, en las condiciones previstas en ese mismo decreto (arts. 14 y 15). En lo que se refiere al uso de las frecuencias, se determinó que requeriría permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y que daría lugar al pago de los derechos correspondientes; en relación con la prestación de servicios básicos de telecomunicaciones se limitó la posibilidad de esta a sociedades especializadas debidamente constituidas (art. 40); para el efecto se ordenó la celebración de contratos de concesión de servicios de

telecomunicaciones que se definieron como contratos administrativos que se regirían por las normas del Decreto-Ley 222 de 1983 o por las disposiciones que lo sustituyeran, modificaran o adicionaran o por el citado Decreto 1900 (art. 41).

Como complemento de todo lo anterior, el Decreto 1901 de 1990 atribuyó al Ministerio de Comunicaciones, entre otras funciones, las de autorizar previamente el establecimiento, explotación y uso en el país de redes y servicios de telecomunicación nacionales e internacionales, así como su ampliación, modificación y renovación; otorgar concesiones o autorizar su otorgamiento a las entidades facultades para ello para la prestación de servicios de telecomunicaciones o afines; fijar los derechos, tasas y transferencias que debían pagarse por las concesiones, permisos, autorizaciones y registros de redes de servicios de comunicaciones, incluidas las frecuencias radioeléctricas y desarrollar la gestión, administración y control del espectro electromagnético, en particular el otorgamiento de permisos para la utilización de frecuencias.

Estas normas del Decreto-Ley 1900 de 1990, fueron objeto de estudio por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia que tenía a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política, en el primer trimestre de 1991, cuando se operaba en Colombia un cambio constitucional. En tal oportunidad, el máximo tribunal constitucional colombiano explicó el contenido de la relación Estado/Telecomunicaciones, con el objeto de encontrar la naturaleza del imperio del Poder Público sobre el espectro electromagnético, posibilidad natural del espacio donde se ubican las comunicaciones objeto de regulación por parte de aquel. La Corte Suprema de Justicia descartó la posibilidad de considerar las telecomunicaciones como un monopolio de arbitrio rentístico y, en su lugar, teniendo en cuenta la tradición legislativa colombiana, las consideró como un servicio público.

Dijo entonces la Corte Suprema de Justicia:

...

“Ahora bien, como ya se dijo, el espectro electromagnético se encuentra físicamente vinculado al espacio del Estado por lo cual este tiene del derecho de definir legislativamente su utilización en beneficio de la sociedad.

...

“Se requiere en este punto indicar, como conclusión, que la delimitación del Espacio que condiciona la operatividad, ámbito de vigencia y aplicación de la legislación nacional y la proveniente de los tratados públicos, se encuentra en las mismas fronteras del territorio nacional, cuya extensión es el referente para identificar el espacio que hace parte del Estado colombiano, en el cual se producen las telecomunicaciones (emisión y recepción). Los términos del territorio nacional (espacio identificado geodésicamente según los tratados o convenios aprobados por el Congreso...) tienen, así la virtud de definir otros componentes de la matriz espacial del Estado, de la misma manera que han servido de punto de partida para delimitar el mar territorial, la plataforma continental, las aguas marinas y submarinas, el espacio aéreo (cfr. C. Co., art. 1777), etc. y, en este caso, el espacio en donde actúa el espectro electromagnético.

Telecomunicaciones y servicio público

...

“Al lado de lo dicho, las frecuencias del espectro electromagnético tienen la capacidad de servir para satisfacer la necesidad general de comunicación que tiene la sociedad. La transmisión inteligente de informaciones con la infraestructura tecnológica contemporánea, ha sido definida en los términos del servicio público por la tradición legislativa colombiana y los instrumentos internacionales que gobiernan la comunicación internacional y el uso del espectro y sus frecuencias. Significa esto que el aprovechamiento de los canales radioeléctricos se hace dentro del régimen del servicio público cuyo regulador es el legislador colombiano. Por eso el artículo 5º de la Ley 72 de 1989 dice:

“ Las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso la facultad de control y vigilancia” (destacado fuera del texto)[(12)] (negrillas fuera de texto).

Posteriormente, con la Sentencia C-082 del 26 de febrero de 1993, la Corte Constitucional señaló de manera general que los servicios de telecomunicaciones en general constituyen un servicio público:

"Debe resaltar la Corte que, como de tiempo atrás lo han proclamado las normas legales que regulan la materia, en especial el Decreto 3418 de 1954 ..., las telecomunicaciones deberán ser utilizadas como instrumentos para el desarrollo político, económico y social del país y para la promoción y progreso de las personas, entidades y organizaciones lícitas que ellas constituyen, mas no para su daño, todo lo cual —como condición incorporada a las respectivas concesiones o contratos— ha sido previa y debidamente conocido por quienes han establecido tales relaciones jurídicas con el Estado colombiano.

(...).

"Ha de insistirse, por otra parte, en que los servicios de telecomunicaciones son servicios públicos y, por tanto, de conformidad con lo estipulado por el artículo 365 de la Carta, son inherentes a la finalidad social del Estado y "estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley"[(13)].

Así mismo, al revisar la constitucionalidad del citado Decreto-Ley 1900 de 1990, mediante la Sentencia C-189 del 19 de abril de 1994, la Corte Constitucional señaló que las telecomunicaciones son un servicio público, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 365, pueden ser prestados directamente por el Estado —en forma directa o indirecta—, por las comunidades organizadas o por los particulares.

"Las telecomunicaciones desde tiempo atrás han sido catalogadas por el legislador colombiano como un servicio público (L. 198/36, 6ª/43, 83/45 D. 1418/45, 3418/54, 1233/50, entre otros), característica que hoy aparece expresamente contemplada en el artículo 5º de la Ley 72 de 1989, y que textualmente reza:

"Las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso la facultad de control y vigilancia".

"Y en el artículo 4º del Decreto aquí demandado [1900 de 1990] se lee:

"Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente decreto".

"Estos mandatos encuentran claro soporte constitucional en el artículo 365 de la Carta que asigna a la ley la facultad de regular los servicios públicos, para lo cual deberá establecer el régimen jurídico al que deben someterse, como la forma de su prestación y las condiciones que se exigen para ello. Tales servicios pueden ser prestados directamente por el Estado, en forma directa o indirecta, por las comunidades organizadas o por los particulares, pero 'en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios', disposición que debe interpretarse en concordancia con el numeral 23 del artículo 150 de la Ley Suprema que ordena al Congreso expedir las leyes que regirán 'la prestación de los servicios públicos'.

"Vale la pena agregar aquí que la Ley 80 de 1993, en el artículo 33, hizo una diferenciación entre actividad de telecomunicaciones y servicio de telecomunicaciones... Sin embargo remite a las normas del decreto que hoy se analiza, para efectos de la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones"[(14)].

De la misma manera, al revisar la constitucionalidad de las normas más importantes de la Ley 37 de 1993, mediante la Sentencia C-318 del 14 de julio de 1994, la Corte Constitucional señaló que las telecomunicaciones son un servicio público, reservado al Estado por la Ley, de acuerdo con lo previsto en el artículo 365 de la Constitución Política[(15)].

Al estudiar la constitucionalidad de la Ley 104 de 1993, mediante la Sentencia C-586 del 7 de diciembre de 1995, la Corte Constitucional resaltó que los servicios de telecomunicaciones son servicios públicos y, por tanto, según las voces del artículo 365 de la Constitución, son inherentes a la finalidad social del Estado y "estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley"[(16)]. En 1996, en la Sentencia C-310 del 11 de julio(17) , además de transcribir lo

dicho en las sentencias C-189 y C-318 de 1994, la Corte Constitucional reiteró que las telecomunicaciones han sido definidas como un servicio público.

"... es importante recordar que las telecomunicaciones han sido definidas como un servicio público. El legislador colombiano, a través del tiempo, las ha catalogado como tal y ello ha quedado expresado entre otras normas, en los artículos 5º de la Ley 72 de 1989 y 4° del Decreto 1900 de 1990,

(...).

"Estas disposiciones legales encuentran pleno respaldo constitucional en el artículo 365 de la Carta, que delega en la ley la facultad de regular los servicios públicos, señalando el régimen jurídico al que deben someterse, e indicando igualmente que dichos servicios pueden ser prestados por el propio Estado, directa o indirectamente, o a través de comunidades organizadas, o por particulares, manteniendo el Estado 'la regulación, el control y vigilancia de dichos servicios".

(...).

"Así entonces, es al Estado a quien corresponde el suministro de los servicios públicos básicos a la comunidad. Pero a pesar de tratarse de una de sus funciones prioritarias, la complejidad, los altos costos y el grado de extensión de algunos de estos servicios, ha dejado abierta la posibilidad de que sean los particulares quienes adelanten su prestación, por lo menos en parte, como ocurre precisamente con el servicio de las telecomunicaciones, reservándose el Estado como ya se dijo, su vigilancia y control para dar cumplimiento a la obligación constitucional de asegurar su prestación eficiente (C.P., art. 365)".

1.5. La regulación especial de la televisión por la Ley 14 de 1991

Mediante la Ley 14, sancionada el 29 de enero de 1991, se expidió una nueva regulación de la televisión, se reafirmó su calidad de servicio público así como el sistema mixto de prestación, en el cual los sectores privado y público convergen para alcanzar un objetivo común: el servicio al televidente para fomentar su formación, información y recreación.

"En el sistema mixto de televisión se establece un balance adecuado entre la televisión como negocio y la televisión como servicio ; entre la iniciativa privada que debe orientar la información, y las exigencias del Estado por calidad y equilibrio en los mensajes de televisión que se difunden. El sistema mixto permite mejor que cualquier otro, bien sea estatal o privado, el acceso pluralista y democrático a la televisión"[(18)] (negrillas fuera de texto).

Conviene destacar las siguientes previsiones de la citada ley:

— La televisión es un servicio público cuya prestación está a cargo del Estado a través del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, y de las organizaciones regionales de televisión.

— Su explotación se puede contratar en forma temporal con personas naturales o jurídicas.

— A Inravisión correspondería, entre otros: utilizar directamente los espacios de televisión o darlos en concesión a particulares. En todo caso, Inravisión se reservaba el control de la utilización de dichos espacios por particulares.

— El Consejo Nacional de Televisión tendría, entre otras, las funciones de: reglamentar las condiciones en que podían utilizarse los espacios de televisión por los particulares mediante concesiones o en asociación con Inravisión, de conformidad con las leyes y los reglamentos superiores; adelantar los trámites para seleccionar los concesionarios, adjudicar y celebrar los contratos de concesión de espacios de televisión; conceder temporalmente a las empresas calificadas y clasificadas en el registro de empresas concesionarias, espacios de televisión que no estuvieran adjudicados, para la presentación de programas especiales o cuando las necesidades del servicio así lo exigieran; y ejercer el control posterior sobre los programas presentados por los concesionarios.

— En relación con el régimen de tarifas, se indicó que correspondía a la Junta de Inravisión adoptarlo.

— Respecto de la prestación del servicio se indicó que estaría a cargo de la 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. También sería prestado mediante contratos en régimen de concesión o de contratos para la elaboración de programas, que serían otorgados exclusivamente a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose las entidades estatales concedentes la función de emisión y transmisión de las señales de televisión, así como el control posterior de la programación que originaran los particulares en virtud de la concesión. El régimen de concesión fue señalado para cada clase de entidad pública y los contratos debían sujetarse, en lo pertinente, a las disposiciones de la contratación administrativa. Inravisión entregaría en concesión la programación de las cadenas distintas del canal de interés público a concesionarios.

— Los contratos de concesión de espacios de televisión se celebrarían mediante el procedimiento de la licitación pública, se regirían, entre otras, por las siguientes disposiciones: a) El objeto de los contratos de concesión de espacios de televisión sería permitir a personas naturales o jurídicas la utilización de espacios en las cadenas o canales de televisión para presentar programas de televisión. b) La ejecución de los contratos se sujetaría a los fines y principios del servicio; debía preverse la facultad de Inravisión de imponer multas en casos de incumplimiento de las condiciones de la concesión. c) Si antes del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, este se terminare por cualquier motivo, Inravisión podría optar por realizar directamente su propia programación, por abrir una nueva licitación o por celebrar contratos directamente con empresas debidamente calificadas y clasificadas en el registro de proponentes. Mediante contratos de asociación, Inravisión podría asociarse con empresas debidamente calificadas y clasificadas en el registro de empresas concesionarias de espacios de televisión o con terceros, para utilizar conjuntamente espacios de televisión. El contrato se celebraría en las condiciones que determinaran los reglamentos del Consejo Nacional de Televisión.

La Ley 14 de 1991 reguló igualmente, lo relativo a los contratos de las organizaciones regionales de televisión y al servicio de televisión por suscripción y determinó que el plazo de ejecución de los contratos de concesión de espacios de televisión adjudicados hasta ese momento se prorrogaría hasta el 31 de diciembre de 1991. Igualmente, derogó las normas que le fueran contrarias de la Ley 42 de 1985, el Decreto 3100 de 1984 y los artículos 202, 204, 205, 206 y 207 del Decreto-Ley 222 de 1983.

Estas fueron, entonces, las orientaciones normativas y jurisprudenciales existentes antes de la Constitución Política de 1991.

1.6. Las previsiones contenidas en la Constitución Política de 1991

No obstante la concomitancia temporal del anterior ordenamiento con el consignado en la nueva Carta Política, esta introdujo modificaciones importantes en el sistema de la televisión colombiana; estas disposiciones cambiaron el rumbo y el derrotero normativo y por supuesto, fue necesario expedir una nueva regulación legal.

...

En efecto, la Constitución Política determina que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, sin que para su ejercicio, se puedan exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

El Estado, por mandato de ley, debe impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, y solamente se puede delimitar su alcance, cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Igualmente, la Constitución Política consagra la libre competencia económica como un derecho de todos que supone responsabilidades, y como un deber del Estado, evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (art. 333).

La Constitución Política determina también que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, a quien corresponde asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. En relación con la prestación señala que pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por

comunidades organizadas o por particulares. En todo caso, ordena la Constitución, que el Estado debe mantener la regulación —quedan sometidos al régimen jurídico que fije la ley—, el control y la vigilancia de dichos servicios. Únicamente por razones de soberanía o de interés social, previo el cumplimiento del trámite contemplado en la misma Constitución, el Estado, puede reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos (art. 365).

En cuanto se refiere de manera concreta al tema de las telecomunicaciones, la Constitución Política determinó que el espectro electromagnético es 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 fije la ley (art. 75, inc. primero). Con el fin de garantizar el pluralismo informativo y la competencia se faculta la intervención estatal para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético (art. 75, inc. segundo).

La Comisión Nacional de Televisión se crea constitucionalmente como organismo autónomo de derecho público[(19)], con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio, para el cumplimiento de las siguientes funciones relacionadas con la televisión:

— Ejercer la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en la Constitución;

— Regular la televisión;

— Desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en el servicio de televisión; y,

— Ejercer la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión.

De conformidad con estas nuevas directrices constitucionales, desde el punto de vista legal, debía redefinirse o precisarse cuál sería entonces la naturaleza y el régimen jurídico de las telecomunicaciones en general y de la televisión en particular:

"...La televisión, sobra decirlo, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social"[(20)].

En suma,

"La televisión es un bien comunitario, esencial para garantizar en la sociedad la permanente apertura de un proceso de comunicación que vivifique la democracia y la cultura y que sea autónomo respecto de los centros de poder económico y político"[(21)].

1.7. La concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones en la Ley 80 de 1993 y la remisión a las leyes especiales que regulan de manera especial los contratos de concesión para la prestación de los servicios de televisión

La Ley 80, sancionada el 28 de octubre de 1993 —Estatuto General de Contratación de la Administración Pública— reguló el contrato de concesión en general y el contrato de concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones. En el artículo 32, numeral 4º de la Ley 80 de 1993, se definió el contrato de concesión, pero claramente se estipuló en el artículo 33.

"ART. 33.—..."Para los efectos de la presente ley, la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones será la establecida en el Decreto-Ley 1900 de 1990 o en las demás normas que lo aclaren, modifiquen o deroguen.

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

"Las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones, jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, serán los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes.

Finalmente, en el parágrafo del citado artículo 33, la Ley 80 de 1993 dispuso que los servicios de televisión se concederían mediante contrato, de conformidad con las normas legales y las disposiciones especiales sobre la materia.

“PAR.—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” (negrilla fuera de texto).

1.8. La Ley 182 de 1995

Mediante la Ley 182 sancionada el 20 de enero de 1995, “...se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a este, se conforma la CNTV, se promueven la industria y las actividades de televisión; se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”.

Este ordenamiento reiteró que la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponde, 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.

“Ya en varias oportunidades esta corporación ha destacado las especiales características del servicio público de la televisión[22] dado el impacto y la capacidad de penetración de ese medio de comunicación y su incidencia,... ello explica por qué dicha materia fue abordada directamente por el Constituyente, el cual otorgó el diseño de la correspondiente política al legislador, a la ley, y la regulación y ejecución de la misma a una entidad autónoma del orden nacional (C.P., art. 76) (...).

“Esa singular y significativa influencia del servicio público de la televisión en la sociedad contemporánea, en la cual el desarrollo integral del individuo y su fortalecimiento como ser autónomo e independiente dependen, en gran medida, de la capacidad que tenga este como receptor y emisor de información, además del manifiesto interés de esa misma sociedad, en el sentido de que el manejo del medio masivo de comunicación más importante de nuestra era, en nuestro país se sustrajera del dominio de los más fuertes grupos políticos y económicos, y en cambio se diseñaran e implementaran mecanismos que permitieran la democratización del mismo, constituyeron el fundamento de la decisión plasmada en la Carta Política de 1991, de que fuera un organismo autónomo (C.P., art. 77), sujeto a un régimen legal propio, el encargado de dirigir el desarrollo de la política que en materia de televisión determine la ley”[23] .

Se precisó que la televisión, técnicamente, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, y que el mismo consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y vídeo en forma simultánea (art. 1º). En relación con los fines se ratificaron los de formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana, así como la importancia de satisfacer las finalidades sociales del Estado, la promoción del respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, el fortalecimiento y consolidación de la democracia y la paz, y el deber de propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local (art. 2º).

De conformidad con dicha ley, el derecho de operar y explotar medios masivos de televisión debe ser autorizado por el Estado, y depender de las posibilidades del espectro electromagnético, de las necesidades del servicio y de la prestación eficiente y competitiva del mismo. En todo caso, otorgada la concesión, el operador o el concesionario de espacios de televisión debe hacer uso de la misma sin más permisos o autorizaciones previas (art. 29).

Son operadores del servicio de televisión, las personas jurídicas públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que utilizan 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.

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).

La Ley 182 realizó una distribución territorial para la explotación del servicio de televisión: nacional, zonal, regional y local (art. 36), en todos los cuales se determinó que sería prestado en libre y leal competencia, así: En el nivel nacional quedó reservado para el Estado hasta el 1º de enero de 1998, el cual estaría a cargo de Inravisión entidad que operaría los canales nacionales que determinara la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, de acuerdo con las posibilidades del espectro, las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo. A partir del 1º de enero de 1998, según el texto original de la Ley 182 de 1995, el servicio podría ser prestado también nacionalmente por los operadores zonales mediante encadenamientos, o por extensión gradual del área de cubrimiento y de acuerdo con la reglamentación que expidiera la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

La Ley 182 de 1985, definió en términos generales la concesión 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 Inravisión— 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).

Sobre los contratos de concesión para la prestación del servicio público de televisión, en una primera oportunidad, en la Sentencia C-711 de 1996, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“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 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[(24)].

...

“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 la Sentencia C-350 de 1997, mediante la cual se revisó la constitucionalidad de la Ley 335 de 1996, que modificó las Leyes 14 de 1991 y 182 de 1995, la misma Corte Constitucional señaló, además, 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.

“...por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y el funcionamiento de un servicio público por un determinado lapso. Esta persona, ‘concesionario’, actúa por su propia costa y riesgo. La labor se retribuye con el precio pagado por los usuarios o con subvenciones o garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez”.

“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”[(25)].

“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 1º 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"[(26)] .

"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"[(27)] .

A su vez, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política, la Ley 182 de 1995 estableció que la intervención estatal en el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, está a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, entidad que tiene a su cargo coordinar previamente con el Ministerio de Comunicaciones el plan técnico nacional de ordenamiento del espectro electromagnético para televisión y los planes de utilización de frecuencias para los distintos servicios, con base en los cuales debe hacer la asignación de frecuencias que previamente le haya otorgado el Ministerio de Comunicaciones para la operación del servicio de televisión, a aquellas personas que en virtud de la ley o de concesión deban prestar el servicio de televisión, al tiempo que debe coordinar con dicho ministerio la instalación, montaje y funcionamiento de equipos y redes de televisión que utilicen los operadores para la cumplida prestación del servicio (art. 23).

La Ley 182 de 1995 organizó la Comisión Nacional de Televisión a la que de conformidad con la Constitución se le atribuyó ejercer, en representación del Estado, la titularidad y reserva del servicio público de televisión,dirigir la política de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público de televisión de acuerdo a lo que determine la ley; regular el servicio de televisión, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley (art. 4º).

En cuanto son relevantes para este proceso, la Ley 182 le atribuyó a la Comisión las funciones de:

— 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. 5º, lit. e).

— 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. 5º, lit. f).

— 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. 5º, lit. g).

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

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

Finalmente, la ley dispuso que a partir de su vigencia, Inravisión se transformaría en una sociedad entre entidades públicas organizada como empresa industrial y comercial del Estado, conformada por la Nación-Ministerio de Comunicaciones, Telecom y Colcultura, que tendría como objeto la operación del servicio público de radio y televisión y la producción, realización y emisión de la televisión cultural y educativa en los términos de esa ley (art. 62).

Así pues, la Ley 182 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. En sus normas se desarrolló un novedoso concepto: "la posibilidad de que los particulares participen en todos los componentes que "hacen" la televisión, desde la creación misma de canales privados, sin que ello implique la desaparición o el debilitamiento de las Cadenas Estatales. Por el contrario, el esquema instituido las fortalece hasta el punto de reforzar su capacidad de competir exitosamente con los futuros canales particulares y con la producción hecha por las empresas privadas"[(28)].

1.9. Las modificaciones introducidas por Ley 335 de 1996

Transcurrido tan solo un año de haber entrado en vigencia la Ley 182, en el seno del Congreso de la República se planteó la necesidad de reformarla y por ello, a iniciativa de algunos de sus miembros, en el primer período de sesiones de la legislatura 1996-1997 se presentaron varios proyectos de leyes con el propósito de hacerlo[(29)].

"Acerca de la necesidad de reformar la Ley 182 de 1995, parece existir consenso en el Congreso de la República. La difícil situación que afronta en la actualidad Inravisión, corroborada debidamente por su director, el doctor Édgar Plazas, en su comparecencia ante esta Comisión Sexta Constitucional, nos indica que es urgente producir los correctivos de carácter legislativo necesarios.

"Básicamente las modificaciones de la Ley 182 de 1995, en este aspecto, deben orientarse a consolidar a Inravisión para que esta se desarrolle satisfactoriamente en los altos niveles de eficiencia y capacidad que le exigen su condición de operador público y la dura competencia que se avecina en este campo.

(...).

"La Constitución de 1991 estableció entre otros, los principios de la igualdad de las personas ante la ley; la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético; el pluralismo informativo; la democratización de la propiedad, el derecho de los ciudadanos a recibir una información veraz, imparcial y objetiva y a que se respete su intimidad y su buen nombre.

...

"Vemos como la intención de la ley fue garantizar la libre competencia entre operadores y concesionarios en los niveles nacional y zonal, colocándolos en un mismo punto de partida para la prestación del servicio. Sin embargo, más adelante esa misma norma establece privilegios para los concesionarios de espacios de televisión actuales contemplando por una parte como lo hace el artículo 50 la prórroga de los contratos a su finalización y, por otra, estableciendo exclusivamente para los operadores zonales el requisito de ser sociedades anónimas abiertas con sus acciones inscritas en la bolsa de valores.

...

“Por lo anterior, el proyecto legislativo que se presenta establece por una parte la no prórroga de los contratos de concesión de espacios y, por otra, la obligación de que los concesionarios de estos espacios se conviertan en sociedades anónimas con acciones inscritas en bolsa de valores. Todo ello, con el objeto de que se dé cabal cumplimiento a los verdaderos principios inspiradores de la reforma de la televisión efectuada mediante la Ley 182 de 1995, basados en la igualdad de condiciones y oportunidades, de conformidad con los principios constitucionales plasmados en los artículos 13 y 75 de la Carta de 1991”[(30)] .

Acumulados los diferentes proyectos, se aprobó y luego se sancionó el 20 de diciembre de 1996, la Ley 335 que modificó parcialmente las leyes 14 de 1991 y 182 de 1995, introdujo cambios a los contratos de concesión de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública, 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.

La Ley 335 eliminó la obligación de la Comisión Nacional de Televisión de prorrogar la vigencia de los contratos de concesión de espacios de televisión entonces vigentes al disponer la derogatoria del artículo 50 de la Ley 182 y ordenó la adjudicación y celebración de nuevos contratos de concesión para los espacios de televisión en los canales de operación pública, una vez se produjera el vencimiento de los entonces vigentes, los cuales, señaló, serán improrrogables, así mismo determinó que la Comisión Nacional de Televisión debía establecer las condiciones, requisitos, mecanismos, y procedimientos que deben 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 de los servicios de televisión, el pluralismo informativo y que eviten las prácticas monopolísticas, así como el aprovechamiento indebido de posiciones dominantes en el mercado (art. 10).

En tal sentido se dispuso que sin perjuicio de lo estipulado en esa misma Ley 335, con relación a los contratos de concesión de espacios en los canales nacionales comerciales en ese momento vigentes, otorgados con fundamento en las licitaciones públicas 01 de 1994, 01 de 1995 y 01 de 1996, se respetarían los términos originalmente convenidos para su vigencia, pero sin opción de prórroga alguna (art. 10, par. trans.).

Así las cosas, los concesionarios de espacios de televisión en los canales de operación pública, esto es, los canales Uno y A, que creían tener derecho a la prórroga de los contratos de concesión por virtud de lo dispuesto en la Ley 14 de 1991, ahora verían terminar sus contratos y prepararse para intervenir en un nuevo proceso licitatorio, con nuevas reglas legales que cambiaron automáticamente las condiciones del mercado porque como se verá más adelante, se autorizó la intervención de nuevos agentes privados para operar nuevos canales nacionales y todo ello sin perjuicio de los cambios que operaron sobre la realidad económica del país a partir de 1997. Sobre este particular es preciso tener en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de estas disposiciones, en la Sentencia C-350 de 1997.

A su vez, la Ley 335 modificó la Ley 182 y determinó que a partir del 1º de enero de 1998, el servicio de televisión sería prestado a nivel nacional tanto por canales nacionales de operación pública, como por canales nacionales de operación privada. Ello significa que la Ley 335 dispuso la transformación de los canales zonales previstos en la Ley 182, en canales nacionales de operación privada, al determinar que en razón de su nivel de cubrimiento territorial, la televisión sería nacional, regional, local y comunitaria sin ánimo de lucro. Ello significa que por virtud del cambio introducido por la Ley 335 de 1996, los concesionarios de espacios de televisión en los canales de operación pública, esto es, en los canales Uno y A, ahora tendrían que compartir la denominada “torta publicitaria” con los operadores de canales nacionales de televisión de operación privada.

En consecuencia, la televisión nacional sería entonces de operación pública y de operación privada. La primera se refiere a las señales de televisión operadas por Inravisión o el ente público pertinente, autorizadas para cubrir todo el territorio nacional, y la segunda, se refiere a la autorizada como alternativa privada y abierta al público para cubrir de manera permanente las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo en todo el territorio nacional.

A partir de ese momento, se entiende por canales nacionales de operación privada los operados por concesionarios

privados y por canales nacionales de operación pública aquellos cuyas señales son operadas por Inravisión.

“El proyecto de ley transforma los canales zonales en nacionales privados y estamos de acuerdo con ello. Esta es una visión más realista de lo que deben ser los nuevos canales privados que tendrá el país a partir de 1997. Con ellos llegará la competencia en los medios que redundará en la mejor calidad del servicio (...)”[(31)].

En consecuencia, las cadenas Uno y A conforman, de acuerdo con la Ley 335 de 1996, 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[(32)].

En la misma ley se adoptaron medidas para impedir la concentración accionaria y procurar su democratización, A su vez, señaló que quien participe como socio en un canal nacional de operación privada, no podría ser concesionario en los canales nacionales de operación pública, ni operador contratista de los canales regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.

En aras de la democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético, la ley determinó que ningún concesionario en los canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de estos en los términos del artículo 52 de la Ley 182, puede ser concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular. De igual forma, determinó que nadie podrá resultar adjudicatario de más de una concesión dentro del nivel territorial que le ha sido asignado; que quien sea concesionario en una cadena no puede serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona y que no se puede otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del 25% ni menos del 7.5% del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena (art. 13, declarado exequible por la Sentencia C-350 de 1997).

En cuanto se refiere a Inravisión, la Ley 335 determinó que esta es una sociedad entre entidades públicas, organizada como empresa industrial y comercial del Estado conformada por la Nación-Ministerio de Comunicaciones, Colcultura y Telecom, que tiene como objeto la operación del servicio público de la Radio Nacional y Televisión, así como la determinación de la programación, producción, realización, transmisión, emisión y explotación de la televisión cultural y educativa en los términos de esa misma ley. Así mismo, determinó que su patrimonio está constituido, entre otros, por el que en ese momento le correspondía por los aportes del presupuesto nacional y por las transferencias que le otorgue la Comisión Nacional de Televisión, las cuales se deben hacer de manera periódica cada 45 días y en ningún caso pueden ser inferiores en pesos constantes a lo transferido en el período inmediatamente anterior. En cuanto a los recursos provenientes de las tasas, tarifas y derechos producto de los contratos de concesión de espacios de televisión, así como los recursos que ella perciba por contratos y concesiones especiales previstos en esa misma ley, se determinó que la Comisión Nacional de Televisión transfiera a Inravisión la cantidad necesaria y suficiente para que dicho operador pueda cumplir y desarrollar cabalmente su objeto. Así mismo, que los concesionarios de canales nacionales de operación privada deben destinar el 1.5% de la facturación bruta anual para el fondo de desarrollo de la televisión pública, y será pagadero trimestralmente (art. 16).

La Ley 335 de 1996, igualmente, determinó que previo otorgamiento de las frecuencias por el Ministerio de Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta los estudios pertinentes, decidiría el reordenamiento final del espectro electromagnético, pudiendo hacer cambios dentro de las bandas de VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tenían los operadores públicos de la televisión a la vigencia de dicha ley.

Sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-445 del 18 de septiembre de 1997.

En todo caso, señaló la ley, que los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes, tendrían la facultad de renunciar a la concesión que les fuere otorgada y proceder a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por este concepto (art. 17) , en el entendido, dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-200 del 13 de mayo de 1998, de que la facultad que otorga a los concesionarios no constituye una excepción al principio de que debe repararse el daño causado cuando se ha incurrido en alguna

de las hipótesis que conforme a nuestro ordenamiento dan lugar a la reparación.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, Sala Plena, en Sentencia C-200 del 13 de mayo de 1998, señaló:

...

"Ahora bien: si el interés general se concreta en la prestación eficiente del servicio, no necesariamente es contraria al mismo la renuncia a la concesión del titular que, por una u otra razón, no puede continuar ejecutando el contrato hasta agotar el término pactado; esa renuncia a la concesión solo eventualmente es favorable a los intereses de quien la realiza y se priva de continuar explotando una actividad que es lucrativa, y lo seguirá siendo mientras el acceso al uso del espectro electromagnético sea un bien escaso. De hecho, el mismo artículo 17 de la ley en comento regula, en su parágrafo transitorio, una de las eventualidades en las que la renuncia a la concesión de uno o varios espacios es ordenada por la ley, y no solo debe ser aceptada por el organismo administrador —CNTV—, sino reglamentada y exigida por este para evitar prácticas monopolísticas o abuso de posiciones dominantes en el mercado.

"La Ley 335 de 1996 regula el cambio de un sistema estatal de televisión por otro mixto, y la manera en que se dará la transición entre ellos, pues ahora no solo habrá más canales, sino que los particulares concurrirán a la prestación del servicio como concesionarios de espacios en los canales oficiales y, también, como operadores de canales privados de alcance nacional, regional y local.

...

En el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, el legislador estableció un sistema de adjudicación de espacios y un régimen de transición, específicamente adoptados "*con el objeto de establecer 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 en el acceso al espectro electromagnético...",* y tal objetivo es acorde con el interés general definido por el constituyente en los artículos 75 a 77 de la Carta, por más que imponga a la CNTV la carga administrativa de realizar tantas licitaciones como sea preciso para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro, el pluralismo informativo y la competencia.

"Al cambiar la regulación del servicio de la manera radical en que lo hizo, el legislador ordenó la intervención del Estado en el uso del espectro electromagnético, a fin de llevar a efecto la reorganización territorial del servicio y el mercado, la democratización de la composición accionaria de las empresas que a ellos concurren, la multiplicación de su número, y la readjudicación de los espacios, todo ello con miras a mejorar las condiciones de prestación del servicio, pero con el costo ineludible de permitir un período de reacomodo, en el que están puestas en juego la estabilidad y la viabilidad económica de todos los entes que concurren a la prestación, sea como concesionarios o como operadores.

"<u>En ese período de transición</u> —diferente a todos los que se han vivido desde que en 1954 se inició la televisión en Colombia—, el interés general sigue siendo el señalado por el Constituyente: la eficiente prestación del servicio; pero, ¿cuál será la política contractual que mejor <u>permita realizar tal interés en la adjudicación de espacios</u>?; ¿aquella que <u>facilite a más concesionarios tener acceso</u> a la explotación del uso del espectro, o la que impone una barrera de entrada a fin de procurar que el grupo de los concesionarios permanezca inalterado durante cada período de adjudicación de espacios? La primera de esas políticas de contratación, parece dirigida a garantizar el pluralismo informativo y la libre competencia, objetivos que consagra el artículo 75 Superior; y la segunda, sin apuntar en esa dirección, puede optimizar los ingresos de la CNTV y abaratar sus costos de funcionamiento; pero ambas pueden redundar en una prestación eficiente del servicio, por lo que es el legislador el llamado a escoger entre esas y otras (C.P., art. 77), la que mejor se ajuste a los designios del constituyente.

"Además, no debe prosperar en contra del inciso segundo del artículo 17 de la Ley 335 de 1996, el cargo de su presunta oposición al interés general, puesto que el legislador es tan competente para desarrollar normativamente ese interés en el corto plazo (así lo hizo en el parágrafo transitorio, y este no fue demandado aunque tiene igual contenido), como para establecerlo en el mediano y largo plazo.

“Garantía de los derechos adquiridos.

“La segunda razón por la cual se acusa al inciso demandado de ser contrario al artículo 58 Superior, es la presunta afectación de los derechos adquiridos por la CNTV en la celebración de los contratos de concesión.

…

“2.2. Intromisión del legislador en una actividad de la CNTV…!

…

“Además, si el legislador puede modificar el régimen contractual de las concesiones de espacios de televisión en pro del interés general y, según la doctrina constitucional sentada en el fallo C-350 de 1997, válidamente puede afectar las expectativas de los concesionarios, con mayor razón puede alterar las del órgano administrativo al que compete aplicar la política oficial sobre la prestación del servicio.

“2.3. Función administrativa e intereses particulares

...

“Los concesionarios que por una u otra causa no estén en condiciones de seguir cumpliendo con las obligaciones que les impone la concesión, deben dejar su lugar a otros que sí puedan contribuir al logro de la prestación eficiente del servicio, y es deseable que lo hagan antes de que su incapacidad sobreviniente ocasione interrupciones en la transmisión o alteraciones imprevistas de la programación. Desde esta perspectiva, la previsión contemplada en el inciso demandado sirve al interés general tanto como puede ser favorable al interés particular del concesionario abocado a renunciar.

...

“2.4. Principio de la eficacia y discontinuidad en la prestación del servicio

“Según la demanda, el inciso acusado viola los artículos 209 y 365 de la Carta Política, puesto que la renuncia del concesionario causa una interrupción en la prestación del servicio y, por tanto, imposibilita a la CNTV para aplicar el principio de eficacia, puesto que la continuidad en la prestación del servicio no depende enteramente de las decisiones de la administración.

“Al respecto, vale señalar que la prestación de los servicios públicos es en último término responsabilidad del Estado (C.P., art. 365), aunque la continuidad de tal prestación no dependa enteramente de las decisiones de los funcionarios y órganos estatales, pues los usuarios están llamados a participar en la adopción de ellas, y tanto las comunidades organizadas como los particulares pueden concurrir a la prestación de uno u otro de tales servicios en los términos definidos por la ley.

“En este último caso, si los particulares concurren bajo la dirección de un órgano estatal especializado y se produce una interrupción en la prestación del servicio, imputable directamente a que uno de los concesionarios decide ejercer una facultad que expresamente le concede la ley, ello no quiere decir que la ley que confirió tal facultad al particular sea inexequible, sino que el ente estatal encargado de la gestión y control fue ineficiente al grado de no prever las consecuencias de que los particulares se acojan a los beneficios legales.

...

“En cuanto hace a la tarifa que todos los concesionarios deben cancelar por el uso del bien público que administra la CNTV, debe anotarse que el inciso acusado faculta a los titulares de las concesiones para renunciar a ellas sin pagar indemnización, pero no les otorga derecho a reclamar, en caso de ejercer esa potestad, siquiera una parte de la tarifa anual que todos los concesionarios deben cancelar anticipadamente por el uso del espectro electromagnético, o parte del pago que hace cada uno de ellos al serle adjudicada la concesión por el derecho a aprovecharse del bien público; así, la renuncia de un concesionario, no significa una merma en las rentas ordinarias de la CNTV.

“Condonación prohibida

“La Corte no puede acoger las razones y solicitudes del Procurador General, puesto que la facultad que otorga el inciso demandado a los titulares de concesiones no necesariamente constituye una condonación; como se ha visto, son varios los eventos en que la renuncia no causa perjuicio; más aún, el contrato de concesión, como todos los contratos, puede terminar de la misma manera en que se creó: por acuerdo de las partes contratantes; si se presenta la renuncia del concesionario y la aceptación de la misma por la Comisión, se configuraría una resiliación.

“En aquellos casos en los que sí se presente un daño imputable a la renuncia del concesionario, se debe aplicar el principio general, no exceptuado por el inciso demandado, y quien ocasionó un perjuicio debe repararlo. El texto de esa norma es muy claro al estipular que no habrá lugar a indemnización por el solo hecho de renunciar a la concesión; pero de él no se desprende la irresponsabilidad patrimonial del concesionario que causa un daño con su renuncia pues, cuando se ha incurrido en alguna de las hipótesis que conforme a nuestro ordenamiento dan lugar a la reparación, bastará a la CNTV acreditar debidamente el perjuicio para reclamar su consecuente indemnización. Además, las consecuencias administrativas previstas en las leyes 14 de 1991, 182 de 1995 y 335 de 1996 para el caso de renuncia a la concesión, serán aplicables en los casos previstos por tales normas”.

Finalmente, dicha Ley 335 de 1996 facultó a la Comisión Nacional de Televisión para reglamentar las franjas de audiencia y fijar el número de horas de emisión diaria a los concesionarios de televisión pública y privada, a fin de garantizar su igualdad de competencia y cumplir a cabalidad con los fines y servicios del servicio público de televisión (art. 5º).

1.10. La crisis económica de la televisión y la Ley 680 de 2001

A partir de 1998 entraron al aire los canales nacionales de operación privada con lo cual se amplió la prestación del servicio público de televisión, pero simultáneamente surgieron para los concesionarios de los espacios de televisión de los canales de operación pública, problemas y dificultades que fueron resumidos así en el informe ponencia del proyecto convertido luego en la Ley 680 de 2001, cuyo texto, al decir de los ponentes, fue “previamente concertado con el Ministerio de Comunicaciones, Comisión Nacional de Televisión, operadores de los canales privados, concesionarios de canales públicos, gremio de los actores, técnicos y demás estamentos del servicio público de la televisión en Colombia”:

“Mediante las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996 el Congreso de la República diseñó un esquema de prestación del servicio público de televisión, basado en la competencia entre lo público y lo privado; entre Inravisión y los canales regionales por un lado, y los operadores privados del servicio, por el otro.

“Este esquema hoy está en riesgo. Como es de público conocimiento muchas empresas han desaparecido; otras están al borde de desaparecer; hay en curso tribunales de arbitramento en los que se ha puesto de presente la caída de la inversión en publicidad —producto de la crisis económica—, en los que se ha planteado la revisión del canon pagado por la concesión. Se anuncian más tribunales. Hay también reclamaciones administrativas basadas en la crisis. Ha habido declaratorias de caducidad e imposición de multas. En fin, la crisis se expresa en la judicialización de los conflictos; la competencia por la pauta hace caer las tarifas por efecto de la ley de la oferta y la demanda; la inversión publicitaria se recupera lentamente.

“No es, evidentemente, la televisión la única que se encuentra en dificultades. Pero también es verdad que mientras el Congreso reconoce dichas dificultades y para no propiciar la desaparición de lo que genera producción o empleo aprueba una ley de crisis como la Ley 550, en materia del servicio público de televisión también estamos en mora de hacer lo mismo.

“ La preservación del esquema público-privado es hoy un imperativo que trasciende el interés particular de quienes prestan dicho servicio público. La televisión está ligada a la opinión, la cultura, la información y el entretenimiento. No asumir la crisis, implica poner en riesgo el imperio de tales valores. Amerita, además, que el Congreso intervenga para preservarlos. Lo que está en el orden del día en materia de televisión es una legislación de crisis que responda a una situación de crisis. Por esa razón y en buena hora, el honorable Senado de la República aprobó en primer debate sustanciales modificaciones a la legislación de televisión, con los cuales se

pretende enfrentar legislativamente la crisis mencionada. Las modificaciones precitadas se encuentran contenidas en el Proyecto de Ley 34 de 2000, acumulado al número 38 de 2000, "por la cual se reforman las leyes 182 de 1995, 3335 de 1996 y se dictan otras disposiciones en materia de televisión"."[33].

Es claro pues que frente a la crisis y a la gravedad de la misma, el Estado se vio obligado a adoptar nuevas decisiones y una vez más por iniciativa del Congreso[34], se pensó en dictar medidas legislativas para resolverla.

Aunque la Ley 680 fue aprobada y sancionada después de la renuncia presentada por algunos concesionarios de espacios de televisión en los canales de operación pública y la consecuente terminación anticipada de los contratos que son objeto de examen por este Tribunal, las soluciones normativas[35], su análisis y antecedentes resultan relevantes no solamente por contener normas expedidas por el Estado con el objeto de resolver los graves problemas por los que atravesaba la televisión colombiana a partir de 1998 y en particular los que concernían a concesionarios de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública, sino porque tales documentos y normas dan cuenta precisa de cómo debe entenderse la relación jurídica que mediante los contratos 155 y 029 existió entre Diego Fernando Londoño y la CNTV que aunque se llame concesión, evidentemente difiere de las relaciones que existen entre los operadores de los denominados "canales privados" y la misma CNTV, y difiere de muchas otras relaciones denominadas también concesiones, que en muchos casos, corresponden a "simples permisos o autorizaciones" exigidos en desarrollo de potestades de vigilancia y control, o simplemente para efectos de planeación sectorial.

1.11. El espectro radioeléctrico y su uso para la prestación del servicio público de telecomunicaciones y en particular para la prestación del servicio público de televisión

Realizado el estudio sobre el servicio público de televisión reservado por la Constitución y la ley al Estado, corresponde ahora analizar el espectro radioeléctrico, esto es, aquella parte del espectro electromagnético que como un bien de propiedad también del Estado es utilizado por los operadores para la prestación de aquel servicio y demás actividades de telecomunicaciones a favor de los usuarios, previa concesión otorgada por su titular.

Sea lo primero destacar que con frecuencia se incurre en el error de referirse al espectro electromagnético para señalar el que se utiliza para las telecomunicaciones, que en realidad corresponde únicamente al radioeléctrico.

De conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Constitución Política, el es un bien público, cuyo titular es la Nación, inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado.

En consecuencia, se trata de un bien del Estado que no puede ser enajenado o transferido y que no puede ser adquirido por ningún modo; apenas puede ser "usado" en las condiciones que determine la ley y la autoridad administrativa del Estado que tiene a su cargo su intervención por mandato constitucional y que por la misma causa puede "explotarlo" es decir obtener beneficios de aquellos que lo requieren para sus propias actividades.

Además de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en la Sentencia 53 del 25 de abril de 1991, atrás citada, con motivo del tratamiento dado al espectro electromagnético por el Decreto 1900 de 1990, la Corte Constitucional al revisar el tema frente a las normas de la Constitución Política que lo regulan, en la Sentencia T-081 de 1993, señaló su definición y características:[36]

En la Sentencia C-189 del 19 de abril de 1994, la Corte Constitucional reiteró el carácter de 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"[37].

Así mismo, en la Sentencia T-484 del 2 de noviembre de 1994, la Corte Constitucional hizo las siguientes consideraciones sobre el artículo 75 de la Constitución y el espectro electromagnético:

"Es decir, la Constitución en los artículos que tratan sobre el espectro electromagnético (arts. 75, 76 y 101), se

refiere a una parte del espectro, a las frecuencias que se utilizan en las comunicaciones, y no al espectro en su totalidad que, como se mencionó, corresponde a fenómenos que no tienen relación con las comunicaciones. Pretender su control total equivaldría a decir que el Estado, en virtud del artículo 75, puede intervenir la luz o la radiación térmica del sol.

"De otra parte, es evidente que la igualdad de oportunidades a que el artículo 75 se refiere, es la que tiene que ver con el otorgamiento de concesiones, en especial para radio y televisión. El uso que el concesionario haga de las frecuencias, se rige por otros principios, en especial por los que consagran la libertad de información"[(38)] (negrilla fuera de texto).

Sobre la materia la Corte ha precisado los términos en sentencias tales como la C-310 del 11 de julio de 1996 y C-350 del 29 de Julio de 1997, en la que al referirse a la televisión como un medio de comunicación enfatizó en el uso del espectro como medio necesario para la prestación del servicio y en las funciones de gestión del mismo atribuidas a la CNTV[(39)].

De lo dispuesto en las leyes 14 de 1991, 182 de 1995 y 335 de 1996 y de las normas previstas en la Ley 80 de 1993, antes citadas, se infiere que la modalidad adoptada para el uso del espectro radioeléctrico con el objeto de prestar el servicio de televisión es la concesión, mediante contrato estatal, que se celebra simultáneamente o en un mismo cuerpo contractual, con la concesión para la operación y explotación económica del servicio.

Corrobora este aserto lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-423 de 1995, en la cual señaló que los recursos originados para la Nación a partir de 1994 e incorporados en el presupuesto general de la Nación, generados en los contratos de concesión celebrados para la explotación del espectro electromagnético, tienen las características configurativas de los ingresos corrientes no tributarios con el carácter de rentas contractuales resultantes por la explotación y utilización de un bien del Estado, el espectro electromagnético.

Dijo entonces la Corte lo siguiente sobre el origen y las condiciones de generación de los recursos provenientes de la explotación del espectro electromagnético:

"Los recursos que se impugnan provienen de contratos de concesión celebrados con particulares para la explotación del espectro electromagnético, con miras al ofrecimiento del servicio público de telefonía móvil celular; los adjudicatarios le pagan al Estado el derecho a explotar, durante un período de tiempo determinado, ese bien, definido en el artículo 75 de la Constitución Política, como "...un bien público, inenajenable (sic) e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado...".

(...).

"En síntesis, un bien cuya explotación reúne las condiciones que configuran un ingreso corriente, que en el caso propuesto se deriva de la celebración de un contrato, y que por lo tanto corresponde a lo que el artículo 20 de la Ley 38 de 1989, denominó 'rentas contractuales', norma vigente en la época en que se causaron y recaudaron dichos recursos, y además se tramitó, aprobó y expidió la Ley 168 de 1994.

"Pero si lo dicho no fuera suficiente para aceptar que los recursos cuestionados sí son recursos ordinarios, a las características que estos presentan se les puede adicionar la de la regularidad, no obstante, que como se ha dicho, se trata de un elemento útil para caracterizarlos y distinguirlos, aunque no esencial para determinarlos; ello por cuanto la no regularidad que a tales recursos le atribuye el Ministerio Hacienda, que le sirve para desvirtuarlos como recursos ordinarios, tampoco es admisible, pues dicha característica no puede entenderse derivada del contrato, cuyas condiciones de ejecución, valor, plazos, forma de pago, etc., son producto de un acuerdo de voluntades sujeto a la discrecionalidad de las partes; la regularidad se origina, en este caso, de la disponibilidad permanente que tiene el Estado de un bien, propiedad de la Nación, inenajenable (sic) e imprescriptible, para explotarlo y usufructuarlo de manera continua, con independencia de los plazos y demás condiciones que en un determinado negocio se establezca para percibir dicho usufructo.

Esto explica, por qué los recursos que se originan en los contratos de crédito, depósito, o compraventa de activos, se clasifican como recursos de capital, pues su objeto se agota en una única negociación; la venta de un inmueble propiedad de la Nación, por ejemplo, en cuanto bien enajenable y prescriptible, le produce al Estado recursos por

una sola vez, es un ingreso esporádico, no susceptible de repetición, que no admite, obviamente, la condición de regularidad, la cual, se reitera, se deriva no del contrato sino de las características del objeto que lo origina.

"En conclusión, los contratos de concesión celebrados para la explotación del espectro electromagnético, generan para el Estado recursos ordinarios, no tributarios, en cuanto, como lo dijo esta Corporación, "de ellos dispone o puede disponer regularmente el Estado". "[40] (negrilla fuera de texto).

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, con la Sentencia C-303 del 5 de mayo de 1999, la Corte Constitucional al referirse a los recursos que se obtienen por la concesión del espectro electromagnético, los definió como "la contraprestación económica por la concesión para el uso del espectro electromagnético por particulares", con el objeto de excluir que los mismos constituyan un impuesto[41]. Se trata, dijo la Corte, de rentas nacionales de origen distinto al tributario, obtenidas por el Estado a través de mecanismos regulares y permanentes, como ocurre con los ingresos que puedan engrosar las arcas del tesoro por la vía contractual, entre otros, los que provienen de pagos a cargo de quienes son titulares de concesiones, por la explotación que hacen de bienes o recursos públicos.

Al analizar la naturaleza de los recursos que se obtienen para el Fondo de Televisión Pública, según la Ley 335 de 1996, por el uso de frecuencias del espectro electromagnético en el campo de la televisión en canales de operación privada, en la Sentencia C-303 del 5 de mayo de 1999, dijo entonces la Corte lo siguiente:

"...los pagos que, con destino al Fondo de televisión pública, deben hacer periódicamente los concesionarios por la explotación de frecuencias en el campo de la televisión en canales de operación privada, no son un impuesto, pues carecen de la generalidad que para tal categoría tributaria resulta esencial y, además, a diferencia de los impuestos, es evidente que la obligación de pagar las cantidades periódicas previstas en la norma están vinculadas directamente con el beneficio que a los obligados otorga el Estado mediante la concesión para el uso exclusivo de canales integrantes del espectro electromagnético. Tales pagos tampoco gozan de la característica de la parafiscalidad en sentido estricto, ya que no se establece que el sector privado de las telecomunicaciones deba asumir una exacción predeterminada que haya de aplicarse al mismo sector. Tal obligación legal en cabeza de los concesionarios es solamente una retribución económica que, por razones de interés general, el Estado exige, junto con las demás previstas en la ley, a los particulares a quienes ha otorgado facultad temporal para hacer uso del espectro electromagnético.

"Los recursos correspondientes tienen, por tanto, un propósito directamente señalado por la ley: deben ingresar al Fondo de Desarrollo de la Televisión Pública creado por la misma (...)[42].

En consecuencia, el espectro radioeléctrico que se usa para la prestación del servicio público de telecomunicaciones, es un bien del Estado y más precisamente de la Nación, la cual, en tratándose de la prestación del servicio público de televisión, de acuerdo con la Ley, autoriza su uso mediante un contrato de concesión y a cambio también de una remuneración como contraprestación a favor del Estado y a cargo de los concesionarios quienes la cancelan periódicamente por conducto del Fondo de Comunicaciones, por concepto de derechos por la utilización y explotación de las frecuencias radioeléctricas. En lo que hace a los concesionarios de espacios de televisión, si bien no lo son del uso del espectro, el precio, al igual que el exigido a los operadores, es un precio contractual, que pagan al asignatario de frecuencias para que en su canal y en el horario establecido se transmita la programación comercial que constituye su "actividad comercial" en la prestación del servicio público de televisión.

1.12. Naturaleza conmutativa o aleatoria de los contratos

Los contratos 29 de 1999 y 155 de 1998 son, en criterio del Tribunal, de carácter conmutativo, es decir, pretenden un equilibrio en las recíprocas prestaciones, aunque por su condición de estatales estén sometidos al poder exorbitante que el régimen jurídico confiere a las entidades estatales.

Conviene al respecto precisar que la división clásica de los contratos entre conmutativos y aleatorios, proveniente del derecho latino, fue consagrada en el artículo 1498 de nuestro Código Civil y atiende al equivalente que debe existir entre lo que una parte se obliga a dar o hacer y lo que la otra se obliga también a dar o hacer a favor de la

otra.

En caso de incumplimiento que conduzca al restablecimiento del equilibrio, dependiendo del tipo de contrato, habrá lugar al reconocer los perjuicios causados de manera integral, vale decir, reconociendo tanto el daño emergente como el lucro cesante, siempre que uno y otro se encuentren plenamente demostrados, este corresponderá a la ganancia cierta o provecho igualmente cierto que deja reportarse de no haberse cumplido cabalmente la obligación.

En el caso de los segundos, los aleatorios, la equivalencia se establece entre lo que una parte da o hace a favor de una y la contingencia incierta de ganancia o pérdida de la otra; en este caso, el incumplimiento, de la primera generará derechos, si la contingencia de ganancia se realiza y el equivalente será el valor de la ganancia sometida a dicha contingencia (daño emergente) y el lucro cesante que se genere y pruebe por el citado incumplimiento.

En este sentido, la norma civil considera como conmutativos a aquellos contratos en que las prestaciones de las partes tienen entre sí una equivalencia que, en términos de derecho administrativo, ha sido denominada como "ecuación contractual", apelando a un símil de carácter matemático, en que uno de los dos extremos de la referida ecuación, unido con el otro por el signo de igualdad, es en términos numéricos exactamente igual al extremo opuesto.

Considera el Tribunal que este símil, como todo recurso a la comparación, no es absolutamente aplicable a los contratos conmutativos, en tanto en la contratación no se pretende, lo cual sería imposible en la práctica y contrario a las legítimas ventajas que se buscan a través de ella, que el peso relativo de las prestaciones sea necesariamente igual, sino que exista un equilibrio, una equivalencia, como reza la norma, en manera tal que se encuentre al menos un relativo balance entre dichas prestaciones.

En el caso que nos ocupa no cabe duda de que Diego Fernando Londoño contrató con la Comisión Nacional de Televisión buscándose entre las partes unas condiciones de conmutatividad, entre el precio pagado por el concesionario y los derechos inherentes al uso adecuado y eficiente de los espacios, con el fin de hacer rentable la explotación del servicio. Por esta razón, la equivalencia no se establece entre lo pagado por el concesionario y los beneficios que esperaba reportar por la explotación comercial de los espacios, sin perjuicio de considerar, que en caso de incumplimiento de la concedente, tal como surge del artículo 1614 del Código Civil, el juez del contrato estaría obligado a valorar tanto el daño emergente como el lucro cesante, que justamente se calcula sobre los beneficios ciertos y probados dejados de percibir por dicho incumplimiento, o por causas ajenas a ambas partes, dentro de las reglas propias de la contratación estatal.

1.13. Conclusiones relativas a la naturaleza de los contratos

En el presente caso, de conformidad con todo lo anteriormente expuesto, se tiene que de acuerdo con la ley, se está en presencia de dos contratos estatales de concesión de espacios de televisión en uno de los canales nacionales de operación pública: El contrato Nº 155 suscrito el 15 de mayo de 1998 y el contrato Nº suscrito el 29 de marzo de 1999, con sus correspondientes "otrosí", celebrados entre Diego Fernando Londoño Reyes y/o D.F.L. Televisión y la Comisión Nacional de Televisión.

Su objeto es la prestación o explotación económica, por cuenta y riesgo del concesionario, 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; precio que no involucra la rentabilidad derivada de la explotación del negocio, como sí ocurre en otro tipo de contratos de concesión; aunque evidentemente de acuerdo con la legislación vigente al momento de su suscripción, dicho precio debe establecerse considerando la producción de beneficios, en el nuevo esquema de competencia, así como la audiencia potencial.

Se trata de contratos en los cuales los particulares concurren bajo la dirección de un órgano estatal especializado[(43)] que como tal, está obligado a garantizar a sus concesionarios el cumplimiento de cargas y deberes relacionados con la correcta operación y gestión del canal, así como el de aquellas obligaciones de protección que el legislador dispuso al desarrollar la nueva política del sector, que para el caso que nos ocupa se concreta en las dispuestas para

fijar los precios de la concesión (L. 182/95, art. 5º, letra g) y las relativas al derecho de renuncia que de acuerdo con la Corte Constitucional comporta deberes de asunción del servicio por la CNTV como responsable del mismo, derecho este consagrado en el artículo 17 de la Ley 335 de 1996. Cargas y deberes que el legislador dispuso para enfrentar los efectos de la competencia.

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 ingresan al tesoro público como renta corrientes de origen contractual y que como se evidencia de la jurisprudencia transcrita, corresponden a cánones que mensualmente deben pagarse como precio por la utilización del espacio.

El término de duración se pactó inicialmente hasta por seis (6) años contados según las estipulaciones contractuales.

No se trata de un contrato de concesión de servicios públicos en los términos generales definidos por la legislación nacional y precisados por la jurisprudencia y la doctrina. Se está en presencia de un contrato de concesión especial, que reviste unas características propias y que por lo mismo, no puede tratarse con las mismas reglas que rigen a los demás contratos de concesión o a otros también especiales que de acuerdo con sus propias normas jurídicas y modalidades tienen a su vez sus propias características.

Se rige por su propio cuerpo normativo especial, como sucede con otros contratos de concesión de otros servicios, actividades y de bienes del Estado que tienen también sus propios cuerpos normativos específicos y a los cuales remite la Ley 80 de 1993[(44)].

En síntesis, se trata de contratos en los que intervinieron:

— El concedente, 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[(45)].

— El concesionario, Diego Fernando Londoño, comerciante a quien se otorgaron los derechos de explotación económica del servicio en unos determinados espacios, a cambio del pago de un precio determinado y quien por razón del negocio que explota, es vigilado y controlado.

— 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, la CNTV es quien debe asumir las consecuencias de las falencias en la operación del canal, esta carga le fue impuesta legalmente y no puede eludirla aduciendo, hechos de un tercero (Inravisión) que tiene una labor que cumplir, pero que opera bajo tutela directa de la CNTV.

— 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 de conformidad con Planiol y Ripert que 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.

En el caso objeto de examen, el concesionario se obligó 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, que tiene además la característica de ser un servicio público en tiempos y horarios determinados y al amparo de una legislación que impuso al concedente una serie de cargas que aunque no se incorporen al texto contractual le pertenecen y no es viable ignorarlas, en la medida en que el concedente, está obligado a facilitar al concesionario, una explotación en condiciones eficientes, no solamente por lo que hace a los derechos del concesionario, sino y de manera muy especial, por razón de los usuarios frente a los cuales la responsabilidad se encuentra en cabeza de la Camisón Nacional de Televisión, que ahora mediante la Ley 680 de 2001, le impuso deberes de restablecimiento económico, que en lo que hace a este Tribunal, se analizarán en contexto de las leyes bajo las cuales se celebró el contrato.

B. Naturaleza del presente proceso

Si bien es indiscutible que estamos en presencia de un proceso de arbitraje, en desarrollo de la cláusula compromisoria suscrita por los contendientes, conviene analizar el tema indicado en el acápite en lo atinente a que, tanto la condición de las partes, al menos de una de ellas, la Comisión Nacional de Televisión, como la materia que se discute, un contrato de concesión celebrado por una entidad del Estado, obligan a considerar a este trámite como un proceso de naturaleza contractual estatal, que de no haberse pactado dicha cláusula se sometería al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, bajo las premisas de la acción contractual en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, ordenamiento que también ha sido considerado por el Tribunal, obligado a constatar que la citada acción no se encuentre caducada, de conformidad con los plazos señalados en el artículo 136 del mismo ordenamiento. De la misma manera son aplicables las normas que en relación con el arbitraje están dispuestas en la Ley 80 de 1993.

Consiguientemente, el Tribunal deberá considerar en su decisión las normas que resulten aplicables de la contratación estatal y las especiales relacionadas con los contratos de concesión de espacios de televisión, celebrados entre la parte convocada y los particulares que han acudido a licitar primero y a convenir luego el derecho a explotar espacios en Inravisión —que de acuerdo con la ley opera en frecuencias asignadas por la CNTV a Inravisión— y a quien corresponde asegurar que su producción sea llevada a las pantallas de los televisores.

C. Las partes. Su condición “profesional” y la incidencia en la relación contractual

La finalidad y naturaleza del servicio de televisión exige que las personas que llegan al usuario, tengan un alto grado de conocimiento, de responsabilidad y de profesionalismo. Sobre la materia se pronunció la Corte Constitucional, Corte Constitucional, Sala Plena, en Sentencia C-093 del 7 de marzo de 1996. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

“...el Estado no puede ser indiferente ante la necesaria actividad técnica y profesionalización en el ejercicio del servicio público de televisión y por ello se requiere que el legislador, facultado constitucionalmente para el efecto, pueda señalar que las personas jurídicas son operadores del servicio de televisión, como lo hace el precepto demandado, con sujeción a las normas superiores mencionadas...”.

El Tribunal destaca esta doctrina de la Corte Constitucional con el fin de señalar que la misma es aplicable en toda su extensión en relación con los operadores del servicio, vale decir, exigible tanto de los operadores privados como de los públicos; en lo que hace a los concesionarios de espacios, en los canales nacionales de operación pública o a los aspirantes a serlo impone de la misma manera una responsabilidad profesional, pero de muy diferentes dimensiones.

El citado profesionalismo en estos casos, se predica y debe predicarse en relación con las actividades que asumen en relación con el servicio, vale decir, respecto de las actividades de producción, programación y comercialización que en virtud de los contratos Diego Fernando Londoño estaba habilitado para realizar, dentro de los límites propios de sus cargas y obligaciones, en la medida en que el profesionalismo en relación con la gestión del canal, con la adopción de medidas para hacer igualmente competente el canal, es básicamente de la CNTV, que es la entidad que tiene que proveer lo necesario para hacer competente al operador público cuyos concesionarios selecciona y sobre quienes ejerce poderes inherentes a su carácter de entidad pública titular del servicio y de las facultades de regulación, vigilancia y control del mismo; sin perjuicio del deber de colaboración propio de toda persona vinculada por un contrato, asunto que en el presente caso, no ha sido objeto de controversia y que de acuerdo con las pruebas, fue cumplido por Diego Fernando Londoño, que trabajó en la búsqueda de soluciones y no obstante no estar obligado, mantuvo el servicio seis (6) meses después de su renuncia.

En esta medida es claro que la responsabilidad por la operación y buena gestión del canal, en lo que hace a los concesionarios de espacios que la CNTV selecciona y para que asuman la prestación en unos determinados horarios, corresponde a la CNTV en el nivel exigible de un profesional y que las fallas en la operación y la gestión deficiente, por la misma causa, constituyen omisiones o fallas en el cumplimiento de cargas inherentes a la misma, que en caso de generar perjuicios a los concesionarios deben ser reparadas. Lo anterior no implica que no sean exigibles de los concesionarios de espacios, los deberes que corresponde asumir a cualquier profesional, ni que pueda exonerarse de la falta de previsión o cautela propia de quien conoce el negocio.

En el presente caso, el nivel de responsabilidad de Diego Fernado Londoño también es profesional; por ello sus decisiones en relación con las tarifas incluidas en los pliegos le incumben plenamente; no obstante, como ciudadano que actúa frente al Estado le asiste el principio de la confianza legítima, que en el caso implicaba creer que si la entrada en operación de los canales privados afectaba la audiencia potencial y sus eventuales beneficios, la CNTV, oportunamente, adoptaría las medidas necesarias para evitar cualquier agravación del daño.

En relación con estas cargas la doctrina ha señalado:

"Entiéndese por carga una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de varios que excitaban al sujeto. En principio, el particular puede celebrar un negocio o abstenerse de realizarlo, y, en el deseo o necesidad de disponer de sus intereses, puede optar por el medio que mejor convenga sus intenciones. Pero por el solo hecho de observar una conducta reconocida como dispositiva, el sujeto está asumiendo ciertos riesgos y, por lo mismo, para su propia seguridad y para la obtención cabal de los resultados prácticos a que aspira, está en deber de emplear el medio más apropiado, de ser sagaz, diligente, previsivo, cauto.

"Del negocio han de surgir ciertas consecuencias, como puente que es entre la necesidad individual y su satisfacción, y para que esos efectos sean precisamente los que persigue el autor, le incumbe el deber de discernir, de estar atento, de ser claro en sus medios de expresión, de obrar correctamente. En muchas oportunidades se presentan confusiones, ambigüedades, problemas, que bien podían haberse evitado con algo de previsión, y cuyos resultados nocivos los recibe quien creó los riesgos.

"No se trata aquí de reducción de la autonomía, sino antes bien de recomendaciones, o consejos a los particulares a fin de evitarles tropiezos en su ejercicio"[46] (negrilla fuera de texto).

Dentro de las cargas de la autonomía de la voluntad exigibles a las partes contratantes, los tratadistas ubican como las más importantes las de legalidad, claridad y precisión, sagacidad y corrección. De ellas, es del caso traer a colación la explicación que sobre la sagacidad contiene el texto ya citado de Hinestrosa Forero:

" Carga de sagacidad. El individuo debe ser cauto, previsivo, cuidadoso, sagaz en una palabra. Es esta una regla más que jurídica, de experiencia, que adquiere en esta materia contornos importantes. Quien se comporta frente a los demás debe pensar en que sus actos al ser observados pueden ser tenidos como disposición de intereses sin que él haya pensado en tal cosa, y que si por descuido o ignorancia suscitó ocasionalmente una fundada confianza en el carácter negocial que su obrar aparentaba, quedará vinculado a su pesar. Y quien dispone de sus intereses debe prever, mirar al futuro y contemplar las más de las vicisitudes por las que puede pasar su trato, y en consecuencia, precaverse contra los trastornos eventuales, ajustar el contenido del negocio a esas contingencias y hacerlo inconfundible"[47] (resaltado del Tribunal).Con base en lo anterior, el Tribunal considera que una carga mínima de sagacidad exigible de Diego Fernando Londoño, previa a la contratación era la relativa al análisis de los pliegos y en relación con estos, de manera especial lo que hacía referencia al precio que habría de pagar durante el año de 1998, que evidentemente aceptó libremente.

En lo que hace a la CNTV, incumbía el deber de estar atento a los cambios de la competencia y no esperar a que fueran los concesionarios los que le señalaran vías para afrontarla, en la medida en que de manera independiente estos no están en capacidad de tomar decisiones que la competencia adopta, sin tener que consultar a nadie.

En este caso, el profesionalismo es exigible de ambas partes y si se quiere en mayor medida de quien ostenta la calidad de titular del servicio en nombre del Estado, de la misma manera la buena fe del primero le imponía como efectivamente lo hizo, dar aviso sobre la imposibilidad de continuar al frente de los espacios y no abandonarlos hasta tanto, el responsable del mismo no procediera a recibirlos. A la CNTV le imponía un mínimo deber: estar atento al desarrollo de la competencia y abstenerse de agravar la situación, en caso de que la competencia como efectivamente ocurrió, generara para los canales UNO y A una pérdida acelerada del "rating" e igualmente, proceder al recibo de los espacios y a atender el servicio en el momento mismo en que la renuncia se presentara.

Debe destacarse que tanto concedente como concesionario conocían con suficiente anticipación que a partir del 1º de enero de 1998, conforme a lo dispuesto en la Ley 182 de 1995 y las modificaciones introducidas por la Ley 335

de 1996, la prestación del servicio de televisión en el nivel nacional se haría conforme a las reglas de la libre competencia. Al respecto la Corte Constitucional había señalado desde 1996:

"Encuentra la Corte que el fin de la norma sub examine en la parte demandada, como lo señalara el Gobierno Nacional en la exposición de motivos al proyecto que culminó convirtiéndose en la Ley 182 de 1995, "aunque restringe hasta 1998 los cubrimientos a las zonas, lo hace en forma provisoria y con el único objeto de reglamentar la competencia económica, según la atribución constitucional de dirigir la economía".

...

"De esta manera, hasta el 1º de enero de 1998, debe existir un ajuste propio del proceso de transición del servicio público de televisión, sometido a una nueva normatividad constitucional y legal, para que con posterioridad a la fecha estipulada, puedan los operadores zonales y nacionales competir libremente y en unas condiciones que permitan garantizar efectivamente una igualdad real y efectiva, en los términos de los artículos 13 y 20 de la Constitución Política.

En síntesis, los propósitos de diferir hasta el 1º de enero de 1998 la libre competencia para la prestación del servicio de televisión en el nivel nacional entre operadores nacionales y zonales, en los términos del artículo 35 de la Ley 182 de 1995, son los de nivelar la situación de desigualdad que el proceso de transición entre la legislación anterior a la Ley 182 de 1995 y aquella contenida en la nueva ley de televisión, crea para los operadores zonales del servicio de televisión. Además, con ello se busca garantizar la competencia entre los distintos operadores —nacionales y zonales—, en condiciones de igualdad real y efectiva, previniendo prácticas monopolísticas...[(48)].

Así las cosas, el Tribunal considera que Diego Fernando Londoño estaba obligado a actuar profesionalmente como colaborador que concurre a la prestación del servicio, y que ello le implicaba preparar de la manera más adecuada la programación que habría de emitirse en cada uno de los espacios concedidos, así como prever en alguna medida que en el momento en que entraran en operación los canales privados, la distribución de la pauta, necesariamente se modificaría. La CNTV por su parte, estaba obligada a prever el mismo impacto para establecer el precio que los concesionarios debían cancelar en esa coyuntura.

No obran en el expediente queja ni reclamos de la CNTV en relación con la programación, aunque algunos de sus miembros en sus testimonios imputan a esta causa la pérdida del "rating", tampoco existen pruebas de que Diego Fernando Londoño hubiera sido sancionado por esta causa, ni por ninguna otra. De las pruebas se desprende además que sus deudas fueron canceladas hasta la fecha en que presentó su renuncia.

Así las cosas, se precisa que en efecto la concesión de espacios comporta para el comerciante el deber de asumir la totalidad de los riesgos propios de su empresa, los derivados de la competencia, salvo los que no obstante ser empresarios no esté en sus manos evitar, y aquellos que por su profesionalismo corre cuando se informa deficientemente.

La CNTV, de acuerdo con la ley estaba llamada a considerar que los beneficios del concesionario y la viabilidad de cubrir los costos dependían de la venta de la publicidad que las agencias realizan con base en el "rating" de un determinado programa, pero de manera general y más adecuada, según se desprende de los testimonios rendidos ante la Superintendencia de Industria y Comercio, por empresas que pautan, de los cuales se desprende que si bien es cierto que la calidad de un programa puede determinar la decisión en relación con la pauta, la negociación con el canal permite obtener mejores ventajas.

Para el Tribunal es claro que en estos casos, la suerte de cada uno de los concesionarios está en buena medida determinada por la del canal y la de este a su vez, por la de los concesionarios, que por supuesto eran y son los primeros interesados en obtener ingresos suficientes para pagar las tarifas y obtener los beneficios de un negocio, que era claro, variaría a partir del momento en que los canales privados iniciaran su operación, pero que al menos en lo que hace al costo de las tarifas estaba amparado en el principio de la confianza que según la Corte Constitucional "encuentra sustento constitucional en la buena fe" y que implica que lo único que constitucionalmente se puede exigir del Legislador es que la normatividad establezca un período razonable de transición, que permita a quienes venían ejerciendo esa actividad, ajustarse a las nuevas regulaciones", vale decir,

que a partir de las legislaciones de 1995 y 1996, en las cuales el legislador dispuso medidas que comportaban competencia en el nivel nacional, era legítimo que los concesionarios esperaran de la CNTV un ajuste a esas nuevas condiciones, en lo que se refería a los precios de los contratos, así como una eficiente gestión y operación de Inravisión, en la medida en que no obstante que se trata de una entidad descentralizada, la Comisión ejerce un claro control de tutela.

D. La responsabilidad en relaciones contractuales estatales

Visto que el proceso corresponde a un arbitraje en el cual deben resolverse controversias surgidas con ocasión de una relación contractual entre la entidad estatal titular del servicio y un comerciante programador, que suscribió con aquella un contrato para la explotación comercial de unos espacios destinados a la prestación del mismo, corresponde al Tribunal precisar su posición en relación con la responsabilidad contractual del Estado, en circunstancias como las que han de ser objeto de decisión.

Al respecto debe el Tribunal anticipar, que en el campo de las relaciones de los particulares con el Estado, la noción de "daño antijurídico" constituye la fuente unívoca de reparación de los daños sufridos por aquellos, con ocasión de dichas relaciones. Igualmente, que la noción comporta e involucra tanto el daño causado en desarrollo de relaciones contractuales como aquellas que se produzcan en el ámbito de lo extracontractual.

Al respecto la Corte Constitucional[(49)], se ha pronunciado para señalar que:

"Esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (C.N., art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello, el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y este sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización".

El Consejo de Estado, por su parte, en atención a la "garantía constitucional del patrimonio de los particulares" como base esencial del deber de mantener el equivalente económico en los contratos del Estado, ha precisado sobre el derecho a la reparación plena de los perjuicios y al reconocimiento de los mayores costos en que se incurra por causas no imputables al particular.

En relación con los perjuicios debe considerarse además, que existe consagración expresa e imperativa según la cual, "en cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales" (L. 446/98, art. 16).

El principio de reparación del daño por las razones señaladas debe ser atendido por el juez del contrato, como un desarrollo claro de la "responsabilidad estatal", que en el caso de las acciones u omisiones de las entidades estatales comprende las diferentes modalidades o acepciones de reparación de los daños antijurídicos imputables a la acción u omisión del Estado. Ellas nacen de idénticos principios jurídicos y tienen un mismo y único fundamento: La garantía del patrimonio de los administrados[(50)].

Adicionalmente, el Tribunal expresa que en el caso que nos ocupa, la doctrina en materia de la extensión de la reparación integral del "daño probado", encuentra aplicación, pero debe interpretarse en el contexto de una relación contractual que recibió del legislador un tratamiento especial, que por la misma causa, implica consideraciones especiales, pues Diego Fernando Londoño no es **un contratista en el sentido general de esta noción,** que se aplica a proveedores de **bienes y servicios que el Estado requiere**, aunque **bien** podría haberse pactado un **contrato con dicho alcance**, teniendo en cuenta que la competencia, a partir de 1998, se establecía

entre los canales de operación privada y los de operación pública y no entre aquellos y los concesionarios de este, que carecen de capacidad para decidir sobre la operación y el manejo gerencial y administrativo del mismo.

En efecto, Diego Fernando Londoño es un **comerciante** que concurre con otros muchos a competir por la adjudicación de unos espacios **que explota para su propio beneficio,** sin perjuicio de los deberes de quienes concurren a la prestación de servicios definidos como públicos; por lo tanto, el daño que haya surgido en este tipo de relación es el que debe ser objeto de reparación por el Estado concedente, si resulta probado, teniendo en cuenta las circunstancias del negocio y las obligaciones de la CNTV que por ley estaba obligada a decidir y disponer oportunamente lo necesario para afrontar el cambio de la política sectorial, que como puede observarse de una parte, entregó a la CNTV los poderes y facultades decisorias en relación con el establecimiento de los derechos, cánones y tarifas que habrían de aplicarse y de otra, consagró a favor de los concesionarios una renuncia, cuyo alcance surge de la jurisprudencia ya citada, que por supuesto no considera que los concesionarios únicamente tenían la posibilidad de obtener beneficios, si la CNTV, titular del servicio y responsable de asegurar el buen funcionamiento de Inravisión, adoptaba las medidas para hacer competitivos los canales que esta opera y en los cuales los concesionarios desarrollan su actividad empresarial.

Por las razones anotadas, en el presente caso y atendiendo a las pretensiones del convocante, pues no demandó en reconvención la CNTV, el Tribunal considerará las citadas circunstancias para valorar el daño que haya resultado probado.

Este daño probado de otra parte, debe valorarse a la luz de lo señalado por el Consejo de Estado que considera como tal, el que un administrado padece por una conducta irregular del Estado o por conductas que aún siendo regulares producen un daño que el afectado no estaba obligado a sufrir (C.E. Sec. Tercera mar. 2/93).

Establecida la noción de daño resarcible[(51)] cuando proviene o surge con ocasión de relaciones con el Estado, corresponde al Tribunal cuestionarse sobre los requisitos o calidades que deben predicarse del daño reparable; sobre los medios a disposición del juez para decretar las indemnizaciones, así como, en relación con las pruebas exigibles del afectado para atender las pretensiones de reparación.

En el caso presente, el daño reparable, no obstante las disposiciones del Código Civil que le sirven de fuente primaria (C.C., arts. 1616 y 1617[(52)]), es necesario considerar los conceptos jurídico-procesales, de conformidad con la materia pública.

La doctrina administrativa ha admitido que todo daño antijurídico da lugar a indemnización; en Colombia, esta doctrina encuentra amplio fundamento en los artículos 1º, 13, 90 y 91 de la Constitución Política, que por supuesto no escapa a la exigencia de que el daño será indemnizable en cuanto sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

Se excluyen, en consecuencia, los daños eventuales o simplemente posibles por su falta de efectividad. El daño, pues, es resarcible en tanto sea real y no consista en meras especulaciones sobre perjuicios o pérdidas contingentes o dudosas.

En este sentido es claro igualmente, que la evaluación del daño debe consagrarse en la sentencia y su concreción cuantitativa o bases para determinarla pueden relegarse al período de ejecución de la misma.

De esta manera es claro para el tribunal, que ante la presencia del “daño antijurídico”, el concesionario tendrá derecho a que esta le indemnice los daños probados , derivados del hecho que le sea imputable como fuente de la reparación, incluyendo aquellos daños directos o la disminución patrimonial propiamente dicha[(53)], siempre que tal disminución sea la consecuencia de un actuar negligente u omisivo de la entidad concedente y no por la ocurrencia de los llamados riesgos empresarios que en el citado caso cobran marcada importancia si se consideran las circunstancias del sector en el momento de la celebración de los contratos.

El reconocimiento del perjuicio en su modalidad de daño emergente, en general no ofrece dificultades y se considerará procedente, siempre que en el proceso se encuentren demostradas su existencia y su nexo causal con el contrato mismo, así como demostrada igualmente, la ausencia de responsabilidad del concesionario en la producción del mismo; el reconocimiento corresponderá, en consecuencia, a aquella pérdida que proviene de no

haberse cumplido una obligación o haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento.

En lo que se refiere al lucro cesante, que de acuerdo con las disposiciones civiles corresponde a la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento, en el presente caso, el Tribunal está obligado a una valoración especial, en la medida en que no solamente no es viable reconocer ilusiones de ganancias, ni expectativas cuya proyección dependía de una circunstancia cierta y previsible, pero incalculable en sus alcances, como era el impacto de la entrada en operación de los canales privados nacionales. Vale decir que en este caso, deben descartarse conceptos como los aplicables a concesiones en las cuales ambas partes proyectan costos, gastos y utilidad esperada porque debe remunerarse el trabajo del concesionario, como es el caso de las construcciones de obra por concesión, que por la misma causa comportan acuerdo previo sobre dichos montos y por lo tanto, se incorporan al acuerdo como elementos que ambas partes deben considerar por haber sido anticipadamente calculados como remuneración por la obra construida o el servicio prestado.

El Consejo de Estado[(54)], en el establecimiento de los requisitos esenciales para la procedencia de la indemnización del perjuicio o reparación del daño antijurídico ha indicado que es necesario acreditar su existencia real y efectiva, como fenómeno objetivo que altera la equivalencia económica del contrato; en el presente caso, la conmutatividad se establece entre lo que recibe el concesionario "derechos de explotación de uno o varios espacios" en un canal que la ley había señalado que entraría a competir con los particulares y que por lo tanto debía ofrecer a los concesionarios elementos gerenciales y operativos —equivalentes a los de sus competidores— y precios acordes con las mismas circunstancias, por ello el legislador advirtió que debían estructurarse atendiendo a factores inherentes a esa coyuntura.

Ha señalado también dicho tribunal que no basta que se haya producido y probado el hecho dañoso o productor de la lesión patrimonial cuya reparación se pretende en juicio; es, además, indispensable, para que se declare la responsabilidad patrimonial de la administración contratante y se concrete en la prosperidad de las pretensiones, —por ello está el Tribunal obligado a verificar las condiciones de producción del daño—, la imputabilidad total o parcial del mismo a la entidad concedente, así como la cuantía que del mismo correspondería reconocer a favor del perjudicado, considerando además, que en circunstancias como las que rodearon la relación contractual entre Diego Fernando Londoño y la Comisión Nacional de Televisión, ambas partes conocían que los resultados del negocio no podían ser los mismos, que se venían produciendo antes del cambio sectorial y que por la misma causa ante la disminución de ingresos por la necesaria división de la comúnmente denominada "torta publicitaria" ambas estaban obligadas a mitigar o a aminorar el daño proveniente de la misma, esta, considera el Tribunal es una de las funciones del derecho de renuncia otorgado por la ley.

Ahora bien la indemnización implica que el daño antijurídico sea susceptible de valoración económica de conformidad con los parámetros señalados en el contrato, o en su defecto, con las pruebas allegadas al proceso, todo de conformidad con la apreciación que el juez del contrato debe realizar, según las previsiones del ordenamiento procesal.

En este contexto cabe preguntarse ¿Qué daños estaba obligado a soportar DFL? Los causados por su propia negligencia, impericia o excesiva confianza; los que habiendo conocido o estaba en capacidad de prever no evitó, o los que confiadamente hubiera considerado que podía evitar y no haya podido evitar.

¿Qué no estaba obligado a soportar DFL? Los mayores costos derivados de omisiones o acciones de la CNTV, y cualquier negligencia en el cumplimiento de los deberes legales encaminados a mitigar el daño que en los ingresos del concesionario se empezarían a producir a partir de la entrada en operación de los canales privados, incluidos por supuesto todos los derivados de un desconocimiento de los derechos del concesionario previstos legalmente.

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 1º 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 al tomar para sí, parte de los ingresos que por publicidad se obtienen como resultado de la prestación del servicio en su modalidad de comercial y había consagrado a favor de

los concesionarios el derecho a la renuncia y la segunda, la jurisprudencia, había establecido el alcance de ese derecho y los deberes que la CNTV tenía de afrontar las consecuencias de su ejercicio.

El Tribunal analizará las pretensiones de la demanda, dentro del contexto jurídico anterior y de acuerdo con las pretensiones tanto declarativas como constitutivas, que no obstante no haber sido calificadas como tales por el convocante, envuelven la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante la reparación integral de los perjuicios.

E. Los contratos y su ejecución

1. El contrato Nº 155 de 1998

El 5 de marzo de 1998 la CNTV, ordenó, mediante Resolución 143, la apertura de la licitación pública Nº 003 de 1998 con el objeto de otorgar las concesiones de unos espacios de televisión en los canales de operación pública cadena Uno y Canal A (fls. 00177 a 00179 del cdno. de pruebas Nº 1).

En capítulo II del pliego de condiciones "Especificaciones sobre los espacios objeto de la licitación", numeral 2.2., se precisó que las tarifas aplicables a estas concesiones serían las siguientes:

Espacio	Nacional	Extranjero
AAA	2.632.168	3.988.279
AA	2.335.069	3.539.880
A	2.016.705	2.989.114
BB	1.407.738	2.000.571
B	808.321	1.103.360
C	602.930	904.395
D	516.798	645.997

Dichas tarifas podrían ser reajustadas por la CNTV durante el término de ejecución de los contratos con la limitante de que los reajustes no podrían ser inferiores al IPC que certificara el DANE anualmente (fls. 00181 a 00236 del cdno. de pruebas Nº 1); no obstante según se lee en los mismos pliegos" 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 reajustes con base en otros factores".

El 5 de mayo de 1998 la junta directiva de la CNTV, mediante Resolución 318, adjudicó al señor Diego Fernando Londoño Reyes la concesión para la programación de los siguientes espacios de televisión en el canal A:

1. Miércoles de 9:30 a 10:00 clasificación B

2. Jueves 6:30 a 7:00 clasificación C, de 7:00 a 7:30 clasificación C, y de 7:30 a 8:00 clasificación C

3. Viernes 9:30-10:00 clasificación B; de 15 a 15:30 clasificación A; de 22:10 a 22:40 clasificación AAA

4. Total horas adjudicadas de 3.5 (fls. 00162 a 00176 del cdno. de pruebas Nº 1)

Con fundamento en lo anterior, el 15 de mayo de 1998 la CNTV y Diego Fernando Londoño suscribieron el contrato de concesión Nº 155 de 1999, cuyo objeto fue la entrega, para su utilización y explotación, de los espacios de televisión que se han descrito en el punto anterior. El plazo de ejecución se estipuló en seis (6) años improrrogables, entre el 1º de julio de 1998 y el 30 de junio de 2004. El valor estimado del contrato se pactó por $ 5.796.648.689.

En relación con el pago se estableció que la CNTV facturaría al concesionario, dentro de los primeros 15 días del mes, el valor de los "conceptos causados" en el mes inmediatamente anterior y el concesionario tendría un plazo

de 75 días calendario, contados a partir del día 15 del mes siguiente a aquel en que se causaron los valores adeudados, para efectuar el pago. Así mismo se pactó que en el evento en que el concesionario pagara el valor de la factura dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha de retiro de la factura, la CNTV haría un descuento del 3% del valor total de la factura y que durante los últimos 30 días de los 75 días calendario que se tenían de plazo para efectuar el pago se causaría a favor de la CNTV un interés remuneratorio equivalente al corriente bancario vigente en dicho plazo. Vencido este término se causaría, a favor de la comisión, un interés moratorio equivalente al doble del bancario corriente vigente en el momento en que se incurriera en mora, sin sobrepasar el tope máximo señalado por la ley (fls. 00137 a 00149 del cdno. de pruebas Nº 1).

En el contrato no se fijó ningún reajuste a las tarifas señaladas en el pliego de condiciones; no obstante el Tribunal entiende que ambas partes conocedoras de la ley, sabían y conocían que tales ajustes se realizarían o deberían realizarse a partir de los factores establecidos en la misma y que la omisión de la CNTV al respecto, comportaba un incumplimiento de las previsiones legales que como tal se incorporan al pacto.

El 16 de febrero de 1999 la CNTV, mediante Resolución 115[55], incrementó las tarifas para la concesión y utilización de espacios de televisión por cada media hora a partir del 1º de enero y hasta el 31 de diciembre de 1999.

Según la carta de renuncia de DFL, única prueba aportada sobre la materia durante la etapa probatoria y respecto de la cual no existe otra que permita concluir que los hechos aducidos no ocurrieron, en el mes de marzo y abril de 1999, varios de los concesionarios de espacios de televisión, (representados por los señores Carlos Mejía Berrío y Jorge Enrique Garavito), solicitaron a la comisión adoptar una serie de medidas de emergencia dada la coyuntura económica que presentaba el sector de la televisión proponiéndole a la comisión: (i) disminuir en forma sustancial las tarifas que pagaban las programadoras por concepto de arrendamiento de los espacios; (ii) modificar la forma de pago de dichos arrendamientos y (iii) ampliar los plazos establecidos para dicho pago, así como reclasificar los espacios e igualar las tarifas que se cobran para la programación nacional y extranjera.

Como resultado de dichas peticiones, que no obran en el expediente y de las cuales la CNTV anexó una a su alegato de conclusión, la CNTV procedió a analizar las circunstancias que motivaron la solicitud encontrando que efectivamente la coyuntura económica actual, la baja significativa en el nivel de pautas publicitarias vendidas y las tendencias que se advertían en el comportamiento de la audiencia de los espacios públicos afectaban en forma grave la situación de los concesionarios; por esta razón decidió ampliar los plazos para el pago del arrendamiento de los espacios e igualar las tarifas para los programas nacionales y extranjeros.

La CNTV expidió entonces la Resolución 640 de 3 de mayo de 1999[56] por medio de la cual, se suspendió la vigencia de la Resolución 115 expedida dos meses y medio antes, y estableció una unificación de tarifas para los programas extranjeros y los nacionales para la concesión de espacios de televisión en los canales de operación pública por cada media hora y para el período comprendido entre la fecha de publicación. La base tarifaria no fue la establecida en los pliegos , sino aquella que había sido incrementada con base en el IPC.

Se produjo una disminución de la tarifa para los programas de origen extranjero, se incrementó para los nacionales, sin mediar un análisis relativo al impacto de las mismas en la situación de los concesionarios.

El 3 de mayo de 1999 se suscribió un “otrosí” al contrato 155/98 (otrosí Nº 1), mediante el cual modificó la cláusula sexta del contrato relativa a la forma de pago estableciendo, entre otras, que sería el concesionario quien debería presentar una autoliquidación de los conceptos causados en el mes inmediatamente anterior en el plazo y condiciones fijadas, so pena de que la comisión procediera a efectuar una liquidación oficial. Así mismo, se determinó que el concesionario tendría un plazo de ciento ochenta (180) días calendario para hacer el pago del valor resultante de la autoliquidación y que la comisión otorgaría a aquellos que cancelaran dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al vencimiento del término para la presentación de la misma, un descuento del cinco por ciento (5%) del valor total de la suma establecida en la autoliquidación.

La nueva forma de pago se pactó en la cláusula primera del otro sí Nº 1 al contrato 155 de 1998.

El 1º de julio de 1999, cuando había transcurrido más de 1 año desde que se suscribió el contrato Nº 155 de 1998 y

2 meses del otrosí Nº 1, Diego Fernando Londoño, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 335 inciso 2º, renunció a los espacios de televisión que le fueron otorgados, aduciendo como razones para la toma de esa decisión: (i) la crisis económica del país y en concreto del sector de la televisión, (ii) la aparición de los canales privados y (iii) la negativa de la Comisión de adoptar las medidas solicitadas. Dicha renuncia se efectúo en los siguientes términos (fls. 260 a 264 del cdno. de pruebas Nº 1):

"10. La negativa de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión para adoptar las medidas de choque solicitadas inicialmente, ha ocasionado que, en la actualidad, a pesar de los ingentes esfuerzos que hemos venido realizando, los cuales lamentablemente incluyen medidas tan drásticas como el tener que prescindir de casi cien personas que laboraban en esta programadora, la situación económica sea cada día peor, hasta el punto que son muy pocas las posibilidades por no decir ninguna, que nos quedan de subsistir, dadas las cuantiosas pérdidas que hemos tenido durante el presente año, como lo demuestra fehacientemente el balance presentado en el documento entregado a la CNTV a en el mes de abril.

11. por las razones expuestas me veo obligado a tomar la decisión de renunciar a la concesión de los espacios relacionados en la parte inicial de este escrito

(...).

Con base en los hechos anteriormente expuestos, de la manera más atenta me permito manifestar y solicitar a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión lo siguiente:

1. Que obrando en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 17, inciso segundo, de la Ley 335 de 1996, renuncio a las concesiones de espacios de televisión que me fueron otorgados por la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión mediante las resoluciones 318 del 5 de mayo de 1998 y 222 del 19 de marzo de 1999.

2. Que como consecuencia de la renuncia presentada y en aplicación de lo dispuesto por la misma norma, se proceda de inmediato a la terminación anticipada y a la correspondiente liquidación de los contratos de concesión de espacios de televisión 155 del 15 de mayo de 1998 y 029.99 del 29 de marzo de 1999, mediante los cuales se me hizo entrega, a título de concesión para la utilización y explotación de los espacios de televisión en el canal A, que a continuación relaciono: (…)".

El 30 de septiembre de 1999, transcurridos tres meses de la renuncia, la CNTV expidió las resoluciones 1012, por medio de la cual prorrogó la vigencia de la Resolución 640 de 1999 hasta el 31 de marzo de 2000, y la Resolución 1013 que ordenó efectuar, de forma transitoria, una nueva clasificación de los espacios y franjas.

Al respecto es claro, que sin justificación ninguna, la CNTV, se tomó tres meses para adoptar las medidas inherentes al derecho del concesionario a la renuncia y lo hizo mediante Resolución 1019 de 1º de octubre de 1999, según la cual la aceptaba respecto de la totalidad de los espacios concedidos bajo el contrato No. 155/98, en los siguientes términos: (fls. 265 a 267 del cdno. de pruebas Nº 1):

"ART. 1º—Aceptar a partir del día primero (1º) de noviembre de 1999, en cumplimiento de lo señalado en el inciso segundo del artículo 17 de la ley 335 de 1996, la renuncia de los contratos Nº 155 de 1998, y Nº 29 de 1999, mediante el cual se entregaron a título de concesión a Diego Fernando Londoño Reyes, la utilización y explotación de los espacios señalados en la parte motiva de la presente resolución.

ART. 2º—Dar por terminados los contratos de concesión de espacios de televisión Nº 155 suscrito el 15 de mayo de 1998, y Nº 029 de 1999 suscrito el 29 de marzo de 1999, a partir del día primero (1º) de noviembre de 1999.

ART. 3º—Ordenar la liquidación final de los contratos Nº 155 de 1998 y el Nº 029, las cuales deberán incluir, previos los estudios pertinentes el monto de los perjuicios causados a la Comisión Nacional de Televisión si a ello hubiere lugar. Las liquidaciones deberán realizarse dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a partir del día primero (1º) de noviembre de 1999.

ART. 4º—Comunicar al Instituto Nacional de Radio y Televisión Inravisión el contenido de la presente resolución.

ART. 5º—Notificar el contenido de la presente resolución al señor Diego Fernando Londoño Reyes, advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de reposición el cual deberá interponerse en los términos señalados en los artículos 50 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo...".

Lo dispuesto en el artículo tercero de la resolución transcrita causó inconformidad a Diego Fernando Londoño quien presentó recurso de reposición contra dicho artículo argumentando que no podía la CNTV incluir dentro de la liquidación de los contratos los perjuicios que pudiera causar la renuncia por las siguientes razones: (i) porque según lo dispone el artículo 17 de la Ley 335 de 1996 la renuncia no origina por sí sola en cabeza del concesionario la obligación de pagar una indemnización, (ii) porque según lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-200 de 1998 —sentencia que revisó la constitucionalidad de los preceptos señalados— son varios los eventos en los que la renuncia no causa perjuicios, precisamente porque la misma "no significa una merma en las rentas ordinarias de la comisión" y porque "los costos de administración del espectro en los que debe incurrir la comisión no se derivan por la facultad de renuncia del concesionario sino de su obligación de garantizar la prestación eficiente del servicio", (iii) porque cualquier reclamación debe partir de una previa cuantificación y acreditación expresa y concreta de los perjuicios padecidos en cada caso, los que no pueden tener origen en la renuncia y, (iv) porque la inclusión de los mismos solo puede darse si la comisión acredita plenamente que existen perjuicios que tienen un origen diferente a la sola renuncia y siempre y cuando el contratista los reconozca, no pudiendo entonces ser fijados unilateralmente. No obra en el expediente el recurso citado, su contenido se deduce de la Resolución mediante la cual la CNTV lo resuelve (fls. 00269 – 00272 cdno. de pruebas Nº 1).

Inexplicablemente la Comisión Nacional de Televisión no dispuso lo necesario para asumir la prestación y dejó a Diego Fernando Londoño a cargo de su responsabilidad; ello explica que el 25 de octubre de 1999, cuando por razón de los alivios aparecía una posibilidad de recuperación, este enviara una comunicación a la comisión, solicitando que le permitiera seguir programando temporalmente los espacios a los cuales renunció hasta tanto la CNTV seleccionara un nuevo concesionario (fls. 00054 a 0056 del cdno. 1 de pruebas).

Esta solicitud fue respondida por la CNTV dos meses después, en el mes de diciembre de 1999, es decir, seis meses después de la presentación de la renuncia. Se encuentra, sin embargo que el 29 de octubre de 1999, es decir 4 días después del ofrecimiento, la CNTV informó a DIEGO FERNANDO LONDOÑO, con fundamento en el recurso de reposición interpuesto contra la resolución mediante la cual se acepta la renuncia (Res. 1019, oct. 1º/99), que DFL T.V. "tenía la obligación de seguir transmitiendo hasta tanto la resolución recurrida no quedara en firme" (fl. 00061 del cdno. 1 de pruebas). Esta decisión evidencia que Diego Fernando Londoño desde la fecha de la renuncia, por haberlo decidido así unilateralmente la CNTV, asumió por cuenta de esta y a riesgo de la misma, una prestación que solo a ella correspondía asumir en el caso de la renuncia. Estas decisiones unilaterales, que por supuesto Diego Fernando Londoño acató, agravaron una situación dañosa que no puede ignorarse, si se considera el principio que liga a los contratantes según el cual ambos están obligados a mitigar cualquier daño que surja durante la relación contractual.

Paralelamente a lo expuesto se debe subrayar que pese a que la renuncia de los espacios de televisión concedidos se presentó el 1 de julio de 1999 y que la CNTV aceptó la misma mediante resolución de 1º de octubre de 1999, el 27 de octubre de ese mismo año, esto es dos días antes de ordenar que se continuara con la prestación del servicio, se suscribió un segundo otrosí al contrato Nº 155 de 1998 mediante el cual se modificó el parágrafo tercero de la cláusula sexta del contrato en mención, en el sentido de fijar los nuevos plazos que tendrían los concesionarios para efectuar los pagos a partir del mes de abril del 2000[(57)] (fls. 159, 161 del cdno. de pruebas Nº 1).

Así las cosas, la CNTV solamente hasta el 23 de diciembre de 1999, se pronunció en relación con la solicitud efectuada por Diego Fernando Londoño el 25 de octubre de 1999 y respecto del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1019 del 1º de octubre de 1999.

En la primera de las mencionadas comunicaciones la CNTV informó a Diego Fernando Londoño que no se accedía a la petición de seguir programando en forma temporal, por cuanto una vez la CNTV había aceptado la renuncia, "se rompió el vínculo contractual existente entre las partes y en consecuencia, los espacios debían ser devueltos para ser adjudicados mediante licitación pública" (fl. 60 del cdno. de pruebas Nº 1).

En la segunda comunicación, esto es, en la Resolución 1169, la CNTV resolvió negativamente el recurso de

reposición interpuesto, confirmando en todas sus partes la resolución impugnada. El fundamento de dicha negativa se puede resumir en las siguientes consideraciones (fls. 269 a 272 del cuaderno de pruebas Nº 1). No obstante que tal decisión apuntaba a cobrar unos perjuicios, la CNTV no presentó ante este Tribunal reconvención alguna.

La verdad, resulta incomprensible la conducta de la CNTV, el 1º de julio hay renuncia y decisión de entregar "de inmediato los espacios"; no obstante, el 1º de octubre la CNTV señala que el contrato terminará el 1º de noviembre, el 25 de octubre el concesionario solicita beneficiarse de los alivios que la misma había dispuesto y continuar programando, pero esta el 29 de octubre le indica que está obligado a continuar con la prestación hasta que se resuelva el recurso, que finalmente resuelve el 23 de diciembre, fecha en la cual le indica que la relación terminó el 1º de noviembre.

No consta en el expediente que con posterioridad al 5 de julio de 2000 la comisión hubiera requerido nuevamente a Diego Fernando Londoño para liquidar el contrato. El 30 de noviembre de 2000, la comisión mediante Resolución 1023 de 2000 procedió a liquidar unilateralmente el contrato de concesión (fls. 277 a 280 del cdno. de pruebas Nº 1).

En anexo consta que Diego Fernando Londoño pagó tarifas hasta el 30 de junio de 1999.

Mediante comunicación del 29 de enero de 2002 dirigida por la CNTV a este tribunal, Diego Fernando Londoño a 28 de enero de 2002, adeuda a la Comisión con fundamento en el contrato Nº 155 de 1998 la suma de 354.471.170 por los siguientes conceptos:

Capital en mora	354.471.170
Intereses corrientes	10.196.502
Intereses por mora	86.028.589

Tal como se anticipó en el aparte relativo a los actos administrativos que la convocada ha invocado para impedir que el Tribunal resuelva sobre las pretensiones del convocante, para el Tribunal es claro que la CNTV, estaba obligada a reconocer el derecho legal a la renuncia y, en consecuencia, a disponer lo necesario para cubrir los espacios a cargo de Diego Fernando Londoño. Su conducta comporta evidentemente un incumplimiento de normas imperativas contractuales que por serlo se incorporan al contrato.

Así las cosas, la CNTV impuso al concesionario una obligación que de acuerdo con lo precisado por la Corte Constitucional era de su responsabilidad; de la misma manera, estando en sus manos acordar con el concesionario las condiciones de recibo de los espacios y las condiciones en que Diego Fernando Londoño podría atender la prestación del servicio que ella misma le impuso al abstenerse de proceder al recibo, decidió que este estaba obligado a mantener la programación hasta que ella unilateralmente decidiera hacerlo. Por tal razón, el Tribunal considera que la CNTV incurrió en un incumplimiento de previsiones legales imperativas, inherentes a los contratos y con tal conducta agravó una situación que conocía y había aceptado como real.

Los hechos aquí reseñados serán considerados por el Tribunal teniendo en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-200 de 1998, a la que se hizo referencia, en la medida en que sin duda la continuidad de la prestación desde el 1º de julio de 1999 fue una decisión unilateral de la CNTV, que de acuerdo con la señalada sentencia debe asumir el ente estatal encargado de la gestión y control así como responsable de prever las consecuencias de que los particulares se acojan a los beneficios legales.

El Tribunal considera importante destacar que solamente el 6 de julio de 2000, transcurrido un (1) año de la renuncia[58] la comisión procedió a citar con carácter urgente al señor Diego Fernando Londoño con el fin de elaborar la liquidación por mutuo acuerdo(59) . Ese mismo día su representante informó a la comisión que su representado no podría asistir por cuanto se encontraba fuera del país, razón por la cual solicitó prorrogar la fecha para la suscripción de dicha acta (fls. 58 y 59 del cdno. de pruebas Nº 1).

No obra prueba alguna de que con posterioridad al 6 de julio de 2000 la CNTV hubiera requerido nuevamente a

Diego Fernando Londoño para liquidar el contrato, únicamente obran el expediente los actos de liquidación unilateral expedidos el 30 de noviembre de 2000 , a los cuales ya se ha referido el Tribunal. (fls. 277 a 280 del cdno. de pruebas Nº 1).

Finalmente debe destacarse que según las pruebas que obran en el expediente, el concesionario, no obstante la situación que atravesaba el sector desde el mes de mayo, según se desprende de la tabla que obra en el peritazgo financiero en relación con el movimiento descendente del "rating" a partir de dicho mes, pagó sus obligaciones hasta el 30 de junio, es decir hasta el día en que de acuerdo con su renuncia consideró que estaba obligado a pagar, pues claramente manifestó estar en imposibilidad de seguir programando. Los costos del servicio a partir del 1º de julio, de acuerdo con los hechos probados y el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, según lo indicó la Corte Constitucional debían ser asumidos por la CNTV que a diferencia de este no adoptó las medidas necesarias para impedir una agravación del daño. El pago efectuado lleva al Tribunal a resolver en lo que hace a este contrato que no existe fundamento alguno para reconocer la excepción de contrato no cumplido.

En el mismo sentido y como consecuencia de lo anterior, la suma de $ 354.471.170 consignada en la comunicación dirigida por la CNTV a este Tribunal el 29 de enero de 2002, según la cual Diego Fernando Londoño adeudaba dicho monto a 28 de enero de 2002 por el contrato Nº 155 de 1998, no será considerada al ordenar la liquidación del mismo, como un valor a cargo del convocante.

2. El contrato Nº 29 de 1999

El 16 de diciembre de 1998 la CNTV ordenó, mediante Resolución 1071 modificada parcialmente por las resoluciones 10 y 15 de enero de 1999, la apertura de la licitación pública 10 de 1998 con el objeto de otorgar las concesiones de unos espacios de televisión en el canal de operación pública (canal A) (fls. 63 AZ Nº 1).

En el pliego de condiciones se estableció —capítulo II "especificaciones sobre los espacios objeto de la licitación, numeral 2.2.—, las tarifas aplicables a dichas concesiones por cada media hora de emisión, así :

Espacio	Nacional	Extranjero
AA	2.335.069	3.539.880
A	2.016.705	2.989.114
B	808.321	1.103.306

En el pliego igualmente se precisó que, dado que las tarifas consignadas eran las vigentes para 1998, y la adjudicación de la licitación se realizaría en 1999, estas tarifas podrían ser reajustadas por la Comisión durante el término de ejecución de los contratos con la única limitante de que dichos reajustes no podrían ser inferiores al IPC que certificara el DANE anualmente, no obstante en los mismos pliegos se señala 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 reajustes con base en otros factores" (fls. 39 a 136 del cdno. de pruebas Nº 1 y fls. 1 a 37 del AZ Nº 1 –antecedentes del contrato Nº 29/99).

El 19 de marzo de 1999, mediante Resolución 222, la junta directiva de la CNTV adjudicó al señor Diego Fernando Londoño Reyes la concesión para la programación del siguiente espacio de televisión en el canal A, así:

Viernes de 15:30-15:55 clasificación A (fls. 408 a 413 del AZ Nº 1 antecedentes del contrato Nº 29/99).

Con fundamento en lo anterior el 29 de marzo de 1999 suscribieron el contrato de concesión Nº 29 de 1999 cuyo objeto fue la entrega, a título de concesión, para la utilización y explotación del espacio de televisión que se ha descrito en el punto anterior. El plazo de ejecución se estipuló en seis (6) años improrrogables, para el período comprendido entre el 1º de abril de 1999 y el 31 de marzo de 2005. El valor estimado del contrato se pactó por $ 1.039.408.124.

En cuanto al pago se estableció que la comisión facturaría al concesionario, dentro de los primeros 15 días del mes,

el valor de los “conceptos causados” en el mes inmediatamente anterior y el concesionario tendría un plazo de 75 días calendario, contados a partir del día 15 del mes siguiente a aquel en que se causaron los valores adeudados, para efectuar el pago; que en el evento de pago dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha de retiro de la factura, tendría derecho a un descuento del 3% de su valor y que durante los últimos 30 días calendario de los 75 días calendario que se tenían de plazo para efectuar el pago, se causaría a favor de la comisión un interés remuneratorio equivalente al corriente bancario vigente en dicho plazo. Vencido este plazo se causaría en favor de la Comisión un interés moratorio equivalente al doble del bancario corriente vigente en el momento en que se incurra en mora, sin sobrepasar el tope máximo señalado por la ley (fl. 18 cdno. de pruebas Nº 1).

En el mes de abril de 1999, como ya se indicó, varios de los concesionarios de espacios de televisión, representados por los señores Carlos Mejia Berrio y Jorge Enrique Garavito, solicitaron a la comisión adoptar una serie de medidas de emergencia dada la coyuntura económica que presentaba el sector de la televisión y presentaron varias propuestas , que condujeron a la suscrpción de un otrosí el 3 de mayo de 1999, mediante el cual modificó la Cláusula Sexta del contrato en mención, relativa a la forma de pago (fls. 37 a 45 cdno. de pruebas Nº 1)”.

El 1º de julio de 1999, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 335 inciso 2º y mediante el mismo documento que contiene la renuncia del contrato Nº 155 renunció, igualmente, a los espacios de televisión que le habían sido concedidos por el contrato 029.

La CNTV, como se desprende del texto de la resolución ya transcrita el 1º de octubre de 1999, se pronunció aceptando la renuncia del espacio concedido bajo el contrato Nº 29 de 1999.

Como se indicó en el aparte anterior, Diego Fernando Londoño presentó recurso de reposición contra dicho artículo argumentando que la comisión no podía incluir dentro de la liquidación de los contratos los perjuicios que pudiera causar la renuncia.

El 25 de octubre de 1999 el Diego Fernando Londoño Reyes en la comunicación a la que ya se hizo referencia, solicitó se le permitiera seguir programando temporalmente los espacios a los cuales renunció hasta tanto la comisión seleccionara un nuevo concesionario. Así lo manifestó (fls. 54 a 56 del cdno. 1 de pruebas).

Las decisiones de la CNTV, su contenido y las fechas relacionadas con la renuncia, el recurso, la obligación de continuar con la prestación, la negativa a aceptar la solicitud, la firma de un otrosí que tendría aplicación en el mes de abril de 2002 y la liquidación, son los mismos a los cuales se hace referencia en el capítulo relacionado con el contrato 155 de 1998 (cdno. de pruebas Nº 1).

En anexo consta que Diego Fernando Londoño pagó tarifas hasta el 30 de junio de 2000.

En relación con este contrato, el Tribunal remite a las mismas consideraciones que se consignaron al analizar la ejecución del Contrato 155 de 1999.

F. La controversia en relación con el incumplimiento

1. La posición del contratista

De la demanda se deduce que aunque el convocante hace referencia a un desequilibrio contractual que imputa a la situación económica del país en general y del sector en particular, por efectos del inicio de la operación de nuevos canales, así como al incumplimiento del contrato por parte de la convocada, sus pretensiones principales son declarativas y de condena únicamente por el citado incumplimiento respecto de obligaciones relativas a la eficiencia operacional del operador público y que según sus afirmaciones se reflejan en la mala calidad de las transmisiones, e igualmente, respecto de la obligación de fijar las tarifas de conformidad con los criterios fijados en la ley.

2. La posición de la Comisión Nacional de Televisión

La convocada por su parte, en la contestación se limita a negar los hechos y a excepcionar la falta de competencia

del Tribunal por las causas que ya han sido señaladas y que en su momento fueron rechazadas por el tribunal, que anticipa que ratificará su decisión en el presente laudo. En sus alegatos señala que Diego Fernando Londoño es un contratista incumplido que por la misma causa carece de derechos para reclamar y debe reconocerse la excepción de contrato no cumplido.

3. La prueba testimonial. Conclusiones.

Durante el proceso, se recibieron los testimonios de José Manuel Alarcón Villar (presidente del Instituto Nacional de Radio y Televisión), Luis Guillermo Ángel (director de Inravisión desde noviembre de 1992 hasta septiembre de 1994 y actualmente encargado del área administrativa de una empresa de publicidad), de Fernando Barrero Chaves (director de Inravisión y miembro de la junta directiva por 13 años y actualmente miembro del comité de capacitación de Inravisión, coordinador del canal A y gerente de la compañía productora de televisión desde 1997), de Gustavo José Samper Rodríguez (presidente de Inravisión desde el 27 de agosto de 1998 hasta el 31 de mayo de 2001 y actualmente notario), de Mauricio Prieto Uribe (socio de Mejía Asociados, —sociedad dedicaba a la comercialización de televisión principalmente de la comercialización del canal "A"—), de Carlos Fernández Zafra (gerente de la compañía SEEL Ltda. —sociedad que presta servicios de diseño, consultoría o construcción de estudios o facilidades técnicas—), de Luis Ricardo Alarcón Gaviria (ingeniero sanitario, presidente de Caracol Radio S.A. de 1987 a 1999, presidente de Caracol Televisión S.A. en 1999), de Paul Mejía (publicista y gerente general de la Cía. Corporation S.A. Colombia), de Carlos Mejía Berrío (abogado y director de Datos y Mensajes), de Cecilia Reyes de León (comisionada de la CNTV) y de Darío Montenegro (director de Teveandina).

Evaluada la prueba testimonial de conformidad con las reglas de sana crítica como lo disponen las reglas procesales, es posible concluir:

— Que los canales públicos en un primer momento tenían un mayor cubrimiento geográfico y poblacional, pero que dicho cubrimiento ha ido disminuyendo paulatinamente, asimismo la calidad de la señal.

— Que la calidad de la señal de los canales privados es superior a la calidad de la señal que tienen los canales públicos.

— Que las fallas o las diferencias en la calidad de la señal entre los canales públicos y los privados no siempre son perceptibles para el televidente.

— Que las señales de los canales Uno y A presentan fallas y que la señal se cae especialmente en ciudades pequeñas, pero no es posible afirmar con certeza si este hecho ocurre en forma frecuente o esporádica.

— Que el esquema de gestión ante Inravisión es más engorroso, y, en consecuencia, cuando se presentan problemas técnicos, es más difícil aplicar correctivos inmediatos, lo cual implica una ventaja de los canales privados.

— Que una de las causas para que los canales públicos tengan una mejor señal fue la inversión que los nuevos operadores efectuaron, consistente en cambiar e instalar nuevas antenas receptoras, dado que las anteriores estaban diseñadas para unas frecuencias determinadas y que dicho cambio si bien contribuyó a una mejor recepción de la señal de estos canales, por el contrario significó o produjo distorsión en las señales de los canales Uno y A.

— Que el transporte de la señal a través de la banda hacia el satélite se dificultó con la entrada de nuevos canales pues la banda no daba abasto, y en consecuencia, es necesario comprimir la señal, lo que ocasiona un desmejoramiento de la imagen.

— Que la existencia en Inravisión de equipos antiguos y nuevos con formatos diferentes implica que al momento de hacer conexión entre unos y otros se generen problemas en la señal o deficiencias en la calidad de la misma.

— Que el mal mantenimiento de los equipos, la falta de personal, la mala administración de Inravisión y de la CNTV, entre otras, son causas de la mala señal de los canales públicos.

— Que más importante que la calidad de la señal es que exista cobertura (que la señal llegue) pues la cobertura si

influye directamente en el “rating”.

— Que Inravisión y la CNTV no dan soluciones prontas a los concesionarios a la hora de presentarse fallas o problemas con los concesionarios.

— Que la fijación de las tarifas de acuerdo con la Ley 182 de 1995, que nunca ha sido el resultado de un análisis de costos. Las mismas siempre se han fijado o incrementado teniendo en cuenta el IPC, tanto en el esquema legislativo anterior como en el actual.

— Que las fallas que se presentan en la transmisión de los programes que emite Inravisión no se producen debido a la calidad o características de los sistemas de emisión y de los equipos, pues los mismos son estructural y técnicamente buenos, sino por falta o deficiente mantenimiento de los mismos y por carencia de personal necesario.

— Que la calidad de la señal no es el único factor determinante para pautar, se miran otros factores especialmente el “rating”.

— Que un elemento importante a la hora de pautar es la calidad de la imagen, entendida esta en un sentido de mercadeo no en sentido técnico, es decir, la forma y diseño del canal, programación etc.

— Que otro factor importante a la hora de pautar es la continuidad de la programación, pues la continuidad condiciona al televidente y asegura un producto consistente, cuestiones que influyen para el “rating”.

— Que la caída de la señal sí es un factor que puede afectar el “rating”.

— Que el desplazamiento de la pauta publicitaria hacia los canales privados tuvo como causas, entre otras, el precio ofrecido por los privados, que sin duda es más económico.

— Que el esquema legal y/o contractual existente para operadores privados y públicos es el que hace que se presenten situaciones diferenciales tan importantes que sin duda colocan a los públicos en condiciones inferiores, en un mercado de competencia.

En definitiva, el Tribunal no encuentra probado que la caída de la señal y/o las fallas o deficiencia de la misma, haya sido la circunstancia determinante para el descenso del “rating” en los canales públicos y el aumento en los privados, en el período de los contratos celebrados por Diego Fernando Londoño. Lo único que encuentra el Tribunal es que estas fallas, sumadas a muchos otros factores que se presentaron en forma concurrente, tales como la entrada en operación de los canales privados, el precio ofrecido para comercializar y la programación —factores que sin duda puede afirmarse que tienen mayor peso o importancia que la calidad de la señal—, dieron lugar a que se produjera un aumento en la audiencia de los canales privados y a que las grandes inversiones publicitarias se trasladaran a los canales privados, causando en forma indirecta pérdidas para Diego Fernando Londoño.

Así las cosas no hay certeza de que la deficiente calidad de la señal o la diferencia entre la calidad de la señal de los canales públicos y privados, haya sido causa directa de las pérdidas de Diego Fernando Londoño. Esta falta de certeza impide al tribunal establecer un nexo causal directo entre estas y la deficiente calidad de la señal, máxime si se considera que su renuncia que constituye un derecho otorgado por la ley entre otras para afrontar la transición, se produjo en el mes de julio de 1999 y el descenso del “rating” y el deterioro de la señal, se presentan de manera aguda, únicamente hacia el mes de mayo del mismo año.

4. Declaraciones de parte.

Declaración de Ricardo Lombana Moscoso (Miembro de la Comisión Nacional de Televisión desde el 17 de agosto de 2000 y Presidente de la misma desde el 26 de agosto del mismo año):

Se refirió en su declaración a las partidas para la adquisición de equipos que soportan la operación de los canales UNO y A indicando que la CNTV no es quien debe hacer las inversiones en materia de infraestructura, su obligación es realizar las transferencias al operador de la red pública de televisión, para que sea él —que conoce del tema de la operación y tiene técnicos dentro de su planta— quien haga las inversiones a que haya lugar. Indicó

que no obstante en vigencias anteriores al período 2001, la CNTV hizo directamente una serie de inversiones con las cuales pretendió modernizar la red pública de transmisión de televisión y complementar lo que la Ley 182 definió como plan de ajuste de la red y plan de ordenamiento de frecuencias para la transmisión del servicio público de televisión y que como consecuencia de lo mencionado con anterioridad, entre 1998 y 2001 y en ejecución de los contratos 053, 054 y 151 de 1998, la CNTV invirtió una suma cercana a los cincuenta millones de dólares en la red de transmisión.

En cuanto al monto de las transferencias el declarante agregó que en 1996 el monto ascendió a los veinte mil millones de pesos y se incrementó sucesivamente con el IPC hasta el año de 1998; que en 1998 se intentó aliviar el tren de gastos de Inravisión, con la coordinación del Ministerio de Comunicaciones para lo cual se estructuró un plan de retiro voluntario. Pero además en ese mismo año —teniendo en cuenta la inversión que se había hecho en equipos— se hizo una transferencia extraordinaria de cerca de siete mil millones de pesos para el mantenimiento adecuado de la nueva red. Finalmente, agregó que desde 1998 las transferencias fueron aumentando mucho más que el nivel de índice de inflación.

En relación con la calidad de Inravisión como operador manifestó que institucionalmente, al interior de la junta directiva de la comisión se considera que Inravisión podría ser un operador más eficiente.

En relación con las contraprestaciones que pagan los concesionarios de espacios de televisión precisó que fueron actualizándose con el paso del tiempo pero que al posesionarse encontró que la tarifa se había actualizado aproximadamente desde 1963 con el índice de precios al consumidor y hasta donde le era posible conocer se había hecho una indexación de un valor establecido en el año 63. Sobre la misma materia indicó que por lo menos desde que la comisión se creó no ha existido un parámetro distinto al utilizado desde la época en que Inravisión tenía relación contractual con los concesionarios. No obstante indicó igualmente que la estructura de la tarifa sí ha variado como resultado de consideraciones de orden práctico y coyuntural. Para tal efecto indicó, se acudió en noviembre del año 2000, a una reclasificación de espacios que trajo como resultado nuevas tarifas así como la ampliación de esquemas que facilitaron a los concesionarios de televisión una extensión del plazo para el pago; que en realidad más que una modificación en la estructura tarifaria se realizó una reclasificación de espacios.

En relación con dicha estructura tarifaria, indicó que en la CNTV se ha planteado la necesidad de considerar elementos o componentes que permitan adecuar las tarifas a las variables que influyen en el esquema del mercado de televisión; que consideraba que los parámetros de la Ley 182 de 1995 eran acertados en la medida en que tal ordenamiento busca que si el mercado se altera por algún factor, se permita que se establezca una nueva tarifa que tenga en cuenta los cambios.

En relación con la mala calidad de la señal y problemas de cobertura, manifestó no conocerlos directamente, y se refirió al estudio del centro nacional de consultoría que obra como prueba en el presente proceso y que habría recibido del doctor Carlos Medellín.

En relación con la función de vigilancia de los operadores, en especial de Inravisión, precisó que a través de uno de los miembros de la CNTV que tiene asiente en la junta de dicha entidad, se efectúan reuniones para conocer los problemas que se van presentando.

Por último, se refirió al número de concesionarios de los canales A y Uno que han devuelto los espacios en los últimos dos años. Al respecto precisó que a la fecha de su declaración subsisten diecisiete de los cuales cinco o seis fueron admitidos a acuerdos de reestructuración de la Ley 550; que sin embargo, el número de renuncias puede ser mayor, porque se renuncia al contrato y cada concesionario tiene diferentes contratos. Respecto del número de horas de programación que se han devuelto, indicó que en el Canal A se han devuelto aproximadamente el 50% de las horas de grabación y en el Uno aproximadamente el 26 o 27%; que en promedio, del total de horas adjudicadas, se han devuelto aproximadamente el 37%.

Declaración de Diego Fernando Londoño:

En su declaración, el convocante destacó su calidad de pionero de la televisión y manifestó que con el cambio del esquema sectorial, la protección del gobierno desapareció, circunstancia que los concesionarios no previeron en la

medida en que creyeron que tal protección continuaría.

Se refirió a la falta de coordinación entre la operación técnica (Inravisión) y la operación (programación), pues no es posible conocer anticipadamente sobre reparaciones; el concesionario conoce que el servicio no se prestó al momento de recibir las cuentas, es decir que el concesionario no sabe cuando sale del aire.

Respecto de su renuncia y su manifestación de retomar los espacios, manifestó que mantuvo el contrato más grande porque seguía confiando en que el Estado los ayudaría.

Sobre las razones que lo llevaron a licitar conociendo la competencia que desatarían los canales privados y las inquietudes que surgían en el esquema del negocio, manifestó que discutió y analizó el asunto, pero que esperaba un comportamiento de la economía y de la CNTV diferentes.

Declaración de Sergio Quiroz Plazas:

El doctor Sergio Quiroz Plazas declaró sobre el plan de ajuste, sobre la reordenación del espectro que implicó contrataciones del inventario y el "survey" "necesario para su realización"; sobre la adquisición de equipos y en general sobre la actividad de la CNTV en relación con contrataciones para ampliar cobertura. De la misma manera presentó datos sobre la cobertura de los canales privados, sobre lo que en su concepto son errores "del país" como fue permitir que Caracol y RCN se consorciaran y sobre haber permitido una duplicación de la red pública.

En relación con los problemas de la red, indicó que Inravisión es la encargada del mantenimiento. Respecto de la calidad de la señal, manifestó que la calidad de los equipos era excelente pero que creía que los problemas eran atribuibles a las antenas y que los receptores influyen en la calidad.

Adicionalmente, puso de presente que el tema de la red, en su concepto, nada tiene que ver con la comercialización de la programación pues la costumbre de audiencia mantiene la sintonía. Por último señaló que en su concepto, los contratos de concesión de espacios corresponden a contratos de arrendamiento.

5. Prueba documental sobre las inversiones en publicidad

...

5.1. Expediente Superintendencia de Industria y Comercio

En los testimonios rendidos ante la Superintendencia de Industria y Comercio, que corresponden a empresas que habitualmente "pautan" y comercializadores de medios audiovisuales no se alude a la calidad de la señal como un factor importante a la hora de elegir el canal para pautar, ni siquiera se menciona. En casi todos ellos se atribuye como causas determinantes para pautar en los canales privados, la mejor oferta económica, la forma de compra que estaba establecida para los canales públicos, la inexistencia de VTR´S y garantía de cumplimiento de los TRPS, así mismo que los operadores nuevos eran los programadores con mayor "rating" en el pasado, entre otros.

5.2. Los estudios del Instituto SER

Para los efectos del proceso el estudio aportado al proceso como prueba para establecer el cumplimiento o incumplimiento de la CNTV en relación con la fijación de tarifas resulta relevante que el mismo indica que hasta el momento del estudio (año 2000):

1. No existen antecedentes de la metodología que se utilizó para calcularlas.

2. Habían sido fijadas por Inravisión desde hace mucho tiempo y no se habían revisado recientemente.

3. Los reajustes se han hecho con base en el IPC o en cifras por lo menos iguales a este, sin tener en cuenta otros factores.

De igual manera el tribunal ha considerado que el mismo arroja las siguientes conclusiones y que las mismas deben ser tomadas como elementos probatorios en relación con las pretensiones de la demanda:

1. Teniendo en cuenta que una tarifa debe cubrir los costos del servicio, se tiene que la situación financiera de Inravisión supera el problema de tarifas de los concesionarios, es decir, el tema de las tarifas deja de ser una solución dado el tamaño del déficit de Inravisión.

2. La situación de los programadores es tan compleja que aún sin cobrar tarifas, muchos programadores seguirían presentando pérdidas, solo 12 podrían lograr utilidades (esto con cifras de abril de 2000). Sería preciso pagar a los programadores para que todos puedan seguir operando.

3. Los egresos de los concesionarios por concepto de tarifas no llegan al 20% de sus ingresos.

4.La causa eficiente de la grave situación financiera de los concesionarios es el descenso en la audiencia, la cual es directamente proporcional a la inversión publicitaria neta, si bien la reducción de tarifas y la reclasificación de las franjas puede aliviar la situación, estas estrategias están lejos de ser la solución al problema.

5.3. Centro Nacional de Consultoría.

Esta encuesta presentada en junio de 2001, realiza la medición del primer semestre de 2001 y la compara con la medición realizada en el segundo semestre de 1999. La encuesta se realizó los días 28, 29 y 30 de mayo de 2001.

Aquí solo se examinan los datos relativos a los canales nacionales UNO, A, Caracol y RCN, dejando a un lado los datos de los canales regionales, tampoco se tienen en cuenta los datos de la televisión por cable y satelital.

Datos generales de la encuesta

De los objetivos que persigue la encuesta, para efectos del proceso arbitral que se adelanta, interesan los siguientes:

• “Conocer el nivel de cobertura actual de los canales nacionales, privados y regionales.

• Conocer el nivel de calidad de la señal que se recibe a nivel nacional y regional de los canales de cubrimiento nacional (públicos y privados) y regional.

• Comparar la cobertura actual frente a la cobertura de 1999 de los canales nacionales, privados y regionales.

• Comparar la calidad de la señal actual, frente a la calidad de la señal percibida en 1999 de los canales nacionales, privados y regionales.

• Identificar si la señal que se recibe actualmente del Canal A; es mejor, igual o peor que la de los canales privados (RCN y Caracol).

• Identificar si la señal actual del Canal A es mejor, igual o peor que antes.

Conocer la penetración de otros servicios de televisión (Parabólica, TV cable, Sky y Direct TV).”

Con relación a la ficha técnica de la encuesta, hay que resaltar que:

• Comprendió el “100% de los hogares urbanos del país, excluyendo los departamentos llamados anteriormente territorios nacionales”.

• “Para la medición de los canales nacionales y privados” se realizaron “1705 entrevistas”.

• De las capitales que hacen parte de la medición de “rating” de Ibope, se entrevistaron 640 hogares.

• De las capitales que no hacen parte de la muestra de Ibope, se entrevistaron 297 hogares y 369 en el resto del área urbana.

Recepción de la señal de los canales

La encuesta muestra las respuestas de los hogares encuestados a las siguientes preguntas: ¿Recibe la señal del

Canal X? (porcentaje de Sí) ¿Recibe la señal del Canal X adecuadamente? (porcentaje de Sí).

Los datos por cada canal son: Canal A. A la pregunta ¿recibe la señal del Canal A?, se obtuvieron las siguientes respuestas, según datos del segundo semestre de 1999:

Ciudades Ibope: El 100% de los hogares encuestados respondió que SÍ recibían la señal del Canal A.

Ciudades NO Ibope: El 94% respondió que SÍ recibían la señal del Canal A.

Resto de ciudades: El 96% de los hogares encuestados, respondió que SÍ reciben la señal del Canal A.

Total área urbana: El 99% considera que SÍ recibía la señal del Canal A.

Para el primer semestre de 2001 las respuestas a la misma pregunta arrojan lo siguiente:

Ciudades Ibope: El 96% de los hogares encuestados respondió que SÍ recibían la señal del Canal A.

Ciudades NO Ibope: El 94% respondió que SÍ recibían la señal del Canal A.

Resto de ciudades: El 97% de los hogares encuestados, respondió que SÍ reciben la señal del Canal A.

Total área urbana: El 96% considera que SÍ recibía la señal del Canal A.

En las conclusiones se encuentra sin embargo que en el Eje cafetero: El nivel de recepción de la señal baja el 6% en la zona. Esta disminución está ocasionada porque en Risaralda menos hogares reciben la señal. La calidad de la señal se mantiene parecida en las dos mediciones.

En la Zona Pacífica: El nivel de la calidad de la señal disminuyó en la medición de 2001 en los dos departamentos (Valle y Cauca). La totalidad de los hogares entrevistados reportan en las dos mediciones recibir la señal del canal.

En la Zona Oriente: Se presenta menor recepción de la señal del canal en la medición 2001. (5% menos). En el departamento de Norte de Santander la calidad de la señal bajó 13 puntos entre la medición 1999 y 2001.

En el Caribe: Córdoba es el departamento más beneficio en cobertura de la señal. (54% más). Pero Cesar presenta una disminución importante en cobertura de 99% en 1999 pasa a 88% en 2001. La calidad de la señal se mantiene en la zona, pero esta es menos adecuada en 2001 en los departamentos de Magdalena y Cesar. El índice de cobertura de la señal aumenta significativamente en la zona ya que pasa de 88% en 1999 a 94% en 2001.

En la zona de Antioquia. Se observa un mayor porcentaje de hogares que no reciben la señal en el 2001 (7% menos). Los hogares que reciben la señal en la zona, el 14% reporta recibirla inadecuadamente. En Medellín el 6% menos de los hogares entrevistados no reciben la señal en 2001. Y del 94 % que la recibe el 13% menciona recibirla de manera poco adecuada.

En Bogotá: No se presentan diferencias en la recepción de la señal entre las dos mediciones. Sin embargo la calidad de la señal ha descendido (1999 92%, 2001 86%).

La diferencia con los canales privados es evidente, hay un incremento permanente de la cobertura y la calidad de la señal.

En resumen, a partir de esta prueba documental solo puede determinarse que aproximadamente el 97% de la población recibía en el año 1999 la señal de los canales públicos y, en criterio del televidente, la misma era adecuada. Así las cosas, resulta claro que con base en esta prueba, que es la que finalmente sirve para mostrar la incidencia de la señal en el “rating”, no existen elementos que permitan concluir, que la señal era deficiente y/o que la calidad de la misma influyó para que Diego Fernando Londoño alcanzara un menor “rating” y por lo tanto, que ello fue la consecuencia directa de sus pérdidas económicas, sin perjuicio de lo que técnicamente pueda ocurrir y del deterioro de la señal que muestra el estudio en el año 2001.

5.4. Análisis del “rating” allegado por la CNTV

El 27 de febrero de 2002 el Tribunal recibió un memorial según el cual se aportaba al proceso el estudio efectuado respecto de la evolución del “rating” promedio de los canales públicos y privados entre enero de 1998 y diciembre de 2000, con base en las mediciones suministradas por el instituto brasilero de opinión pública y estadística Ibope, documento que según el memorial hace parte de la documentación a que se refirió el Dr. Quiroz en su declaración del 28 de noviembre de 2001.

Para el Tribunal fue imposible identificar la fuente del estudio y por lo tanto no es viable considerar sus conclusiones.

6. La prueba pericial técnica

Hay que destacar que los cuestionarios a los peritos se centraron básicamente en obtener descripciones y precisiones sobre las ventajas y desventajas de los sistemas y equipos utilizados por Inravisión y por los canales privados, encaminándose solamente de manera tangencial hacia la calidad de la señal propiamente dicha. Pese a ello, del mismo se pueden extractar algunos indicios en relación con el período de estudio que se les solicitó analizar, no obstante tales indicios no son suficientes para establecer que en dicho período la calidad de la señal fuera determinante de la pérdida de rating de los canales públicos. Por lo tanto, esta pericia —que en estricto rigor no lo fue, porque Diego Fernando Londoño solicitó más un concepto que una corroboración de hechos, que es el sentido de la prueba pericial—, tampoco ofrece al Tribunal la certeza suficiente sobre la incidencia de las fallas de la señal en la situación económica de Diego Fernando Londoño, antes de su renuncia.

7. La prueba pericial financiera

La prueba pericial financiera presenta una información sobre ingresos y gastos de Diego Fernando Londoño que no permite diferenciar cómo es la ejecución económica de los diferentes contratos; no obstante permite establecer la proporción de los gastos frente a los ingresos y así mismo que las tarifas establecidas a partir de 1999 siempre fueron superiores a las de 1998. Igualmente que Diego Fernando Londoño no realizó proyección alguna sobre las posibilidades de ingresos bajo el esquema de competencia. De la misma manera, del mismo se deduce que en 1998 DFL tuvo un equilibrio operacional del 0% y en 1999 de -49% más o menos; que las tarifas representan una cifra cercana al 40% de los ingresos y que el tiempo de operación después de la renuncia representa incremento en las pérdidas.

Los peritos realizaron proyecciones sobre ingresos respecto de cada uno de los contratos que el Tribunal no considerará por las razones ya consignadas en otros apartes del presente laudo, según las cuales, si el único factor de las pérdidas de Diego Fernando Londoño, fuera el incumplimiento del contrato, tendría justificación el Tribunal para analizar las citadas proyecciones. No obstante es claro, de la valoración conjunta de las pruebas, que en esta situación han influido múltiples factores cuya incidencia precisa es imposible de determinar y no fue probada en el proceso.

De las gráficas que se incluyen en este aparte, elaboradas con base en el peritazgo, se deduce que la caída del “rating” en el Canal A se agudiza en mayo de 1999.

G. Las excepciones de la Comisión Nacional de Televisión

El Tribunal anticipó sus decisiones al tratar las cuestiones previas de esta providencia. En dicho aparte claramente señaló que ni la falta de competencia, ni la falta de jurisdicción alegadas por la convocada están llamadas a prosperar por las razones que allí se precisan. De la misma manera, ya anticipó el Tribunal que la excepción de contrato no cumplido que la convocada fundamenta en el no pago de tarifas a partir del 1º de julio de 1999 tampoco está llamada a prosperar, en la medida en que la renuncia operó en la fecha de su presentación, sin perjuicio de lo que se consigna en el aparte siguiente, sobre el tiempo prudencial que el Tribunal consideró el necesario y suficiente para que la CNTV asumiera la prestación del servicio en los espacios, objeto de la renuncia.

H. **Resumen de las consideraciones**

Realizada la evaluación probatoria, considera el Tribunal importante consignar en este aparte su criterio sobre los contratos de concesión, que han dado lugar a este proceso arbitral. Al respecto precisa que los mismos

corresponden a un instrumento que el Estado ha dispuesto para que un ente especializado acuerde con particulares profesionales del negocio de la programación, los términos de un negocio en virtud del cual estos reciben la habilitación para explotar, bajo la vigilancia y control del Estado unos espacios en los canales de operación pública nacional. Que el derecho a tal explotación comporta para los concesionarios la obligación de pagar un precio que obedece a parámetros de rango legal e igualmente la de asumir el riesgo empresarial y todos aquellos que resulten exigibles a partir de su condición profesional, que corresponden a los necesarios y suficientes para actuar con la cautela y sagacidad que el negocio imponga, según las circunstancias del sector.

De la misma manera, y por efectos de la conmutatividad propia del negocio el ente especializado estatal, tiene el derecho a cobrar el precio en los términos legales a que ya se ha hecho referencia, así como la carga de garantizar a los concesionarios no solamente la explotación tranquila de los espacios, sino también adecuada a los términos del sector donde la misma ocurre.

El contrato como acuerdo de voluntades sometido a leyes de intervención en los servicios públicos debe interpretarse a partir de su texto al que se incorporan las normas imperativas derivadas de tal ordenamiento, como son las relativas a la atención del servicio en los términos que lo disponga el ente regulador, responsable del servicio, que a su vez queda obligado a respetar los derechos de los concesionarios en materia de tarifas o precios y los derivados de una renuncia que la ley dispuso en su favor, sobre la cual no cabe condición ninguna, en la medida en que por disposición constitucional, cuando un derecho haya sido reglamentado de manera general, las autoridades públicas no pueden establecer, ni exigir, requisitos adicionales para su ejercicio (C.P., art. 84).

A partir de las pruebas documentales, testimoniales, periciales y las que de alguna manera pueden considerarse experticias por provenir de entidades o instituciones especializadas en el sector, el Tribunal ha establecido que en efecto Diego Fernando Londoño sufrió un menoscabo patrimonial con ocasión de la ejecución de los contratos 155 de 1998 y 029 celebrados con la CNTV; sin embargo, del mismo análisis surge que los factores que condujeron a dicho menoscabo son múltiples y no todos pueden imputarse a incumplimientos de la concedente, que es hacia donde apuntan las pretensiones principales del convocante. Algunas, evidentemente surgen de falta de cuidado y cautela del concesionario, que como profesional ha debido ser más previsivo al momento de decidir participar en las licitaciones correspondientes.

El convocante invoca como causas del incumplimiento que imputa a la concedente, la fijación inadecuada de las tarifas y el deficiente servicio de la operadora, hace referencia también al desequilibrio que se habría generado por circunstancias relacionadas con la situación económica del país.

En concepto del Tribunal por la naturaleza del pacto, no pueden ser consideradas para efectos de reparación, aquellas circunstancias ajenas a las partes, como son las relativas a la situación del país, no obstante que su efecto en las inversiones de publicidad resulta innegable.

De la misma manera, las pretensiones no están llamadas a prosperar en el alcance solicitado, por razones que se han consignado en apartes precedentes, pues un profesional “pionero” de la televisión estaba llamado a ser cauto y a prever al menos en una mínima medida que la competencia implicaba una verificación sobre las condiciones de operación de Inravisión, así como proyectar en alguna medida el impacto que la competencia causaría en las utilidades del negocio, que ciertamente se tornaron totalmente incalculables por la misma causa; por esa misma razón estaba profesionalmente obligado a indagar sobre el avance de las labores que la CNTV realizaba para el mejoramiento de la red y a prever las consecuencias que se derivarían en caso de que Inravisión no se encontrara en condiciones de operación y administración adecuadas para enfrentar una competencia que claramente conocía que mostraría sus efectos de manera gradual, pero en todo caso suficiente para alterar los ingresos de los concesionarios de espacios en los canales públicos; estos, como indicaron varios de los testigos, confiaron demasiado en que el impacto sería de menor intensidad y en que la CNTV sería capaz de preparar el sector para la competencia.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal encuentra que cualquiera haya sido el impacto de las deficiencias de la operadora en los resultados económicos contractuales, deben ser asumidos por el concesionario, que ha debido actuar de manera más diligente, antes de presentarse a las licitaciones. En concepto del Tribunal los concesionarios de televisión operadores o explotadores de espacios, a diferencia de concesionarios tales como los de obras o

aquellos que asumen prestaciones bajo condiciones de delegatarios del Estado y bajo su responsabilidad, o de los contratistas proveedores de bienes y servicios, desarrollan su actividad y explotan un negocio, con un alto grado de independencia; por ello, son los llamados a correr los riesgos empresariales del negocio en que se ubican, sin perjuicio de que en algunas ocasiones y por razones de política económica, el Estado decida dotarlos de protecciones especiales. Los verdaderamente "contratistas" a *contrario sensu* realizan su actividad "para" y "por cuenta y riesgo" de la entidad contratante o concedente y, por ello, a la misma se trasladan los riesgos del contrato, salvo los empresariales del contratista y los derivados de su propio incumplimiento, así como la obligación de garantizar la utilidad calculada al momento del pacto.

Lo señalado no obsta para precisar que las pruebas son suficientes para poner en evidencia que las actividades que la CNTV asumió para adquirir equipos e instalarlos con fines de mejoramiento de la red y que en estricto rigor debía adelantar Inravisión, autorizada por la ley para realizar tales adquisiciones por procedimientos más ágiles, no fueron oportunas y muy probablemente han incidido y seguirían incidiendo en las posibilidades de competencia de Inravisión, si no se adoptan medidas encaminadas a su mejoramiento, asunto que resulta igualmente predicable de las condiciones de operación, mantenimiento y gestión de la misma.

Echa de menos el Tribunal reclamaciones por esta causa y precisa que tales reclamaciones o requerimientos no solamente constituyen un derecho, sino una obligación de quienes ubican su desarrollo empresarial en un servicio público, pues, inversiones como las que se realizan en Inravisión, corren por cuenta de una comunidad que es la que finalmente ve perderlas, por causa de manejos deficientes e inadecuados de quienes ejercen no solamente la actividad, sino la tutela sobre la misma.

A diferencia de lo señalado en los apartes precedentes, los daños ciertos que se causaron a Diego Fernando Londoño con posterioridad al 1º de julio de 1999, es decir a la fecha de la renuncia, deben ser asumidos por la CNTV pues lo jurídicamente aceptable es que esta como titular y responsable del servicio, siguiendo las directrices de la Corte Constitucional, hubiera procedido a la mayor brevedad a relevar al concesionario de las cargas que estaba padeciendo por las circunstancias anotadas. La renuncia como se previno al inicio de este capítulo, de acuerdo con la ley, no está sometida a preaviso alguno, ni a requisitos de ninguna naturaleza y es un derecho general de quienes ostentan la calidad de concesionarios de espacios en los canales de operación pública hasta la expedición de la Ley 680 de 2001 y de todos los concesionarios del servicio, después de la citada ley.

Por las razones señaladas, el Tribunal valorará estos daños teniendo en cuenta el monto que la CNTV ha manifestado ante este Tribunal que constituyen deudas a su favor causadas desde el 1º de julio de 1999, y cualquier otro monto que a partir de esta fecha la CNTV considere causado, con fundamento en los contratos.

Debe destacarse que según las pruebas que obran en el expediente, el concesionario, no obstante la situación que atravesaba el sector desde el mes de mayo, —según se desprende de la tabla que obra en el peritazgo financiero en relación con el movimiento descendente del "rating" a partir de dicho mes—, pagó sus obligaciones hasta el 30 de junio, es decir hasta el día en que de acuerdo con su renuncia estaba obligado a pagar, pues claramente manifestó estar en imposibilidad de seguir programando. El pago efectuado lleva al Tribunal a resolver que no existe fundamento alguno para reconocer la excepción de contrato no cumplido y a imponer como condena a favor de Diego Fernando Londoño cualquier valor que por concepto de tarifas pretenda la CNTV después de dicha fecha.

En el mismo sentido de lo señalado en el aparte anterior, el Tribunal considera que el concesionario, que fue excesivamente confiado en relación con la competencia y aceptó unas tarifas para el año 1998 que muy probablemente tampoco eran las adecuadas, en la medida en que una disminución de costos en esa época hubiera probablemente hecho menos gravosa la situación a partir de abril de 1999, que es el mes en el que de acuerdo con las pruebas, se empieza a sentir el impacto severo de la competencia, confió justificadamente que la CNTV establecería precios de acuerdo entre otros, con factores tales como la "audiencia potencial" y los "beneficios de los concesionarios"; por ello, estaba llamado simplemente a confiar en que la CNTV las establecería de acuerdo con el nuevo ordenamiento legal que se incorporó al contrato al momento de su suscripción, lo que de acuerdo con las pruebas nunca ocurrió.

En efecto, en virtud del principio de la confianza legítima en la administración, reconocido por la jurisprudencia constitucional, Diego Fernando Londoño tenía fundadas razones para esperar que la CNTV fijaría unos precios

adecuados a las nuevas circunstancias. Estos montos según el estudio del Instituto SER serían iguales a cero (0), no obstante, el Tribunal ha considerado que por no haber realizado Diego Fernando Londoño ningún análisis tarifario antes de suscribir los contratos, quedó sometido a los establecidos en el pliego de condiciones de las licitaciones, mas no a incrementos posteriores.

El Tribunal considera que Diego Fernando Londoño tenía razones justas para esperar que la CNTV estuviera atenta a no agravar la situación de los concesionarios al momento en que la audiencia potencial se disminuyera por efecto de la entrada en operación de los canales privados, en la medida en que de una parte, conocía las nuevas disposiciones legales y de otra, porque era lógico interpretar que lo consignado en los pliegos de condiciones sobre las consideraciones que la Junta tendría en cuenta, se realizaría según los parámetros legales. Por último, porque los concesionarios habían enfrentado situaciones deficitarias en otras ocasiones y la operadora, Inravisión, sometida a un régimen legal más estricto en materia de tarifas, había adoptado medidas razonables y oportunas para enfrentarlas, tal como lo declararon varios testigos ante este Tribunal.

En esto consiste la confianza legítima en la administración, por ello el Tribunal considera que la CNTV, conocedora del daño que por diferentes circunstancias afectaba a Diego Fernando Londoño, estaba obligada a mitigarlo en los términos de la ley y sus competencias; por no haberlo hecho, debe responder.

Así las cosas, es claro que en relación con las tarifas establecidas en los pliegos, Diego Fernando Londoño las conoció y aceptó, pero tenía razones suficientes para creer que produciéndose cambios en la audiencia potencial del canal el 1º de enero de 1998, lo prudente sería que la CNTV, como mínimo, se abstuviera de incrementarlas, mitigando el daño que este hecho produciría en la distribución de la publicidad. Era evidente que ante la competencia los precios debían o mantenerse, o disminuir, pero de ninguna manera aumentar.

El valor de esta indemnización se tasará de acuerdo con el valor que el tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, considera que corresponde al de la mitigación del daño, es decir deben tomarse los valores pagados y sustraer de estos el valor que debería haberse pagado, si se hubieran aplicado las tarifas de cada pliego. La diferencia debe devolverse a Diego Fernando Londoño actualizada aplicando el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, desde la última fecha mensual prevista en los pliegos para el pago oportuno y hasta la fecha en que se efectúe la liquidación, que de acuerdo con lo que se establece en la parte resolutiva debe efectuarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de este laudo arbitral. Desde la fecha en que venza el plazo que el Tribunal establecerá para que se efectúen las devoluciones y hasta el pago efectivo, todas las sumas causarán intereses moratorios a la tasa establecida en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

El contrato 155 de 1998, en consecuencia, debe liquidarse efectuando una reliquidación de los pagos realizados, con base en las siguientes tarifas:

Espacio	Nacional	Extranjero
AAA	2.632.168	3.988.279
AA	2.335.069	3.539.880
A	2.016.705	2.989.114
BB	1.407.738	2.000.571
B	808.321	1.103.360
C	602.930	904.395
D	516.798	645.997

El contrato 029 de 1998 de la misma manera, pero con base en las siguientes tarifas:

Espacio	Nacional	Extranjero

AA	2.335.069	3.539.880
A	2.016.705	2.989.114
B	808.321	1.103.306

La valoración del Tribunal se ha realizado teniendo en cuenta lo señalado por los peritos financieros, que al respecto indican: "tanto los costos de producción, como los de administración tienen un componente importante de gastos fijos que hace que al variar las ventas (hacia arriba en 1998 y hacia abajo en 1999) los costos no son proporcionales a las ventas, sino que al subir las ventas se diluyen y al bajar se concentran, haciendo que los resultados cuando las ventas se incrementan sean mucho mejores y los resultados cuando las ventas bajan mucho peores…"[(60)]. De la misma manera, los peritos señalan "si los ingresos se deterioran fuertemente el impacto en los resultados va a ser más que proporcional".

Dentro del mismo espíritu, el Tribunal consideró también, que la pericia financiera muestra, de manera clara, que la utilidad operacional de Diego Fernando Londoño en 1998 fue del 0% y en 1999 de -48.6%; igualmente, que los valores girados a la CNTV representaron en 1998, el 12% de sus ingresos totales y en 1999 el 40.6% de los mismos. De lo anterior deduce el Tribunal que los ingresos que percibió Diego Fernando Londoño desde la fecha de la renuncia hasta la fecha en que la CNTV recibió los espacios, que según el mismo peritazgo fue en enero de 2000, no representaron ganancia alguna, e igualmente que el incremento tarifario agudizó la rigidez de los costos que se consigna en el mismo peritazgo.

I. Costas

Atendiendo las previsiones legales, el Tribunal señalará que las costas, incluidas las agencias en derecho deben ser asumidas por mitades por las partes.

V. CAPÍTULO QUINTO

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre Diego Fernando Londoño Reyes y la Comisión Nacional de Televisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. No prosperan las objeciones por error grave formuladas por la Comisión Nacional de Televisión al peritaje técnico practicado con ocasión del presente proceso arbitral.

2. Declarar que la Comisión Nacional de Televisión incumplió los contratos 29 de 1999 y 155 de 1998 y de la misma manera, que como consecuencia de dicho incumplimiento y de circunstancias ajenas a ambas partes, Diego Fernando Londoño se vio imposibilitado para continuar con la ejecución de dichos contratos. Por lo tanto, prosperan las pretensiones principales primera y segunda relativas al contrato 29 de 1999, así como las octava y novena, relativas al contrato 155 de 1998.

3. No prosperan las pretensiones tercera y décima respecto de los contratos 29 de 1999 y 155 de 1998, respectivamente, relativas al pago de perjuicios consistentes en el menor ingreso real percibido por Diego Fernando Londoño. No obstante, habrá lugar al pago de perjuicios por la agravación de los daños causados por el incumplimiento. El monto de los mismos será el que resulte de la liquidación que debe realizarse en los términos de esta providencia.

4. Prosperan las pretensiones cuarta y décimo primera relativas a los contratos 29 de 1999 y 155 de 1998, respectivamente. Por lo tanto, habrá lugar a las devoluciones que resulten de la liquidación que deberá realizarse en los términos y dentro del plazo que señalan en decisión séptima de esta providencia.

5. No prosperan las pretensiones relativas al reconocimiento de utilidades dejadas de percibir por Diego Fernando

Londoño, correspondientes a las pretensiones quinta respecto del contrato 29 de 1999 y la décimo segunda respecto del contrato 155 de 1998.

6. De conformidad con lo que se dispone en la decisión séptima siguiente, no hay lugar a ordenar las compensaciones que constituyen las pretensiones sexta relativa al contrato 29 de 1999 y la décimo tercera relativa al contrato 155 de 1998.

7. Como consecuencia de las declaraciones proferidas respecto de las pretensiones principales primera y segunda relativas al contrato 29 de 1999, así como de las pretensiones octava y novena relativas al contrato 155 de 1998, se ordena a la Comisión Nacional de Televisión efectuar las liquidaciones solicitadas en las pretensiones séptima relativa al contrato 29 de 1999 y la pretensión décimo cuarta relativa al contrato 155 de 1998, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria del presente laudo, recalculando todos y cada uno de los cobros por tarifas que se produjeron desde el inicio de la ejecución de cada uno de los contratos, hasta el 1º de julio de 1999. Las liquidaciones deben efectuarse con base en las tarifas vigentes en la fecha de suscripción de cada uno de los contratos; es decir, deben tomarse los valores pagados y sustraer de estos el valor que debería haberse pagado, si se hubieran aplicado las tarifas de los respectivos pliegos de condiciones. La diferencia debe devolverse a Diego Fernando Londoño actualizada, desde la última fecha mensual prevista en los pliegos para el pago oportuno y hasta la fecha en que de acuerdo con la presente decisión debe efectuarse la liquidación, aplicando el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

8. La restitución de las sumas que conforme a las liquidaciones hayan sido pagadas en exceso por Diego Fernando Londoño, deben restituirse a este, dentro de los quince (15) días calendario siguientes al vencimiento del plazo establecido para efectuar las respectivas liquidaciones. A partir de dicha fecha se causarán intereses moratorios, a la tasa establecida en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

9. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la Comisión Nacional de Televisión.

10. Las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho serán asumidas por cada una de las partes en un cincuenta por ciento (50%).

11. Se ordena entregar por secretaría copias de este laudo arbitral a la Procuraduría General de la Nación y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

12. Se ordena entregar por secretaría copia auténtica de este laudo arbitral, con constancia de ejecutoria, a cada una de las partes.

13. Se ordena protocolizar el expediente 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.

Bogotá, Distrito Capital, 2 de agosto de 2002.

La anterior providencia quedó notificada en estrados.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con un gran respeto por el criterio expresado por mis distinguidos colegas en el laudo que antecede y debiendo resaltar la seriedad con la cual ellos trabajaron los diferentes temas que fue necesario afrontar para llegar a la decisión final, me veo en la necesidad de expresar un salvamento de voto únicamente de carácter parcial, en tanto comparto la inmensa mayoría de las consideraciones expresadas, así como de las decisiones que se adoptan.

Mi disentimiento se reduce a una sola de las consecuencias derivadas de la resciliación unilateral o renuncia presentada por la parte actora respecto de los dos contratos que han sido materia de esta causa. Estando de acuerdo con la conclusión de que el ejercicio de este derecho, reconocido tanto de manera normativa como contractual, generaba respecto de la Comisión Nacional de Televisión un deber paralelo, consistente en asumir, sin más dilaciones que las indispensables, la prestación del servicio público de televisión, respecto del cual expresó su

voluntad de retirarse la parte actora, considero que los efectos, tanto del derecho como de la obligación correlativa, no podían ser de carácter inmediato. Esta conclusión que pretendo sustentar a través de este escrito, no me fue aceptada por mis distinguidos colegas árbitros, circunstancia que no puedo compartir, no sin reconocer la solidez de la argumentación con la cual ellos sustentan su posición.

Aun cuando en el terreno práctico el presente salvamento parcial de voto parece referirse a consecuencias cuya importancia es pequeña, me pareció importante insistir en mi posición, por la importancia que le encuentro en el campo doctrinal. Entiendo por lo demás que el tema de este debate interesa igualmente a otras entidades concesionarias de espacios de televisión dentro de los canales públicos, posibilidad frente a la cual la opinión que trataré de expresar cobra más importancia. Por lo demás, no deja para el suscrito de ser preocupante la tesis doctrinal del laudo respecto del cual presento mi salvamento parcial de voto, en el sentido de que el derecho de renuncia puede ejercerse en cualquier momento, de manera intempestiva, dando por lo demás lugar a unas consecuencias inmediatas. Esta tesis puede colocar a la Comisión Nacional de Televisión frente a circunstancias difíciles y, para mí, igualmente injustas.

La aplicación del principio de la continuidad en la prestación del servicio público obligaba, sin duda alguna, a que la entidad contratista continuara atendiendo, como en efecto lo hizo, la programación, producción y emisión de los espacios de televisión contratados por ella, bien a pesar de su renuncia, hasta tanto la entidad contratante asumiera, como era su deber, en virtud del derecho de la parte actora de renunciar a la continuidad de los contratos, la respectiva sustitución, bien de manera directa, lo cual no corresponde a su objeto, sea a través de la empresa estatal Audiovisuales, sea mediante una nueva contratación. Sin embargo, es claro que el ejercicio legítimo del derecho de renuncia no podía quedar en simple teoría, hasta tanto la entidad pública contratante graciosamente decidiera aceptar, como lo hizo tardíamente, la liberación de la parte actora de sus deberes contractuales. Bien se afirma en el laudo que es un deber de la administración prepararse para que el derecho de renuncia se haga efectivo. Su negligencia en este terreno no puede perjudicar al contratista que se vio obligado a ejercer el derecho respectivo, ante las grandes pérdidas que estaba sufriendo y, en caso de que él haya sufrido este perjuicio, tiene la facultad de ser indemnizado del mismo ante la demora culposa de la entidad contratante.

Sentado lo anterior, en todo lo cual coincidimos los tres árbitros, me parece razonable aceptar un término prudencial no menor de un mes para que la comisión desarrolle las previsiones necesarias para reemplazar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, de las cuales el contratista ha decidido apartarse, ejerciendo un evidente derecho, exótico en la contratación estatal, si se quiere, pero no por ello menos legítimo. En efecto, no parece lógico suponer que la renuncia pueda dar lugar, en forma inmediata, a una sustitución del contratista. Aun cuando parezca a algunos posible afirmar que un espacio de televisión se llena de manera fácil, con el sencillo expediente de entregar un “cassette” para que sea emitido, existiendo como es verdad material disponible para una emergencia en la producción y programación, la respuesta a una renuncia no es tan sencilla. En efecto, un cambio en unos horarios requiere respetar las respectivas franjas y, paralelamente, una calidad y una coherencia, tales que pongan a salvo los derechos del televidente para recibir unas emisiones con la calidad y en las condiciones debidas y los de los restantes programadores para que sus espacios no se vean afectados por el arrastre o por la precedencia de espacios inconvenientes. Una programación debe responder a una coherencia y a una calidad mínimas que constituyen, cuando las entidades estatales asumen la sustitución necesaria frente a una renuncia, un deber irrenunciable de ellas.

En el laudo se hacen consideraciones muy importantes sobre la condición de servicio público en la producción y emisión de espacios de televisión y bien es sabido que una de las condiciones que se predican de la administración, titular por antonomasia de estos servicios, es el de su eficacia (arts. 209 de la Carta y 3º del CCA) que, en materia de un medio relacionado, al menos de manera teórica, con la educación y con el divertimento, se traduce en calidad y en pertinencia de los espacios emitidos. Debe la administración, es verdad, adoptar con una relativa celeridad las providencias necesarias para sustituir al renunciante, pero debe igualmente tener el espacio de tiempo necesario para que este deber no responda a una inconveniente precipitud.

En virtud de todo lo anterior considero indispensable aceptar un término prudencial no inferior a un mes y considerar que la comisión se demoró en exceso frente a su deber de atender la manifestación de renuncia, para lo cual no requería, evidentemente, producir un acto administrativo, sino apenas expresar de cualquier manera al

contratista su decisión de hacerse cargo, así fuera de manera indirecta, de los espacios que este entregaba. En mi sentir esta conducta no es fruto, ni de una decisión de la entidad estatal, menos aún el ejercicio por ella de una facultad especial, ni de un acuerdo de voluntades, sino el simple reconocimiento de un derecho unilateralmente ejercido, que debe generar una conducta apropiada en la entidad contratante. La manifestación de la parte actora no requería de estudios especiales, ni de ninguna clase de formalismos, bastando un comportamiento consecuente con lo ocurrido y con el deber correlativo de la comisión. Por las razones expresadas estoy de acuerdo en que, vencido el plazo prudencial de un mes, propuesto por mí como el indispensable para que la comisión actuara en consonancia con el derecho ejercido, no corresponde al contratista cargar con el peso de las consecuencias derivadas de la inercia de la comisión.

Siendo así que los elementos de juicio incorporados al expediente señalan que aún con una tarifa cero era imposible evitar las pérdidas del contratista, parece lógica la conclusión en el sentido de que este no debió continuar sufriendo la carga y las consecuencias de unos costos derivados de la conducta negligente de la entidad contratante.

Es verdad que, vencido el plazo que el suscrito encuentra como razonable para que se produjeran las consecuencias de la renuncia, el contratista siguió programando, lo cual era su deber para asegurar la continuidad del servicio. Es también verdad que en el lapso posterior el contratista continuó explotando los espacios a los cuales había renunciado. En estas condiciones, aparentemente, cabría afirmar que, en la misma forma como se aprovechó de la explotación comercial de los espacios, debía correr con las cargas respectivas, so pena de obtener una ventaja injusta a cargo de la parte convocada. Este razonamiento sería apropiado, si pudiera afirmarse que con la continuidad de la explotación la convocante obtuvo un provecho económico o, al menos, cubrió sus costos operativos. Sin embargo, el acervo probatorio demuestra, de una parte, que la entidad contratista sufrió pérdidas por la época de la renuncia, pérdidas que, si bien no están discriminadas, por no llevar una contabilidad independiente por centros de costo, son atribuibles al conjunto de su operación, como lo establece el peritazgo económico contable y, por lo demás, es fácil inducir que dichas pérdidas gravitaban principalmente, al menos, sobre los programas respecto de los cuales ejerció su facultad de renunciar, en tanto no es admisible suponer que prescindió de derechos que le reportaban ventajas y, paralelamente, conservó otros que le significaban pérdidas. De otra parte, los estudios del Instituto SER demuestran que aún sin el pago de los derechos establecidos a favor de la comisión no era rentable el negocio respectivo. En estas condiciones, es claro que la continuidad en la prestación del servicio, a pesar de los ingresos reportados con ella, perjudicó a la parte convocante, en cuantías que no están debidamente demostradas en el expediente, pero que deben resarcirse reconociendo que, al menos, no debió haber cargado con el pago de las tarifas establecidas en favor de la comisión, a partir de su renuncia y del vencimiento del plazo prudencial reconocido para hacerla efectiva. Añádase a lo anterior el derecho de la contratista a que las tarifas que debía cancelar a la comisión hubieran sido colocadas al nivel de las condiciones económicas de la operación, derecho que no debe ser calificado meramente, como se hace en el laudo, como una simple legítima expectativa, sino como una facultad de clara estirpe legal.

Aun cuando estas últimas consideraciones podrían hacerse igualmente de la época previa a la renuncia y sobre la base de las mismas resolver que la entidad contratista no debió cancelar ninguna clase de derechos a favor de la comisión, pudiendo entonces reclamar aquellos pagados, lo cierto es que la contratación sí previó estos derechos y que esta regla contractual fue libremente aceptada por la contratista. En el laudo se hacen importantes consideraciones, que comparto, sobre la profesionalidad de uno de los programadores más antiguos de la televisión colombiana y sobre cuanto puede esperarse de dicha profesionalidad. Cosa distinta es, como se dispone en el laudo, que no existiera derecho a un alza en el valor respectivo, ya que el reajuste debió tener en cuenta las especiales condiciones producidas para las programadoras de los canales públicos en el mercado de la televisión.

Lo hasta aquí afirmado podría hacer suponer que el suscrito está haciéndole una adición no consentida por las partes a los contratos celebrados entre ellas, al considerar el plazo prudencial de un mes, as{i como que a través de esta conclusión está resolviendo una petición no presentada por la comisión. Sobre lo primero pretendo demostrar argumentalmente que esta extensión del contrato, posterior a su renuncia, formaba parte de él. Respecto de lo segundo, considero que una disminución en las pretensiones de la parte actora cae dentro de la competencia del Tribunal, sin que pueda reputarse como la aceptación de una pretensión no formulada.

Llegados a este punto del razonamiento, considero indispensable expresar mi opinión sobre la naturaleza del deber de continuar, durante el mes siguiente a la renuncia, es decir, a partir del último día de junio de 1999, cubriendo el pago de los derechos cobrados por el uso de los espacios. Afirmado que la extensión necesaria en las consecuencias del contrato, para que el ejercicio del derecho de renuncia no resultara traumático, debe comportar entre otras cosas el pago de los derechos respectivos, como una consecuencia de la extensión de los efectos contractuales por el término necesario para que se produjeran los efectos de la renuncia, es preciso establecer el carácter de esta consecuencia. Si se reputa el reconocimiento de esta obligación de continuar con los pagos por el mes adicional como una declaración constitutiva del derecho de la comisión a recibirlos, es evidente que no pueden liquidarse intereses de mora sino a partir de la ejecutoria del laudo y del vencimiento del término que en él se señale para atender la condena respectiva. Frente a lo anterior, si se tiene a esta decisión como meramente declarativa, es decir, como el reconocimiento de un derecho derivado del contrato, derecho que debió aceptarse en su momento, la conclusión es que la entidad contratista y convocante en este proceso, además de cubrir con los pagos, como lo hizo, hasta la fecha de su renuncia, debió igualmente cancelarlos por un término prudencial posterior, el necesario para que la comisión diera curso a su deber de aceptar las consecuencias del derecho ejercido. En este segundo escenario, es evidente que el pago que debió hacerse en su oportunidad y que no se dio, debe generar los efectos propios de la mora, desde la fecha en que debió producirse. El suscrito, con apoyo en las razones que paso a expresar, considera necesario optar por la segunda de estas posiciones.

Para el suscrito la extensión necesaria del contrato, con el fin de dar espacio a los acomodos indispensables derivados de la renuncia, forma parte de la naturaleza de este, así no corresponda a una expresión explícita del mismo. Conocida es de todos la regla del artículo 1501 del Código Civil, según la cual en todo contrato existen elementos que son de su esencia, sin los cuales dicho contrato no existe o se muta en otro diferente, aun cuando la norma curiosamente se expresa con impropiedad, al pretender que en tal supuesto el contrato pretendido “degenera” en otro distinto, como si una diferente figura negocial, que reúna ella sí los elementos esenciales, pudiera reputarse como una degradación de la anterior y no como una especie contractual distinta, pero igualmente respetable. Al lado de estos elementos esenciales existen otros, según la misma norma, que son de la naturaleza del contrato, esto es, que se entiende que le pertenecen generalmente, según las voces del artículo, aun cuando no se expresen, sin embargo de que pueda disponerse su supresión o su cambio, sin que por ello deje la voluntad contractual de corresponder a la especie querida. Por último, están los elementos meramente accidentales, que no puede suponerse que pertenezcan a lo pactado, mientras la voluntad expresa de los contratantes no los incluya. Este artículo, no existiendo disposición especial sobre el particular, es aplicable a la contratación administrativa, por voluntad expresa de la Ley 80 de 1993 (art. 13).

Con la argumentación anterior concuerdan las disposiciones de los artículos 870 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, normas según las cuales en los contratos se entienden incorporadas las reglas que corresponden a su naturaleza y, por consiguiente, estas obligan en virtud de la buena fe en la ejecución contractual, no limitándose los deberes de las partes solamente a lo expresamente pactado en sus contratos, sino igualmente a estas cosas que se entiende que les pertenecen.

Dentro de este panorama, el suscrito encuentra que la extensión de un contrato, sometido a la posibilidad de su revocación unilateral, por el término necesario para hacer efectiva esta revocación, sin que se produzcan efectos dañinos para las partes o para terceros interesados en la respectiva continuidad, es de la naturaleza del mismo, en tanto no puede suponerse que una terminación intempestiva, no sujeta a preaviso, corresponda a la voluntad presunta de las partes, ni a las normas legales.

En efecto, si se parte de aceptar la necesidad de que exista un término prudencial para que la entidad estatal se haga cargo de las consecuencias del ejercicio del derecho de renuncia, es claro que esta conclusión comporta considerar que una terminación que no da lugar a este espacio indispensable debe ser considerada como un abuso del derecho de renunciar a las consecuencias del contrato, es decir, como un ejercicio ilegítimo de este derecho. En otras palabras, que el derecho respectivo solamente puede ser ejercitado de una manera correcta, dando lugar al término preciso para el acomodo a las nuevas condiciones. Por consiguiente, la voluntad contractual solamente puede ser entendida, así no exista previsión expresa sobre el particular, como referida a la existencia de este espacio.

Al lado de lo anterior conviene considerar la necesaria aplicación, a mi juicio, de una norma más, tomada también del ordenamiento civil. El artículo 1551, igualmente aplicable a esta materia administrativa, regula la modalidad del plazo, disponiendo que este puede ser expreso, en tanto derive del convenio de las partes, o tácito, cuando nada se ha dispuesto, pero se requiere para el cumplimiento de una obligación. En este contexto, debe admitirse que, siendo necesario un término para dar curso a la renuncia, los contratos que dieron lugar a esta causa requerían de este plazo tácito, posterior a dicha renuncia, plazo que el suscrito considera con la extensión mínima de un mes, haciendo uso del llamado "*arbitrium iudicis*", que no responde realmente a una consideración caprichosa o arbitraria, sino a una determinación derivada de la prudencia del fallador.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, si la extensión por un término adicional es de la naturaleza de lo pactado, resulta que el reconocimiento de los derechos por este mes no deriva de una decisión constitutiva del Tribunal, sino de la misma naturaleza del contrato y, por ende, este reconocimiento, que debió hacerse en el laudo, debe considerarse como meramente declarativo de una obligación preexistente, que no nace en el momento en que se decreta, sino que existió como parte integrante de lo convenido, así no se hubiera expresado concretamente. En estas condiciones, debió haberse condenado al reconocimiento de intereses moratorios por el pago derivado de los derechos que se causaron entre el último día del mes de junio, fecha cubierta por el último pago de la entidad contratista, y hasta el último día del mes de julio de 1999, día en la cual vencía el plazo adicional que el suscrito pretende que debe reconocerse. Teniendo en cuenta un término contractual de gracia para pagar sin causación de intereses, con una extensión de setenta y cinco días, pactado en los contratos, así como un mes más con intereses de plazo, la liquidación de esta deuda debió incorporar los mencionados intereses de plazo, a partir del día 15 del mes de septiembre, y los de mora desde el día 15 del mes de octubre del mismo año.

Respecto de estos intereses moratorios, habría sido necesario, en el evento de prosperidad de mi posición, tener en cuenta que la estipulación del doble de la tasa corriente, que regía para la fecha de la contratación, no habría sido de recibo a partir de la vigencia de la Ley 510 de 1999, es decir, desde el día de su promulgación en el Diario Oficial, el 4 de agosto del mismo año, en razón de lo cual la vigencia de esta ley cubre todo el período en que según la tesis del suscrito debieron causarse los intereses moratorios. Por tal razón estos no debieron superar el límite de un cincuenta por ciento por sobre la tasa corriente, bien que la estipulación contractual que pretendió establecerlos en el doble de esta tasa se haya suscrito en la época en que era permitido llegar hasta este límite. En efecto, estas limitaciones siempre se han entendido como normas de orden público, destinadas a producir efectos inmediatos sobre las situaciones no consolidadas bajo el imperio de la legislación anterior y, por lo tanto, sometidas a las reglas sobrevinientes, como esta del artículo 111 de la ley 510. Este criterio fue reconocido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, con fecha 5 de julio del año 2000, bajo ponencia del Dr. César Hoyos Salazar. Por lo demás, existiendo previsión contractual, es preciso estarse a ella y no a la norma supletoria de la ley 80, si bien dicha previsión de las partes debe ser ajustada en razón del máximo legalmente permitido.

En lo relativo al monto de los derechos que correspondía en su oportunidad pagar por la explotación de los espacios objeto de la renuncia, concuerdo con la mayoría en sostener que debieron ser los inicialmente pactados, en tanto en las condiciones de la época la comisión no tenia el derecho para incrementarlos posteriormente, por cuanto la ley la obligaba a un ajuste que tuviera en cuenta una serie de condiciones, entre otras las propias del mercado de televisión, considerablemente deprimido en ese entonces e igualmente ahora, tal como resulta claramente del acervo probatorio. Repito la observación anterior de que, en mi criterio, no se trata de respetar una expectativa legítima, como se afirma en el laudo, sino de algo más fuerte, de atender el derecho de la entidad contratista a que se le aplicaran las reglas sobre este particular.

En la forma anterior, dejo expresadas las consideraciones de mi salvamento parcial de voto.

Con el respeto debido por el criterio diferente de los restantes miembros del Tribunal,

Álvaro Mendoza Ramírez.

_____